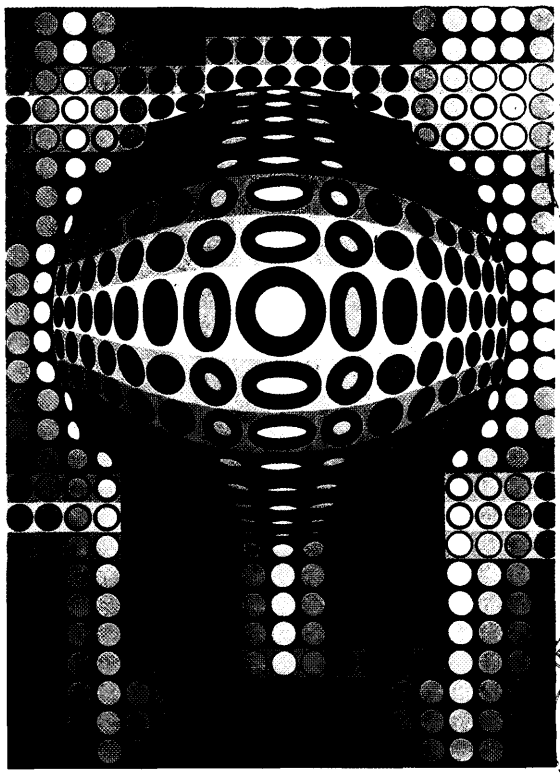
Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



FACULTÉ DE DROIT
Svn de DOCUMENTATION
AIX - MARSEILLE

A voir notamment :

Danièle PINARD :

LES PROBABILITES MATHÉMATIQUES CLASSIQUES
ET LE TRAITEMENT DES FAITS EN CONTEXTE JUDICIAIRE : UN DÉBAT

Antoine LECA :

ESSAI DE SYNTHÈSE SUR L'ÉTAT DU DROIT FÉODAL
A LA VEILLE DE LA RÉVOLUTION

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1988 - 1

La Direction de la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

(C) PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1988

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1988-1

Publiée par la FACULTE DE DROIT et de SCIENCE POLITIQUE
d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIII - 32 (13ème année - 32e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
V.VASARELY : "HOOR" P. 1049 - 1976

COMITE DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

*_*_*_*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Directeur J.-L. BERGEL
M. le Directeur D. BERRA
M. le Doyen F. BOULAN
M. le Directeur J. BOURDON
M. le Professeur J.-Y. CHEROT
M. le Professeur Y. DAUDET
M. le Président Ch. DEBBASCH
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE
M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur C. MOULY
M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Doyen F. BOULAN
M. le Président L. FAVOREU
M. M. GARCIN
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros pas an - Tarif 1988

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 270 F
Abonnement étranger : 330 F
Numéro (France) : 85 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
C. C. P. 9404 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12,Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL 9

I - ETUDES

DROIT COMPARE

- Lise BEAUDOIN, **La prescription des servitudes : Commentaires sur l'arrêt anglais Dalton v. Angus de 1881 et comparaison avec le droit civil français** 15

- Ysolde GENDREAU, **Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais** 41

HISTOIRE

- Antoine LECA, **Essai de synthèse sur l'état du droit féodal à la veille de la Révolution** 63

- Jean-Louis MESTRE, **Le rayonnement en France des Facultés de droit et d'administration de Tübingen sous la Monarchie de Juillet** 85

LIBERTES PUBLIQUES

- Benoît SAVELLI, **La liberté religieuse au Concile Vatican II** 115

II - PHILOSOPHIE DU DROIT

- Jill FRANK, **L'arroseur arrosé : Paradigmes kuhniens et types idéaux weberiens dans la pensée juridique de George Fletcher** 193

- Henri R. PALLARD, **La règle et le droit : La subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique** 211

- Danièle PINARD, **Les probabilités mathématiques classiques et le traitement des faits en contexte judiciaire : un débat** 243

III - ACTUALITES DOCTRINALES

- Marie MALAURIE, CROSS **Statutory interpretation.** (2eme ed. par Dc John Bell et Sir George Engle) 259

- Alain SERIAUX, **Libre propos sur un avant-propos** .263

EDITORIAL

Il n'est pas trop d'usage de célébrer les vivants. Mais à toute bonne règle, il faut des exceptions. Depuis bientôt huit ans, notre collègue et ami Christian ATIAS dirigeait la rédaction de la Revue de la Recherche Juridique. Par sa plume féconde et son merveilleux talent, il lui a donné mieux qu'une structure, mieux que quelques pages bien senties. Au fil des numéros, c'est d'un esprit, d'un style caractéristique, péremptoire parfois, mais toujours ouvert sur les requêtes les plus exigeantes de la pensée, qu'il a su l'imprégner. D'autres, beaucoup d'autres, que nous n'oublions pas, qu'il n'oublie pas, ont avec lui contribué à cette éclosion. Mais à l'heure où il cède délicatement sa place, nous nous devions de lui exprimer ouvertement, au nom de tous, notre reconnaissance. Notre espoir est que Christian ATIAS continuera de nous servir de guide discret pour réaliser à sa suite ce que nous savons être son voeu le plus cher : faire de cette Revue une réserve de liberté pour ceux qui s'efforcent de penser juste, de dire vrai, un champ toujours ouvert aux controverses d'aujourd'hui et de demain.

J.-Cl. RICCI
Rédacteur en chef

A. SERIAUX
Directeur du Département de Philosophie du Droit

R. R. J. 1988

Pages 11 à 60

- I -

ETUDES

DROIT COMPARE

* _ * _ * _ *

LA PRESCRIPTION DES SERVITUDES : COMMENTAIRES SUR L'ARRET ANGLAIS Dalton v. Angus de 1881 ET COMPARAISON AVEC LE DROIT CIVIL FRANCAIS

Par

Lise I. BEAUDOIN (*)

INTRODUCTION

En droit civil et en *common law*, la propriété foncière n'est jamais sans limites. Elle est restreinte par les lois naturelles et les lois positives, de même que par le propriétaire qui concède à d'autres personnes des droits sur son fonds (1).

Dans les deux systèmes la propriété n'est pas un droit immuable, c'est un droit d'étendue variable où la raison veut qu'en cas de conflit entre deux droits, c'est-à-dire lorsque deux droits se contrecarrent et ne peuvent être exercés pleinement tous les deux, celui qui est jugé le moins important doit céder à l'autre. L'importance relative d'un droit peut certes varier d'un pays à l'autre. Cependant au chapitre des servitudes, le droit des biens français et anglo-saxons poursuivent un objectif commun : l'accroissement de l'utilité économique et sociale d'un bien en l'affectant au service de plusieurs.

Dans les deux systèmes, si les règles concernant l'établissement des servitudes par prescription ne visent pas

(*) Etudiante à la Faculté de droit de l'Université McGill à Montréal.

(1) En common law on dit d'ailleurs que la propriété d'un fonds consiste en un droit limité de l'utiliser, voir Gale on Easements, mise à jour faite par S.G. Maurice, 14e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1972, p. 3.

toujours cet objectif, la jurisprudence trouve les moyens pour l'atteindre. Aussi lors d'un conflit entre le droit d'un propriétaire qui s'est apparemment désintéressé de son bien et le droit d'un possesseur de longue date qui s'est conduit *de facto* comme un propriétaire, ce dernier est favorisé.

Cette attitude ressort clairement de l'arrêt anglais *Dalton v. Angus* de 1881 (2) que nous proposons de commenter. Dans cet exposé nous désirons attirer l'attention sur ce fameux "raisonnement à la *common law*" qui, dit-on, est fondamentalement différent de celui du droit civil français. En effet face à un tel arrêt un civiliste se demande, avec raison, s'il n'a pas plutôt affaire à un essai judiciaire ! On ne peut certes lui reprocher sa brièveté (3).

L'arrêt *Dalton* est la source suprême, la pierre angulaire en matière de servitudes, spécialement celles acquises par prescription. Aucun juriste ou auteur anglo-saxon ne peut se permettre d'ignorer les grands principes formulés dans cet arrêt. Avant de l'analyser il importe toutefois de souligner quelques particularités propres à la *common law* en matière de servitudes.

Nous proposons donc de débuter par un très bref survol historique sur le développement du droit des servitudes en Angleterre. Nous apportons également certaines précisions quant à leurs caractéristiques et leur acquisition par prescription (I).

La deuxième partie est consacrée à l'arrêt *Dalton* : les faits, la décision et ses effets, et des commentaires (II).

Cet exposé ne saurait être complet sans une sorte de comparaison avec le droit civil français. Nous passons donc en revue les justifications des exclusions existant au chapitre de l'établissement des servitudes par prescription. Cet exercice nous permet de découvrir que, doués d'une imagination fort fertile, les magistrats des deux systèmes de droit trouvent les moyens d'échapper aux contraintes qui leur sont imposées. La poursuite d'un même objectif devient alors évidente malgré les mondes qui séparent la formulation des motifs et des arrêts français et anglo-saxon (III).

La rédaction en français d'un commentaire d'un arrêt de la *common law* se heurte bien sûr à une difficulté évidente : la langue. Certaines notions sont parfois intraduisibles. On risque d'en dénaturer le sens quand on veut coûte que coûte les traduire. C'est pourquoi nous indiquons entre parenthèses les expressions anglaises originales.

Pour ce qui a trait au raisonnement, la transposition de celui-ci en français peut à l'occasion sembler lourde et laborieuse, mais c'est ainsi que ça se passe en *common law* ! Surtout dans le

(2) (1881) 6 App. Cas. 740.
(3) L'arrêt Dalton compte environ 140 pages, nous y reviendrons.

cas d'un arrêt de principe comme *Dalton* où il n'existait auparavant aucune règle de droit précise sur plusieurs des points en litige. Les juges font le droit et ils en sont conscients.

I. - LES SERVITUDES EN COMMON LAW

A - Développement du droit des servitudes

En Angleterre, le droit relatif aux servitudes n'a été élaboré qu'au XIXe siècle. L'urbanisation progressive du pays y joua un rôle important et il s'avéra nécessaire de définir avec plus de précision les droits et les devoirs réciproques des propriétaires de terrains adjacents.

Jusqu'à ce que Gale publie un traité sur les servitudes en 1839 (4), aucun juriste anglo-saxon n'avait, depuis Bracton au XIIIe siècle, entrepris de systématiser et de concilier les divers principes contenus dans la jurisprudence antérieure. Les règles de droit visant tous les aspects de la communauté de voisinage avaient évolué autour d'une même notion celle de la responsabilité du propriétaire pour abus du droit de propriété (*nuisance law*, une branche de la *law of torts*).

La distinction entre une servitude et un droit commun à tous les propriétaires, c'est-à-dire un droit naturellement attaché à la propriété par la loi (*natural right* ou *common right*), existait depuis Bracton mais les implications de cette distinction ne furent pas pleinement appréciées avant le XIXe siècle (5). Cette confusion entre la servitude et le *common right* provient de ce que les deux étaient gouvernés par la même procédure judiciaire soit l'action en responsabilité délictuelle (suivant la *law of torts*).

Le fait que la *common law* ait été, jusqu'au siècle dernier, un droit essentiellement procédural nous fournit l'explication historique de cette confusion, ou plutôt fusion, entre le droit de la responsabilité délictuelle et le droit des biens.

Les arrêts du XIXe siècle, dont l'arrêt *Dalton*, ont établi une distinction importante entre un *common right* ou *natural right* (6) et une servitude. Le premier est créé par l'opération de la loi seule alors que la servitude dépend d'un titre. Cette distinction étant établie, il reste qu'il n'est cependant pas aisé de décider

(4) Gale, supra, note 1.

(5) Ce common right englobe à la fois ce qu'en droit civil nous qualifions de "servitudes naturelles" et de "servitudes établies par la loi".

(6) Certains auteurs, dont Simpson, trouvent ce choix terminologique de natural right équivoque et suggèrent qu'il serait plus intelligible de parler de situations où le propriétaire d'un fonds peut exercer une action en responsabilité délictuelle sans devoir prouver l'existence d'une servitude que de parler de natural right et d'essayer d'en dresser une liste. Voir à ce sujet A.W.B. Simpson, An Introduction to the History of the Land Law, Londres, Oxford University Press, 1961, p. 246.

dans les faits s'il s'agit d'un *common right* ou d'une servitude (7). Ainsi certains auteurs modernes prétendent qu'un abus du droit de propriété (*nuisance*) peut être légalisé par prescription. S'il en était ainsi la définition d'une *nuisance* serait la même qu'une servitude et un abus de droit serait susceptible de créer un droit nouveau. Certains actes qui, *prima facie*, constituent en *common law* un abus de droit de propriété (empiéter sur un fonds voisin - *trespass*) peuvent pas un consentement implicite (*acquiescence*) donner lieu à la prescription d'une servitude (8). Mais d'autres actes, tels l'émission d'odeurs gênantes et de bruits excessifs, ne sont pas susceptibles de former la base d'une prescription acquisitive (9).

B - Les éléments constitutifs d'une servitude

Les éléments constitutifs d'uns servitude en *common law* sont essentiellement les même qu'en droit civil (10), à l'exclusion du dernier. 1) Depuis 1968, il est établi qu'une servitude ne peut être purement personnelle (*easement in gross*) d'où la nécessité d'un fonds dominant et d'un fonds servant (11). 2) La servitude doit accommoder le fonds dominant. Précisons toutefois qu'en *common law*, on ne dit pas qu'elle doit aussi être une charge pour le fonds servant. 3) Il doit y avoir un propriétaire différent pour chaque fonds. 4) Le droit exercé sur le fonds servant doit pouvoir s'exprimer clairement et précisément dans un titre de cession de droit (*must be capable of forming the subject-matter of a grant*).

Quant à ce quatrième élément, la *common law* fait une distinction entre un droit actif (*positive right*) et un droit passif (*negative right*). On considère que le droit de faire un acte déterminé sur un fonds voisin peut s'exprimer de façon précise dans un titre de cession de droit. Ce droit actif peut donc être classé parmi les servitudes, que l'on nomme positives. La longue liste des servitudes positives n'est par fermée et de nouvelles peuvent y être ajoutées au rythme du progrès et des changements sociaux et économiques.

Par contre les droits passifs ou les droits d'immunité (*rights of immunity*) susceptibles de s'exprimer clairement et

(7) Nous reparlerons de cette difficulté dans la IIe partie.
(8) Une servitude de passage par exemple (easement of way).
(9) Deux arrêts isolés ont accordé des servitudes de bruit et d'odeurs, voir Gale, supra, note 1, à la p. 36. Donc à proprement parler il n'est pas exact de dire qu'en common law il n'y a pas de telles servitudes. Mais les arrêts subséquents ont découragé l'affirmation de telles servitudes en exigeant une preuve si contraignante qu'il revient à dire que ces servitudes n'existent pas. Voir à ce sujet, Gale, à la p. 191.
(10) Voir Re Ellenborough Park (1956) Ch. 131, pour une confirmation moderne.
(11) Langeley v. Midland Rly Co. L.R. 3 Ch. App. 306.

précisément dans un titre existent en nombre très limité (12). Par exemple, en *common law*, dire qu'il sera illégal pour le propriétaire d'un fonds d'exercer certaines prérogatives inhérentes à son droit de propriété est un concept fort douteux à exprimer dans un titre de cession de droit. Puisqu'il ne saurait y avoir de servitude sans titre, exprès, implicite ou présumé, la jurisprudence a strictement limité les servitudes négatives (13).

Aussi, si l'on songe au caractère perpétuel des servitudes, accorder sans restrictions des servitudes négatives peut s'avérer à la longue une pratique néfaste pour le commerce et l'exploitation des biens.

En *common law* donc, les servitudes sont classées selon leur mode d'exercice positif ou négatif (14).

C - L'établissement des servitudes par prescription

Le droit anglo-saxon reconnaît, comme le droit civil, trois modes d'acquisition pour les servitudes : les lois particulières (*statutes*), le titre exprès et implicite (*express, implied grant*) (15) et la prescription, c'est-à-dire le titre présumé (*presumed grant*).

En ce qui concerne la prescription, la *common law*, soucieuse de s'appuyer sur une origine légale pour toute création d'un droit réel nouveau, insiste pour présumer qu'un titre a jadis existé. Pas de prescription sans titre. Mais les magistrats se trouvèrent vite en conflit entre cette exigence d'un titre "à tout prix" et leur désir de valider les titres de propriété lorsqu'ils étaient confrontés à des états de fait prolongés, concrétisés par une possession véritable (*use as of right*). Face à un tel dilemme et grâce à une imagination fertile, ils n'hésitèrent pas à créer la fiction du titre perdu (*lost modern grant*) (16). Le principe de la nécessité d'un titre ayant été établi, la jurisprudence, même contemporaine, hésite à le désavouer.

Il existe trois méthodes pour prescrire une servitude :

1) la *common law*,
2) le titre perdu,
3) la *Prescription Act*.

(12) Il faut distinguer une servitude négative d'un engagement formel, effectué par contrat, de s'abstenir de faire quelque chose sur son propre fonds qui ne lie que les parties à l'engagement (restrictive convenant).

(13) Voir Gale, supra note 1, aux pp. 23 à 25 et 36-37.

(14) Pour une confirmation récente voir Phipps v. Pears (1965) 1 QB 76 (C.A. Angl.).

(15) Le implied grant comprend entre autre la notion civiliste de la destination du père de famille, voir Wheeldon v. Burrows (1879) 12 Ch. D. 31.

(16) Cette fiction est considérée comme étant "révoltante" par plusieurs juristes, voir à cet effet Sir R.E. Megarry et H.W.R. Wade, The Law of real property, 5e éd. Londres, Stevens et Sons Limited, 1984, p. 876.

Pour prescrire en *common law*, il doit y avoir possession immémoriale, c'est-à-dire pour l'Angleterre, depuis 1189 (17) la première année du règne de Richard Ier. Comme il s'avère virtuellement impossible de démontrer une telle possession, la jurisprudence présume qu'une telle longue possession existe réellement si le demandeur prouve une possession d'une durée de vingt ans. Cependant, cette présomption peut être réfutée en démontrant que la possession a débuté après 1189.

Face aux difficultés évidentes pour prescrire suivant cette méthode, dite de *common law*, la fiction du titre perdu (*lost modern grant*) fut créée par la jurisprudence en 1761 (18). Cette règle énonce que si une possession d'une durée raisonnable est démontrée au tribunal, le juge peut présumer qu'un titre *véritable* a existé, mais qu'il a été subséquemment perdu. Cette présomption est irréfragable. Nul ne peut démontrer que le titre n'a jamais existé. Généralement une possession d'une durée de vingt ans suffit pour établir cette présomption. Cependant une période plus courte peut suffire ou une période plus longue peut être exigée selon les circonstances entourant le litige.

La *Prescription Act* de 1832, le troisième moyen pour prescrire une servitude, fut introduite pour réduire les incertitudes créées par les deux méthodes précédentes (19). Bien que cette loi ait éliminé l'exigence d'un titre pour pouvoir prescrire, elle n'a pas su du même coup abolir les deux autres méthodes de prescription (20). Cette loi consiste plus ou moins en une "codification à la *common law*" des conditions de la prescription acquisitive quant aux biens pouvant être prescrits, aux qualités de la possession et à la durée de la possession. Pour

(17) Cette date a été fixée par une loi de 1275 : le Statute of Westminster I, 1275, c. 39.

(18) 1° - Lewis v. Price (1761) 85 E.R. 926, voir à ce sujet les propos de Lord Blackburn dans l'arrêt Dalton, supra, note 2 à la p. 812.

2° - Sur un plan historique il est intéressant de noter que dans l'admirable définition de possession rédigée par Bracton au XIIIe siècle aucune allusion à la nécessité d'un titre ne transparaît : " ... may be acquired ... by user for a long time with peaceful, continuous and uninterrupted enjoyment of the right, the lord knowing of it and neglecting to interfere ; for this is regarded as equivalent to a legal transfer, provided that the enjoyment has not been by violence, or clandestinely, or by request and permission ...". La jurisprudence a par la suite interprété ce user for a long time comme signifiant depuis 1189 (The King v. Breaux (1313) Selden Society, Vol. 29, p. 180). Au XVIIe siècle l'arrêt Gateward, 6 Co. Rep. 59b à 60b, ajouta que "every prescription ought to have by common intendment a lawful beginning" d'où le résultat absurde que la common law connaît depuis. Voir Simpson, supra, note 6, à la p. 103.

(19) Selon l'avis du Juge en chef de l'Angleterre de l'époque, Lord Mellor, la Prescription Act "was passed with the view of putting an end to the scandal on the administration of justice which arose from forcing the consciences of juries to find that there had been a lost grant when the presumption was known to be a mere fiction" 3 Q.B.D. p. 105 cité dans Dalton v. Angus, supra, note 2, à la p. 799.

(20) Voir l'explication fournie par Simpson, supra, note 6, aux pp. 250-251.

ce qui a trait à la durée de la possession, cette loi a introduit deux périodes fixes : vingt ans et quarante ans (21).

D - Les qualités de la possession

Depuis Bracton, les autorités doctrinales et jurisprudentielles (22) anglo-saxonnes utilisent le droit romain pour établir les qualités de la possession acquisitive : *nec vi, nec clam, nec precario* et continue (23).

En théorie, ces qualités de possession sont exigées du propriétaire du prétendu fonds dominant. En pratique cependant, les tribunaux ont tendance à apprécier cette possession beaucoup plus en fonction du propriétaire du fonds servant qu'en fonction de l'utilisation faite par le propriétaire du fonds dominant. L'arrêt *Dalton* v. *Angus* en est un bon exemple.

II. - L'ARRET *DALTON* v. *ANGUS* DE 1881

A - Note liminaire

La formulation des arrêts de la *common law* diffère fondamentalement de celle des arrêts français (24). Dans un commentaire affectant la forme discursive, qui ne comporte ni la brièveté ni la rigueur des motifs français, chaque juge participant à la décision y expose personnellement son opinion (25). Le jugement devient, grâce à cette technique, l'expression d'une règle de droit plus que l'application à une situation particulière d'une règle préétablie.

La décision concrète ne résulte pas d'une déduction à partir de normes juridiques explicitement formulées, mais se trouve justifiée par référence à un arsenal juridique. Cette démarche est conduite en se tenant très près des faits de chaque espèce et en envisageant avec soin les raisons qu'il y a de

(21) Selon les commentateurs, cette loi comporte plusieurs lacunes, mais il serait inopportun dans le cadre de cette étude d'en discuter plus amplement. Le lecteur intéressé pourra consulter avec profit Megarry & Wade, supra, note 16, pp. 878 à 892, et Gale, supra, note 1, les pp. 126 et s.

(22) Solomon v. Mystery of Vintners (1859) 4 H & H 585 (prescription de common law) ; Sturges v. Bridgman (1879) 11 Ch. D. 852 (prescription par titre perdu) ; Tickle v. Brown (1836) 4 A & E 369 (prescription avec la Prescription Act) ; Dalton v. Angus, supra, note 2.

(23) Ces mêmes exigences sont codifiées dans la Prescription Act.

(24) Voir à ce sujet R. David, Les grands systèmes de droit contemporains, 7e éd., Paris, Dalloz, 1978, n° 320 et s. ; voir aussi I. Tammelo, "La "ratio decidendi" et la règle de droit", p. 124.

(25) La longueur des jugements anglo-saxons s'explique peut-être en partie par le fait que le droit anglais n'était pas un droit d'université ni un droit de principes. La majorité des juristes était formée par la seule pratique, en écoutant les leçons des juges et certainement en lisant leurs jugements !, voir David, supra, note 24, n° 316.

distinguer la situation qui se présente aujourd'hui de celles qui ne sont présentées dans le passé. La règle de droit (*legal rule*) qui se dégage d'une décision anglo-saxonne, moins abstraite que la règle de droit de la famille romano-germanique, est une règle qui vise à donner sa solution à un litige et non à formuler une règle générale de conduite pour l'avenir. Elle se situe à un niveau de généralité moindre que la règle de droit française. On ne peut vraiment la comprendre et en apprécier la portée que si l'on connaît bien tous les éléments de fait du litige à propos duquel elle a été affirmée.

On se heurte toutefois à une complication dans la détermination de la règle de droit lorsque le jugement d'une espèce n'est pas le fait d'un seul juge ou ne se présente pas comme le jugement homogène d'une tribunal constitué de plusieurs magistrats, c'est-à-dire lorsque plusieurs juges arrivent à la même conclusion juridique pour des raisons différentes énoncées dans des motivations différentes.

L'arrêt *Dalton* v. *Angus* s'avère un exemple par excellence de cette complication à découvrir la règle juridique déterminante qui devrait, dans une affaire ultérieure semblable, servir de guide à l'élaboration de la décision. L'arrêt *Dalton* représente en *common law* un précédent d'une force particulière, notamment dans le domaine de l'acquisition des servitudes par prescription (26). Tous les magistrats arrivèrent à la même conclusion, mais par le biais d'opinions si divergentes qu'il importe d'en faire valoir quelques-unes.

Nous ne pouvons nous permettre d'offrir un commentaire exhaustif de cet arrêt car, toutes proportions gardées, il faudrait y consacrer plus de trois cent pages de texte. L'arrêt, tel que formulé par la *High Court* et par la Chambre des Lords s'étend sur quatre-vingt douze pages, mais en tenant compte du caractère

(26) 1°) l'arrêt Dalton est célèbre pour :
a) son traitement de la présomption du titre perdu et des preuves admissibles pour la renverser ; b) l'acquisition d'une servitude négative ; c) la clandestinité de la possession ; d) l'effet d'une possession non susceptible d'interruption ; e) les caractéristiques d'une servitude d'appui ; f) et enfin pour un point hors du sujet de cette étude : la responsabilité de l'employeur pour les actes de son préposé.
2°) Il est impossible de consulter un traité général sur le droit des biens de la common law, un ouvrage didactique, un traité spécialisé sur les servitudes, un traité historique ou encore des décisions portant sur l'acquisition des servitudes par prescription sans y trouver de nombreuses références à l'arrêt Dalton de 1881. Voir à cet effet : Megarry & Wade, supra, note 16 ; Cheshire et E.H. Burn, Modern Law of Real Property, 13e éd., Scarborough, Canada, Butterworth & Co Ltd, 1982 ; Simpson, supra, note 6 (traité historique) ; Gale, supra, note 1 ; voir les arrêts suivants : A.G. v. Antrobus (1955) 2 Ch. 188 ; Lloyds Bank v. Dalton (1942) 1 Ch. 466 ; Garfinkel v. Kleinberg (1955) 2 D.L.R. 844 ; Phipps v. Pears (1965) 1 Q.B. 76 ; Beckett v. Lyons (1967) 1 All E.R. 833 ; Oakley v. Boston (1976) Q.B. 270 ; Blewman v. Wilkinson (1979) 2 NZLR 208.

typographique anormalement réduit des cinquante premières pages, il compte en réalité environ *cent quarante pages* (27) !

Nous avons choisi de mettre en évidence certaines spécificités propres au raisonnement de la *common law* au sujet de la prescription des servitudes.

Tout au long de leurs raisonnements, par des dissections minutieuses d'arrêts antérieurs, les juges établissent de nombreuses distinctions entre différentes espèces de servitudes : de vue (*easement of prospect*), de jour (*easement of light*), de passage (*easement of way*) etc. Nous ne soulignons pas ces passages à moins qu'ils s'avèrent essentiels à notre discussion.

B - Les faits

Les circonstances entourant le litige se déroulèrent comme suit. L'appelant Dalton et la Société Angus, intimée, étaient propriétaires de deux lots voisins. Chacun avait bâti, à l'extrémité de son terrain une maison d'habitation. Ces deux maisons, attenantes l'une à l'autre mais construites séparément, bénéficiaient mutuellement d'un appui latéral fourni par le sol et le sous-sol du voisin. En 1849, plus de vingt ans après la construction de ces deux demeures, l'intimée Angus transforma son immeuble résidentiel en une usine de fabrication de diligences. Seuls les murs intérieurs furent démolis et remplacés par des poutres de briques. Ce changement dans la destination de l'immeuble, effectué au vu et au su du voisin Dalton, n'apporta aucune modification extérieure visible. Toutefois, les nouvelles poutres de briques exerçaient une pression accrue sur le sol du voisin.

Vingt sept ans après cette conversion, Dalton fit démolir sa résidence et procéda à l'excavation du sol afin d'y construire un nouvel édifice à bureaux. Notons que la maison de Dalton avait été construire à même le sol, sans fondation. Suite à cette excavation, l'usine de la société Angus s'effondra. Alléguant avoir acquis un droit d'appui latéral sur le fonds de son voisin, Angus poursuivit Dalton en dommages-intérêts pour le préjudice causé par l'effondrement de son immeuble.

La cause fut introduite en 1876 au tribunal de première instance pour culminer, en 1881, à la Chambre des Lords. Entre temps, le litige fut entendu à la Cour du banc de la Reine, à la Cour d'appel et à la *High Court*. De ces cinq instances judiciaires, seule la Cour du banc de la Reine rendit jugement en faveur de

(27) Si l'on examine la longueur des arrêt français répertoriés au recueil Dallos-Sirey et la longueur des notes doctrinales qui les accompagnent, toutes proportions gardées, il faudrait, pour rendre justice à l'arrêt Dalton, un commentaire d'au moins trois cent pages !

l'appelant Dalton pour le motif principal que, dans les circonstances, la possession d'un appui latéral sur le sol du voisin n'étant pas susceptible d'interruption, on ne pouvait pas présumer un titre de cession implicite d'un droit d'appui (*implied grant of support*) en faveur de l'intimée Angus (28).

L'appel fut entendu pour la première fois à la Chambre des Lords en novembre 1879. Consciente du vide juridique existant à cette époque sur la question d'acquisition de servitudes par prescription et également de l'influence qu'une telle décision pouvait avoir dans le domaine du droit des biens anglo-saxon, la Chambre, au lieu de rendre sa décision, ordonna plutôt que l'appel fusse entendu à nouveau par sept juges de la *High Court*. Ces juges furent spécifiquement chargés de répondre à cinq questions formulées par les Lords. Pour les fins de notre discussion, ces questions peuvent être réduites à deux : 1) Le propriétaire d'un immeuble peut-il acquérir un droit d'appui latéral sur le fonds adjacent suite à une possession ininterrompue de cet appui d'une durée de vingt sept ans ? 2) Est-il nécessaire de démontrer que le propriétaire du prétendu fonds assujetti connaissait l'étendue de cet appui ? (i.e. l'appui latéral d'un immeuble sur le sol voisin est-il un acte clandestin ?).

Après avoir étudié les décisions rendues, en mars 1881, par les juges de la *High Court*, la Chambre des Lords rendit son jugement final en juin 1881. Cinq ans et quelques centaines de pages après l'introduction de la cause en 1876 ! L'engorgement des tribunaux n'est pas un phénomène aussi récent qu'on pourrait le croire !

Comme il nous est impossible de discuter en détail chacun des onze jugements (29), nous avons choisi d'analyser certains passages contenus dans les décisions du juge Fry de la *High Court* et des Lords Selborne et Blackburn de la Chambre des Lords.

Tout d'abord examinons brièvement les opinions exprimées par les juges de la *High Court* quant à la nature de ce droit d'appui.

C - La décision

a) La nature du droit d'appui d'un immeuble sur le fonds voisin

Les onze magistrats furent unanimes sur un seul point : puisque les héritages des parties au litige n'étaient pas dans leur état naturel, il ne pouvait s'agir d'un droit conféré par la loi (*natural right* ou *common right*) du même type que le droit

(28) Voir 3 Q.B.D. 85.
(29) Sept juges et quatre Lords, Lord Coleridge s'abstint de rendre une décision, mais endossa complètement celles des Lords Blackburn et Selborne.

d'appui d'un sol sur le sol voisin. Le droit d'appui d'un immeuble sur le sol voisin doit être acquis ; mais c'est sur le mode d'acquisition que les opinions différèrent.

Les sept juges de la *High Court* répondirent affirmativement à la première question mais pour des motifs différents.

Trois d'entre eux (30) qualifièrent cet appui de droit incident à la propriété (*proprietary right* ou *right incident to ownership*) pouvant s'acquérir, non pas par prescription, mais par une possession *de facto* d'une durée de vingt ans (31).

Trois autres juges (32) qualifièrent cet appui de servitude où, suite à une possession publique et ininterrompue de vingt ans, l'on pouvait présumer un titre de cession de cet appui. Ils soulignèrent que le propriétaire du fonds servant (Dalton) bénéficiait, en tant que propriétaire du sol voisin, du droit incontestable de provoquer l'effondrement de l'immeuble de son voisin, mais comme il ne s'en est pas prévalu dans les vingt premières années qui suivirent son érection, il a consenti à la création d'une servitude d'appui. Ils notèrent cependant que cette règle, quoique tout à fait dépourvue de bon sens (*common sense*), fut établie par la jurisprudence antérieure et ils n'osèrent pas la répudier.

Pour cette raison, le juge Fry considéra que ce droit d'appui n'était pas susceptible d'acquisition par prescription parce que le propriétaire du prétendu fonds servant, n'étant pas en mesure d'empêcher son voisin de construire un immeuble à l'extrémité de son terrain, ne pouvait pas vraisemblablement consentir à l'érection de cet immeuble et par conséquent à l'appui additionnel imposé à son propre sol. Donc, pour Fry, il ne s'agissait pas d'une servitude mais se sentant lié par la jurisprudence antérieure, il considéra plutôt ce droit d'appui comme étant le produit d'une règle de droit artificielle et pouvant s'acquérir par une possession de vingt ans (33). De toute évidence, il se sentit incapable de nier l'existence de ce droit d'appui quelque puisse être sa nature.

---

(30) Les juges Pollock, Field et Manisty.

(31) Ce raisonnement nous paraît quelque peu étrange. S'il s'agit d'un privilège attaché à la propriété (right incident to ownership) pourquoi exiger une jouissance de vingt ans pour le confirmer. Ces juges semblent faire une distinction entre un privilège attaché à la propriété par la loi ex jure naturae, par exemple le cas de l'appui d'un sol sur le sol adjacent et un privilège qui devient attaché à la propriété suite à une possession de facto longue et continue comme c'est le cas pour l'appui d'un immeuble sur le sol adjacent. La distinction va de soi mais l'exclusion du second de la possibilité de prescription s'explique mal.

(32) Les juges Bowen, Lindley et Lopes.

(33) "I regard the right as resting, not on any principles, but solely on a series of authorities which disclose no clear ground for their existence. I view the right in question as the result of an artificial rule of law ..." à la page 779 du jugement.

b) Les qualités de la possession

Pour ce qui a trait aux qualités de la possession susceptible de mener à une prescription acquisitive, les raisonnement de Fry et de Lord Blackburn s'opposèrent. Quoiqu'ils répondirent affirmativement à la première question, leurs motifs divergèrent de façon marquée.

Pour Fry, toutes les règles de droit visant la prescription et la présomption de titre reposent sur un seul élément : le consentement implicite (*acquiescence*) du propriétaire du fonds servant.

Les magistrats, dit-il, ont recours à différentes techniques ou convenances pour valider les titres de propriété. Dans tous les cas, la notion du consentement implicite et rien d'autre est le principe sur lequel reposent ces techniques. Selon Fry, les éléments constitutifs du consentement implicite sont les suivants : 1) l'accomplissement d'un acte par une personne sur l'héritage d'une autre personne ; 2) l'absence de droit pour accomplir cet acte ; 3) la connaissance, de la part de la personne affectée, que cet acte est accompli ; 4) le pouvoir, de la part de la personne affectée, d'empêcher cet acte par une obstruction physique ou par un recours au tribunal ; 5) et enfin, le défaut d'agir de cette personne durant une période suffisamment longue, faisant en sorte que le tribunal trouvera raisonnable de lui interdire à l'avenir d'empêcher l'accomplissement de cet acte.

Il était impensable, pour Fry, d'imaginer une situation de consentement implicite où le propriétaire du fonds servant : 1) n'aurait pas connaissance de l'acte accompli ; 2) n'aurait pas le pouvoir d'empêcher l'acte soit lui-même ou soit au moyen d'une poursuite judiciaire ; 3) et ne se serait pas abstenu d'exercer ce pouvoir. Telle est la nature du consentement implicite. Il est le seul fondement de la prescription acquisitive et de la fiction du titre perdu. Se référant à un arrêt antérieur (34), il réitéra que la possession du propriétaire du fonds dominant doit être *nec vi, nec clam, nec precario* tel qu'enseigné par le droit romain. Une personne ne peut consentir une servitude à son voisin si elle n'a pas une connaissance actuelle ou implicite de l'étendue de la possession (35) et si elle ne peut pas interrompre cette possession.

Par conséquent, conclut-il, la possession d'un appui pour un immeuble sur le sol voisin étant clandestine et ne pouvant pas

(34) Sturges v. Bridgman (1879) 11 Ch. D. 852.

(35) La clandestinité vicie la possession. Dans les faits, pour Fry, lorsque l'usine de l'intimée s'est effondrée nul ne pouvait réellement prévoir ce résultat, donc l'appelant ne savait pas que son fonds lui servait d'appui. Raisonnement très différent de Lord Selborne infra.

être interrompue, il ne saurait, en l'espèce, être question de consentement implicite et, *a fortiori*, de prescription acquisitive. Pour appuyer son raisonnement, Fry cite une maxime tirée du traité de Pothier (36) : *Contra non valenten agere, nulla currit praescriptio.*

Dans les circonstances du litige, dit-il, le seul véritable moyen de protestation consisterait à démolir son propre immeuble (37) pour pouvoir procéder à l'excavation du sol sur lequel il repose. La loi ne peut pas raisonnablement exiger une telle détérioration de ses biens uniquement pour entraver l'acquisition d'une servitude. Comme nous l'avons souligné précédemment, Fry accorde tout de même un droit d'appui qui, selon lui, se fonde sur une règle de droit artificielle et étrangère à la notion du consentement implicite.

Quant à la deuxième question, à savoir s'il était nécessaire de démontrer la connaissance, de la part du propriétaire du fonds assujetti, de l'étendue de cet appui, Fry répondit négativement. Pour lui il était indifférent que le propriétaire du fonds assujetti connaisse ou non l'étendue de la possession dans les cas où il ne pouvait pas protester ou interrompre cette possession.

Lord Blackburn rejeta le principe selon lequel la notion du consentement implicite, telle qu'exprimée par Fry, est le seul fondement valable pour la prescription acquisitive. En théorie, soutint-il, toute personne possède, au début de l'exercice de la possession par son voisin, le pouvoir d'interrompre l'acte posé. Ce serait une fiction que de prétendre que le défaut d'agir ou de protester contre l'accomplissement de l'acte soit une preuve de consentement implicite, voire exprès dans certains cas. Ce défaut d'agir démontre plutôt une négligence dans l'exercice d'un droit (*laches*) et, dans de telles situations, le droit en cause a généralement peu de valeur.

Pour Blackburn, la jurisprudence anglo-saxonne, ainsi que celle des pays de droit civil, démontre que les principes sur lesquels repose la prescription sont beaucoup plus vastes. La prescription acquisitive n'est pas dérivée de la justice naturelle. Ces conditions d'existence varient selon les pays et les époques. Elle est fondée sur un souci d'"*optimalité*" dans l'utilisation des biens plutôt que sur l'équité (38). C'est dans cet esprit que les *Statutes of Limitations* modernes, ces lois prévoyant des

(36) Traité des obligations, partie III, chap. VIII, art. 2.
(37) Une poursuite devant les tribunaux serait sans succès puisqu'on ne peut empêcher une personne d'ériger un immeuble sur l'extrémité de son terrain.
(38) Pour vérifier sa prétention Blackburn passa en revue le droit écossais, le droit romain et prétorien, les écrits de Justinien, la doctrine française de Pothier, Domat, les Pandectes françaises, les articles 688 et 689 du code civil français, la Coutume de Londres, le traité de Gale, des arrêts anglais à partir du XVIe siècle, et les écrits de Coke ! Voir les pages 818 à 825.

prescriptions libératoires, sont édictées. L'objectif d'utilisation des biens serait méconnu s'il fallait pousser plus loin la recherche pour y découvrir un consentement implicite de la part du propriétaire du fonds assujetti. Par conséquent, le propriétaire d'un édifice qui a possédé *de facto* un appui latéral sur le sol avoisinant doit être protégé.

Blackburn évalua la possession en fonction du propriétaire du terrain dominant, alors que Fry fonda sa décision sur le pouvoir, pour le propriétaire du terrain assujetti, d'interrompre cette possession.

Quant à la question de connaissance, Blackburn reprit les trois qualités romaines de la possession. Là où la possession est préjudiciable, le propriétaire du fonds assujetti peut perdre ses droits par son inaction (*laches*). Il importe donc, en de telles circonstances, de se demander s'il connaissait l'ampleur et les répercussions d'une telle possession. Mais dans le cas d'un appui d'un immeuble sur le sol voisin, même s'il ne peut y avoir inaction *per se* ou négligence, les droits du propriétaire du fonds assujetti doivent être restreints pour des motifs d'intérêt public (*public benefit*) suivant la présomption qu'un droit non exercé pendant une longue période est un droit négligeable ou de peu de valeur.

Blackburn ne voyait pas ce que l'on pouvait exiger de plus dans les circonstances de l'espèce, donc la connaissance exacte de l'ampleur de la possession n'avait pas à être démontrée.

Pour Lord Selborne, la possession véritable et la durée de celle-ci étaient les fondements de *l'usucapio*. La possession doit être longue, continue et paisible. Toutes ces conditions existant dans l'espèce, il conclut à l'acquisition d'une servitude par prescription.

Les principes et le but des règles de droit visant la prescription acquisitive et les présomptions de titre seraient méconnus s'ils devaient être affectés par des considérations telles que le pouvoir d'interruption (39). Le pouvoir de résister ou d'interrompre l'acquisition d'un droit existe dans toutes les circonstances. Il est parfaitement concevable qu'une personne, exploitant raisonnablement son bien, décide de ne pas se prévaloir de son droit d'interruption pour la seule et unique fin d'empêcher une prescription.

Selborne ajouta que les principes établis en faveur de la validation des titres possessoires (*possessory titles*) au profit du plus grand bien de la communauté semblent davantage en harmonie avec les convenances et l'équité que ne le serait un

(39) En réponse à la première question les jugements de Selborne et Blackburn se ressemblent.

principe qui favoriserait la destruction des biens et du travail de son voisin.

Quant à la notion de clandestinité, Selborne n'y vit aucun obstacle en l'espèce. Il admit que la connaissance de la possession était un élément essentiel pour la prescription acquisitive. Toutefois une connaissance présumée suffit et, suivant les lois élémentaires de la nature, il était permis de présumer que toute personne sait qu'un édifice ne peut pas subsister sans un appui latéral du sol avoisinant. Dans les faits de cette instance, lorsqu'une maison d'habitation est transformée en une usine de carrosses, nous pouvons présumer que le propriétaire du terrain adjacent sait qu'une telle transformation exige une aggravation de l'appui fourni par son sol. Sachant ceci, il n'était pas nécessaire de démontrer qu'il connaissait en détail les structures internes de l'usine. Le changement de destination de l'immeuble voisin s'étant effectué ouvertement, le degré de connaissance présumée du propriétaire du fonds servant était suffisant.

c) La classification de la servitude d'appui

Le juge Fry, bien qu'il eût refusé de voir une servitude dans ce droit d'appui, a jugé qu'il s'agissait d'un droit passif (40).

Ce droit d'appui, dit-il, est comparable aux droits d'accès à la lumière et à l'air (*right to access of light and air*). Ceux-ci sont des droits passifs et semblables à la servitude *ne facias* en droit civil. Il n'élabora pas davantage sur ce sujet. Mais il démontra tacitement sa réticence à accorder une servitude négative.

Lord Blackburn jugea que le droit d'empêcher quelqu'un de creuser son fonds d'une manière préjudiciable pour le bien de son voisin exigeait une précaution si peu onéreuse qu'il devait être accordé. Donc implicitement, il classa le droit d'appui parmi les servitudes négatives.

Lord Selborne oscilla entre les deux types de servitudes, mais il pencha davantage vers la servitude positive. La pression de l'immeuble situé sur le fonds dominant, s'exerçant directement sur le fonds servant, était un acte positif accompli sur le sol assujetti, un empiétement. Toutefois il indiqua que, dans les faits de l'espèce, la classification avait peu d'importance. Elle ne devrait pas être déterminante dans l'affirmation du droit d'appui puisque celui-ci était nécessaire à la pleine jouissance de l'immeuble aussi bien qu'à sa sécurité et à sa stabilité.

(40) C'est une des raisons d'ailleurs qui l'ont amené à nier la servitude puisque pour lui un droit passif ne peut être créé que par un engagement formel (restrictive convenant), à la page 771.

D - Les effets de l'arrêt *Dalton* v. *Angus*

Ne considérant que les opinions émanant du plus haut tribunal, la Chambre des Lords, on obtient les résultats qui suivent. Des cinq Lords, quatre (41) affirmèrent que ce droit d'appui constitue à proprement parler une servitude, donc sujet à la prescription acquisitive. Le cinquième (42) endossa entièrement la théorie du consentement implicite du juge Fry mais se sentit contraint, par la jurisprudence antérieure, de décider qu'après une possession continue, ouverte ou clandestine, de cet appui pour une période de vingt ans, le droit anglais confère un droit absolu dans cet appui (43).

En résumé, dans l'arsenal jurisprudentiel de la *common law* l'arrêt *Dalton* v. *Angus* a établi que la possession paisible et ouverte, pendant vingt cinq ans, de l'appui d'un immeuble sur le sol voisin confère au possesseur une servitude d'appui. La présomption qu'un tel appui trouve son origine dans un titre est irréfragable et ne peut être renversée en démontrant l'absence de titre. La clandestinité de cet appui ne saurait être invoquée, car la seule présence d'un immeuble érigé à la frontière de deux terrains adjacents suffit pour présumer une connaissance adéquate chez toutes les personnes concernées.

Pour ce qui a trait à la classification d'une telle servitude, la majorité (44) jugea qu'il s'agissait d'une servitude négative. Cet arrêt figure parmi les rares qui ont contribué à établir la liste restreinte des servitudes négatives en *common law* (45).

La majorité de la Chambre des Lords n'a visiblement pas été impressionnée par la théorie du consentement implicite formulée par le juge Fry. Curieusement, la doctrine (46) et la jurisprudence (47) ultérieures ont nettement préféré la théorie de *l'acquiescence* à celle du *bono publico* des Lords Blackburn et Selborne. C'est donc dire qu'en *common law*, la qualité de la

(41)Blackburn, Selborne, Watson et Coleridge.
(42) Lord Penzance.
(43) Voir les pp. 803 à 807. Penzance, tout comme Fry, dénonce le conflit et les inconsistances qui semblent exister entre un droit conféré par la loi et l'acquisition d'un droit par prescription. En effet, s'il s'agit d'un droit conféré par la loi pourquoi exiger une période de possession de vingt ans avant de l'affirmer ? Fry, dans son jugement, avait soumis ce confit à la Chambre des Lords mais celle-ci ne l'a pas vraiment débattu.
(44) Blackburn, Coleridge et Penzance. Ce dernier, malgré son refus d'y voir une servitude classa implicitement ce droit parmi les droits passifs.
(45) Voir Gale, supra, note 1, aux pages 36-37 pour la liste de ces servitudes.
(46)Gale, supra, note 1, aux pages 179-180 ; Megarry & Wade, supra, note 16, page 872 ; Cheshire, supra, note 26, aux pages 512-513 ; D. Mendes Da Costa et R. Balfour, Property Law, Cases, Tests and Materials, Toronto, Canada, Edmond-Montgomery Ltd., 1982, page. 968.
(47) Voir par exemple : Union Lighterage Co v. London Graving Dock Co (1902) 2 Ch. 557 ; Oakley v. Boston (1976) Q.B. 270.

possession s'apprécie surtout en fonction de la connaissance et du pouvoir de résistance ou d'opposition du propriétaire du fonds servant.

CONCLUSION DE LA II[e] PARTIE

Dans des circonstances de faits comme celles de l'arrêt *Dalton* v. *Angus*, il est certain que tout magistrat "raisonnable" ne peut rester indifférent au préjudice causé par l'effondrement d'un immeuble. Toute la question consiste alors à attribuer un droit quelconque au propriétaire affligé en tenant compte des contraintes et des exclusions formulées par la jurisprudence antérieure.

Il est vrai que les magistrats anglo-saxons ne sont pas appelés à déduire le droit à partir d'un ensemble de règles abstraites rassemblées dans un code. Il ressort toutefois de cette décision qu'ils ne jouissent pas d'une liberté illimitée dans la création de droits inédits. Que le raisonnement s'opère par déduction, à partir de règles générales, ou par distinctions, entre les faits de l'affaire présente et ceux d'affaires précédentes, les juges voient leur champ d'action limité par des contraintes et des exclusions établies avant eux. Elles sont si fortement ancrées dans le droit commun du pays qu'il est délicat de les renverser.

Au surplus, dans un système de droit essentiellement jurisprudentiel, les juges sont limités non seulement par des précédents judiciaires, mais aussi par la portée et les effets de leurs décisions, lesquelles à leur tour serviront de précédents.

Dans cette décision, transparaît un désir de perpétuer un droit stable et certain contenant un minimum d'exceptions. Dans les circonstances de l'espèce, ce désir était justifié en ce sens qu'elles n'exigeaient pas une solution nouvelle ou la création d'une exception. Des catégories légales déjà établies, c'est-à-dire droit naturel (*common right*), privilège attaché au droit de propriété et servitude, la dernière a été retenue.

Une fois ce choix arrêté, il fallait manoeuvrer avec une contrainte bicentenaire : l'exigence d'un titre de cession de droit comme origine légale pour l'affirmation d'un droit réel nouveau acquis par prescription. Le caractère négatif de la servitude d'appui rendait l'existence d'un titre, même présumé, fort douteuse. La *common law* conçoit mal un titre de cession de droit dans lequel on s'abstient de faire quelque chose sur son propre fonds. Mais Lord Blackburn, guidé par sa vision de la paix publique, ignora cette difficulté. Lord Selborne a démontré que cette servitude pouvait tout aussi bien se classer parmi les positives. La pression latérale constante exercée sur le fonds voisin donne le droit d'accomplir un acte empiétant sur ce fonds

i.e. un acte de pression. Ce raisonnement, quoique accommodant dans l'espèce, laisse supposer que la classification des servitudes en positives et négatives n'est pas aussi contraignante qu'on pourrait le croire. En effet, n'importe quel juriste moyennement habile peut transformer, par un jeu de mots, la plupart des servitudes qui, *prima facie*, s'avèrent négatives en positives.

Une autre contrainte, moyenâgeuse cette fois et inspirée du droit romain, celle de la clandestinité de la possession, devait être contournée. Le recours à la notion de connaissance présumée du propriétaire du fonds assujetti élimina l'obstacle. Une appréciation *in abstracto* suffit.

III. - LA PRESCRIPTION DES SERVITUDES EN DROIT CIVIL FRANCAIS ET EN COMMON LAW

A - La servitude d'appui en droit civil français

Le droit civil français met l'accent sur la continuité et l'apparence des servitudes (48). Une servitude est continue lorsqu'elle n'a pas besoin du fait actuel de l'homme. Dans cette catégorie, on exclut la servitude de passage et on inclut la prohibition de faire un acte déterminé. Les exemples les plus fréquemment cités par la doctrine sont la servitude de ne pas bâtir et la servitude *non altius tollendi*. Quoique rarement citée en exemple, est aussi continue la servitude d'appui ou servitude *oneris ferendi* (49) en ce sens qu'elle comporte la prohibition de creuser ou d'excaver au-dessous d'une certaine profondeur afin de ne pas provoquer l'effondrement de l'immeuble situé sur le fonds voisin (50).

Une servitude est apparente si elle s'annonce par des ouvrages extérieurs, tels une porte, une fenêtre. Il n'est pas nécessaire que la servitude, pour être apparente, se révèle ostensiblement à l'attention de tous. Il suffit qu'elle se manifeste sans équivoque à celle du propriétaire du fonds servant (51). Les servitudes de ne pas bâtir et *non altius tollendi* sont non apparentes. Mais l'apparence ou la non apparence ne sont pas des caractères intrinsèques et invariables de la servitude. Ces caractéristiques dépendent des circonstances dans lesquelles

(48) Article 688 C.c.f.

(49) Voir R. Béraud et J. Debeaurain, Mitoyenneté clôture-bornage servitudes, Paris, Sirey, 1981, à la page 134.

(50) En même temps la servitude d'appui est l'objet d'une possession continue parce que la pression latérale exercée sur le sol voisin est continuelle et n'a pas besoin du fait de l'homme.

(51) Voir A. Well, F. Terré et P. Simler, Droit civil, "Les biens", 3e éd., Paris, Dallos, 1985, n° 811 la note 30 Civ. 20 déc. 1955, D. 1956, 214.

s'exerce la servitude (52). Ainsi la servitude d'appui se manifeste suffisamment dès qu'un édifice est érigé sur un sol voisin.

Pourvu qu'une servitude continue et apparente soit l'objet d'une possession utile, c'est-à-dire continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire (53), la recherche s'arrête là et on affirme le droit après une possession trentenaire.

Contrairement à la *common law*, le droit civil ne reconnaît, en principe, au propriétaire du fonds servant qu'un rôle restreint et la qualité de la possession utile s'apprécie en fonction du propriétaire du fonds dominant (54).

Comme le code civil français passe sous silence l'aspect positif ou négatif d'une servitude, il n'y a aucune difficulté à accorder une servitude d'appui, même si celle-ci est avant tout une servitude négative. Donc il n'est pas exact de prétendre, comme le fait souvent la doctrine, que les servitudes négatives sont à la fois continues et non apparentes (55).

B - Les justifications pour l'exclusion de certaines servitudes de la prescription acquisitive

a) En droit civil français

Seules les servitudes continues et apparentes sont susceptibles d'acquisition par prescription (56).

(52) Weill, supra, note 51, n° 811.
(53) Article 2229 C.c.f.
(54) Voir toutefois Civ. 3e 14 mars 1972, Bull. civ. III, n° 179 où une tendance plus exigeante semble se dessiner : les actes de possession d'une servitude de vue par prescription doivent être de nature à éveiller l'attention du propriétaire d'un fonds voisin et à provoquer au besoin se contradiction. Cette dernière condition, absente du Code civil français, ressemble étrangement à la théorie du consentement implicite (acquiescence) exprimée par le juge Fry dans laquelle le pouvoir de s'objecter à la possession est un élément essentiel de la prescription acquisitive.
(55)Weill, supra, note 51, n° 812 où il affirme que les servitudes négatives sont continues et non apparentes.
(56) Article 690 C.c.f. Il peut être intéressant de noter qu'au Québec le Code civil du Bas Canada a, depuis 1866, toujours prohibé l'acquisition d'une servitude par prescription, voir l'article 549 C.c.B.C. "Nulle servitude ne peut s'établir sans titre ; la possession même immémoriale, ne suffit pas à cet effet". Jusqu'à tout dernièrement une servitude ne pouvait s'établir que par titre ou par destination du père de famille (article 551 C.c.B.C.) peu importe qu'elle fusse continue ou discontinue, apparente ou non apparente. Un projet de loi de 1984, le projet de loi 20, portant réforme au Code civil du droit des biens, adopté le 20 avril 1987, mais non encore en vigueur, permet dorénavant l'acquisition de certaines servitudes par prescription. Voir l'article 1222 nouveau C.c.Q. : "La servitude s'établit par contrat, par testament, par destination du propriétaire ou par l'effet de la loi. La servitude continue et apparente peut aussi s'établir par prescription acquisitive mais, en aucun cas, la servitude discontinue ou non apparente ne peut s'acquérir sans titre".

L'exclusion de la servitude discontinue (57), telle celle de passage, se justifie par une volonté de maintenir, dans la communauté de voisinage, les actes de tolérance. Si des actes discontinus et isolés pouvaient aboutir à la prescription, il faudrait mettre fin à ces tolérances. Ceci risquerait d'entraver la bonne harmonie qui doit régner entre voisins.

Pour l'exclusion de la servitude non apparente, deux explications sont avancées. L'une tient à ce que son caractère généralement négatif rend inconcevable, pour une telle servitude, une possession véritable (58). Les prétendus faits de possession (n'avoir pas de construction devant son fonds ou n'avoir que des constructions peu élevées) ne sont que des actes de pure faculté et non de possession utile. Cependant dans le cas de la servitude d'appui qui permet d'empêcher toute excavation profonde près de son immeuble, bien que celle-ci soit apparente, cette justification visant la qualité de la possession ne tient pas.

L'autre explication vient du fait qu'aucun indice matériel et extérieur ne les révélant, les servitudes non apparentes risquent de tromper la vigilance du propriétaire du fonds servant, parce que son attention n'aura pas été suffisamment attirée. Ainsi on ne pourra admettre que l'exercice prolongé de cette servitude aura été de nature à impliquer une reconnaissance de la part du propriétaire du fonds assujetti (59).

b) En common law

En *common law*, l'apparence et la continuité de la servitude ne sont pas comme tels des facteurs déterminants. Les servitudes sont plutôt classées suivant leur caractère positif ou négatif (60).

La servitude positive est celle qui donne le droit d'accomplir des actes empiétant sur le fonds d'autrui. Ces actes généralement précis et déterminés, font naître un droit actif et en ce sens respectent l'exigence du *capable of being the subject-matter of a grant*. Ils peuvent véritablement être l'objet d'une cession de droit.

La servitude négative est celle qui permet de bénéficier d'une abstention imposée à autrui. En langage de *common law*,

(57) Il convient de distinguer la servitude discontinue et la possession discontinue ; voir Weill, supra, note 51, n° 825 ; J. Carbonnier, Droit civil, "Les biens", 10e éd., Paris, P.U.F. 1980, n° 53 ; Béraud et Debeaurain, supra, note 49, n° 114.

(58) Weill, ibid. ; Carbonnier, ibid.

(59) Cette justification n'est toutefois pas partagée par tous les auteurs, voir Weill, supra, note 51, n° 8 la note 86. Encore une fois, cette appréciation en fonction du propriétaire du fonds servant rappelle jusqu'à un certain point la théorie du juge Fry.

(60) Voir Gale, supra, note 1, aux pages 35 à 37 et la discussion précédente aux pages 22 à 34.

c'est celle qui défend au voisin de faire un acte qu'il a le droit d'accomplir sur son fonds. En quelque sorte, c'est le priver d'un de ses privilèges. La *common law* s'est traditionnellement montrée réticente à accorder de telles servitudes et considère que ce type de droit passif s'acquiert au moyen d'un engagement formel ne liant que les parties au contrat (*restrictive convenant*) (61).

Contrairement au droit civil français où la prohibition est expresse pour l'acquisition de certaines servitudes par prescription, en *common law*, on ne défend pas explicitement l'établissement par prescription de toutes les servitudes négatives. Simplement, on ne les accorde pas aisément.

Trois explications s'offrent pour cette *quasi* exclusion. La première, comme nous l'avons vu dans la I° partie, provient de la nécessité d'un titre (62). La deuxième tient compte de l'étendue du droit de propriété et de la liberté individuelle de chaque propriétaire. On hésite à restreindre indûment l'exercice du droit de propriété en empêchant son titulaire d'accomplir des actes normaux de propriétaire.

La troisième s'inspire de préoccupations d'ordre économique et social. Considérant le caractère perpétuel de la servitude, affirmer des titres de servitudes négatives, sans peser soigneusement les avantages, les inconvénients et les répercussions, risque de ralentir le développement et la pleine utilisation des héritages. De plus figer ces héritages dans leur état actuel diminue leur valeur potentielle et est par surcroît néfaste pour leur commerce.

En droit civil français, il semble que l'exclusion, pour la servitude non apparente, de l'acquisition par prescription joue essentiellement le même rôle économique et social que la *quasi* exclusion de ce mode d'acquisition pour la servitude négative en *common law*.

C - Les moyens utilisés pour contourner les exclusions

Malgré les exclusions qui existent dans le code civil français ou, pour la *common law*, dans la jurisprudence antérieure, une même tendance se révèle : si la servitude assure la fonction d'un bien les juges trouveront les moyens de contourner ces exclusions.

(61) Voir Megarri & Wade, supra, note 16, aux pages 770 à 798. Voir aussi Tulk v. Moxhay (1848) 2 PH. 774.
(62) Voir Megarry et Wade, supra, note 16, aux pages 838 et suivantes.

a) En droit civil français

L'article 691 du code civil français qui établit explicitement l'exclusion, pour certaines servitudes, de la prescription acquisitive est partiellement tourné par la jurisprudence. Celle-ci a décidé par exemple que, si des actes de passage, répétés pendant trente ans, sont impuissants à fonder une servitude, ils peuvent tout de même faire acquérir la propriété ou la copropriété du chemin sur lequel ils se sont exercés (63). Ainsi le désir d'assurer la fonction d'un bien l'emporte sur celui de respecter les actes de tolérance.

Un autre assaut dirigé contre la tolérance et en faveur des actes de pure faculté : on permet au prétendu possesseur d'une servitude discontinue (i.e. passage) de faire la preuve, par tous les moyens, d'une possession véritable (64). Un arrêt (65) a déclaré, à cet effet, que les juges du fond sont souverains pour décider si les fait de la possession invoqués constituent des actes de pure tolérance ou s'ils peuvent au contraire fonder une prescription acquisitive.

Donc on voit bien que les juges préfèrent s'accorder toute la liberté pour décider en fonction de l'utilisation du bien à desservir soit en assurant sa fonction soit en y assurant l'accès.

b) En common law

Nous avons déjà exposé, en I° partie, la fiction du titre perdu (*lost modern grant*). Cette création jurisprudentielle du XVIIIe siècle illustre non seulement le désir mais aussi la nécessité de faciliter l'affirmation des titres possessoires en assouplissant les moyens de preuve.

Cette exigence d'un titre pour toute création d'un droit réel nouveau entraîne avec elle la *quasi* exclusion des servitudes négatives. Pour se tirer d'embarras, Lors Selborne, dans l'arrêt *Dalton* v. *Angus* offrit une porte de sortie : faire en sorte que celle-ci puisse s'exprimer de façon positive.

On pourrait soutenir que toutes les servitudes comportent un aspect négatif. Par exemple, la servitude de passage, traditionnellement vue comme positive, entraîne comme aspect négatif la prohibition pour le propriétaire du fonds servant de bloquer, par quelque moyen que ce soit, ce passage. Il n'est plus libre d'agir à sa guise sur son fonds. Il est donc privé d'un de ses

(63) Voir Carbonnier, supra, note 57, n° 53 et 55 sous la rubrique de politique législative aux pages 232-233.
(64) Weill, supra, note 51, n° 827 et la note 90.
(65) Civ. 3e, 30 janv. 1973, Bull. civ. III, n° 88.

privilèges. Le même raisonnement pourrait s'appliquer à toutes les servitudes positives.

Ceci laisse supposer que la classification des servitudes en positives et négatives est plutôt illusoire et sujette à être manipulée selon les intérêts en cause.

CONCLUSION DE LA III' PARTIE

Le droit français et la *common law* ont des règles bien précises quant à l'affirmation des servitudes acquises par prescription. Chaque système a su établir des distinctions et des exclusions quant aux caractères des servitudes. Pour le droit français, c'est l'apparence et la continuité qui importent. Pour la *common law*, c'est l'aspect positif ou négatif.

Quant à la qualité de la possession, son appréciation diffère aussi. Le droit français examine davantage la possession *per se* du propriétaire du fonds dominant. La *common law*, guidée par la théorie du consentement implicite du juge Fry, se place davantage du côté du propriétaire du fonds servant et essaie de découvrir si celui-ci a vraiment délaissé son bien, si par ses actes et surtout ses omissions il a réellement consenti à céder un droit sur son bien.

Ces règles, quoique très différentes les unes des autres et emportant avec elles des méthodes de raisonnement toutes aussi différentes, aboutissent sensiblement au même résultat. Lorsque le résultat se trouve en conflit avec le but principal recherché, c'est-à-dire l'utilisation optimale des biens-fonds, les juges des deux systèmes interviennent de façon fort habile.

CONCLUSION GENERALE

Un malaise est évident dans les deux systèmes de droit. les juges sons embarrassés par les textes (code ou jurisprudence antérieure) sur la prescription des servitudes. L'arrêt *Dalton* v. *Angus* le démontre clairement. Quand un situation de fait a duré pendant longtemps, les magistrats hésitent, avec raison, à y mettre fin.

A cet effet, en droit civil français, deux méthodes jurisprudentielles ont été développées. La première consiste à assouplir les exigences de preuve en faisant en sorte que le juge du fond soit souverain pour qualifier les actes possessoires. Aussi les exclusions de l'article 691 du code civil français peuvent être habilement contournées. La deuxième consiste à opter pour une catégorie légale autre que la servitude pour affirmer un titre de propriété. On a recours par exemple à la copropriété. On ferme les yeux sur le fait que celle-ci dénature quelque peu la propriété

en ce sens que les droits des titulaires, ne portant plus sur la chose *per se*, deviennent abstraits. Mais, disait Domat, les copartageants doivent s'incommoder pour s'accommoder.

En *common law*, on a essentiellement recours aux deux même méthodes par des moyens différents. La preuve de l'existence d'un titre de cession de droit est facilitée par le pouvoir du juge de recourir à la présomption irréfragable du *lost modern grant*. En deuxième lieu, si la possession alléguée ne satisfait pas aux exigences de la théorie du consentement implicite (*acquiescence*), à l'instar du juge Fry, on affirme le droit en le classant dans une catégorie légale autre que la servitude quitte à avouer son caractère artificiel ou son absence de fondement juridique ! Si, au contraire, la possession du propriétaire du fonds dominant satisfait aux exigences de la notion *d'acquiescence* mais qu'on se heurte à une servitude négative, on tempère la classification de celle-ci à la façon de Lord Selborne.

Les juges favorisent tout simplement l'affirmation du droit de propriété du possesseur de longue date au nom de la paix publique même dans les situations où il n'y a pas de manque de diligence (*laches*) dans l'exploitation des biens de celui contre qui joue la prescription. Ce qui revient à dire que la considération du *bono publico*, exprimée par Lord Blackburn, est celle qui, en fin de compte, est appliquée, consciemment ou inconsciemment, dans les deux systèmes de droit. Les juges et le code civil français, ainsi que la jurisprudence anglo-saxonne, refusent tout simplement de l'admettre ouvertement. On joue à l'autruche et on se cache derrière des textes que l'on déforme.

On doit donc s'interroger sur la valeur législative de la double exclusion contenue à l'article 691 du code civil français. De même doit-on s'interroger sur l'exigence d'un titre présumé pour prescrire en *common law*.

L'intérêt public, à travers l'utilisation maximum des biens et des besoins d'habitation, serait mieux servi si l'on s'en remettait tout simplement aux solutions romaines, non déformées, qui ont inspiré les règles de droit concernant les servitudes dans les deux systèmes. C'est-à-dire permettre l'acquisition des servitudes par prescription toutes les fois que les actes allégués sont suffisamment publics et répétés pour constituer une possession utile (*use as of right*), pourvu que cette possession soit bien dans l'intérêt du fonds et non de la personne. En ne considérant que la possession véritable et l'utilité du bien, on risque moins de dénaturer le droit de propriété.

La seule vrai contrainte légale réside dans la durée perpétuelle de la servitude. Il faut alors se demander si les avantages fournis au fonds dominant excèdent les inconvénients causés pas l'amputation ou le démembrement du droit de pro-

priété du propriétaire du fonds servant. Dans le contexte plus général du droit des biens, la seule vraie question à poser est la suivante : le droit de propriété peut-il supporter un tel démembrement tout en demeurant un droit de propriété ?

Le droit de propriété est un droit d'étendue variable. Une restriction aux droits d'un propriétaire dans l'intérêt d'un fonds voisin, c'est ce qui caractérise toute servitude. C'est une limitation normale au droit de propriété, *a fortiori* si le démembrement est essentiel à la pleine jouissance (66) et à la sécurité d'un bien. En cas de conflit, le droit de moindre importance doit céder. C'est ce que les Lords Blackburn et Selborne ont explicitement exprimé dans l'arrêt *Dalton* v. *Angus* de 1881. C'est aussi ce que le juge Fry a tacitement avoué dans sa décision.

(66) Il ne faudrait pas sombrer dans l'exagération et accorder des servitudes purement capricieuses. La servitude doit accommoder le fonds dominant et non uniquement son titulaire.

GENESE DU DROIT MORAL DANS LES DROITS D'AUTEUR FRANCAIS ET ANGLAIS

Par

Ysolde GENDREAU
B.C.L., LL.B. (McGill)
Avocate

Pour un juriste français, l'importance du droit moral au sein du droit d'auteur ne fait aucun doute. La loi française du 11 mars 1957, port d'attache des développements théoriques, reflète cet état d'esprit par le premier paragraphe de son article 1er : "L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par la présente loi". On notera que le législateur n'utilise pas l'expression de "droit moral", mais plutôt celle d'"attributs d'ordre intellectuel et moral". Faudrait-il y déceler une volonté de ne pas créer de droit véritable ? Le manque de rigueur de la terminologie de la loi a déjà été observé (1). On pourrait en déduire que, à l'instar d'autres droits de la personnalité tels le droit à l'image ou le droit au nom, le législateur n'a voulu fournir qu'"un moyen utilisé par rapport à un but" (2), à savoir, la protection de la personnalité, le terme "droit moral" ne devenant donc qu'une convention d'usage. Sans nier cette fonction fondamentale du droit moral, il semble cependant que l'un des buts de la législation de 1957 a été de

(1) H. Mazeaud, "Le droit moral des artistes sur leurs oeuvres et son incidence", D. 1959, chr. XX, p. 133, p.134, n° 5.
(2) E. Agostini, "La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom", D. 1973, chr. XLX, p. 313, p. 317.

conférer à ces prérogatives morales un statut plus fort, "la figure d'un droit véritable" (3).

D'aucuns (4) ont voulu voir, dans cette définition du droit d'auteur, la prééminence du droit moral sur les droits patrimoniaux. Il n'en est pas de même dans les lois sur le droit d'auteur des pays de *common law*. La loi anglaise (5) ne contient pas de semblable définition et s'il s'y glisse, parmi ses articles, des dispositions (6) qui relèveraient du droit moral, on se garde bien de les considérer comme l'indication d'une reconnaissance de ce droit dans la notion de droit d'auteur (7).

Veut-on dire par là que les auteurs -et entendons le mot "auteur" au sens large du terme- ne bénéficient d'aucune protection de leurs intérêts moraux ? Ce n'est plus poser la même question : on peut envisager la protection de ces intérêts sans rechercher l'unité théorique. En effet, les paramètres présents dans le droit peuvent fournir des solutions qui, vues dans leur ensemble, sembleront hétéroclites, mais qui rempliront leur devoir de réglementation et régiront pourtant efficacement une nouvelle situation. Ce développement à l'intérieur du système juridique permet un assouplissement, un raffinement des règles dont on découvre ainsi les nouvelles possibilités. C'est le cas du droit d'auteur anglais où "l'absence de reconnaissance formelle du droit moral en Grande-Bretagne n'a pas empêché ce pays de ratifier le texte de l'article 6bis de la Convention de Berne révisée à Rome qui lui fait un devoir de protéger les intérêts spirituels de l'auteur" (8). On s'accorde même à affirmer que le droit moral est effectivement protégé par le droit anglais (9).

(3) P. Roubier, Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963, p. 374 : Il est hors de doute que la loi du 11 mars 1957, en France, a voulu donner au droit d'auteur, sous cet aspect moral, la figure d'un droit véritable ; car elle décide que l'auteur d'une oeuvre de l'esprit, a un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous, qui comporte à la fois des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial (art. 1er, al. 1 et 2). Par conséquent, quant à ces attributs d'ordre intellectuel et moral, il s'agit d'un droit au sens propre du mot, et non pas simplement d'un intérêt légitime, sanctionné par une action en justice.

(4) H. Desbois, Le droit d'auteur en France, 3e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 469, n° 380 ; C. Colombet, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 3e éd., Paris, Dalloz, 1986, p. 153, n° 124 ; M. Boutet, "Considérations générales" (avril 1958) 19 R.I.D.A. 13, p. 17.

(5) Copyright Act, 1956 (R.-U.), 4 et 5 Eliz. 2, c. 74.

(6) Copyright Act, 1956 (R.-U.), 4 et 5 Eliz. 2, c. 74, art. 43.

(7) E.P. Skone James et al., éd., Copinger and Skone James on Copyright, 12e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1980, p. 344, n° 761 ; R.F. Whale et J.J. Phillips, éd., Whale on Copyright, Oxford, ESC, 1983, pp. 21-22 ; J.A.L. Sterling et M.C.L. Carpenter, Copyright Law in the United Kingdom and the Rights of Performers, Authors and Composers in Europe, Londres, Legal Books, 1986, p. 349, n° 743.

(8) A. Françon, La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, Paris, Arthur Rousseau, 1955, p. 182, n° 140.

(9) E.P. Skone James, "'Droit moral'. Has it a Place in English Law ?" (1967) 2 Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 194, p. 206 ; G. Dworkin, "The Moral Right and

Il y a donc lieu de s'interroger sur l'absence d'un concept unificateur du droit moral en droit anglais. Une telle enquête exige l'analyse de deux sortes de conditions qui, lorsqu'elles se trouvent réunies, se cristallisent en une règle de droit positif identifiable : des conditions d'ordre politique et des conditions d'ordre technique, ou plus précisément juridique.

I - CONDITIONS POLITIQUES

La chronologie des événements nous oblige à examiner les conditions politiques en premier lieu puisque

> les phénomènes historiques que constituent les règles du droit privé sont normalement, dans la plupart des domaines qui voient naître une nouvelle réglementation juridique, l'aboutissement d'une évolution idéologique, sociologique ou économique qui se situe en dehors du domaine juridique. Le droit est importateur d'idées et de valeurs (10).

Le législateur, en effet, ne peut efficacement travailler dans un néant et une loi recevra l'approbation populaire d'autant mieux qu'elle reflètera le consensus idéologique de l'époque. Le rôle du législateur ne serait donc pas de créer le droit, mais de l'articuler. Ainsi, les premières manifestations du droit moral ne sont pas des déclarations savantes et explicites, telles que l'on trouve dans la doctrine et la législation contemporaines, d'autant plus que l'introduction de l'expression "droit moral" comme terme technique dans le vocabulaire juridique français se situerait vers les années 1870, grâce aux contributions d'André Morillot, lequel s'était largement inspiré des discussions allemandes de l'époque (11). Il s'agit donc d'une lecture d'anciens événements avec des lunettes modernes.

A - FRANCE

Sous l'Ancien Régime, un livre ne pouvait être publié que lorsque l'imprimeur détenait le privilège de l'autorité royale. On pourrait, de prime abord, reconnaître en ces privilèges une forme primitive de propriété littéraire. Une étude plus approfondie de leur phénomène, cependant, révèle une situation tout autre :

English Copyright Law" (1981) 12.I.I.C. 476, p. 490 ; S. Strömholm, Le droit moral de l'auteur, t. 1, Stockholm, P.A. Norstedt et Söners, 1967, p. 427, n° 91 f a.

(10) Strömholm, ibid., p. 32, n° 4 b aa.

(11) A. Dietz, Das Droit Moral des Urhebers im neuen französischen und deutschen Urheberrecht, Munich, C.H. Beck, 1968, p. 16 ; R. Lindon, Dictionnaire juridique : les droits de la personnalité, Paris, Dallos, 1983, p. 56.

> Les privilèges étaient très différents de la propriété littéraire. Ils n'avaient pas pour objet la rémunération de l'activité créatrice. Leur origine est due, selon nous, à des causes complexes, économique et politique (12).

En effet, les privilèges avaient deux fonctions : premièrement, donner une sécurité financière aux éditeurs pour qui les coûts étaient très élevés compte tenu de la distribution du livre et, deuxièmement, instaurer une censure étatique et une protection de l'ordre public. On ne se préoccupait pas encore, à cette époque, de reconnaître dans l'oeuvre une émanation de la personnalité de l'écrivain.

La grande majorité des privilèges ayant été accordée à des libraires parisiens, les libraires de provinces contestèrent cet état des choses et eurent recours, en 1725, à l'avocat Louis d'Héricourt. Son pamphlet soutenait, entre autres, que l'artiste était propriétaire de son oeuvre parce qu'il l'avait créée et qu'il s'opérait un transfert de propriété lorsqu'il le cédait à l'éditeur pour impression. Donc, "le Roi n'ayant aucun droit sur les ouvrages des auteurs ne peut les transmettre à personne sans le consentement de ceux qui s'en trouvent les légitimes propriétaires" (13). Ces idées influencèrent sans doute le Conseil du Roi qui rendit des décisions favorables à la propriété des auteurs en 1749 (l'affaire Crébillon), 1761 (l'affaire des petites-filles de la Fontaine), et en 1777 (l'affaire Fénelon). Cette évolution tend à une reconnaissance du droit des auteurs. Une confirmation législative du principe arriva par un arrêt du Conseil du Roi le 30 août 1777.

La Révolution abolit tous les privilèges, y compris ceux des imprimeurs. Les auteurs, cependant, bénéficièrent du mouvement révolutionnaire : le décret des 19-24 juillet 1793 accordait des droits d'auteur à l'artiste et leurs héritiers jusqu'à dix ans après sa mort. La Convention faisait ainsi écho aux déclarations de Le Chapelier, dont le rapport à l'Assemblée faisait état de "la plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés". Cette formule, dans laquelle on discerne une rhétorique enflammée, instaurait l'idée, assez singulière, d'une hiérarchie dans la propriété. Il était déjà téméraire de vouer les oeuvres de l'esprit, tout immatérielles qu'elles sont, à la propriété. Justifier leur appropriation par leur nature éminemment personnelle allait à l'encontre de l'opposition classique de la personne et de son patrimoine. Les placer au sommet de cette hiérarchie devient une hérésie qui démontre, par ailleurs, l'importance qu'on voulait accorder à leur juridicisation. Le

(12) M.-C. Dock, Etude sur le droit d'auteur, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 63.
(13) Dock, ibid, p. 117.

milieu artistique était évidemment favorable aux idéaux individualistes de la Révolution ; l'idée que l'oeuvre artistique était une émanation personnelle devenait de plus en plus acceptée. Les auteurs allaient bénéficier d'un droit, alors que, auparavant, ils ne détenaient qu'un privilège.

Le terrain se préparait pour la reconnaissance du droit moral, reconnaissance qui ne tarda pas à arriver : M. le doyen Strömholm situe le début de l'histoire du droit moral, les événements antérieurs ne relevant que de sa préhistoire, à 1814, année marquant la parution du *Cours de droit commercial* de Pardessus et au cours de laquelle fut rendue la première décision sur le droit à l'intégrité de l'oeuvre, l'affaire *Billecocq c. Glanday* (14). A partir de ce moment, la jurisprudence, dont le rôle fut manifestement énergique, et la doctrine, dont la contribution fut non moins négligeable, façonnèrent le droit moral, le raffinèrent progressivement, si bien que la loi de 1957 n'en fut qu'une codification (15).

Ainsi, avant la reconnaissance formelle d'un droit par l'appareil juridique, doit exister une période de gestation pendant laquelle les idées se fusionnent. Ce fut le cas en France où le combat pour le droit moral se fondait dans la lutte pour la propriété littéraire : s'il devient admis que la création d'une oeuvre confère à son auteur, à cause de son apport hautement individuel, un droit de propriété, l'auteur ne saurait tarder à vouloir exploiter encore plus avantageusement l'aspect personnel de son droit. Le droit moral aurait sans doute connu un plus grand essor auparavant si on avait octroyé aux oeuvres artistiques un caractère de propriété lié à la personnalité.

B - ANGLETERRE

Le droit d'auteur anglais, le *copyright*, ne comportant pas de concept de droit moral, il serait aisé de croire que cette lacune est le fruit d'une évolution différente. Or, au contraire, l'histoire du droit d'auteur en Angleterre se caractérise, pendant une importante période, par une ressemblance frappante avec l'expérience française.

Les débuts de l'industrie du livre en Angleterre furent également marqués par l'octroi de privilèges. Dès 1529, une loi instaurait un système de privilèges accordés par le roi. La *Stationers' Company*, une puissante association d'imprimeurs et de libraires londoniens, veillait au fonctionnement de la loi par des règlements qui requéraient, entre autres, l'enregistrement de tout

(14) S. Strömholm, "Droit Moral - The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint" (1983) 14.I.I.C. 1, p. 10.
(15) Voir Dietz, supra, note 11, p. 21.

titre à être publié. Cette inscription conférait au membre de la *Company* un droit d'imprimer (*a right to copy*, ce qui débouchera sur l'expression *copyright*) perpétuel qu'il pouvait exercer à l'encontre de tous. Un autre éditeur publiait le même livre, la *Company* pouvait imposer des pénalités, confisquer les exemplaires, et octroyer une indemnité en faveur du membre lésé. Une protection supplémentaire des intérêts des membres de la *Company* fut ajoutée en 1662 par le biais du *Licensing Act* (16) qui obligeait tout éditeur à inscrire ses publications dans le registre de la *Company* avant de procéder à l'impression. La loi prévoyait aussi un moyen de contrôle des éditions pirates. Il serait faux de croire que l'unique but de cette loi était de raffermir l'autorité de la *Company* : le Parlement se servait de ces moyens pour empêcher la dissémination de la religion papiste et pour contrôler les mouvements politiques (17). L'abrogation de la loi en 1679 n'élimina pas le système de licence, mais porta un dur coup à l'autorité de la *Company* qui vit son hégémonie restreinte à ses membres seuls.

Il y eut donc une recrudescence des contrefaçons. Ne pouvant obtenir devant les tribunaux que la réparation des dommages qu'ils pouvaient prouver, les éditeurs adressèrent une pétition au Parlement afin qu'une meilleure protection leur fût accordée. A la même époque, en 1690 plus précisément, John Locke écrivait son *Two Treatises of Government* qui préconisait un droit de propriété fondé sur le travail (18). Le résultat fut la première loi sur le droit d'auteur, le *Copyright Act* (19) de 1709, qui maintint le régime du registre de la *Stationers' Company*, tout en reconnaissant à l'auteur un nouveau droit : les droits d'auteur lui appartenaient pendant un certain temps. La loi avait ainsi abrogé le monopole perpétuel des éditeurs.

Au moment du renouvellement de certains privilèges en 1731, une bataille éclata : elle opposa les éditeurs londoniens, qui croyaient détenir un droit d'auteur perpétuel sur les livres inscrits avant 1710, aux éditeurs de province qui, n'étant pas membres de la *Company*, commençaient à publier les titres échus qu'ils considéraient appartenir au domaine public. Les éditeurs de province gagnèrent la première manche dans l'arrêt *Millar v. Taylor* (20) où ils expliquèrent que le contrat entre l'éditeur et l'auteur provoquait un transfert de propriété ; à l'expiration des périodes prévues par la loi, l'auteur demeurait libre, malgré la loi, d'attribuer l'impression de son oeuvre à un autre imprimeur. Les

(16) Licensing Act, 1662, 13 et 14 Car. 2, c. 33.
(17) Copinger and Skone James on Copyright, supra, note 7, pp. 8-9, n° 24.
(18) Le chapitre 5 du deuxième traité s'intitule "Of Property".
(19) Copyright Act, 1709, 8 Anne, c. 19.
(20) Millar v. Taylor, (1769) 4 Burr. 2303, 98 E.R.201.

juristes anglais appelaient ce droit un "*common law copyright*". Lord Mansfield posa la question en ces termes :

> The whole then must finally resolve in this question, whether it is agreable to natural principles, moral justice and fitness, to allow him the copy, after publication, as well as before (21).

La Cour reconnut ce droit : "the Court of chancery did right in giving relief upon the foundation of a legal property in authors" (22). La victoire fut de courte durée puisque l'opinion contraire prévalut dans un jugement de la House of Lords en 1774, l'affaire *Donaldson* v. *Beckett* (23) : une fois l'oeuvre publiée, l'auteur devait s'en remettre aux dispositions de la loi qui étaient d'ordre strictement économique ; l'oeuvre elle-même échappait à son contrôle.

Jusqu'à 1911, plusieurs lois s'ajoutèrent à la loi de 1709, soit pour étendre la période de protection (24), soit pour soumettre d'autres catégories d'oeuvres à cette protection (25). La loi de 1911 (26) opéra une refonte de toutes ces lois et rendit le droit anglais plus conforme aux conventions internationales. Ces conventions internationales se multipliant, une autre refonte fut nécessaire en 1956 (27).

L'arrêt *Donaldson* v. *Beckett* semble avoir mis un frein à l'évolution du droit moral en droit anglais. Pendant un certain temps, on admit l'importance du rôle de l'auteur dans le processus de l'édition d'un ouvrage, mais on s'arrêta à la reconnaissance des droits économiques.

Après ce bref aperçu, certaines conclusions s'imposent. On ne peut nier la similitude de l'historique du droit moral en France et en Angleterre. Elle tient d'abord à son étroite relation avec la lutte pour la propriété littéraire. Dans les deux pays, les privilèges royaux que détenaient les libraires constituaient un pouvoir qu'ils essayèrent de renverser ou plutôt, qu'on essaya de renverser pour eux. Cette lutte se manifesta par deux batailles nationales de libraires opposant les mêmes regroupements. De plus, les idées de John Locke non seulement influencèrent son pays natal, mais traversèrent aussi la Manche :

---

(21) Millar v. Taylor, (1769) 4 Burr. 2303, p. 2399 ; E.R. 201, p. 253.
(22) Millar v. Taylor, (1769) 4 Burr. 2303, p. 2407 ; 98 E.R. 201, p. 257.
(23) Donaldson v. Beckett, (1774) 2 Bro. P.C. 19, 1 E.R. 837.
(24) Copyright Act, 1814, 54 Geo. 3, c. 156 ; Copyright Act, 1842, 5 & 6 Vict., c. 45.
(25) Il s'agit, plus principalement, des lois suivantes : Engraving Copyright Act, 1734, 8 Geo. 2,c. 13 ; Sculpture Copyright Act, 1814, 54 Geo. 3, c. 56 ; Dramatic Copyright Act, 1833, 3 & 4 Will. 4, c. 15 ; Fine Arts Copyright Act, 1862, 25 & 26 Vict., c. 68.
(26) Copyright Act, 1911, 1 & 2 Geo. 5, c. 46.
(27) Copyright Act, 1956, 4 & 5 Eliz. 2, c. 74.

> A la base de l'individualisme des philosophes français du XVIIIe siècle, on trouve, selon la conception la plus généralement admise, la philosophie politique de John Locke. Certes, cette influence ne fut pas la seule, mais elle fut la plus importante (28).

Cette communauté de pensée n'a pas, cependant, produit les mêmes résultats. Par sa loi de 1709, le droit anglais reconnut, plus tôt que le français, le droit de propriété de l'auteur, mais ce même droit anglais refusa très tôt d'étendre sa protection aux intérêts personnels de l'auteur en application du *copyright*.

Toutefois, il faut aussi admettre que la législation révolutionnaire française n'avait pas, non plus, intégré la notion de droit moral dans le droit d'auteur. C'est à l'article 1382 du Code Napoléon que reviendra l'honneur d'avoir formé la base juridique de la défense des intérêts moraux de l'auteur dès la première décision de la jurisprudence (29). Lorsqu'il s'agit de faire face à une nouvelle situation, l'article 1382 est un outil particulièrement utile car, tout en l'obligeant à se maintenir dans une certaine tradition, il laisse au juge un large pouvoir d'appréciation (30). Les premières tentatives de protection du droit moral se sont donc faites à l'intérieur du système en place. On peut ainsi supposer qu'il demeure possible de sortir de la législation du droit d'auteur pour amorcer la protection du droit moral.

II. - CONDITIONS JURIDIQUES

Comme chacun sait, le droit civil et la *common law* offrent aux juristes des deux traditions des principes et des techniques différents pour résoudre des conflits de même nature. L'analyse de deux arrêts de jurisprudence mettant en cause une même prérogative de droit moral illustre les particularités des contextes juridiques dans lesquels évolue le concept de droit moral. Le choix de décisions revêtant des aspects communs, et ceci jusqu'aux résultats, est délibéré. Il serait toutefois fallacieux d'en conclure qu'un auteur anglais aux prises avec une situation qui, en droit français, relèverait du droit moral obtiendrait

(28) Voir Strömholm, Le droit moral de l'auteur, supra, note 9 à la p. 108, n° 6 d a.
(29) L. Vaunois, "Le droit moral. Son évolution en France" (1952) 65 Le Droit d'Auteur 63, p. 64.
(30) Une manipulation trop facile des concepts juridiques peut cependant les priver de leur "rôle d'ordonnancement". Voir, à ce sujet, M.-A. Hermitte, "Le rôle des concepts mous dans les techniques de juridicisation. L'exemple des droits intellectuels", dans Archives de philosophie du droit, t. 30, Paris, Sirey, 1985, 331.

toujours, devant les tribunaux, une solution identique à celle que lui fournirait le droit français (31).

A - OEUVRE JURISPRUDENTIELLE FRANCAISE

C'est à dessein que l'objet de cette analyse comparative porte sur des décisions judiciaires traitant du droit de divulgation. Les tribunaux français ont joué un rôle primordial dans le développement du droit moral. Par ailleurs,

> (l)'exercice du droit de divulgation se confond ..., dans la plupart des cas, avec celui du monopole d'exploitation, et c'est pour cette raison que la prérogative la plus importante du droit moral a été dégagée la dernière (32).

Transposés dans le contexte anglais (fonction créatrice de la jurisprudence (33) et élaboration du droit de divulgation), ces deux éléments illustrent le génie de l'un et l'autre système juridique : droit civil et *common law*.

L'affaire *Rouault* c. *Vollard* (34) permit aux tribunaux français d'approfondir la notion de droit de divulgation, dont l'étude avait été amorcée en 1900 (35). Ambroise Vollard, célèbre marchand de tableaux parisien, ayant découvert le talent du peintre Georges Rouault, mit à la disposition de celui-ci un atelier dans sa propre maison. Rouault s'engagea à lui vendre toute sa production artistique. Les toiles inachevées restaient dans son atelier et celles qu'il estimait terminées étaient livrées à Vollard contre reçu. Au décès de Vollard, ses héritiers se partagèrent, en plus des tableaux achevés, quelque huit cents toiles inachevées. D'où procès. Le tribunal rendit une décision en faveur de Rouault après avoir exposé, entre autres, les attendus suivants :

> Attendu que toutes les conventions qui portent sur des oeuvres d'art et en général sur des oeuvres de l'esprit sortent des catégories normales du droit et diffèrent des

(31) Pour une analyse comparative des diverses prérogatives du droit moral en droits français et anglais, voir Françon, supra, note 8, pp. 182-213, nos 140-169.
(32) P. Kayser, "Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques" (1971) 69 Rev. trim. dr. civ. 445, p. 474, n° 27.
(33) On connaît le rôle fondamental de la jurisprudence en droit anglais ; les études sur ce sujet ne manquent pas ! Pour n'en citer que quelques unes : C.K. Allen, Law in the Making, 6e éd., Oxford, Oxford University Press, 1958, pp. 157-349 ; R. Cross, Precedent in English Law, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1977 ; P. Devlin, "Judges and Lawmakers" (1976) 39 Mod. L. Rev. 1 ; W.S. Holdsworth, "Case Law" (1934) 50 L.Q. Rev. 180 ; J.A. Jolowicz, "La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent", dans Archives de philosophie du droit, t. 30, Paris Sirey, 1985, 105.
(34) Trib. civ. de la Seine, 10 juillet 1946, D. 1947.II.98, note H. Desbois.
(35) Il s'agit ici de l'affaire Eden c. Whistler, Civ. 14 mars 1900, D. 1900.I.497, où la Cour de Cassation confirma le droit du peintre Whistler de ne pas livrer un portrait commandé par Sir William Eden et ce, malgré l'exposition antérieure dudit portrait au Salon du Champs de Mars.

conventions ordinaires à cause de l'influence qu'exerce sur elles le droit moral de l'auteur ;...

Attendu que tant qu'il n'a pas achevé son oeuvre, celui qui l'a créée en est le maître absolu ; qu'il peut, non seulement la modifier entièrement, mais même la supprimer et la détruire nonobstant toute convention ;...

Attendu que la possibilité pour le peintre de revenir sur une oeuvre inachevée est la conséquence du droit de libre développement de la personnalité humaine, droit qui est de la même nature que tous les autres droits inhérents à la liberté de l'homme ; qu'il s'agit là de droits qu'on ne peut céder et qui ne peuvent être restreints par aucune convention ;... (36).

De telles affirmations véhiculent des présupposés qui méritent une certaine attention. Proclamer l'existence de catégories normales du droit signifie-t-il qu'il se trouve des catégories anormales ? La Cour tente peut-être ainsi de justifier et d'accréditer le droit de retrait de l'auteur, dont le but est de faire infléchir la force obligatoire des contrats, en le plaçant au-delà des règles "normales" d'exécution des contrats. L'absolutisme conféré au pouvoir de l'auteur se veut un rappel de l'absolutisme de la propriété de l'article 544 C.C.F., mais la nature et le régime mêmes si particuliers du droit moral y font de sérieuses entorses. Le droit de libre développement de la personnalité humaine s'inscrit dans le foisonnement des droits de la société contemporaine (37). La Cour n'a cependant cherché à juridiciser qu'une application concrète de ce "droit", distinguant, par le fait même, les faux droits des véritables droits de la personnalité (38).

Ces propos, imbus d'idéaux humanistes, peuvent sembler hardis, hors de contexte même. A l'époque, ils étaient déjà si banals que seule l'analyse du droit de divulgation retint l'attention des commentateurs. Cependant, il faut reconnaître que ce sont ces idéaux qui, poussés à fond, forment la base des applications concrètes du droit moral : le droit a transformé des valeurs liées à la personnalité en concepts juridiques. Ainsi, un auteur est libre de décider à quel moment son oeuvre sera divulguée au public. Ce droit est fondamentalement inhérent à sa personne puisque l'oeuvre lui est indissolublement liée (39).

B - OEUVRE JURISPRUDENTIELLE ANGLAISE

(36) D. 1947.II.98, note H. Desbois.

(37) Voir M. Villey, Le droit et les droits de l'homme, Paris, P.U.F., 1983, c. 9. Derrière cette "enflure phraséologique" peut se cacher un manque de rigueur juridique : voir P. Roubier, "Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs" dans Archives de philosophie du droit, t. 3, Paris, Sirey, 1957, 1.

(38) Voir Kayser, supra, note 32.

(39) Voir Desbois, supra, note 4, pp. 473-474, n° 385.

L'affaire *Prince Albert v. Strange* (40) se déroule dans un contexte différent. Le mari de la reine Victoria, ayant dessiné quelques gravures à l'eau forte, confia les plaques de cuivre au défendeur afin d'en obtenir un tirage privé. Quelques exemplaires furent donnés à des amis du couple royal. Le défendeur profita de l'occasion pour tirer des exemplaires supplémentaires et en dresser un catalogue. La Cour, après étude des principes et de la jurisprudence, fit droit aux revendications du demandeur et s'exprima en des termes précis qui, s'ils avaient été prononcés en France, auraient largement préfiguré les discussions subséquentes :

> I claim, however, leave to doubt whether, as to property of a private nature, which the owner, without infringing on the right of any other, may and does retain in a state of privacy, it is certain that a person who, without the owner's consent, express or implied, acquires a knowledge of it, can lawfully avail himself of the knowledge so acquired to publish without his consent a description of the property.
>
> It is probably true that such a publication may be in a manner or relate to property of a kind rendering a question concerning the lawfulness of the act too slight to deserve attention. I can conceive cases, however in which an act of the sort may be circumstanced or relate to property such, that the matter may weightily affect the owner's interest or feelings, or both. For instance, the nature and intention of an unfinished work of an artist, prematurely made known to the world, may be painful and deeply prejudicial to him ; nor would it be difficult to suggest other examples....
>
> The question, however, does not turn upon the form or amount of mischief or advantage, loss or gain. The author of manuscripts, whether he is famous or obscure, low or high, has a right to say of them, if innocent, that, whether interesting or dull, light or heavy, saleable or unsaleable, they shall not, without his consent, be published ;...
>
> The species or kind of the thing in which property was claimed had, of course, to be particularly considered, in considering the question whether a right in it was invaded, and how invasion should, in the particular case, be prevented or redressed ; and this class of property, by nature not corporeal at all, or not exclusively corporeal,

(40) Prince Albert v. Strange (1849), 2 de G. et Sm. 652, 35 E.R. 293, Sir Knight Bruce, V.-C. Pour connaître la petite histoire de cette affaire, voir J. Phillips, "Prince Albert and the Etchings", (1984) E.I.P.R. 344.

required to be defended against incorporeal attacks, and not at all or not exclusively against bodily assaults (41).

Si l'on compare la formulation de ces motifs à celle contenue dans l'arrêt *Rouault*, on est frappé par leur spécificité. La Cour ne se rattache qu'à des principes juridiques, alors que le tribunal français invoque des postulats politiques desquels découlera l'application proprement juridique. En faisant appel à des notions politiques pour en faire parties intégrantes de son jugement, le tribunal français en rend la contestation plus laborieuse parce qu'on se heurte à des a priori et, ce faisant, démontre un dirigisme flagrant (42). Ces différences d'approches reflètent en partie la juridicisation plus rapide des politiques en droit français. Il n'en demeure pas moins que la Cour sut tenir compte de la nature particulière du lien entre l'artiste et son oeuvre. L'artiste est la seule personne qui peut décider légitimement du caractère définitif de son oeuvre et de l'opportunité de sa publication. De plus, la Cour reconnut la nature incorporelle de l'intérêt à défendre et des assauts qu'il risque de subir.

La juxtaposition de ces deux jugements remet en question, pour des civilistes, des dogmes fondamentaux. L'essor du droit de divulgation serait le résultat d'une certaine forme de prise de conscience de la personne humaine, qui a donné naissance aux droits de la personnalité (43) vers la fin du XIXe siècle (44). Pour ce faire, la transposition juridique d'une idée requérait un outil qui servirait à réunir toutes ses composantes : le droit subjectif (45). Le droit subjectif, par le fait même qu'il s'agit d'une notion rattachée à la prééminence de la personne humaine (46), offre des intérêts pratiques touchant à l'organisation juridique et au

(41) Prince Albert v. Strange (1849), 2 de G et Sm. 652, pp. 689-695, 35 E.R. 293, pp. 309-312.

(42) Cet exemple, qui n'en est qu'un parmi tant d'autres, témoigne de l'activisme des tribunaux de tradition civiliste. Voir, à ce sujet, S. Belaïd, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, Paris, L.G.D.J., 1974 ; J. Maury, "Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit" dans Le droit privé français au milieu du XXe sicèle : Etudes offertes à Georges Ripert, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, 28 ; J.-L. Bergel, "'La loi du juge' Dialogue ou Duel ?" dans Etudes Kayser, t. 1, Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, 21 ; M. Saluden, "La jurisprudence, phénomène sociologique" dans Archives de philosophie du droit, t. 30, Paris, Sirey, 1985, 191.

(43) O. Laligant, La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 29. Voir aussi J. Rubellin-Devichi, "L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral" dans Etudes offertes à Jacques Lambert, Paris, Cujas, 1975, 555.

(44) Voir Kayser, supra, note 32, p. 1.

(45) Voir Strömholm, supra, note 9, p. 18, n° 27d.

(46) Voir, à ce sujet, l'étude de B. Barret-Kriegel, L'Etat et les esclaves, Paris, Calmann-Lévy, 1979.

contentieux (47), car il facilite l'exposé d'un droit éminemment personnel. De plus, l'utilisation du droit subjectif comme instrument juridique peut mener le droit en question à

> une existence indépendante du texte qui le fonde et dont la description, dans ce texte, n'est pas considérée comme complète, certains éléments résultant, sans qu'on ait besoin de le dire, de la "nature" de tout droit subjectif ou de la "nature" de telle catégorie de droits, p. ex. les "droits de la personnalité" (48).

En droit anglais, cependant, le terme "droit subjectif" n'existe pas (49). L'idée même d'un "right" existant de façon indépendante et abstraite lui est étrangère, puisque seul un jugement crée un droit. De plus, les droits de la personnalité en droit anglo-saxon ne sont encore aujourd'hui qu'à un état embryonnaire (50). Or, le jugement de l'affaire *Prince Albert* démontre une maîtrise du concept du droit de la personnalité par le maniement d'attributs, tels l'intimité, la fragilité, la particularité, qui se prêtent mal à une évaluation concrète. Cette habilité se traduisit par la reconnaissance du caractère intime de la création artistique qui ne saurait être entravé par quiconque et ce, près d'un siècle avant l'affaire *Rouault*.

Il faut bien reconnaître qu'en dépit d'une attitude si ouverte à l'égard d'une prérogative personnelle, les droits de la personnalité n'ont pas eu, en Angleterre, l'essor prodigieux qu'ils ont connu en France ; il aurait pourtant été facile de sauter sur l'occasion pour entamer le débat ! M. le doyen Strömholm offre quelques explications de ce phénomène (51) : statut social du créateur intellectuel moins important, imperméabilité du droit du *copyright* qui avait acquis une forme définitive plus tôt, technique législative requérant les descriptions précises des règles (52). En effet, on peut aisément supposer que la communauté

(47) P. Roubier, "Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs" dans Archives de philosophie du droit, t. 9, Paris, Sirey, 1964, 83, pp. 90-95. Cette étude porte un jugement moins sévère sur la notion du droit subjectif que les autres contenues dans ce même volume.

(48) S. Strömholm, Le droit moral de l'auteur, t. II : 1, Stockholm, P.A. Norstedt et Söners, 1967, p. 62, n° 108 b B.

(49) F. Longchamps, "Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine" dans Archives de philosophie du droit, t. 9, Paris, Sirey, 1964, 45, p. 45.

(50) H.P. Glenn, Chronique de jurisprudence (1986) 64 R. du B. can. 382, p. 382. C'est le poids de cette tradition qui permet de qualifier de révolutionnaire la décision de la Cour d'appel d'Angleterre, dans l'affaire Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA (1980) 1 All E.R. 213, qui accorda une saisie conservatoire, connue par la suite sous le nom de "Mareva injunction", afin de protéger les droits de la partie demanderesse. Cette technicité n'empêche pas une conception philosophique de la notion de droit.

(51) Voir Strömholm, supra, note 9, pp. 427-429, n° 91 fa.

(52) Voir, à ce sujet, l'analyse de Sir W. Dale, Legislative Drafting : A New Approach, Londres, Butterworths, 1977, pp. 11-62, où l'auteur se sert précisément

juridique anglaise était généralement satisfaite de la manière dont les situations auxquelles les auteurs faisaient face étaient réglementées. Cette complaisance engendre une certaine rigidité des notions en cause qui gêne leur évolution ; sans remise en question, il n'y a pas d'incitation à explorer les fondements des autres systèmes et à les intégrer aux siens. Se pourrait-il, malgré tout, que la situation soit en train de se modifier ? La conjoncture actuelle laisse entrevoir une possibilité certaine à cet effet.

III - CLIMAT ACTUEL

Tant la doctrine que la jurisprudence *common law* se sont mis à l'oeuvre pour favoriser l'adoption formelle d'un principe général tendant à protéger les intérêts moraux de l'auteur. La lenteur du processus en droit anglais, si on compare son évolution avec celle du droit français, indique peut-être un malaise face à l'efficacité d'un principe général. Un tel principe peut servir de point de ralliement, mais les paramètres qu'il établit peuvent se révéler sclérosants. Certes, on ne saurait précipiter les événements, surtout à l'intérieur d'un système juridique si justement fier de sa tradition casuistique, quoique de sérieux indices rendent déjà désuette l'affirmation que "il ne faut pas trop compter sur l'apparition prochaine, en droit anglo-américain, d'une législation consacrant solennellement le droit moral" (53).

A la suite de la révision de la convention de Berne en 1948 à Bruxelles, le comité Gregory, qui avait pour mission d'étudier l'état du droit anglais face à l'évolution internationale concluait, puisqu'aucun co-signataire de la Convention ne s'en était plaint, qu'il n'était pas nécessaire de prévoir des dispositions particulières pour la défense du droit moral (54). Le rapport Whitford de 1977, cependant, recommandait l'adoption de mesures protégeant le droit moral (55). Continuant sur cette lancée, le dernier livre blanc sur le droit d'auteur prévoit expressément la protection d'intérêts moraux des auteurs (56). Même avant cet énoncé de politique législative, la doctrine anglaise, explorant le droit continental, avait déjà commencé sa croisade en faveur de l'adoption de mesures législatives visant à

---

des législations française et anglaise sur le droit d'auteur pour illustrer des différences de technique législative.

(53) Françon, supra, note 8, p. 218, n° 174

(54) R.-U., H.C., "Report of the Copyright Committee, 1951" Cmd 8662 dans Sessional Papers (1951-1952) vol. IX, 573, paragraphe 220.

(55) R.-U., H.C., "Report of the Committee to Consider the Law on Copyright and Designs" Cmnd 6732 dans Sessional Papers (1976-1977) vol. VII, 441, paragraphe 85 (vi).

(56) R.-U., H.C., "Intellectual Property and Innovation" (1985-86) Cmnd 9712 (édition microfiche).

défendre le droit moral : Skone James suggérait, en 1967, l'amendement des textes législatifs afin de simplifier la situation (57). Face à l'effusion idéelle, le professeur Dworkin déduisait, à bon escient, que la prochaine loi anglaise sur le droit d'auteur comporterait une codification des éléments de protection du droit moral (58), comme si la *common law* ne pouvait plus suffire à son élaboration et recherchait des assises incontestables. Ces énoncés trahissent une conception hiérarchisée des sources du droit où la loi est perçue comme la panacée juridique. Il ne faut pas oublier qu'une législation peut elle aussi créer des problèmes d'ordre aussi considérable que les difficultés d'expression des tâtonnements jurisprudentiels. L'idée semble cependant s'être bien ancrée dans la conscience des auteurs. Whale soutient que

> there is no reason why the pragmatic approach that characterises our copyright system should exclude the enunciation of a broad principle to guide the operation of its rules (59).

Etant donné d'une part l'élan qu'imprimèrent en droit civil les théories subjectivistes du droit moral, d'autre part la forte composante comparative des discussions anglaises contemporaines, l'énonciation de ce principe semblerait tronquée si elle ne reflétait pas, elle aussi, la thèse subjectiviste. Une telle attitude supposerait cependant une transformation fondamentale de la conception anglaise du droit d'auteur, transformation pour laquelle le droit anglais n'est peut-être pas prêt ou à laquelle il peut tout simplement ne pas être intéressé.

Les propositions contenues dans le Livre blanc britannique ne s'insèrent pas dans un tel remaniement. Ce sont plutôt des ajouts de même nature que l'article 7 (2) de la loi canadienne sur le droit d'auteur (60), c'est-à-dire des mesures de portée bien précise que l'on ne saurait étendre outre mesure :

> a) authors will be given the right to claim authorship and to object to distortion, but not to modification of a work to which they could not reasonable refuse consent ;
>
> b) these moral rights will be independent of the economic rights, and will be exercisable only by the author. After his death they may be exercised by the person who inherits the copyright or, if the author no longer owns the copyright at his death, by the person to whom he had bequeathed them. An author will be able to waive his moral

(57) Voir Skone James, supra, note 9, p. 206.
(58) Voir Dworkin, supra, note 9, p. 492.
(59) Whale on Copyright, supra, note 7, p. 25.
(60) Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, c. C-30.

rights, and such waiver will override any inheritance or bequest ; and

c) moral rights will apply for the duration of the copyright (61).

Etant donné le faible développement du droit moral dans les droits d'auteur d'inspiration anglo-saxonne, ces propositions se distinguent par leur souci d'éclairer des questions qui demeuraient épineuses en droit civil, telles celles du titulaire, de la durée et de la transmissibilité (62). Il y a ainsi lieu de croire à une certaine influence civiliste dans le débat, mais qui s'est arrêtée en deçà de l'adoption pleine et entière de sa philosophie. L'adoption éventuelle de ces dispositions devrait marquer le début d'une reconnaissance législative des droits de la personnalité.

La jurisprudence de *common law* avait déjà amorcé de façon concrète un mouvement en faveur des droits de la personnalité. Est-ce le hasard ? La première ébauche se fait au Canada. Ce phénomène n'est pas, contrairement à ce que l'on pourrait croire, le résultat d'une tradition qui aurait été marquée par un échange dynamique entre les deux cultures juridiques. Si l'on s'en tient au droit moral, l'évolution est plutôt chaotique et la jurisprudence, incohérente. Au Québec, dès 1902, on refusait de reconnaître le droit de paternité et le droit au respect (63) ; d'autres décisions les admettent (64). Il est d'ailleurs assez paradoxal que ce soit dans une cause de *common law* (65) que la Cour suprême du pays ait sanctionné l'exercice du droit de retrait, "la manifestation... la plus audacieuse" (66) du droit moral, et ce, en s'appuyant sur la doctrine française ! Qui plus est, depuis l'adoption de l'article 7 (2) de la loi canadienne sur le

(61) "Intellectual Property and Innovation", supra, note 56, p. 73.

(62) A cet égard, il est intéressant de comparer les propositions anglaises aux précisions de l'exercice du droit moral des artistes-interprètes qu'apporte l'article 17 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle :

L'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation.

Ce droit inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne.

Il est transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt.

(63) Angers c. Leprohon (1902), 22 C.S. 170. Voir aussi Nordet Inc. c. 82558 Canada Ltée, (1978) C.S. 904 ; Ayot c. Ville de Montréal, (1981) C.S. 446.

(64) Joubert c. Géracimo (1917), 26 B.R. 97 ; Gnass c. Ville de Montréal, (1974) C.S. 414 ; Goulet c. Marchand (18 septembre 1985), Québec 200-05-002826-837 (C.S.), J.-E. 85-964.

(65) Morang et Co. c. LeSueur (1912), 45 R.C.S. 95. La décision a fait l'objet d'un commentaire : C. Harvey et L. Vincent, "Mackenzie and LeSueur : Historians' Rights" (1979-80) 10 Man. L.J. 281.

(66) Desbois, supra, note 4, p. 483, n° 392.

droit d'auteur, article qui introduit formellement en droit canadien l'article 6 bis de la Convention de Berne (67), c'est en Ontario qu'un demandeur a su faire valoir son droit moral (68), alors que la Cour d'appel du Québec maintint une décision niant le droit moral des artistes en confirmant les empêchements d'ordre constitutionnel que le juge de première instance avait soulevés (69). Quoiqu'il soit difficile de déceler jusqu'à maintenant un principe directeur dans la jurisprudence canadienne, l'arrêt *Snow* semble marquer une étape importante de la reconnaissance des intérêts moraux à l'intérieur d'un système de *common law*. Il a même su attirer l'attention d'auteurs anglais (70). Il y a donc lieu de croire que l'adoption des propositions du livre blanc établirait la base d'un dialogue sur ce sujet entre les droits canadien et anglais.

Seul, le développement des droits de la personnalité aurait pu mener à la reconnaissance des intérêts moraux de l'auteur en common law puisqu'il en favorise l'affirmation : lorsque des attributs de la personnalité sont reconnus par le droit commun d'un système juridique, cette décision gagne peu à peu les domaines propices à leur éclosion. L'action législative annoncée par le livre blanc permet ainsi de brûler les étapes et l'oeuvre jurisprudentielle qui se dessine parallèlement dans les droits de la personnalité en *common law* devrait en solidifier les assises conceptuelles.

Le premier jugement de *common law* reconnaissant explicitement un droit de la personnalité, en l'occurrence le droit à l'image, fut celui de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Krouse v. Chrysler Canada Ltd.* où le juge Estey, après avoir passé en revue la jurisprudence pertinente, déclarait ce qui suit :

> I, therefore, conclude from the foregoing examination of the authorities in the several fields of tort related to the allegations made herein that the common law does contemplate a concept in the law of torts which may be broadly classified as an appropriation of one's personality (71).

(67) Cette adoption ne va pas sans soulever quelques questions d'ordre constitutionnel : D. Vaver, "Authors' Moral Rights in Canada" (1983) 14 I.I.C. 329, pp. 361-366. Voir, en général, W. Noel et L.B.Z. Davis, "Some Constitutional Considerations in Canadian Copyright Law Revision" (1981) 54 C.P.R. (2d) 17.

(68) Snow v. Eaton Centre Ltd. (1983), 70 C.P.R. (2d) 105. Voir le commentaire de D. Vaver, "Snow v. The Eaton Centre : Wreaths on Sculpture Prove Accolade for Artists' Moral Rights" (1983-84), 8 Can. Bus. L.J. 81.

(69) Gnass c. Cité d'Alma (30 juin 1977), Québec 200-09-000032-745 (C.A.). Il est regrettable que cette décision, la première d'une Cour d'appel sur cet article de la loi canadienne, n'ait pas été publiée. On en trouve d'importants extraits dans Vaver, "Authors' Moral Rights in Canada", supra, note 67, pp. 342-343.

(70) Voir Sterling and Carpenter, supra, note 7, p. 350, n° 743.

(71) Krouse v. Chrysler Canada Ltd. (1974), 1 O.R. (2d) 225, p. 238. La common law avait commencé à protéger la privacy au XIXe siècle. Pour un aperçu de l'historique,

L'idée d'appropriation, charriant certaines conceptions de la propriété et de la possession qui sont antinomiques à la notion de personnalité, est appelée à susciter les mêmes débats qu'en droit français (72). De par son ampleur, cet énoncé avait vocation à généralité ; il allait marquer le début d'une ère nouvelle dans l'étude du droit de *privacy*. Le concept fut en effet repris dans *Athans v. Canadian Adventure Camps Ltd.* (73) et dans *Heath v. Weist-Barron School of Television Canada Ltd.* (74). Le jugement de première instance de l'arrêt *Krouse* fut même retenu par la Cour supérieure du Québec (75). Cette reprise de la notion d'appropriation de la personnalité ne se fait pas sans heurt. Le stade peu avancé de la cristallisation des droits de la personnalité en *common law* implique des incertitudes et hésitations conceptuelles : le temps pourrait les atténuer. Les droits de la personnalité sont donc en train de frayer leur chemin (76).

Après avoir pris naissance dans la conscience juridique anglaise par le biais de discussions comparatives et de réflexions intérieures, plusieurs forces se sont donc unies afin de faire reconnaître officiellement, c'est-à-dire par la législation, le droit moral des auteurs en droit anglais : la doctrine spécialisée l'a réclamé et la jurisprudence s'ouvre aux droits de la personnalité. La démarche intellectuelle à l'origine de semblable législation révèle, une fois de plus, une caractéristique de l'un et l'autre systèmes : l'introduction formelle d'une protection des intérêts moraux de l'auteur ne modifie pas les fondements mêmes de la propriété intellectuelle anglo-saxonne, alors qu'elle a été la base de toute une philosophie en droit civil. Toutefois, si le droit moral a été l'ancêtre des droits de la personnalité en droit civil, il est probable qu'il devienne seulement un de ses catalyseurs en *common law*. De là à ce que le droit anglais adopte la conception

---

voir, entre autres, S.D. Warren et L.D. Brendeis, "The Right to Privacy" (1890-91) 4 Harv. L. Rev. 193 ; D.L. Mathieson, Chronique de jurisprudence (1961) 39 R. du B. can. 409 ; T.L. Yang, "Privacy : A Comparative Study of English and American Law" (1966) 15 I.C.L.Q. 175 ; S. Strömholm, Right of Privacy and Rights of the Personality : A Comparative Survey, Stockholm, P.A. Norstedt et Söners, 1967 ; P. Burns, "The Law and Privacy : The Canadian Experience" (1976) 54 R. du B. can. 1 ; P. Burns, "Privacy and the Common Law : A Tangled Skein Unravelling ?" dans D. Gibson, éd., Aspects of Privacy Law, Toronto, Butteworths, 1980, 21.

(72) Voir, à ce sujet, J. Irvine, "The Appropriation of Personality" dans D. Gibson, éd., Aspects of Privacy Law, Toronto, Butterworths, 1980, 163.

(73) (1977) 17 O.R. (2d) 425. Voir le commentaire de D. Gibson, "A Comment on Athans v. Canadian Adventure Camps Ltd. et al." (1978) 4 C.C.L.T. 37.

(74) (1981) 34 O.R. (2d) 126.

(75) Deschamps c. Renault Canada (24 février 1972), Montréal, 500-05-810-140-71 (C.S.), (1977) 18 C. de D. 937, pp. 942-943.

(76) La doctrine commence, d'ailleurs, à les détacher du droit de privacy : Irvine, supra, note 72 ; T. Frazer, "Appropriation of Personality - A New Tort" (1983) 99 L.Q. Rev. 281 ; R.G. Howell, "The Common Law Appropriation of Personality Tort" (1986) 2 Intell. Prop. J. 149.

continentale du droit d'auteur, il n'y aurait qu'un pas, mais les traditions rendent ce pas difficile à faire. La *common law* a longtemps sondé le terrain avant de reconnaître le droit moral. Devrait-on déceler dans cette ouverture officielle vers une notion civiliste une tentative d'expérience ? Des facteurs politiques pourraient accélérer un processus de fusion : les conventions internationales en la matière et, plus précisément, la présence de l'Angleterre au sein du Marché commun poussent lentement vers une certaine conciliation doctrinale (77).

Le concept de droit moral est si fortement imprégné de principes civilistes que l'aboutissement de son adoption formelle par le droit anglais saurait difficilement en écarter la philosophie fondamentale. Né de situations semblables, le droit moral s'est d'abord heurté à des traditions juridiques différentes pour maintenant s'orienter vers des solutions communes, sinon identiques.

(77) Voir D. Sidjanski et S. Castanos, Droit d'auteur ou copyright : Les rapports entre les différents systèmes en vigueur, Lausanne, F. Rouge et Cie, 1954.

HISTOIRE

* - * - * - *

ESSAI DE SYNTHESE SUR L'ETAT DU DROIT FEODAL A LA VEILLE DE LA REVOLUTION

Par Antoine LECA
Assistant-Docteur à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille

L'application des termes de "féodalité", de "Droit féodal", de "droits féodaux" (1) à la France du XVIIIe siècle, par un grand nombre d'Historiens (2), pose assurément problème, tant en matière juridique, qu'au plan économique et social.

(1) Il importe de préciser que, tout au long de cet article, on s'en tiendra à la convention suivante.
Les termes de droit féodal, droits féodaux, sans majuscules, ni guillemets, seront utilisés pour désigner les prérogatives dérivant directement d'un contrat de fief, telles que les appréhendent les Historiens du Droit.
L'appellation de "droits féodaux", avec guillemets et sans majuscules, sera employée pour désigner les droits féodaux, seigneuriaux et censuels dont bénéficiaient les seigneurs, conformément à la doctrine et aux usages du XVIIIe siècle.
Celle de Droit féodal sera réservée au "complexum feudale", dont parlait Dumoulin, c'est-à-dire aux règles applicables dans les rapports "féodaux". On parlera ainsi de Droit féodal, comme l'on parle de Droit commercial ou de Droit administratif.
(2) Le terme de "féodalité" appliqué à la France du XVIIIe siècle se retrouve, en effet, chez Michelet ("Histoire de la Révolution Française", t. 1, Gallimard, La Pléiade, 1952, p. 78), Tocqueville ("L'Ancien Régime et la Révolution", O.C., t. II (1), Gallimard, 1952, p. 106), Aulard ("La Révolution Française et le régime féodal", Paris, 1919, p. 3 et s.), Jaurès ("Histoire Socialiste de la Révolution Française", t. (I)1, Ed. Sociales, 1983, p. 77 à 79), Mathiez ("La Révolution française", A. Colin, 1924, p. 62), M. J. Godechot (A.H.R.F., avril-juin 1959, p. 147), Soboul ("La Révolution Française", P.U.F., 1970, p. 5 et s. ; "La Révolution Française", Ed. Sociales, 1983, p. 81), M.C. Masauric ("Sur la Révolution Française - Contribution à l'Histoire de la Révolution bourgeoise", Ed. Sociales, 1970, p. 119 et s.) ou M. R. Rémond ("Introduction à l'histoire de notre temps", t. 1, Seuil, 1974, p. 82) entres autres.
Le vocable de "droits féodaux", employé génériquement pour désigner les prérogatives des seigneurs, se retrouve, au XVIIIe siècle, chez les jurisconsultes (P. Ourliac, J. de Malafosse, "Histoire du Droit privé", t. 2, P.U.F., 1971, p. 169) et les grands penseurs, de Voltaire ("Essai sur les moeurs", chap. 23) à Montesquieu ("Esprit des Lois", livres 26, 28, 30 et 31). L'historiographie des XIXe-XXe siècle s'en est fait l'écho, notamment Guizot, de façon implicite ("Histoire de la civilisation en Europe", Hachette, 1985, p. 125), Michelet (op. cit., p. 211), Tocqueville (op. cit., p. 99, 312 à 315), Taine ("Les origines de la France contemporaine", Paris, 1877, t. 2, pp. 233-234), Boiteau ("Etat de la France", 1861, p. 26), Jaurès (op. cit., p. 71), l'ensemble des historiens marxistes, mais également Madelin ("La Révolution", Hachette, Paris, 1912, p. 20), M. R. Mousnier ("La société française de 1770 à 1789", t. 1, Les Cours de Sorbonne, CDU, Paris, 1970, p. 162-166), M. P. Gaxotte ("Histoire des Français", Hachette, 1972, p. 567), M. R. Rémond ("Introduction à l'Histoire de notre temps", t. 1, Seuil, Paris, 1974, p. 52).

LE PROBLEME JURIDIQUE : LE DROIT FEODAL AVAIT-IL ENCORE UN CONTENU FORMEL ?

Le mot de "féodalité" est récent. Il est apparu peut-être au XVIIe siècle (3), sans doute au XVIIIe siècle (4) dans le langage courant (5).

D'un point de vue juridique, il eut successivement deux acceptions.

Tout d'abord, il servit à désigner tout ce qui se rattachait au fief (6), plus précisément tous les droits qui dérivaient directement du contrat d'inféodation, c'est-à-dire les droits féodaux au sens strict, tels que les analysent les Historiens du Droit.

Puis, par abus, les concepts de "féodalité", de "Droit féodal" et de "droits féodaux" devinrent synonymes et en vinrent à englober, non seulement les véritables droits féodaux, mais également les droits seigneuriaux et censuels, en un mot tout ce qui subsistait du système médiéval (7).

* _ * _ * _ *

(3) G. Duby, "Féodalité", Encyclopaedia Universalis, vol. 6, 1982, p. 1012.
(4) P. Ourliac et J. de Malafosse, "Droit Romain et Ancien Droit", P.U.F., 1961, p. 156 ; J.P. Levy, "Cours d'histoire des institutions privées - La propriété des biens", Cours de Droit, Paris, 1962-63, p. 159 ; R. Mousnier, "La société française de 1770 à 1789", op. cit., p. 133 ; P. Wolf, "L'abolition de la féodalité dans le monde occidental", t. 1, CNRS, 1971, p. 8 ; J. Bastier, "La féodalité au siècle des Lumières dans la région de Toulouse (1730-1790)", Thèse Droit, 1970, Editée par la Bibliothèque Nationale, Paris, p. 23.
(5) Il fut utilisé pour désigner la qualité de fief, la tenure d'un héritage à titre de fief ("Encyclopédie", t. VI, Paris, 1951, p. 493).
(6) G. Duby, op. cit., p. 1012.
(7) Merlin de Douai, dans son rapport au comité des droits féodaux, le 4 septembre 1789, était parfaitement conscient de l'erreur juridique que constituait l'usage extensif du terme, mais il choisit de l'avaliser : "les droits féodaux ne désignent dans leur sens rigoureux que les droits qui dérivent du contrat de fief et dont l'inféodation même est le principe direct. Cependant, on ne laisse pas dans l'usage d'en étendre la signification à tous les droits qui se trouvent le plus ordinairement entre les mains des seigneurs, formant dans leur ensemble ce que Dumoulin a appelé le "complexum feudale". Ainsi quoique les rentes seigneuriales, les droits de champart, les corvées, les banalités, les prestations représentatives de l'ancienne servitude ne soient pas à proprement parler des droits féodaux, nous ne nous lasserons pas de nous en occuper (...). Pour la même raison les droits de justice doivent entrer dans le cadre de nos travaux, non seulement parce que les justices seigneuriales dérivent de la féodalité et se sont établies avec l'hérédité des fiefs, mais encore parce qu'il y a plusieurs provinces où s'est conservé l'ancien axiome, la justice suit le fief, et il n'est point de fief sans justice. Nous ne devons pas même exclure de notre examen les rentes purement foncières que l'Assemblée Nationale a déclaré rachetables. Le rachat de ces rentes sera naturellement soumis à des règles communes à celui des quelques prestations seigneuriales et de là, il n'y a aucune raison pour ne pas nous occuper des unes en même temps que des autres" (Merlin, "Rapport fait au Comité de droits féodaux le 4 septembre 1789 sur l'objet et l'ordre du travail dont il est chargé", Versailles, Baudoin, 1789, Déposé à la Bibliothèque municipale de Rouen (Mont. P. 14503).

Dans l'un ou l'autre de ces deux cas, l'application de cette notion aux réalités juridiques du XVIIIe siècle français paraît dépourvue de sens.

* _ *

Si l'on adopte la définition juridique extensive et abusive du concept, consacrée par le Législateur révolutionnaire, on fournit assurément un contenu à cette notion, mais au prix d'une véritable aberration. En effet, retenir l'idée qu'il faut entendre par ce terme tout ce qui dérivait, directement ou non, des institutions féodales du Moyen-Age, revient à y englober, non seulement l'ensemble du régime seigneurial, tel que l'appréhendent les Historiens du Droit (8), mais encore bon nombre d'institutions publiques, comme les Parlements, qui procèdent de l'antique "curia regis" des anciens rois, laquelle découlait du service du conseil exigé par le prince de ses vassaux (9).

* _ *

En revanche, si l'on prend en compte la définition restrictive de l'Historiographie des Institutions françaises, on aboutit à un constat de carence.

En effet, les Historiens du Droit définissent la "féodalité" par deux éléments constitutifs (10).

Le premier est le groupement féodal, qui a pour point de départ le contrat de fief par lequel une personne, appelée seigneur (suzerain), concède à une autre, appelée (seigneur) vassal, une terre ou un droit immobilier, à charge pour celle-ci de lui vouer une fidélité absolue et de lui rendre divers services, analogues aux obligations des citoyens envers leur Etat (11).

Le second est la seigneurie, qui est le ressort territorial dans lequel s'exerce l'autorité d'un seigneur, laquelle confère unilatéralement à ce dernier des droits régaliens, tels que ceux de guerre, justice, impôts et monnaie, aux dépends des habitants vivant dans son ressort territorial (12).

(8) A. Esmein, "Cours élémentaire d'Histoire du Droit français", Sirey, 1921, p. 171 et s. ; F. Olivier-Martin, "Histoire du Droit français des origines à la Révolution", Domat-Montchrestien, 1948, p. 126 et s.

(9) Olivier-Martin, op. cit., p. 221.

(10) Sur ce point, on ne rencontre pas les habituelles "dissensiones dominorum" : les manuels d'Esmein, de Declareuil, de Chenon, de Perrot, d'Olivier-Martin et de MM. P. Ourliac et J. Ellul fournissent en effet des définitions analogues.

(11) Esmein, op. cit., p. 167 et s.

(12) Il s'agit là d'une définition théorique dont on peut se satisfaire, mais les "feudistes" d'Ancien Régime, qui devaient élaborer des définitions utilisables de façon concrète, avaient plus de difficulté compte tenu de l'obscurité et de la diversité de la matière : Chantereau le Ferre ("Traité des fiefs", Paris, 1662) et Pocquet de

Or, les droits féodaux (contractuels), comme les droits seigneuriaux (unilatéraux), avaient été vidés d'une grande partie de leur substance en raison de la reconstitution de la souveraineté royale.

Le contrat de fief (13) n'emportait plus pour le concessionnaire du bien féodal qu'une obligation de foi et d'hommage (14). Celle-ci n'avait plus aucune portée militaire (15) et le droit de justice féodal (16), comme les aides (17), avait le

---

Livonnière ("Traité des fiefs", Paris, 1756, t. 2, p. 5) donnent ainsi jusqu'à onze définitions possibles du terme de fief.

(13) C'est en effet le contrat de fief qui constitue le fondement juridique des droits féodaux.

Certains Historiens du Droit, par exemple Garaud ("Histoire générale du Droit privé français (de 1789 à 1804)", t. 2 ; "La Révolution et la propriété foncière", Sirey, Paris, 1953, p. 8), étendent cette appellation de "droits féodaux" à toutes les redevances périodiques ou casuelles perçues par les seigneurs sur les tenures nobles, roturières ou serviles qu'ils avaient concédés.

Stricto sensu, cela n'est pas exact dans la mesure où l'on peut distinguer ces deux dernières catégories de tenures du fief. Or, en pratique, ceci n'est pas toujours possible : dans certaines provinces, il existait des fiefs soumis à des devoirs roturiers (cf. note n° 18) et la similitude des tenures nobles et roturières était presque complète (Faucher-Prunelle, "Essai sur les Institutions des Alpes cottiennes briançonnaises", 1856, t. 1, p. 624). C'est la raison pour laquelle nombre d'auteurs, comme Hervé, renonçaient à distinguer fiefs et censives ("Théorie...", t. 1, Préface, p. 1 et 5).

En théorie, le contrat de fief ne concerne que la convention passée entre le seigneur et le vassal (Merlin, "Répertoire universel et raisonné de jurisprudence", t. 5, p. 217). Aussi bien, les droits procédant d'un contrat de censive sont-ils "censuels" et non féodaux et les droits perçus par les seigneurs sur les tenures serviles, n'étant pas conventionnels, étaient seigneuriaux, et non pas féodaux.

(14) "Oeuvres de Pothier", publiées par M. Siffrein, t. XI : Traité des fiefs, Paris, MD CCC XXI, p. 1. Toutefois, dans certaines régions comme l'Anjou, l'hommage était tombé en désuétude (M. Garaud, op. cit., p. 27).

(15) "Car, n'y ayant plus dans le royaume d'autre seigneur que le roi qui ait droit de faire la guerre, les possesseurs de fiefs ne sont plus tenus de service militaire qu'envers le roi, lorsqu'il lui plaît de convoquer son ban et arrière ban", ce qui était tombé d'ailleurs en désuétude (Pothier, op. cit., p. 7).

(16) Le droit de justice féodal, qui résultait de ce même contrat de fief, par lequel "tout seigneur de qui relevait une tenure féodale avait qualité et compétence exclusive pour trancher tous les litiges, mais ceux-là seulement auxquels donnait lieu cette tenure, pour connaître de toutes les actions qui étaient dirigées de ce chef contre le tenancier" (Esmein, op. cit., p. 255-256), à ce titre, mérite de ne pas être confondu avec celui de justice seigneuriale, qui ne procède pas d'un contrat (ibid., p. 254 à 256), encore que certains auteurs aient contesté la distinction (F.L. Ganshof, "Contribution à l'étude des origines des cours féodales", R.H.D., 1928, p. 1 à 22). Toujours est-il qu'Olivier-Martin l'a retenu (op. cit., p. 140-141), ce qui paraît opportun, car, si les différences pratiques étaient parfois fort tenues, surtout au Moyen-Age, cette distinction moderne a l'avantage de la clarté théorique. En bonne logique, le terme de justice féodale devrait être réservé aux tenanciers unis à un seigneur par un contrat de fief et celui "de justice censuelle" (A. Cheruel, "Dictionnaire historique des Institutions", Paris, 1865, t. 2, p. 638), préféré pour les tenanciers liés à un seigneur par un contrat de censive. En somme, on pourrait ainsi établir que le fondement juridique du droit de justice des seigneurs résultait tantôt d'un droit unilatéral, auquel cas l'on parlait de droits seigneuriaux, tantôt d'une convention, auquel cas l'on pourrait parler de justice féodale pour les tenures à fiefs, et de justice censuelle pour les tenures à cens.

plus souvent disparu. En somme, de façon générale (18), "la puissance des seigneurs sur la personne des vassaux n'existait plus que dans les romans, une sorte d'obligation de patronage envers (eux) était à peu près tout ce que les seigneurs avaient gardé de l'ancien pouvoir féodal" (19). Matériellement l'obligation de résidence, que supposait ou entrainait ce "patronage" pour les vassaux, était à peu près tout ce dont ceux-ci étaient encore tenus au titre des droits féodaux, excepté évidemment en l'hypothèse d'une mutation de fief qui faisait échoir celui-ci à un autre vassal (20).

Les droits seigneuriaux, qui conféraient au seigneur de vastes pouvoirs de commander aux habitants vivant sur ses terres (21), avaient connu d'importantes altérations. Le droit de guerre

---

Ce droit fut restreint dès le XIIIe siècle et disparut sans doute au XVIe siècle, sauf quelques survivances isolées dans certaines coutumes locales (Esmein, op. cit., p. 404-405).

(17) Les feudistes qui en dissertaient ne les considéraient plus comme une obligation normale découlant de la concession d'une tenure noble (Pocquet de Livonnière, "Traité des fiefs", op. cit., p. 24-25).

(18) Il existait évidemment des cas particuliers. Les services grevant les tenures nobles comportaient parfois des prestations en nature, à caractère économique (De la Monneraye, "Le régime féodal dans le Maine", N.R.H.D., 1921, p. 214-215 ; Noël Didier, "Les droits de fief dans la coutume du Hainault au Moyen-Age", 1954, p. 102) ou des prestations en espèces (M. Garaud, op. cit., p. 23). Pour ces fiefs soumis à des devoirs roturiers, les droits féodaux demeuraient une réalité et la distinction avec la censive était fort malaisée.

(19) E.D. Pasquier, "Histoire de mon temps - Mémoires..." ; t. 1, 6° éd., Paris, 1894.

(20) En effet, en ce cas le seigneur était toujours fondé à obtenir un droit de mutation appréciable, le relief.

Son montant, qui devait être purement conventionnel à l'origine (Esmein, op. cit., p. 196), variait suivant la nature de l'opération (à titre gratuit - par décès ou entre vifs - ou à titre onéreux), son bénéficiaire (succession aux descendants, ascendants ou aux collatéraux) et le lieu de celle-ci (en raison de la diversité des droits privés, par exemple, pour les ventes, le droit de relief s'élevait au "quint denier", c'est-à-dire au cinquième du prix de la transaction dans le ressort des coutumes de Paris et d'Orléans, au sixième dans le ressort de celle de Poitou, et au douzième en Anjou et dans le Maine (Garaud, op. cit., p. 19). Pour les mutations à titre gratuit, la coutume de Paris exigeait une année de revenus du fief (Olivier-Martin, op. cit., p. 645).

(21) Certains Historiens du Droit étendent cette appellation au cens, par exemple MM. P. Ourliac et J. de Malafosse ("Histoire du Droit privé", op. cit., p. 30).

Certes, l'origine historique de ce dernier réside parfois dans un vieil impôt romain, "détourné de son affectation ancienne et perçu par le seigneur sur sa terre pour son compte personnel" (ibid., p. 163).

Cependant, du point de vue de la théorie juridique, le cens, versé en vertu d'un contrat de censive, était contractuel. Il n'était donc pas seigneurial, ni d'ailleurs féodal, dans la mesure où l'on peut distinguer l'inféodation de l'accensement (cf. note n° 13).

Il est vrai que, la plupart du temps, les censitaires devaient s'acquitter auprès des censiers d'authentiques droits seigneuriaux, comme les banalités, ce qui n'est pas pour clarifier la question.

Mais ces droits unilatéraux, exigés du co-contractant, n'étaient pas liés à la possession d'une tenure à cens, mais à la qualité de sujet roturier du seigneur (Olivier-Martin, op. cit., p. 237) : la preuve en est qu'un noble, qui faisait l'acquisition d'une censive, ce qui était licite à la fin du Moyen-Age (ibid., p. 266), devait évidemment le cens, mais aucun droit seigneurial quelconque. Enfin, la Constituante, qui a aboli sans indemnité les droits arrachés par la "puissance

privée, progressivement limité depuis la fin du Xe siècle (22) fut aboli en 1256 (23). Celui de battre monnaies, suspendu en 1313, fut interdit en 1346 (24). Le droit de justice seigneurial, qui s'appliquait unilatéralement à tous les habitants vivant dans le "détroit de sa justice" (25), s'amenuisa avec le développement des juridictions royales (26). Les droits fiscaux des seigneurs, auxquels étaient seuls soumis les roturiers et les serfs (27), connurent un sort très inégal ; les impôts directs disparurent, les impôts indirects et certains produits de droits régaliens (28) subsistèrent sous forme de concessions royales (29). Les droits honorifiques, lorsqu'ils n'étaient pas tombés en désuétude, existaient ici et là (30). Les droits seigneuriaux étaient encore extrêmement nombreux (31), mais ne concernaient plus le droit public.

* _ * _ * _ *

seigneuriale et légitimés par la loi du plus fort", c'est-à-dire la "féodalité dominante", et déclaré rachetables ceux qui étaient "le prix et la condition d'une concession primitive du fonds", c'est-à-dire la "féodalité contractante" (Sur ces deux termes, cf. F. Laferrière, "Histoire du Droit français", 1859, t. 2, p. 125) a rangé le cens parmi les seconds, sauf preuve contraire (cf. Décret des 15-28 mars 1790). On peut donc considérer que le cens n'était pas en principe un droit seigneurial.

(22) Esmein, op. cit., p. 251.

(23) Cheruel, op. cit., t. 1, p. 511. A partir de la fin du XVe siècle, de multiples dispositions complétèrent cette prohibition générale, notamment l'interdiction de lever des soldats sans l'autorisation expresse du souverain, celle de les faire circuler en troupes armées, ce qui était réservé aux gendarmes du roi (Olivier-Martin, op. cit., p. 503).

(24) Ibid., t. 2, p. 215.

(25) Esmein, op. cit., p. 254-256.

(26) Il convient de rappeler que d'une part l'étendue de leurs compétences fut réduite, avec notamment la thèse des cas royaux, celle de la prévention et quelques autres procédés (ibid., p. 410 à 412, 412 à 414 et 414-415), que d'autre part l'institution de l'appel leur ôta leur qualité de juridictions souveraines. Reste que ces cours seigneuriales demeuraient compétentes au XVIIIe siècle pour contraindre les tenanciers roturiers et les sujets du seigneur au paiement des charges qui leur étaient imposées.

(27) Ibid., p. 263.

(28) Notamment les profits de justice, droits de déshérence et d'épave, etc...

(29) Ibid., pp. 566-567.

(30) Ainsi, au XVIIe siècle, le seigneur de Sassay, près d'Evreux, avait encore le droit, attesté par un acte de 1642, de se faire dire la messe dans l'Eglise cathédrale de la dite ville, quand il lui plaisait, selon un rituel qui paraît bien pittoresque aujourd'hui (Cheruel, op. cit., p. 203).

(31) Certains étaient à peu près généralisés dans tout le royaume, comme les banalités qui contraignaient les habitants d'une seigneurie à utiliser les services et installations de leur seigneur pour diverses activités, notamment le moulage du blé, le pressage du raisin, le maillage du chanvre, le forgeage de métaux ou encore le pacage des troupeaux. D'autres étaient propres à telles ou telles coutumes territoriales, mais il n'est pas facile de les repérer, car d'une province à l'autre, ils existaient souvent avec un nom différent et un contenu très analogue.
Leur nomenclature contient ainsi vingt cinq pages dans le "Lexique" de Rageau, repris par J. Renauldon ("Traité historique et pratique des droits seigneuriaux", Paris, 1765, p. 433 à 458) dont le traité a été beaucoup utilisé par Tocqueville (op. cit., p. 312 - 319), qui a lui-même inspiré P. Boiteau ("Etat de la France en 1789", op. cit., p. 26) et J. Jaurès (op. cit., p. 75).

En effet, l'application du terme de "féodalité" aux réalités juridiques françaises du XVIIIe siècle n'a vraiment de sens que si on le cantonne au droit privé (32).

* _ *

C'est ainsi qu'on continuait au XVIIIe siècle à distinguer "deux espèces de domaines, le domaine direct et le domaine utile" (33), qui concernaient les "biens immobiliers (...) féodaux et censuels", sinon les "allodiaux" (34).

Les contrats "censuels", c'est-à-dire les conventions par lesquelles une personne, dite le censier, concédait un bien immobilier à une autre, appelée le censitaire, à charge pour elle de s'acquitter d'une redevance pécuniaire, étaient encore bien vivants (35), tellement, que la censive était même devenue au XVIIIe siècle "la forme normale de la propriété" (36).

Aussi bien, l'opinion de certains auteurs, selon laquelle les tenanciers étaient de véritables propriétaires dès la veille de la Révolution (37), aussi intéressante soit-elle (38), ne paraît-elle pas

(32) Si l'on accepte de mettre de côté les vestiges de la justice et de la fiscalité seigneuriales, on ne peut que souscrire à l'opinion de Tocqueville qui estimait que "la féodalité était demeurée la plus grande de toutes nos institutions civiles en cessant d'être une institution politique" (op. cit., p. 106). Voir dans le même sens : R. Beudant, "La transformation juridique de la propriété foncière dans le Droit intermédiaire", Thèse Droit, Paris, 1889, p. 120-124 ; F.L. Ganshof, "Qu'est-ce que la Féodalité ?", Bruxelles, 1957, p. 215-217).

(33) "Oeuvres de Pothier", op. cit., t. X : "Traité du droit de domaine de propriété, p. 3.

(34) Ibid., t. XI : "Traité des fiefs", p. 1.

(35) Ibid., p. 1.

(36) P. Ourliac, J. de Malafosse, "Histoire du Droit privé", op. cit., t. 2, p. 168.

(37) M. Planiol, "Traité élémentaire de Droit civil", t. 1, Paris, 1904, pp. 744-745 ; R. Filhol, "Propriété absolue et démembrements de la propriété dans l'Ancien Droit français", Annales de l'Université de Poitiers, 1960, p. 12.

(38) Son intérêt essentiel est d'avoir mis l'accent sur une réalité fondamentale : la grande liberté dont bénéficiait le censitaire, qui pouvait exploiter, vendre et transformer la terre à son gré (P. Ourliac, J. de Malafosse, "Histoire du Droit privé", t. 2, op. cit., p. 168).

soutenable, à moins de jouer sur les mots (39). D'ailleurs, aujourd'hui l'on admet généralement que c'est là un acquis de la Révolution (40).

* _ *

Cette analyse laisse intact le problème de l'effectivité des droits encore conférés aux seigneurs.

En d'autres termes, la question juridique débouche sur une question d'ordre économique et social.

LE PROBLEME ECONOMIQUE ET SOCIAL : LE DROIT FEODAL AVAIT-IL ENCORE UN CONTENU EFFECTIF ?

Le thème de la décadence sur une longue période du phénomène "féodal" se retrouve chez tous les auteurs qui se sont penchés sur la question (41).

Cela ne signifie pas qu'ils soient tous unanimes : selon les uns, ce déclin historique avait suscité un bref retour en arrière à

(39) L'existence, depuis le Moyen-Age, d'un "double domaine" paraissait à de nombreux auteurs, influencés par le Droit romain, comme étant contraire au principe même du "dominium", de la propriété, définie comme "le droit par lequel une chose nous appartient privativement à toutes autres" (Pothier, X, 10). En effet, selon eux, "il est de l'essence de ce droit, que deux personnes ne puissent avoir chacun pour le total, le domaine de propriété d'une même chose" (ibid., p. 10), sauf, bien sûr, hypothèse de la copropriété (ibid., p. 11).
D'où l'idée d'appeler le seul domaine utile, "domaine de propriété" et de forger un autre terme pour le domaine éminent, que Pothier dénommait "domaine de supériorité" (ibid., p. 3). Si l'on accepte cette interprétation, il devient incontestable que le tenancier du fonds accensé était bien "propriétaire" (ibid., p. 3). Mais ce terme n'a jamais eu le sens étendu que lui a conféré ensuite le Code civil de 1804. Le "propriétaire" de l'Ancien Droit continuait à détenir une tenure et, à ce titre, il devait des services et il était astreint à des règles, comme le retrait et la saisie censuelles, qui n'existaient pas pour les alleux et les propriétés, telles que les a réglementées le Code Napoléon.
(40) H. Taine, op. cit., t. 1, pp. 386-387 ; E. Chenon, "Le démembrement de la propriété foncière avant et après la Révolution", Paris, 1923, p. 94 ; M. Garaud, op. cit., p. 3 ; J.P. Levy, "Cours d'Histoire des Institutions privées - La propriété, les biens", Les Cours de Droit, Paris, 1962-1963, p. 109 ; P. Ourliac et J. de Malafosse, "Histoire du Droit privé", t. 2, op. cit., p. 171).
(41) Voir notamment J. Michelet (op. cit., t. 1, p. 211), F. Engels (Préface à "Socialisme utopique et Socialisme scientifique", 1892), A. Aulard ("La Révolution française et le régime féodal", op. cit.), J. Jaurès (op. cit., t. 1, p. 77 à 79), E. Lavisse ("Histoire de France", t. IX (1), p. 180 et s., 251 et s.), A. Mathiez (op. cit., p. 3), G. Lefebvre (op. cit.), M.J.P. Levy ("Cours d'histoire des institutions privées / La propriété - Les biens", op. cit., p. 161 et s.), A. Soboul ("La Révolution française", op. cit., 1970, p. 19), M.J. Ellul (op. cit., p. 147), M.F. Furet ("La Révolution française", op. cit.), M.A. Cobban (op. cit., p. 66) et M.R. Remond (op. cit., t. 1, p. 82).

la fin de l'Ancien Régime (42), selon les autres, une telle "réaction féodale" ne correspond à aucune réalité juridique (43).

En dépit du caractère fragmentaire de la documentation aujourd'hui accessible, on peut tenter d'apporter à ce problème un certain nombre d'éléments de réponse, puisés dans les travaux et monographies publiés sur le thème.

* _ * _ * _ *

Négativement, il importe de se garder de toute tendance à la reconstruction analogique. En d'autres termes, il faut renoncer une fois pour toutes à chercher à déterminer l'importance effective de la "féodalité" en recourant à des phénomènes connus, qui sont censés l'éclairer et qui, en réalité, ne peuvent fournir que des indices imparfaits : l'examen textuel des cahiers de doléances et l'étude sociologique des révoltes paysannes de l'époque, en particulier, ne sauraient constituer une panacée.

* _ *

En premier lieu, les cahiers de doléances ne peuvent constituer une preuve (44), comme le croyait Tocqueville qui y voyait "le testament de l'ancienne société française, l'expression suprême de ses désirs, la manifestation authentique de ses volontés dernières" (45), car il n'existe aucun lien entre les attaques de ceux-ci contre les "droits féodaux" et leur poids effectif.

Nombre d'entre eux ignorent ce problème. Par exemple, ceux de Reims (46), de Rouen (47), de Neubourg (48) ou de Mirecourt en

(42) J. Declareuil fait état d'une "aggravation du régime seigneurial" ("Histoire du Droit", t. 2, op. cit., p. 1061). M.R. Mounier estime que les seigneurs ont tiré "des droits féodaux" des sommes croissantes au fur et à mesure que l'on se rapprochait de 1789 ("La société française de 1770 à 1789", op. cit., p. 162 à 166). Voir également P. Charriaud, "La réaction féodale en Guyenne à la fin de l'Ancien Régime", Thèse Droit, Bordeaux, 1947, p. 118 ; P. Sagnac, "La formation de la société moderne française", t. 2, 1946, pp. 220-222 ; A Soboul, "De la pratique des terriers au brulement des titres féodaux", Annales, 1964, n° 6, p. 1049, "Paysans, sans-culottes et jacobins", Clareuil, Paris, 1966, p. 13, "La France à la veille de la Révolution", 1970, p. 20, "La Révolution française", Ed. Sociales, 1983, p. 85 ; "Histoire de la France rurale", t. 2, sous la direction de G. Duby et A. Wallon, conclusion de E. le Roy Ladurie, Seuil, 1975, p. 583 ; A. Bendjebbar, "La vie quotidienne en Anjou", Hachette, 1983, p. 43.

(43) Cf. J. Ellul (op. cit., p. 247), A. Cobban (op. cit., p. 46), F. Furet ("Le catéchisme de la Révolution française", "Annales", mars-avril 1971, p. 265 à 267) et sans doute F. Olivier-Martin, qui hésitait à croire à une aggravation systématique et injuste des droits seigneuriaux (op. cit., p. 680).

(44) F. Furet, "Le catéchisme de la Révolution Française", op. cit., p. 267.

(45) Op. cit., p. 70.

(46) G. Laurent, "Reims et la région rémoise à la veille de la Révolution ; la convocation des Etats généraux de 1789 - Introduction aux Cahiers de doléances du baillage de Reims", 1930, p. 242.

Lorraine (49), pour s'en tenir à l'ouest et à l'est du royaume, où la "féodalité" est présumée la plus lourde (50).
Certains paraissent au contraire refléter une aggravation de l'emprise seigneuriale, comme ceux de Niort et de Civray (51).

Ce décalage s'emplique par plusieurs raisons. L'existence de modèles-types, comme les instructions nées dans l'entourage du duc d'Orléans (52), a sans doute contribué à brouiller les cartes mais, de façon générale, il faut l'imputer au fait qu'à prélèvement seigneurial égal, les paysans ne régissaient pas de la même façon suivant les régions. Il y a dans les cahiers une part de subjectivité qui doit être prise en compte.

* _ *

En second lieu, il n'existe aucune corrélation entre les révoltes paysannes et le poids des droits seigneuriaux. Plus pauvre que la Bourgogne, l'Auvergne s'agitait beaucoup moins (53). A l'aube de la Révolution, les provinces en révolte étaient d'ailleurs les plus riches, notamment l'Ile-de-France, l'Artois, la Lorraine et le Maconnais (54).

* _ * _ * _ *

Positivement, il importe d'opérer un choix méthodologique qui tienne compte de deux réalités incontournables : en premier lieu, le poids global de l'institution seigneuriale était très différent d'une région de France à l'autre, voire d'une

(47) "Cahier de doléances du tiers état du baillage de Rouen", Ed. Bouloiseau, 1957, 1, p. CXII.
(48) Plaisse, "La baronnie de Neubourg", p. 594.
(49) Du moins dans le cahier initial (A. Cobban, "Le sens de la révolution française", Julliard, Paris, 1984, p. 57).
(50) Tocqueville, op. cit., t. 2, p. 9.
(51) P. Goubert, M. Denis, "1789 - Les Français ont la parole", Julliard, Paris, 1964, p. 88-89.
(52) H. Methivier, "La fin de l'Ancien régime", P.U.F., Paris, 1970.
(53) E. Le Roy Ladurie, "De la crise ultime à la vraie croissance", in "Histoire de la France rurale", dirigée par G. Duby, et A. Wallon, t. 2, Seuil, Paris, 1975, p. 355-599.
(54) F. Bluche, "La vie quotidienne en France au temps de Louis XVI", Hachette, Paris, 1980, p. 315.

communauté à l'autre (55), en second lieu, son contenu était extrêmement variable (56).

Il paraît donc indispensable d'inclure simultanément ces deux variables dans toute analyse de la "féodalité". Assurément, la documentation disponible est encore insuffisante pour étudier, région par région, le sort des principaux droits seigneuriaux. En revanche, il est possible d'indiquer pour chacun de ceux-ci des fourchettes statistiques, voire des moyennes pour plusieurs pays et provinces et de tirer un certain nombre de conclusions.

* _ *

Les droits des seigneurs correspondaient évidemment à des obligations pour les populations qui y étaient soumises. Tantôt, il s'agissait d'obligations exclusivement pécuniaires, tantôt d'obligations qui ne revêtaient pas un tel caractère.

* _ *

(55) L'institution seigneuriale était globalement plus contraignante dans l'Est et dans l'Ouest que dans le Midi et l'Ile-de-France (Tocqueville, OC, t. II (2), op. cit., p. 9). M. Le Roy Ladurie a démontré son extrême faiblesse dans l'Ancien Languedoc ("Les paysans du Languedoc", 2 vol., 1966).
Or des recherches régionales plus précises ont montré qu'il fallait encore affiner de telles analyses.
Ainsi, dans l'Ouest, plus précisément dans certaines parties du Maine, en Anjou, en Haute Normandie, dans le Bordelais et en Guyenne, elle était parfois assez faible (M. Garaud, op. cit., p. 170 ; M. Reinhard "Sur l'histoire de la Révolution française", Annales, 1959, p. 558 ; P. Bois, "Paysans de l'Ouest", 1960 ; P. Goujard, "L'abolition de la féodalité dans le pays de Bray", 1979 ; A. Cobban, "Le sens de la Révolution française", op. cit., p. 54-55), de même, dans l'Est, par exemple en Alsace (R. Dufraisse, "Paysans et forêts sous la Révolution : les droits d'usage", 1959).
Inversement dans le Midi, la "féodalité" était assez lourde dans certaines régions, comme le Rouergue (J. Bastier, "Droits féodaux et revenus agricoles dans le Rouergue à la veille de la Révolution", Annales du Midi, 1983-3, p. 261-187).
Par ailleurs, des études infra-régionales ont elles-mêmes dégagé des différences importantes : l'institution seigneuriale était assez légère en basse Auvergne (A. Poitrineau, "La vie rurale en basse Auvergne au XVIIIe siècle", 2 vol., 1965), beaucoup plus pesante en haute Auvergne (M. Lemayrie, "Redevances foncières en haute Auvergne", A.H.R.F., juillet 1968, p. 299-380). L'examen minutieux d'un échantillonnage de trente-sept seigneuries toulousaines a mis en évidence un écart du prélèvement seigneurial qui va de 1 à 383 ; à Beaumont de Lézat, le montant des droits seigneuriaux représentait 0,3 % de la pression fiscale de la royauté, à La Salvetat - Saint Gilles, 11,5 % (J. Bastier, "La féodalité au siècle des Lumières dans la région de Toulouse", op. cit., p. 263-264).
(56) La notion de droits seigneuriaux renvoie à une globalité fort trompeuse. En effet, dans un territoire homogène où ils sont généralement élevés l'un de ceux-ci ou quelques-uns peuvent être anormalement bas ou l'inverse.

Au titre des obligations non exclusivement pécuniaires, on peut tenir pour significatifs de la justice seigneuriale (57), les banalités, les droits de chasse et la corvée.

Il existait vingt à trente mille cours de justice seigneuriales sous l'Ancien Régime (58), peut-être quarante mille (59). C'est sans doute le droit seigneurial dont la survivance est la plus spectaculaire. Dans la seule Bretagne, il en aurait subsisté deux mille cinq cents (60) à plus de trois mille, même si leur cadre était souvent fort sommaire (61). On en a recensé huit cents dans la Marche et le Limousin au XVIIIe siècle (62) et cinquante six pour le seul pays de Foix (63), plus petit qu'un département français. Mais en fait leur implantation était fort inégale.
Il en est de même de leur importance effective. Dans le Beaujolais, leur rôle déclinait (64). En Corse, les seigneurs feudataires du sud de l'Ile (65) rendirent la justice sur leurs domaines tout au long de la période génoise, conformément aux "Status civils et criminels", de 1571 (66) et J. Boswel fait encore état de leur survivance à l'époque de l'indépendance (67), mais, sous la domination française, malgré un certain renouveau féodal,

(57) En effet, les règles régissant celles-ci imposaient au justiciable de s'adresser à la Cour seigneuriale, ce qui constituait une obligation non pécuniaire et d'acquitter les frais de justice ce qui correspondait à une obligation d'ordre pécuniaire.
(58) Tocqueville, OC, t. II (1), p. 82.
(59) A. Viala, "Société politique et institutions - Ancien régime", La Pensée Universitaire, Aix-en-Provence, 1978, p. 307.
(60) M. Garaud, op. cit., p. 45.
(61) A. Giffard, "Les justices seigneuriales en Bretagne aux XVIIe et XVIIIe siècles", Thèse Droit, 1902, p. 104. Les juges siégeaient parfois à la porte de l'église, dans un cabaret ou au pied d'un arbre. Des exemples de ce type ont été également relevés dans le nord par G. Lefebvre, cf. "Les paysans du Nord pendant la Révolution française", Thèse Lettres, 1924, Paris, p. 121.
(62) Baudoin, "Les justices seigneuriales dans la Marche et le Limousin d'après les Cahiers de 1789", 1889, p. 510 et s.
(63) A. D. Ariège, "Enquête seigneuriale du pays de Foix", 1766, cité par J. Bastier, op. cit., p. 103.
(64) P. Léon, B. Bonnin, J.P. Daviet, G. Durand et G. Sabatier, "Régime seigneurial et régime féodal dans la France du sud-est : déclin ou permanence ? (XVIe-XVIIIe siècle)", in "L'Abolition de la Féodalité dans le monde occidental", t. 1, op. cit., p. 165.
(65) La féodalité avait été détruite dans le nord de l'Ile à l'exclusion du Cap Corse (seigneuries Da Mare et Gentili) à l'issue de l'insurrection de 1358-1359. En revanche, elle fut rapidement restaurée dans le sud, la "Terra di Signori" (seigneuries de Cinarca, de la Rocca, d'Istria, d'Ornano, de Leca, de Bozzi) cf. M.F. Robiquet, "Recherches historiques et statistiques sur la Corse", P.U.F., 1969, p. 31-32 ; F. Pomponi, "Histoire de la Corse", Hachette, 1979, p. 79 et s., G. Léoni, "Corsica - Storia nustrale", Cirnu e Mediterraniu, Ajaccio, 1981, p. 51-53.
(66) "Recherches historiques et statistiques sur la Corse", op. cit. p. 217.
(67) "Etat de la Corse, suivi d'un journal d'un voyage dans l'Isle et des Mémoires de P. Paoli", Londres, M D CC LXIX, 1ère partie, p. 28, 227 et s.

elles ne furent pas réanimées (68). Il semble bien, de façon générale, que leur rôle ait décliné. Mais des exemples contraires a priori marginaux ont été relevés : ainsi en Dauphiné, leur importance paraît s'être accrue au XVIIIe siècle (69).
L'intérêt de ces justices a été fort discuté. Suivant certains, il était financier, grâce à elles, les seigneurs auraient reçu le paiement de profits substantiels, un vingtième revenu de la terre selon Fréminville qui écrivait vers 1750, un dixième selon J. Renauldon en 1765 (70). Selon d'autres, ces tribunaux présentaient l'avantage de garantir aux seigneurs la sanction de leurs droits seigneuriaux. Enfin, pour certains auteurs, leur intérêt était plus moral et honorifique que matériel (71). En Bretagne (72) et dans le Nord (73) les revenus tirés des justices seigneuriales apparaissent effectivement fort médiocres. Mais en Toulousain (74) et au Poitou, la justice seigneuriale apparaît bien comme "une garantie du paiement des redevances féodales" (75). En tout cas, nulle part les seigneurs ne se sont enrichis avec elle.

Les droits banaux des seigneurs étaient généralement les plus lourds et le mieux conservés des droits seigneuriaux (76). En toutes hypothèses, ils étaient le droit dit "féodal" le plus largement dénoncé dans les cahiers de doléances de 1789 (77). Mais ils n'étaient pas universellement répandus : la Corse (78), l'Artois, les Flandres et le Hainaut (79) en étaient exemptes. Par ailleurs, leurs modalités étaient très variables. Les forges banales étaient

(68) Certes, le nouveau régime chercha à ressusciter dans l'île une "féodalité" vivante : de nombreuses terres furent ainsi concédées à titre de fief par exemple dans la région de Santa-Giulia à F. de Maimbourg, à la Paratella, en Balagne, à J.V. de Sestrières, à Chiavari, à N. Fleury et surtout dans la piève de Vico au Marquis de Marbeuf, mais leurs bénéficiaires ne disposèrent jamais de privilèges de justice ("Le Mémorial des Corses", t. 2, Ajaccio, 1980, p. 457 ; "Recherches historiques et statistiques sur la Corse", op. cit., p. 369 ; J. Colombani, "Aux origines de la Corse française - Politique et Institutions", Thèse Lettres, Imprimerie Grandval, Ajaccio, 1978, p. 27 ; F. Pomponi, "Histoire de la Corse", op. cit., p. 290 à 292).
(69) "Régime seigneurial et régime féodal dans la France du sud-est : déclin ou permanence", op. cit., p. 166.
(70) Tocqueville, OC, t. II (1), p. 378.
(71) "Les seigneurs y tenaient, non pas seulement en raison des profits qu'ils en retiraient, mais aussi à cause du prestige qu'elle leur donnait. Le seigneur qui avait dans son village haute et basse justice se considérait comme un grand personnage. Pour ne pas déplaire à sa noblesse, le roi ne voulut pas la dépouiller de cette prérogative" (A. Dumas, "Histoire du Droit français", La Pensée Universitaire, Aix-en-Provence, 1977, p. 294).
(72) "Les justices seigneuriales en Bretagne aux XVIIe et XVIIIe siècles", op. cit.
(73) G. Lefebvre, "Paysans du Nord pendant la Révolution française", op. cit.
(74) J. Bastier, op. cit., p. 124.
(75) M. L. Autexier, "Les droits seigneuriaux et les droits féodaux en Poitou de 1559 à 1789", Thèse Droit, Poitiers, 1947, p. 207.
(76) J. Bastier, op. cit., p. 185.
(77) A. Cobban, op. cit., p. 68.
(78) Du moins pour les fiefs constitués postérieurement à la conquête française ("Le Mémorial des Corses", t. 2, op. cit., p. 457).
(79) Tocqueville, OC, II (1), p. 31.

courantes en Poitou, dans le Maine, le Toulousain, l'Albigeois et la Bourgogne (80). Les pressoirs banaux étaient nombreux en Bourgogne (81) et dans le Maine (82), de même, les banalités de four dans la région sédanaise (83).

Les droits de chasse étaient, selon Tocqueville, "les plus interdits de tous aux roturiers" mais il voyait toutefois des atténuations pratiques à la "rigueur du droit" (84). Elles n'étaient pas les seules. En effet, il arrivait parfois que le seigneur soit amené à tirer profit de l'existence de ce droit, en aliénant l'exercice de celui-ci et en percevant ainsi une rétribution en nature, alors même que la règlementation en vigueur ne le permettait pas. Tel était le cas dans la seigneurie d'Allauch (85). Par ailleurs, dans plusieurs contrées, la venerie était ouverte de droit à tous les habitants des communautés (86), notamment dans les Pyrénées et en Guyenne (87). En Alsace, le droit de chasse était également partagé entre roturiers et seigneurs (88).

La corvée n'excédait nulle part douze jours par année (89), conformément aux coutumes et à la jurisprudence des Parlements (90). Dans le Berry, elle représentait huit jours par an (91) jusqu'à son remplacement par une taxe en 1780 (92), en Bourgogne, cinq à six jours (93), en Lorraine et en Barrois, elle était d'ordinaire d'une journée de charrue pour chacune des trois saisons et les paysans devaient généralement un jour pour sarcler, un jour pour faner, un jour pour moissonner et encore un pour vendanger (94). Dans trente-quatre seigneuries de la région de Toulouse, la corvée était en moyenne de un à quatre jours (95). Dans certaines seigneuries, elle avait été remplacée par le versement d'une certaine somme d'argent, par exemple à

(80) J. Bastier, op. cit., p. 154.
(81) M. Garaud, op. cit., p. 67 ; J. Bastier, op. cit., p. 155.
(82) Ibid., p. 155.
(83) M. Garaud, op. cit., p. 68.
(84) Tocqueville, OC (II) 1, p. 318.
(85) G. Barberoux, "Vie juridique, économique et sociale d'une communauté de Basse-Provence : Allauch au dernier siècle de l'Ancien Régime", Thèse Droit, Aix-en-Provence, 1970, p. 603.
(86) M. Garaud, op. cit., p. 106.
(87) J. Bastier, op. cit, p. 190.
(88) M. Garaud, op. cit., p. 89.
(89) E. Lavisse, "Histoire de la France", tome IX (1), Hachette, 1910, p. 251 ; M. Garaud, op. cit., p. 55 ; A. Viala, "Société politique et institutions - Ancien Régime", op. cit., p. 310.
(90) J. Bastier, op. cit., p. 140.
(91) L. Raynal, "Histoire du Berry", 1972, p. 480-481.
(92) G. Winbee, "Histoire du Berry, des origines à 1790", 1957, p. 245.
(93) M. Ligou, "La seigneurie en Bourgogne", in "L'abolition de la Féodalité dans le monde occidental", t. 2, op. cit., p. 581 ; P. de Saint-Jacob, "Les paysans de la Bourgogne du Nord au dernier siècle de l'Ancien Régime", 1960.
(94) M. Garaud, op. cit., p. 54.
(95) J. Bastier, op. cit., p. 140.

Bruguières et à Puginier dans le Toulousain (96). Parfois elle était tombée totalement en désuétude, par exemple à Gargas et à Villeneuve-Carcassès dans le Toulousain à la fin de l'Ancien Régime (97).

* _ *

S'il est objectivement impossible d'évaluer le poids d'une obligation non pécuniaire, la chose est possible, quoique mal aisée, pour les droits seigneuriaux qui se concrétisaient par le paiement en espèce ou en nature d'une certaine somme, ainsi que pour le cens.

Ce dernier était une redevance fixe, assez modique, souvent en argent (98). Il avait un poids évidemment variable, en général, assez faible (99). Au XVIe siècle, il ne représentait en Ile-de-France, que 0,2 à 0,6 % du revenu du sol (100). La plupart des auteurs, selon J. Renauldon, l'estimaient au denier trente, mais, ce faisant, ils intégraient, outre le cens proprement dit, des droits casuels, tels que les lods et ventes (101) qui étaient théoriquement dissociables de lui.

Le champart, qui était une redevance proportionnelle à la récolte, portait suivant les provinces les noms les plus divers (102). Les estimations le concernant sont très divergentes. M. P. Kessel a évalué son importance à 20 à 25 % de la récolte en grains (103) alors que M. F. Garrisson parle d'un prélèvement

(96) Ibid., p. 142-143.
(97) Ibid., p. 142.
(98) Olivier-Martin, op. cit., p. 141.
(99) Selon M.H. Methivier, il correspondait à une somme considérable, un vingtième des récoltes en Dauphiné au XVIe siècle, un cinquième en Lyonnais à la même époque ("L'Ancien Régime", P.U.F., 1971, p. 25) mais il est difficile d'accepter une telle évaluation qui englobe dans le cens, des redevances proportionnelles aux récoltes (ibid., p. 25), ce qui juridiquement est un non sens.
(100) Ibid., p. 25.
(101) Tocqueville, op. cit., t. 1, p. 319.
(102) Le "champart" d'Ile-de-France (Olivier-Martin, "Coutume de Paris", I, pp. 420-424), avait des équivalents provinciaux comme le "terrage" en Poitou (M. Garaud, op. cit., p. 36), en Anjou ("La vie quotidienne en Anjou au XVIIIe siècle", A. Bendjebbar, Hachette, 1983, p. 39-40) et au Berry (M. Garaud, op. cit., p. 21)), la "tasque", en Provence, en Dauphiné (E. Baratier, "Documents d'histoire de la Provence", Privat, 1971, p. 277), parfois dans le Toulousain (J. Bastier, op. cit., p. 216), l'"agrier" ou "agrière" en Limousin, au Quercy, dans le Bordelais (P. Butel, J.P. Poussou, "La vie quotidienne à Bordeaux au XVIIIe siècle", Hachette, 1983, p. 65), et en Toulousain (J. Bastier, op. cit., p. 207), la "parcière" en Boubonnais (M. Garaud, op. cit., p. 36), dans les Marches et en Auvergne (P. Kessel, "La nuit du 4 août", Arthaud, Paris, 1969, p. 55).
La récolte sur laquelle il portait influait également sur sa dénomination, la champart des vignes avait généralement un nom spécifique : "complant" en Anjou, dans le Maine ou le Poitou, "terceau" à Chartres, "carpot" ou "quart-pot" en Bourbonnais (M. Garaud, op. cit., p. 35).
(103) "La nuit du 4 août 1789", op. cit., p. 39.

moyen d'un neuvième (104). Au niveau local, on trouve des taux très variables. Dans le Dauphiné, le champart représentait peut-être 20 % des récoltes (105). Dans le Toulousain, il existait quelques taux inférieurs à 10 % mais en général la plupart étaient plus élevés (106). Dans le Lyonnais, le prélèvement atteignait sans doute un cinquième (107), en Bourgogne existait une charge particulière, la "tierce" qui frappait à peu près le tiers des récoltes (108).

* _ *

La mesure du poids réel du prélèvement pécuniaire seigneurial est difficile. Selon Taine, les plus grands profits ne venaient pas de ce qu'il appelait les "droits féodaux" et l'essentiel de ceux-là allaient, en réalité, au clergé ou au Trésor par le biais de la dîme et des impôts royaux (109). Selon Jaurès, les droits seigneuriaux qu'il appelle "droits féodaux", rapportaient peu à leurs bénéficiaires (110). C'est également le point de vue de Mathiez pour qui les "rentes féodales" ne rapportaient au seigneur qu'une somme médiocre, en tout une centaine de millions par an (111) et celui de G. Walter (112). Si on retient ce montant et si l'on prend en compte l'évaluation du produit global net fourni par A. Young, soit deux mille cinq cents millions l'an (113), le poids de la ponction seigneuriale sur la production totale du pays aurait été de 4 %, ce qui est très faible. Or, à supposer qu'il soit exact, ce pourcentage, intéressant au point de vue macro-économique, a peu de portée concrète.

L'importance du prélèvement bénéficiant au seigneur pourrait plus utilement être évalué de deux manières, d'une part en soi, par rapport au seul produit de la terre et par rapport aux revenus globaux des seigneurs, d'autre part de façon comparative, par rapport aux impôts royaux et au prélèvement décimal du clergé.

* _ *

(104) Op. cit., t. 2, p. 381.
(105) Ibid., p. 381.
(106) J. Bastier, op. cit., p. 217.
(107) F. Garrisson, "Histoire du Droit et des Institutions", Domat-Montchrestien, t. 2, Paris, 1983, p. 381.
(108) P. Goubert, "L'Ancien Régime", t. 1, A. Colin, 1969, p. 83.
(109) "Les origines de la France contemporaine", t. 2, op. cit., p. 233-234.
(110) "Histoire socialiste de la Révolution française", op. cit., p. 78.
(111) "La Révolution française", 1922-24, op. cit., p. 3.
(112) Michelet, "Histoire de la Révolution française", t. 1, op. cit., note, p. 1294.
(113) Ibid., p. 1294.

Il semblerait que le poids du prélèvement seigneurial sur le produit net du sol, y compris les "dîmes inféodées", représentait 20 à 25 % suivant les régions (114), moins dans le Centre et dans le Midi (115).

Comme l'avait observé Tocqueville (116) et avant lui Turgot (117), la part de ce prélèvement sur les revenus des seigneurs était variable (118). M. J. Bastier a proposé une moyenne de 70 % dans le Rouergue (119). Sur un ensemble de vingt cinq seigneuries bretonnes, M. H. Meyer l'a évalué à 33 % en moyenne (120). Il semble bien qu'il ait été également d'un tiers en Haute-Auvergne, selon des sources concordantes (121). Sur la base de déclarations de revenus rendues en 1750 dans le diocèse civil de Toulouse, M. J. Bastier a dégagé une moyenne de 18,8 % (122), mais autour de la ville, J. L. Goldsmith a estimé celle-ci à 5 à 8 % (123). Dans un échantillonnage de douze seigneuries du Haut-Maine, M. P. Bois a mis en évidence un chiffre moyen de

(114) H. Methivier, "L'Ancien Régime", P.U.F., 1981, p. 506.
(115) En Haute-Auvergne, il aurait été de 20 % (H. Methivier, "L'Ancien Régime", 1971, op. cit., p. 1057 ; M. Lemayrie, "Redevances foncières en haute Auvergne", op. cit., p. 299-380), en Provence le pourcentage moyen du produit seigneurial par rapport au produit global des terres était de 40,9 % d'après une étude réalisée à partir d'un échantillonnage de trente-sept seigneuries (M. Cubbels, "La Provence des Lumières", Maloine, Paris, 1984, p. 135) mais cela paraît bien excessif compte tenu de ce que l'on sait de la Basse-Provence où le prélèvement seigneurial ne semble pas avoir représenté plus de 10 % des ressources locales (F.X. Emmanuelli, "Histoire de la Provence", Hachette, Paris, 1980, p. 147) et il était parfois très faible, notamment à la Garde, du temps du marquis Henri Thomas, "bon seigneur", "protecteur et soutien des pauvres", mort en 1739 (M. Delplace, "La Garde, Histoire d'un vieux village varois", Toulon, 1981, p. 59). Dans la région toulousaine, en moyenne, le régime seigneurial prélevait environ 10 % du produit de la terre (J. Bastier, op. cit., p. 10). P. Goujard fournit un pourcentage analogue pour la haute Normandie ("L'abolition de la féodalité dans le pays de Bray", 1979).
(116) Tocqueville, op. cit., t. 2, p. 399.
(117) "Oeuvres de M. Turgot", Dupont de Neumours (9 vol., 1808-1811), t. VI, p. 63.
(118) J. Bastier, "Droits féodaux et revenus agricoles en Rouergue à la veille de la Révolution", op. cit., p. 261-287.
(119) Il était d'autant moins élevé que nombre de familles nobles s'immiscaient dans des activités commerciales et industrielles. (H. Levy-Bruhl, "La noblesse de France et le commerce à la fin de l'Ancien Régime", RHMC, 1933, p. 211 ; J. Meyer, "L'armement nantais dans la deuxième moitié du XVIIIe siècle", Rennes, 1966 ; H. Methivier, "L'Ancien Régime", op. cit., p. 106).
(120) Concrètement, les pourcentages relevés oscillent de 28 à 57 % (J. Meyer, "La noblesse bretonne au XVIIIe siècle", Paris, 1966, p. 652 à 656).
(121) Selon des sources concordantes, notamment M. Lemayrie ("Les redevances foncières en Haute Auvergne", op. cit., p. 361), J.L. Goldsmith ("Remarques sur le régime seigneurial en Haute-Auvergne", in "Contribution à l'histoire paysanne de la Révolution française", Editions sociales, 1977, p. 141), H. Methivier ("L'Ancien Régime", P.U.F., 1981, p. 482, "L'Ancien Régime", 1971, p. 105), A. Soboul ("La Révolution française et la féodalité", Revue Historique du Droit français et étranger, 1968, p. 54).
(122) Op. cit., p. 259-260.
(123) M. Lemayrie, op. cit., p. 141.

10 % (124), à peine plus qu'autour de Bordeaux et le Mans, où les droits seigneuriaux n'auraient constitué que 5 à 8 % du budget seigneurial moyen (125).

Aussi bien, dans l'ensemble, les "droits féodaux" coutaient-ils davantage aux paysans qu'ils ne rapportaient aux seigneurs.

* _ *

Le montant des prélèvements seigneuriaux paraît également assez modeste si on le compare aux prélèvements de la fiscalité royale et de la dîme ecclésiastique.

Il semblerait que, de façon globale, le prélèvement sur le produit brut descendait rarement au-dessous de 5 % et montait parfois à 10 % (126). De façon particulière, la ponction qu'il opérait chez les revenus paysans devait être plus lourde que le prélèvement seigneurial (127). Nous en avons quelques indices statistiques et socio-politiques.

En premier lieu, plusieurs exemples montrent que la pression fiscale l'emportait sur la ponction "féodale". Ainsi, sur douze seigneuries du Lauragais en 1789, l'ensemble des droits seigneuriaux ne représentait que 18,7 % du montant global de celle-là (128). De même sur un ensemble de trente sept seigneuries toulousaines M. J. Bastier a mis en évidence un pourcentage à peine inférieur (129).

En second lieu, plusieurs exemples démontrent clairement que la paysannerie se souleva plus contre la féodalité que contre les droits seigneuriaux (130). Le plus évident est celui de la Corse, en 1789, où les paysans ne se soulevèrent pas contre les seigneuries et les droits qui y étaient attachés (131), mais contre le poids des réglementations (132) et de la fiscalité royale (133). De toute évidence, la pression de celle-ci était très inégale, même

(124) P. Bois, "Les paysans de l'Ouest", Le Mans, 1960, p. 397.
(125) J.L. Goldsmith, op. cit., p. 141.
(126) P. Goubert, D. Roche, "Les Français et l'Ancien Régime", t. 1, op. cit., p. 111.
(127) C'est notamment le point de vue d'A. Soboul ("L'abolition de la féodalité dans le monde occidental", t. 2, op. cit., p. 551.
(128) J. Ramière de Fortanier, "Les droits seigneuriaux dans la sénéchaussée du comté de Lauragais, 1563-1789", Thèse Droit Toulouse, 1932, p. 62.
(129) J. Bastier, op. cit., pp. 263-264.
(130) G. Walter, op. cit., p. 1294.
(131) F. Pomponi, "Histoire de la Corse", op. cit, p. 295 ; P. Marchetti, "Un mémoire pour la Corse", 1980, op. cit., p. 92-93.
(132) Notamment en matière de possession de biens communaux et de délits champêtres (F. Pomponi, op. cit. p. 299).
(133) Ibid., p. 299.

si, en général, elle était moindre que dans certains pays voisins comme le Royaume Uni (134). D'après les calculs de Necker, le montant de l'imposition par tête d'habitant était de quatre livres en Corse (135), alors qu'il s'élevait à la même époque à plus de dix, dans les généralités de Strasbourg et de Rennes, à plus de dix-huit dans celle d'Aix, à plus de vingt-six dans celle de Lyon et à peu près cinquante dans celle de Paris (136). De telles inégalités étaient particulièrement sensibles dans le cas de la gabelle (137).

Les paysans acquittaient enfin cet impôt ecclésiastique qu'était la dîme. Les révolutionnaires de 1789 rangeaient souvent celle-ci parmi les "droits féodaux" (138). On admet aujourd'hui que c'est absurde (139). En toutes hypothèses, il n'existe aucun lien statistique entre le poids des droits seigneuriaux et celui de la dîme (140). Le prélèvement décimal, initialement de 10 %, a fait l'objet de bien des controverses, Taine le tenait pour très lourd (141), Jaurès le croyait assez léger (142). Aujourd'hui, on admet assez généralement que la dîme représentait en moyenne un pourcentage n'excédant pas 2 ou 3 % de plus ou de moins que le taux originel. Les rapports les plus fréquents devaient être à peu près de 13 % selon Garaud, de 8 % selon MM. Goubert et Roche (143). Mais en pratique, on en rencontre qui varient du quart au

(134) P. Mathias et P. O'Brien, "Taxation in Britain and in France (1715-1810)", "The Journal of European Economic History", t. V, 1976, p. 601-650.
(135) "Traité sur l'administration des finances", Necker, p. 326.
(136) Archives Nationales, H 1, 1588, n° 47, folio 173, Statistiques financières.
(137) Douze provinces formaient les pays de "Grande Gabelle" où celle-ci était très lourde alors que d'autres en étaient franches. Cela entraînait d'ailleurs des situations bizarres : à une lieue de distance, suivant que l'on passait d'Anjou, pays de Grande Gabelle" en Bretagne, qui en était exemptée, le prix du minot de sel variait d'un à soixante ; à Nantes, une livre de sel coûtait un liard, en Anjou, 12 sous. Cela engendrait surtout des inégalités fiscales : en Anjou, le montant de la gabelle excédait celui de tous les autres impôts, taille, corvée, capitation et vingtième compris ("La vie quotidienne en Anjou", op. cit., p. 95-99).
(138) P. Ourliac, J. de Malafosse, op. cit., p. 169.
(139) P. Goubert, D. Roche, "Les Français et l'Ancien Régime", t. 1, op. cit., p. 16-23. En effet, la dîme était une "redevance payée le plus généralement en nature, perçue en principe sur les produits du sol et le croît de certains animaux et destinée à pourvoir à la subsistance des ministres du culte, l'entretien des édifices religieux et l'assistance aux pauvres" (M. Garaud, op. cit., p. 111). Elle n'avait donc rien à voir avec la "féodalité", sauf exception : lorsque les terres ecclésiastiques passaient à un laïc, celui-ci continuait à percevoir cet impôt, on parlait alors de "dîme inféodée" (ibid., p. 111).
(140) Dans certaines régions comme la Lorraine et la Picardie les deux étaient lourds (H. Methivier, "L'Ancien Régime", 1981, p. 411). Parfois les charges seigneuriales étaient pesantes, le prélèvement décimal faible, par exemple en Bretagne (ibid., p. 411 ; P. Goubert, "L'Ancien Régime", t. 1, op. cit., p. 123), parfois c'était l'inverse, notamment en Provence (H. Methivier, "L'Ancien Régime", P.U.F., 1981, p. 411).
(141) Op. cit., t. 2, p. 233-234.
(142) Op. cit., p. 89.
(143) P. Goubert, D. Roche, "Les Français et l'Ancien Régime", t. 1, p. 99 ; P. Goubert, "L'Ancien Régime", t. 1, p. 121.

soixantième des récoltes (144). En tout cas, elle représentait dans sa globalité une somme appréciable, elle pouvait ainsi rapporter cent à cent cinquante millions de livres (145), presque autant que tous les impôts directs du roi (146), plus que le volume global des droits seigneuriaux tels que les évaluait Mathiez (147). Dans le Midi, le poids de la pression décimale représentait 10 à 12,5 % du montant brut des récoltes (148). Dans le sud-ouest, elle représentait en général 10 à 12 % (149). Tel est le cas dans la région toulousaine (150). Dans le diocèse de Comminges, au Languedoc, le taux de dîme était presque égal ou supérieur au dixième mais la fourchette varie d'un septième à un trente et unième (151). La Bretagne était dîmée au trente-sixième selon M. H. Méthivier (152), mais en Basse-Bretagne, selon MM. Goubert et Roche, elle représentait 3 % de la récolte brute (153). En Flandre, en Hainault et en Cambresis, elle aurait été en moyenne de 8-9 %, mais les moyennes statistiques, fût-ce au niveau provincial, occultent souvent une réalité elle-même fort diversifiée. En Provence, la dîme s'élevait d'ordinaire au 1/16 des récoltes, plus rarement au 1/12 (155), mais, en Basse-Provence, les écarts vont de 1/8 à 1/50 et dans un peu plus de 50 % des cas étudiés par M. R. Baehrel (156), le taux décimal oscille entre 1/13 et 1/16. De même, l'Anjou connaissait un régime très diversifié, la dîme y était légère dans les bocages et en général dans l'ouest de la province, onéreuse et vexatoire ailleurs, notamment dans la région entre Loire et Layon (157). Parfois même le poids du prélèvement variait d'un hameau à l'autre d'une même paroisse (158). En Corse, à l'époque de l'indépendance, les dîmes auraient

(144) M. Garaud, op. cit., p. 114.
(145) P. Sagnac, "La législation civile de la Révolution Française (1789-1804)", Paris, 1898, Réédition Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus, 1971, p. 155 ; P. Goubert et D. Roche, "Les Français et l'Ancien Régime", t. 1, op. cit., p. 100.
(146) Ibid., p. 100.
(147) "La Révolution française", op. cit., p. 3.
(148) "L'Ancien Régime en France", P.U.F., 1981, p. 411.
(149) P. Goubert et D. Roche, "Les Français et l'Ancien Régime", t. 1, p. 84.
(150) La dîme atteignait souvent 10 %, voire même 12 et 13 % dans l'Archeveché d'Auch (J. Bastier, op. cit., p. 9).
(151) "Les paroisses du diocèse de Comminges en 1786", Collection des documents inédits sur l'Histoire économique de la Révolution française, Paris, Bibliothèque Nationale, p. 45-46-201-329 et 426.
(152) "L'Ancien Régime en France", P.U.F. 1981, p. 411.
(153) "Les Français et l'Ancien Régime", op. cit., p. 84.
(155) "Bouches du Rhône - Encyclopédie départementale", sous la direction de P. Masson, t. 3, Marseille, 1921, p. 611.
(156) "Une croissance, la Basse-Provence rurale (fin du XVIe siècle, 1789)", Paris, S.E.V.P.E.N., 1961, p. 752.
(157) "La vie quotidienne en Anjou", op. cit., p. 36-39.
(158) M. Garaud, op. cit., p. 114.

représenté 5 % de la production de la terre (159), ce qui correspond à une moyenne provinciale des plus faibles. Selon M. H. Méthivier, la somme des prélèvements subis par les paysans représentait ainsi 30 à 40 % de leurs revenus (160).

* _ * _ * _ *

Quel que soit le procédé d'évaluation, l'importance économique et financière de ces "droits féodaux" paraît médiocre. Ce sont davantage des raisons d'ordre subjectif, comme leur inutilité sociale et leur caractère souvent vexatoire, qui sont à l'origine du phénomène de rejet qu'ils ont suscités (161).

(159) "Etat de la Corse", op. cit., 2e partie, p. 15-16.
(160) "La fin de l'Ancien Régime", P.U.F., 1970, op. cit., p. 17.
(161) Tocqueville, op. cit., livre II, chap. I.

LE RAYONNEMENT EN FRANCE DES FACULTES DE DROIT ET D'ADMINISTRATION DE TUBINGEN SOUS LA MONARCHIE DE JUILLET

Par Jean-Louis MESTRE

Professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-en-Provence

A nos Collègues de Tübingen

Dans un remarquable ouvrage, qui s'appuie sur une documentation jusqu'alors inédite -la correspondance de Savigny- Olivier Motte a montré que "la Restauration avait vu l'avènement d'une Ecole profondément germanophile composée de jeunes juristes pleins d'admiration pour la science allemande". Jeunes juristes qui s'inspirent de la pensée de Savigny, qui souhaitent "lier la science du droit à la philosophie et à l'histoire", et qui s'expriment notamment dans la revue *La Thémis* (1). Leur succès s'affirme après la Révolution de 1830, sous la Monarchie de Juillet. Ils parviennent, comme Edouard Laboulaye, "aux plus hautes responsabilités", et proposent de réformer l'enseignement du droit en s'inspirant de l'exemple des Universités germaniques (2).

(1) Savigny et la France, Berne, Lang, 1983, pp. 11-15, 93-113. Voir aussi Ph. Rémy, "La Thémis et le Droit naturel", Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique, n° 4, 1987, pp. 148-152, et J. Poumarède, "Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse (Les débuts de l'école française de droit historique)", La Coutume et la Loi. Etude d'un conflit, sous la direction de Cl. Journes, Lyon, PUL, 1986, pp. 95-112.
(2) O. Motte, ibid., pp. 12-15, 115-191.

Parmi ces Universités, celle de Tübingen (3) est souvent citée comme modèle. Nous nous en sommes aperçu en dépouillant les numéros de deux grandes revues, fondées en 1834 -la *Revue étrangère de Législation et d'Economie politique* (4) et la *Revue de Législation et de Jurisprudence* (5)- afin d'y retrouver les articles consacrés aux droits administratifs étrangers (6). Il nous est particulièrement agréable de relever ces témoignages du rayonnement en France des Facultés de droit et d'administration de Tübingen, au moment même où l'on célèbre le trentième anniversaire d'un accord de jumelage particulièrement fructueux. Nous sommes heureux de dédier ces pages à nos Collègues dont l'accueil est si cordial. Pages qui indiqueront pourquoi l'organisation des enseignements à Tübingen apparaissait comme un modèle à suivre en France, puis qui montreront quel intérêt était porté aux oeuvres des professeurs qui donnaient ces enseignements.

I - LES AVANTAGES DE L'ORGANISATION DES ENSEIGNEMENTS A TUBINGEN

Ce sont les programmes des cours professés à Tübingen qui sont retenus, en 1838, par les auteurs de la "chronique" de la *Revue étrangère et française de Législation et d'Economie politique* pour comparer l'importance des enseignements donnés dans une Université allemande et dans les Facultés de droit françaises (7). Ces programmes sont ceux du "semestre d'été de 1837". On indique le nombre de leçons d'une heure que donnent, chaque semaine, les professeurs dans les matières qu'ils enseignent -sans préciser de combien de semestres les étudiants disposent pour suivre l'ensemble de ces leçons.

(3) Nous avons préféré retenir la graphie actuelle. Dans les textes du XIXe siècle, on trouve toujours écrit Tubingue.

(4) Fondée par Jean-Jacques Foelix, avocat à la Cour de Paris, né dans l'électorat de Trèves en 1791, cette revue vit son titre modifié à deux reprises. Elle devint, dès son tome 3, la Revue étrangère et française de Législation et d'Economie politique, puis après son tome 10 (1844), la Revue de Droit français et étranger.

(5) Fondée par un autre avocat, d'origine polonaise quant à lui, L. Wolowski, elle deviendra en 1851 la Revue critique de la Jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle. La tomaison fut modifiée à plusieurs reprises.

(6) Les articles consacrés aux droits administratifs des Etats membres de la Confédération germanique étaient précisément les plus nombreux ("La connaissance des droits administratifs étrangers en France entre 1815 et 1869", Annuaire européen d'administration publique, t. 8, 1985, pp. 711-729). L'analyse de la connaissance en France de ces droits administratifs germaniques sera développée dans une contribution à un volume dirigé par Erk-Volkmar Heyen.

(7) Tome 4, p. 399.

Voici ces programmes (8) :

FACULTE DE DROIT : M. de Schrader : Histoire du droit romain, 7 leçons ; Droit de famille et droit de succession des romains, 6 leçons. Professeur Michaelis : Droit public de l'Allemagne en général, et du Wurtemberg en particulier, 6 leçons ; Histoire politique et du droit de l'Allemagne, 6 leçons ; Procédure civile, 6 leçons (9). Professeur Scheurlen : Droit ecclésiastique des catholiques et des protestants, 5 leçons ; procédure en matière sommaire, en matière de faillite et en cas de procès entre époux, 3 leçons ; Procédure criminelle, 5 leçons. M. Hepp, professeur : Droit naturel, 5 leçons ; Institutes du droit romain, 6 leçons. M. Mayer : Première partie des pandectes, 11 leçons. M. Reyscher : Droit privé de l'Allemagne, 6 leçons ; Droit privé du Wurtemberg, 6 leçons. M. Lang : Encyclopédie du droit, 4 leçons ; Institutes du droit romain, 6 leçons ; Droit de famille et droit de succession des romains, 6 leçons. M. de Waechter, Chancelier de l'Université : Droit criminel, 7 leçons.

FACULTE DES SCIENCES D'ETAT (d'économie politique) : M. de Fulda : Science financière, 5 leçons. M. de Poppe : Histoire des inventions, 3-4 leçons ; Technologie, 5 leçons. M. Mohl : Encyclopédie des sciences d'état (10), 5 leçons ; Politique, 5 leçons. M. Schutz : Economie politique, 5 leçons ; Statistique, 2-3 leçons.

* _ * _ * _ *

L'existence de cette seconde Faculté, dont les enseignements sont complémentaires de ceux de la Faculté de droit, suscite un très vif intérêt. Son existence avait été déjà signalée aux lecteurs de la *Revue étrangère* dans un article publié en 1836 par un professeur d'économie politique d'Heidelberg, Rau. Au sein de cet article, consacré à "l'étude des sciences d'économie politique en Allemagne" (11), Rau avait indiqué :

(8) Les intitulés sont reproduits sans modification ; l'usage de la traduction de la particule devant certains noms a été maintenu.

(9) Les auteurs de la chronique ont tenu à préciser que Michaelis faisait en conséquence "3 leçons d'une heure chaque jour". Warnkoenig signale que le "cours particulier sur la procédure civile" n'existe que "dans les Universités bien organisées" ("De la science du droit en Allemagne depuis 1815", Revue étrangère, t. 8, 1841, p. 139).

(10) "Ce mot désigne en Allemagne l'ensemble des notions générales que l'on est convenu, chez nous, d'appeler introduction" (Note du traducteur d'un article de Von Mohl, cité infra note 53, p. 187 ; un professeur de Strasbourg, Eschbach, assimilera la chaire d'"Introduction générale à l'étude du droit", créée à la Faculté de droit de Paris en 1840, à une chaire d'Encyclopédie du droit", dans un article intitulé précisément : "De l'utilité d'un cours d'encyclopédie du droit", Revue de Législation et de Jurisprudence, 2e série, t. 6, 1842, pp. 257-263, 344-354).

(11) Tome 2, pp. 222-247, 667-672.

"Dans plusieurs Universités, notamment dans toutes celles de la Bavière et à Tübingen (Wurtemberg), il a été créé une Faculté à part pour les sciences camérales". Rau avait conservé cette "ancienne dénomination" -si classique au XVIIIe siècle (12)- pour traduire l'expression "*Staatwirthschäftliche Facultat*". Mais c'est l'expression "Faculté d'administration" qui prévaudra à la suite d'un célèbre article d'Edouard Laboulaye.

Laboulaye se rendit en Allemagne en 1841, avec la recommandation du ministre de l'Instruction publique du cabinet Thiers, Victor Cousin : il devait étudier l'enseignement du droit et les modalités des examens qui ouvraient les carrières publiques (13). A son retour, il rédigea un article très argumenté, qui parut en 1842 dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, sous ce titre : "De l'enseignement et du noviciat administratif en Allemagne" (14). Dans cette étude qui constitue un véritable manifeste, Laboulaye dénonce le favoritisme qui tient une trop large place dans le recrutement et l'avancement des fonctionnaires, et préconise une profonde réforme, articulée autour de trois éléments essentiels : l'établissement d'un enseignement approprié à ceux qui se destinent aux fonctions publiques, l'organisation de concours de recrutement et l'exigence d'un stage, d'un "noviciat administratif" qui serait sanctionné par un second concours, lequel permettrait de classer définitivement les stagiaires (15).

Cet article obtint un retentissement considérable (16). Il inspira le dépôt d'un projet de loi prévoyant un statut de la fonction publique, projet qui fut repoussé par la Chambre des députés, à la suite des manoeuvres de Guizot qu'a mises en évidence Albert Lanza, mais par une seule voix de majorité (17).

(12) J. Bruckner, Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrech. Ein Beitrag zur Geschichte der Politischen Wissenschaften im Deutschland des Späten 17. und fruhen 18. Jahrhunderts, Munich, 1977. Voir également la présentation commentée de l'historiographie administrative allemande et autrichienne de R. Schulze et R. Misia, in L'amministrazione nella Storia moderna, publication de l'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica, Milan, Giuffrè, 1985, tome II, spec. p. 2281.

(13) O. Motte, op. cit., pp. 121 et 157.

(14) Seconde série, t. 8, pp. 513-611.

(15) Sur le contexte de ces propositions, voir J.L. Mestre, "L'introduction du système du mérite dans l'administration française", in Le système du mérite, publication de l'Institut international de Science administrative, sous la direction de S. Cassese et J. Pellew (Cahier d'Histoire de l'Administration, n° 2, 1987, pp. 97-104).

(16) G. Sautel, "Le fonctionnaire français du XIXe siècle : quelques traits caractéristiques", in L'Educazione giuridica, dirigé par A. Guiliani et N. Picardi, IVe partie : Il pubblico funzionario : modelli storici e comparativi, t. 2, L'età moderna, Pérouse, Libreria editrice universitaria, 1981, p. 216, n° 19.

(17) "Etudes sur le statut de la Fonction publique au XIXe siècle", Etudes sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle, Travaux et mémoires de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, n° 26, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1976, pp. 273-302.

Au coeur de son argumentation, Laboulaye avait évidemment placé les avantages de ce qu'il avait constaté en Allemagne, et, au premier chef, au Wurtemberg, même si l'exemple de la Prusse avait retenu aussi son attention : "La Prusse, dans ces essais d'organisation administrative, me semble inférieure au Wurtemberg, pays modèle en fait d'administration. Cette infériorité tient à deux causes. La première, c'est que le système du concours a été plus franchement appliqué au Wurtemberg qu'en Prusse, où la noblesse et l'armée sont souvent privilégiées. La seconde, c'est qu'en Prusse on n'a pas assez déterminé le cercle des études requises. On a cru qu'il était inutile de fonder des Facultés d'administration... On n'a pas assez reconnu que l'administration est une science nouvelle, *sui generis*, quoique voisine de la jurisprudence, et qu'il était nécessaire de développer l'esprit d'administration, comme dans les autres Facultés on crée l'esprit de médecin, de jurisconsulte, de théologien. En Wurtemberg, au contraire, cette nécessité a été parfaitement sentie. Une Faculté spéciale a été créée, et les examens ont été mieux calculés que ceux de la Prusse pour habiliter aux différents services publics. C'est donc le Wurtemberg qui nous servira de modèle et pour l'enseignement et pour le système des examens" (18).

Laboulaye retrace en conséquence les origines de la Faculté d'administration de Tübingen. Elle a été créée par le roi de Wurtemberg le 29 décembre 1817. L'acte de fondation, qui invoquait la nécessité "de mettre tous ceux qui se destinent au service de l'Etat à même d'acquérir une éducation scientifique", décidait que "les personnes qui passeraient les examens de la Faculté... seraient préférées" aux autres candidats aux emplois exigeant des connaissances administratives. Elle précisait que les "étudiants d'administration" suivraient en plus à la Faculté de droit les cours qui leur seraient les plus utiles : philosophie du droit positif, droit constitutionnel, droit privé wurtembourgeois, droit administratif, encyclopédie du droit. Et que, réciproquement, les étudiants en droit viendraient suivre à la Faculté d'administration les cours les plus importants pour eux, tels ceux consacrés à l'introduction aux sciences administratives ou à la pratique de l'administration. Enfin, des bourses devraient encourager des étudiants à s'inscrire à la Faculté d'administration.

Celle-ci connut d'abord "un brillant succès" : le nombre des étudiants inscrits dépassa la centaine. Mais il diminua ensuite de plus de moitié. En effet, il n'était point obligatoire de suivre les cours de la Faculté, ni de passer "l'examen théorique" pour entrer dans la fonction publique, et les administrateurs en place

(18) Op. cit., pp. 562-563. Laboulaye avait déjà retenu l'exemple du Wurtemberg comme modèle du "noviciat administratif" (p. 558).

semblaient ne tenir aucun compte de la promesse faite de préférer les candidats universitaires. Leur attitude pouvait s'expliquer par le fait que les enseignants de la Faculté d'administration ne faisaient pas assez de place "aux connaissances pratiques nécessaires aux futurs employés". Aussi, une profonde réforme fut engagée en 1837. Elle consista d'une part dans un développement des enseignements et, d'autre part, dans une modification du système de recrutement des fonctionnaires relevant des ministères de l'Intérieur -dont dépendait l'instruction publique- et des Finances. Désormais, tous les candidats aux emplois de ces deux ministères doivent subir avec succès les épreuves d'un examen : l'"examen inférieur" s'ils ne visent que les emplois subalternes, l'"examen supérieur" dans l'autre cas. Or, pour réussir à ce second examen -qui comprenait lui-même deux sortes d'épreuves, séparées par un stage assez long- il était indispensable, en fait, d'avoir suivi les enseignements universitaires. En outre, une faveur était consentie aux étudiants de la Faculté d'administration : ils étaient exemptés du service militaire. L'ensemble de ces mesures fit alors remonter le nombre des étudiants, qui s'établit entre 80 et 87 de 1838 à 1842 (19).

Les étudiants passent trois ans à la Faculté d'administration. Ils suivent les cours dans l'ordre qu'ils se fixent à eux-mêmes, en général après avoir pris conseil des professeurs. Ils sont aussi amenés à assister à des cours de la Faculté de droit, par exemple à celui de "droit public allemand et wurtembourgeois" ou à celui de "droit des gens" ainsi qu'à des enseignements historiques.

Laboulaye donne la liste des cours professés à la Faculté d'administration pendant trois semestres, liste plus développée que celle qu'avait donnée la *Revue étrangère*, par suite de la mise en oeuvre de la réforme décidée en 1837 (20) :

Semestre d'hiver 1839-40.

- Schutz : Encyclopédie (21) des sciences politiques et économiques, 3 heures (par semaine) ; administration financière, 5 heures.
- Poppe : Cours de machine (d'après son manuel, Tübingen, 1821), 5 heures ; technologie générale, 3 à 4 heures.
- Schott von Schottenstein : Economie et comptabilité agricole, 3 heures ; technologie et exploitation forestière, 3 à 4 heures.
- Robert de Mohl : Cours d'administration, 3 heures.

(19) Op. cit., pp. 562-572.
(20) Op. cit. pp. 548-551.
(21) Au sens d'introduction (cf. supra, n. 10).

- Fallati : Histoire de la révolution française, 3 heures ; statistique de la Grande-Bretagne, de la France et de la Russie, 3 heures.

Semestre d'été 1840.

- Poppe : Technologie spéciale, 5 heures ; histoire des inventions, 3 heures.
- R. de Mohl : Encyclopédie des sciences politiques, 5 heures ; politique, 5 heures.
- Schutz : Economie nationale, 5 heures ; examen sur l'administration politique et financière (préparation au concours), 5 heures.
- Fallati : Statistique de la confédération germanique, 5 heures.
- Hoffmann : Méthodologie des études d'administration et de finances, 1 heure ; législation administrative et police du Wurtemberg, 5 à 6 heures.

Semestre d'été 1842.

- Mohl : Encyclopédie des sciences politiques, 5 heures ; politique, 5 heures.
- Schutz : Economie nationale, 5 heures.
- Hoffmann : Administration intérieure du Wurtemberg (communes et baillages), 3 heures ; législation financière du Wurtemberg, avec des exercices pratiques, 5 heures.
- Knaus : Encyclopédie d'agriculture (d'après le manuel de Veit) avec démonstrations et excursions, 5 heures.
- Sigwart : Chimie agricole, 5 heures.
- Schweickhardt : Technologie, 5 heures ; mécanique industrielle et cours de machines, 5 heures.
- Volz : Technologie spéciale, avec démonstrations et excursions, 4 heures ; cours de machines, avec démonstrations et excursions, 4 heures.
- Pfeilstiker : Architecture, avec excursions, 3 heures.

En conclusion de tout son développement sur l'enseignement administratif au Wurtemberg, et pour en souligner une fois encore les avantages dans l'esprit de ses lecteurs français, Laboulaye cite l'opinion de l'un des professeurs de la Faculté d'administration de Tübingen, Schütz : "Les employés de l'administration et des finances, que l'opinion publique plaçait bien au-dessous des ecclésiastiques et des jurisconsultes, précisément à cause de leur mauvaise éducation, reprennent aujourd'hui la place qui leur appartient. La force morale de l'Etat grandit dans la mesure des capacités des hommes qui se consacrent aux services publics ; et d'un autre côté, plus les fonctionnaires grandissent

dans l'estime publique, plus aussi les fonctions sont recherchées par les hommes de coeur et de talent" (22).

- * - * - * -

Comme nous l'avons vu, le projet de loi qu'inspirèrent pour une large part ces développements solidement argumentés, ne fut rejeté que par une voix de majorité. Le directeur de la revue qui avait largement ouvert ses colonnes à Laboulaye (23), L. Wolowski, déplora cet échec et défendit à son tour la création de "Facultés des sciences administratives" en France (24). Il cita bien évidemment l'exemple du Wurtemberg, ainsi que celui de la Bavière, et ajouta que de façon générale "en Allemagne, l'étude des sciences sociales et administratives est portée à un degré de développement inconnu chez nous. Depuis plus d'un siècle, des chaires nombreuses ont été fondées dans les Universités pour l'enseignement préparatoire aux fonctions de l'ordre administratif". Wolowski faisait ainsi allusion aux chaires de "droit public" qui avaient été créées dans diverses Universités germaniques au cours du XVIIIe siècle (25). L'établissement de ces chaires avait été salué en France à l'époque par divers *esprits éclairés*, qui avaient reproché simultanément aux Universités françaises leurs lacunes en ce domaine, ce qui avait conduit le pouvoir royal à prendre, sans grand succès, quelques initiatives pour pallier cette défaillance (26).

Le duc Charles de Wurtemberg était même allé au-delà de tout ce qui existait alors, puisqu'il avait créé en 1780 à Stuttgart une "Faculté d'administration" (*Aekonomische Facultat*) qui fonctionna jusqu'en 1793 (27). Elle préfigura la Faculté établie à

(22) Op. cit., p. 573.
(23) Une "note de la direction de la Revue" avait précisé, dès le début de l'article : "Le travail que nous communique notre honorable collaborateur M. Laboulaye est d'une importance telle que nous n'avons pas hésité à lui consacrer presque la totalité d'une livraison, afin d'éviter une publication par fragments séparés".
(24) "Des conditions d'admission et d'avancement dans les fonctions publiques. Création des Facultés des sciences administratives", Revue de Législation et de Jurisprudence, 3e série, tome I de 1845, pp. 203-219.
(25) J. Portemer, "Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIIIe siècle", Rev. hist. de Dr. franç. et étr., 1959, pp. 341-397 ; J.L. Mestre, "Des recherches sur l'histoire de la science du droit administratif en Europe", Annuaire européen d'administration publique, t. VI, 1983, pp. 891-894 (présentation d'un colloque organisé par E.V. Heyen dans le cadre du Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, dont les actes ont paru sous le titre : Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten (coll. "Ius Commune", vol. 21, Francfort, V. Klostermann, 1984) ; G. Thuillier, "Aux origines de l'enseignement des sciences politiques : De l'éducation civile de Jean-Jacques Garnier", La Revue administrative, 1987, pp. 438-439.
(26) J. L. Mestre, Introduction historique au Droit administratif français, Paris, P.U.F., coll. "Droit fondamental", 1985, pp. 169-170 et 180.
(27) E. Laboulaye, op. cit., pp. 560-561 ; J. Bergson, "De l'origine, des progrès et de l'enseignement du Droit administratif en France", Revue étrangère, t. 6, 1840, p. 95.

Tübingen en 1816, et compta, parmi ses étudiants, un français qui devait devenir célèbre : Georges Cuvier, l'illustre naturaliste, qui fut aussi -il ne faut pas l'oublier- vice-président du Comité de l'Intérieur du Conseil d'Etat et membre de la Commission de l'Instruction publique, et qui déplora, sous la Restauration, la faiblesse des connaissances des candidats aux fonctions publiques. Son opinion fut reprise en 1848 dans l'exposé des motifs du projet de décret sur l'Ecole d'administration présenté par le ministre de l'Instruction publique et des Cultes, Vaulabelle. Celui-ci précisa même que Cuvier avait reçu sa formation au Wurtemberg (28). De la sorte, le caractère novateur des institutions universitaires du Wurtemberg a été officiellement reconnu lors de l'établissement de la première Ecole d'administration en France.

Entre temps, en 1846, un rapport avait été remis au prédécesseur de Vaulabelle "sur l'organisation de l'enseignement du droit et des sciences politiques et administratives dans quelques parties de l'Allemagne". Ce rapport avait été rédigé par un avocat, docteur en droit, C. Vergé, qui avait été officiellement chargé de cette tâche. Il citait avec faveur, lui aussi, la Faculté d'administration de Tübingen (29).

En 1838, une autre personnalité française, Paul-François Dubois, inspecteur général de l'Instruction publique, député, ancien rédacteur du journal *Le Globe* (30), s'était rendu à l'Université de Tübingen au cours d'un voyage destiné à lui permettre de s'informer très précisément sur les établissements d'enseignement des Etats membres de la Confédération germanique. Malheureusement, il ne passa à Tübingen que sur son chemin de retour. Or, seule la première partie de ses impressions a été publiée, en 1905, dans le *Compte rendu des séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques* (31). Il est bien regrettable que cette publication soit restée tronquée, car les indications fournies par Dubois sur les premières Universités qu'il a visitées sont fort intéressantes. Elles évoquent les enseignements auxquels il a assisté et tracent le portrait des

(28) Revue de Droit français et étranger, t. 5, 1848, p. 629. Cuvier avait passé quatre années (1784-1787) à Stuttgart.

(29) Un résumé du rapport a été publié par la Revue de Législation et de Jurisprudence, tome I de 1846, pp. 468-474.

(30) Fondé en 1824 comme bi-hebdomadaire littéraire et philosophique, Le Globe était devenu, en 1828, l'un des grands journaux politiques libéraux. Ses attaques contre Charles X valurent à Dubois, en avril 1830, une condamnation à quatre mois de prison. Lors de la Révolution de juillet 1830, Le Globe se prononça en faveur de Louis-Philippe (Ch. Ledré, in Histoire générale de la Presse française, dir. par P. Guiral et alii, Paris, PUF, t. II, 1969, pp. 84-85, 93-95, 99). Sous la Restauration, Le Globe avait été précisément favorable à l'Ecole historique allemande, que soutenait La Thémis (Ph. Remy, op. cit., p. 150).

(31) Nouvelle série, t. 63 (A. Lair, "Les Universités allemandes en 1838. D'après les souvenirs inédits de M. Dubois de la Loire-Inférieure", pp. 318-353).

professeurs avec lesquels il s'est entretenu. Professeurs dont les oeuvres attiraient l'attention des juristes français.

II - L'INTERET PORTE AUX OEUVRES DES PROFESSEURS DE TUBINGEN

Cet intérêt se manifeste à maintes reprises dans les pages des deux grandes revues qui ont fourni la matière de cet article : il s'exprime par des comptes rendus, par des références dans les bulletins bibliographiques, par des mentions dans des articles de fond ; il s'exprime *a fortiori* par la publication d'écrits rédigés par ces professeurs. Notons au passage que les deux grandes revues en cause s'entouraient de correspondants allemands. La *Revue étrangère de Législation et d'Economie politique* en compta vingt-huit dès sa première parution en 1834, dont un publiciste de Tübingen, Michaelis, et Warnkoenig, alors professeur à Gand, et qui devait devenir, dix ans plus tard, professeur à Tübingen, lui aussi (32). Warnkoenig était simultanément l'un des collaborateurs étrangers de la *Revue de Législation et de Jurisprudence* (33).

* _ * _ * _ *

Une vive attention est portée aux ouvrages de droit public des maîtres de Tübingen. Elle s'explique par l'importance que tenaient alors les théories politiques allemandes (34), ainsi que par le contexte politique de l'époque : la Confédération germanique avait remplacé l'ancien Saint-Empire ; la rivalité entre l'Empire d'Autriche et le Royaume de Prusse apparaissait comme l'un des facteurs essentiels des relations diplomatiques. Les perspectives d'unification allemande sous la houlette de la première ou de la seconde de ces puissances retenaient l'attention en France, comme les débats qui opposaient les conservateurs aux tenants des idées libérales.

La *Revue de Législation et de Jurisprudence* consacra un compte rendu aussi élogieux que dense à la seconde édition de l'ouvrage de Von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft*, "La science de

(32) A l'instar d'O. Motte, nous retenons l'orthographe francisée du nom de ce professeur, "parce qu'il s'agit d'un juriste très connu en France où il a beaucoup publié" (op. cit., p. 243).
(33) Sur ces correspondants étrangers, voir J. L. Mestre, "La connaissance des droits administratifs étrangers...", op. cit., pp. 712-714.
(34) F.P. Bénoit, Les idéologies politiques modernes. Le temps de Hegel, Paris, PUF, 1980.

la police" (35). Compte rendu qui mérite d'être reproduit *in extenso* :

> "Voici un livre dont le titre surprendra sans doute plus d'un de nos lecteurs, surtout quand nous aurons dit qu'il n'y est pas question de ces mille règlements, avis et proclamations dans lesquels s'exprime l'action officielle de la police. Ce n'est pas, en effet, le côté positif, pratique de la police que M. Mohl a envisagé ; ce sont les principes qui doivent diriger l'Etat dans l'une de ses sphères d'action ; principes tout à fait indépendants des institutions existantes, et dont celles-ci ne sont que des applications plus ou moins fidèles. En un mot, M. Mohl n'a pas entendu écrire un traité de la police würtembourgeoise ; il a voulu exposer la Science de la police. Hâtons-nous d'ajouter dans quel sens est pris ici le mot de police. Ce n'est pas dans le sens qu'on lui donne ordinairement dans notre pays ; c'est plutôt dans le sens étymologique et dans la signification que lui donnaient nos anciens auteurs (36). Mais laissons M. Mohl s'expliquer lui-même sur ce point. Après avoir établi que le but de l'*Etat légal* (37), c'est d'écarter tous les obstacles qui entravent le libre et complet développement des facultés humaines, il ajoute : "Reste à voir maintenant d'où peuvent provenir ces obstacles. Il est clair que cela ne peut être que de l'une ou de l'autre de ces deux sources : ou bien de l'action des hommes qui entraveront ou léseront le citoyen en empiétant sur la sphère légitime de ses droits ; ou bien de circonstances externes. Ecarter les premiers, telle est la mission de la justice (38), écarter les seconds, tel est l'objet de la police. La science de la police est donc l'exposition systématique des principes d'après lesquels doivent se répartir et fonctionner les institutions que l'Etat établit pour combattre l'empire des obstacles externes".

(35) 3e série, t. 5, 1844, pp. 529-531 (le compte rendu est anonyme).

(36) Allusion aux auteurs du XVIIIe siècle qui avaient rédigé des Traités, des Codes ou des Dictionnaires de la police, comme Delamare, Duchesne ou La Poix de Fréminville (Sur ces ouvrages, et sur les ambiguïtés de la notion de police à cette époque, voir J. L. Mestre, Introduction historique au Droit administratif français, op. cit., pp. 161-165).

(37) L'auteur du compte rendu précise en note : "Nous ne saurions traduire plus exactement l'expression Rechstaat employée par M. Mohl, et que l'on oppose en Allemagne à l'Etat théocratique, despotique, patrimonial ou patriarcal. Il est défini d'ailleurs par son but". La traduction "Etat de droit" prévaudra par la suite, notamment sous l'influence d'Otto Mayer (Le Droit administratif allemand, Paris, Giard, 1903). Sur cet auteur, voir l'important ouvrage d'E.V. Heyen, Otto Mayer (1846-1924). Studien zu den geistigen Grundlagenseiner Verwaltungsrechts-wissenschaft, Berlin, Duncker u. Humblot, 1981 ; voir aussi du même auteur, "Otto Mayer : Frankreich und das deutsche Reich", Der Staat, t. 19, 1980, pp. 445-460.

(38) L'auteur du compte rendu précise en note : "L'auteur parle ici non seulement de la justice civile et criminelle, mais encore (sous le nom de justice préventive) de ce qu'on est accoutumé à comprendre chez nous sous le nom de police".

Après avoir ainsi déterminé l'objet de la science, M. Mohl en expose les divisions : "L'action de la police a trois objets principaux : la personne physique des citoyens, leur personne intellectuelle, leurs rapports avec les objets matériels". En conséquence, il divise la première partie de son ouvrage en trois livres, dans chacun desquels il admet plusieurs subdivisions. Ici encore nous ne pouvons mieux faire que de lui emprunter ses propres paroles :

> "Les soins à prendre par l'Etat pour la personne physique des citoyens (livre 1er) se présentent sous une triple face. Avant tout, il faut établir un rapport exact entre la population, le territoire et les moyens d'existence, tantôt en favorisant l'accroissement de la population, tantôt en en diminuant l'excès (chap. 1er). En second lieu, il faut pourvoir à la conservation de la vie et de la santé des citoyens, en tant du moins que ces soins dépassent leurs forces individuelles. Ce but sera atteint par les diverses institutions de police médicale (chap. II). Enfin, l'Etat doit encore veiller à ce que la population ne soit pas décimée par le manque de subsistances ; c'est-à-dire il doit empêcher que la cherté des moyens de subsistance ne pèse sur tous les citoyens, et prendre des mesures en faveur de ceux qui ne peuvent s'en procurer suffisamment (Misère, paupérisme).
>
> "L'action de la police, par rapport à la personne intellectuelle des citoyens (livre II), a un quadruple objet, savoir : droits et devoirs de l'Etat relativement à l'éducation (chap. I) ; moyens auxiliaires pour cultiver l'intelligence (institutions d'éducation, sociétés savantes, chap. II) ; mesures pour favoriser la morale et pour écarter ce qui pourrait la blesser (chap. III) ; secours à donner aux établissements d'éducation religieuse (églises, chap. IV) ; mesures pour propager le goût (musées, etc... chap. V).
>
> "L'action de la police sur les rapports des citoyens avec les objets matériels (liv. III) se divise également en quatre sections. Avant tout, il faut veiller à ce que l'on puisse acquérir des biens (suppression de l'esclavage, du servage, des biens inaliénables, etc., chap. 1er) ; en deuxième lieu, il faut prendre des mesures pour empêcher que les biens acquis ne soient détruits par des événements naturels (incendies, épizooties, inondations, assurances, etc., chap. II) ; en troisième lieu, il faut écarter les obstacles qui empêchent la libre circulation de la richesse (chap. III) ; enfin, la police doit veiller à ce qu'il ne soit apporté aucune entrave à la légitime jouissance de la richesse.

"Une seconde partie, moins difficile et moins compliquée, donne les principes sur le mode d'exécution. Elle traite des fonctionnaires qui doivent être institués à cet effet (chap. 1er) et de la marche des affaires (chap. II)".

Voici, dans un résumé bien incomplet, la charpente générale de l'ouvrage de M. Mohl. Ces courtes indications suffiront pour faire comprendre l'étendue et l'importance des matières qui y sont traitées et la bonne méthode qui a présidé à leur distribution. Il nous reste à ajouter (et nous regrettons de ne pouvoir le prouver, au moins par quelques extraits) que l'exécution ne laisse rien à désirer. Elle se distingue à la fois par l'élévation des pensées, par la justesse du jugement et par une merveilleuse clarté de l'expression. Du reste, la réputation de M. Mohl est faite. Il y a longtemps que l'Allemagne le compte parmi ses premiers publicistes, et l'Université de Tübingen parmi ses plus illustres professeurs".

Un autre ouvrage de Von Mohl fera plus tard l'objet d'un long compte rendu dans la seconde revue dirigée par Wolowski : il s'agit du second tome de *Die Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften* -"L'histoire et la littérature des sciences politiques" (39).

Compte rendu rédigé par l'un des principaux collaborateurs de la revue, Jules Bergson (40). Celui-ci présente le projet de Von Mohl en ces termes : "Résumer dans un cadre étroit les travaux des publicistes, des hommes d'Etat, des historiens modernes, les classer dans un ordre méthodique d'après la suite des temps et des matières, retracer, reconstituer ainsi avec des éléments bibliographiques le tableau du mouvement et des progrès des sciences politiques chez les principales nations de l'Europe, tel est le problème ardu que M. de Mohl a cherché à résoudre dans le présent ouvrage".

Lequel ouvrage fait suite à un tome premier, publié l'année précédente, et dont les subdivisions sont données en note : "Introduction. -Encyclopédie et système des sciences politiques. -*Romans sociaux*. -Esquisse d'une histoire du droit public philosophique. -Histoire et bibliographie de la théorie générale du droit constitutionnel. -Bibliographie moderne du droit des gens. -Droit public de la Suisse. -Droit public des Etats-Unis de l'Amérique du Nord".

Bergson loue la méthode et l'ampleur des connaissances de l'auteur : "Pour se rendre exactement compte de la richesse

(39) Revue critique de Législation et de Jurisprudence, t. 13, 1858, pp. 572-579.

(40) Né à Varsovie, Jules Bergson avait été étudiant à Berlin, puis avait soutenu sa thèse à Utrecht, avant de s'installer à Paris, "où il donna tous ses soins à l'étude comparée des législations" (Voir sa notice nécrologique, ibid., t. 23, 1863, pp. 381-384).

d'érudition vraiment prodigieuse dont M. de Mohl a fait preuve dans cette tâche laborieuse, il suffira d'une indication très sommaire du contenu du second volume que nous avons sous les yeux, et qui traite du droit public de l'Angleterre et de l'Allemagne". De fait, les quelques pages du compte rendu ne peuvent manquer d'impressionner. Elles font apparaître le nombre considérable des auteurs anglais, allemands et même français (41) dont Von Mohl a utilisé et commenté les oeuvres. Oeuvres elles-mêmes de natures fort diverses -depuis les ouvrages historiques jusqu'aux correspondances des hommes politiques, en passant par les traités juridiques, par les mémoires et par les discours "qui forment l'objet d'une appréciation exacte et pleine de finesse".

Le compte rendu révèle également l'ampleur des sujets traités par Von Mohl, à propos de l'Angleterre comme de la Confédération germanique : toutes les questions relevant du droit public -des problèmes d'ordre confédéral ou constitutionnel jusqu'à ceux de nature administrative ou fiscale- sont abordées, leur histoire retracée. De telle sorte que Bergson conclut en ces termes : "Le livre de M. de Mohl contient une véritable encyclopédie d'une littérature classée pour la première fois par lui avec une patience d'érudition devenue trop rare de nos jours. C'est un travail de bénédictin un peu sec et aride, dépourvu de tout ornement de style et de couleur, mais plein de faits et d'idées suffisant pour remplir des volumes".

Un autre ouvrage de Von Mohl ne fait pas l'objet d'une recension, mais Laboulaye le signale par une phrase qui ne pouvait passer inaperçue, dans son article sur le recrutement des fonctionnaires : "Il me paraît douteux que jamais professeur français fasse un livre plus libéral dans ses doctrines que le *Droit constitutionnel de Wurtemberg*, publié par le professeur de Tübingen". Laboulaye évoquait alors le problème de la liberté dans les Universités allemandes : "La liberté politique n'habite guère en Allemagne que dans l'Université... mais dans l'Université cette liberté est entière" (42).

C'est toutefois l'attitude du gouvernement wurtembourgeois qui conduisit Von Mohl à quitter Tübingen. Attitude que la *Revue de Législation et de Jurisprudence* dénonça avec vigueur :

"M. R. de Mohl vient de publier les pièces du démêlé qu'il a eu avec le gouvernement wurtembourgeois et dont le résultat a été de priver l'Université de Tübingen de l'un de ses meilleurs et plus illustres professeurs. Une lettre ferme et digne, énergique mais modérée, écrite par M. de Mohl à un électeur qui

(41) Ceux qui ont écrit sur le "droit public anglais" : Montesquieu, Charles Dupin, Jouffray, Cotte et Rey.
(42) Op. cit., p. 557.

l'interrogeait sur ses opinions politiques, répandue en copie par une indiscrétion, *publiée sans le consentement de son auteur, avec l'autorisation*, ou plutôt *sur l'invitation de la censure* ; telle est la cause première de l'inqualifiable mesure prise à l'égard d'un homme que tant de raisons auraient commandé de ménager, alors même qu'il eût été en faute. Mais, ce qui est plus grave encore peut-être que cette mesure en elle-même, ce sont les procédés qui l'ont préparée. L'on a eu, dans cette circonstance, le spectacle singulier d'un citoyen se renfermant strictement dans les limites de la modération et de son droit, tandis que le gouvernement se livrait à tous les écarts de la colère et ne reculait pas même devant l'injure et la calomnie. La publication des pièces officielles de ce débat ne peut que faire honneur à M. de Mohl, et raviver, partout où son nom est connu, les sentiments qui ont accueilli la conduite brutale tenue à son égard (43)".

\- * - * - * -

Un ouvrage écrit par un collègue de Von Mohl, Fallati, "professeur d'Histoire et de Statistique" à la Faculté d'administration, fut présenté, en 1842, aux lecteurs de la *Revue étrangère* (44). Ouvrage intitulé *Die statistischen Vereine der Englaender* -"Des associations statistiques en Angleterre" (45)- et rédigé au retour d'un voyage dans ce pays : "M. Fallati s'est attaché à faire connaître sur le continent l'histoire, le but et l'organisation des associations statistiques qui se sont formées dans la Grande-Bretagne... Il entre dans les détails sur les difficultés que les agents des associations ont eu à surmonter pour obtenir les renseignements complets. Les divers travaux auxquels on s'est livré ont fait naître une théorie de la statistique ; ils ont amené des détails historiques, des statistiques locales, enfin une statistique générale de la Grande-Bretagne sous le rapport de la population, des mines, de l'agriculture, des manufactures, du commerce, de la consommation, de la morale publique et de l'instruction publique. Sur quelques autres objets, le gouvernement a fait réunir et publier des renseignements, par exemple sur l'administration de la justice criminelle, sur la population et sur l'état des prisons".

Cet ouvrage apparaît très novateur, puisque les premières des associations dont il traite ne datent que de 1833. On comprend aisément qu'il ait attiré l'attention d'une revue ouverte

(43) 3e série, t. 2 de 1846, p. 508. L'oeuvre de Von Mohl connaît actuellement un regain d'intérêt en Allemagne (R. Schulze et R. Mizia, op. cit., pp. 2282-2283).
(44) T. IX, p. 1023 (présentation anonyme).
(45) Ouvrage paru à Tübingen, chez Fues, (76 p.).

au progrès, d'autant plus que l'usage des statistiques se répandait aussi dans l'administration française (46).

Un autre livre ne fait l'objet que d'une mention dans un bulletin bibliographique, mais avec les références du lieu et du nom de l'éditeur, comme le précédent : c'est l'étude de Schütz sur la loi communale du Wurtemberg (47). Il convient de signaler aussi le compte rendu, par un ancien ministre portugais, Pinheiro-Ferreira, du livre d'un "Conseiller supérieur de justice" à Tübingen, Zirkler, *Le Droit d'association dans les Etats constitutionnels de l'Allemagne, et des associations et réunions illicites suivant la philosophie du Droit positif* (48).

La création, en 1844, d'une revue par six professeurs de la Faculté d'Administration de Tübingen est également signalée aux lecteurs de la *Revue étrangère*. Cette nouvelle publication a pour titre "*Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*", que l'on traduit ainsi : *Revue universelle de la science d'Etat*. Ses six créateurs sont Von Mohl, Knaus, Volz, Schütz, Fallati et Hoffmann. Elle est éditée à Tübingen même, chez Laupp ; quatre cahiers doivent être publiés chaque année, pour le prix total de 8 florins (49). La parution des cahiers suivants est ensuite annoncée, avec l'indication des titres de plusieurs articles : "Les communes rurales peuvent-elles ou doivent-elles être propriétaires de biens fonds ?", par Knauss ; "De la nécessité d'une division du travail dans les attributions des employés inférieurs de l'administration des Finances", par Hoffmann ; "Dans le royaume de Wurtemberg, y a-t-il avantage à faire construire les chemins de fer par l'Etat ou par les particuliers ?", par Werner ; "De l'instruction spécifique des fonctionnaires du ressort des ministères de l'Intérieur, spécialement en Wurtemberg", par Von Mohl (50).

Dans ce dernier article, Von Mohl revenait partiellement sur le thème qui avait suscité l'article précité de Laboulaye dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, et qui avait nourri le débat précédemment évoqué. Von Mohl avait même rédigé, pour la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und gesetzgebung des Auslandes* -le "Journal critique pour la science du droit et la législation étrangère"- une étude sur les projets de création d'un enseignement et d'un "noviciat" administratif en France, dans laquelle il avait commenté précisément l'article de Laboulaye, ainsi que deux autres projets, l'un de Hepp, professeur à

(46) Sur l'origine et le développement du recours aux statistiques en France, voir l'étude très documentée de Francesca Sofia, "La statistica come scienza politica e dell'amministrazione", in L'Amministrazione nella Storia moderna, op. cit., t. 1, pp. 575-665.

(47) Die gemeinde Ordnung, Stuttgart, Balz. -Revue étrangère, t. VI, 1839, p. 313.

(48) Revue étrangère, t. IV, 1837, pp. 62-66.

(49) 3e série, t. 1, Bulletin bibliographique, p. 64.

(50) T. XII, 1845, Ière partie, Bulletin bibliographique, p. 16 et p. 46.

Strasbourg (51), et l'autre de Charles Duveyrier, dans ses *Lettres politiques* (52).

Cette étude de Von Mohl, qui donne la préférence au projet de Laboulaye, a été traduite et publiée *in extenso* par la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, avec des explications flatteuses : "Personne, mieux que l'illustre publiciste, n'était à même de prononcer sur le mérite de ces projets, et d'indiquer les changements dont ils pouvaient être susceptibles. Chargé depuis vingt ans de l'enseignement administratif dans le pays de l'Allemagne où il est le mieux organisé, et occupant depuis presque autant de temps une place dans la commission d'examen des candidats aux fonctions administratives du Wurtemberg, il ajoute l'autorité d'une longue expérience aux études théoriques et à une intelligence élevée... L'importance toute particulière du travail de M. Mohl nous a déterminé à transformer notre compte rendu en une traduction complète" (53).

Von Mohl ne se contentait pas de publier dans la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und gesetzgebung des Auslandes*. Il partagea avec Mittermaier la direction de cette revue à partir de 1842 (54). Les lecteurs de la *Revue de Législation et de Jurisprudence* furent tenus informés de la parution de cette publication "dirigée avec une si haute distinction" (55). Ces lecteurs apprirent également que Von Mohl avait renseigné Wolowski lorsque celui-ci, qui enseignait au Conservatoire royal des Arts et Métiers, avait rédigé un rapport pour le ministre de l'Agriculture et du Commerce, Cunin-Gridaine, sur "la législation industrielle en Allemagne", rapport dans lequel il traitait notamment du régime juridique des brevets d'invention (56).

\- * - * - * -

(51) "Mémoire sur la réorganisation de l'enseignement du droit en France, et sur l'introduction de l'enseignement des sciences politiques et administratives" (Revue de Législation et de Jurisprudence, 2e série, t. 3, 1841, pp. 299-338, 401-442 ; t. 4, 1841, pp. 81-165, 257-280, 418-461 et t. 5, 1842, pp. 245-282). Hepp proposait "d'attacher à chaque Faculté de droit un certain nombre de chaires pour les sciences politiques et administratives".

(52) 2e édit., t. II, pp. 93-153 : Duveyrier "voulait une école spéciale pour l'instruction des fonctionnaires publics de toute nature, y compris ceux de l'ordre judiciaire" -sur le modèle de l'Ecole polytechnique.

(53) "De la création d'un enseignement et d'un noviciat administratif en France", op. cit., 3e série, 1844, t. 5, pp. 158-196.

(54) C. Ginoulhiac, "Revue de Législation et de Jurisprudence", 3e série, t. 3, 1844, p. 128.

(55) 3e série, t. 4, p. 385 ; Ibid., p. 504 : on fait mention d'"un travail remarquable de M. Zachariae de Lingenthal sur l'Histoire du droit byzantin de M. Mortreuil" (Mortreuil était avocat à Marseille) ; t. 1 de 1845, pp. 277-283 ; t. 3 de 1847, pp. 257-278.

(56) 2e série, t. 5, 1842, pp. 405-439.

Les ouvrages de droit romain suscitent également un vif intérêt. Intérêt qui s'explique par la place que tenait à cette époque l'enseignement de ce droit prestigieux dans la formation des juristes, et par l'importance des recherches érudites dont il faisait l'objet.

Schrader, qui enseignait l'histoire du droit romain à Tübingen, est cité par Charles Giraud, alors professeur suppléant à la Faculté de droit d'Aix, parmi "les continuateurs illustres de cette grande école batave du XVIIIe siècle", qui avait accompli une oeuvre considérable de recension des manuscrits et d'analyse philologique des textes (57). Giraud reproche précisément à l'auteur d'une édition des *Basiliques*, Heimbach, de n'avoir pas recherché de manuscrits en Grèce, alors que "le savant M. Schrader" avait donné, en 1825, l'assurance de leur existence, dans le prodrome de son *Corpus juris* (58).

Tout autre est le reproche adressé, cette fois par Warnkoenig, à un professeur de la Faculté de Droit de Paris, A.M. Ducaurroy, à l'occasion de la parution d'un de ses ouvrages, les *Institutes de Justinien nouvellement expliquées* ; dans la dernière partie de cette oeuvre, Ducaurroy aurait "suivi, mais toujours sans le dire, les excellentes notes exégétiques de Schrader dans la grande édition des *Institutes* connues depuis 1832". Mais, ajoute Warnkoenig, Ducaurroy "est loin cependant de se borner à répéter ce qui se trouve dans Schrader : il y ajoute de temps en temps quelques passages tirés de son propre fonds" (59).

Schrader est également loué dans un compte rendu anonyme de la réédition par Lachmann des *Gaii institutionum commentarii* de Goeschen : "Nous regrettons... que M. Lachmann n'ait pas confondu les notes jointes au texte du *Corpus* de Bonn avec les notes primitives de Goeschen ; il aurait ainsi ébauché un travail pareil à celui que Schrader nous a donné pour les *Institutes* de Justinien ; travail qui reste à faire pour les *Institutes* de Gaius et qui serait bien plus profitable à la science que celui dont le texte byzantin a été l'objet. Mais nous espérons que cette entreprise trouvera son Schrader" (60).

Il est enfin permis de penser qu'un professeur de la Faculté de droit d'Aix, Louis Etienne, s'est servi de l'oeuvre de Schrader lorsqu'il a "traduit et expliqué" les *Institutes* de Justinien. En effet, Etienne était "profondément versé dans les travaux de la Grande Ecole française et dans ceux de l'Allemagne

(57) "Basilicorum libri LX...", Revue de Législation et de Jurisprudence, t. 3, 1835-1836, p. 57.
(58) Ibid., pp. 145-146. Giraud cite le texte de Schrader- écrit en latin- et en donne la référence : page 8, note 7.
(59) Ibid., t. 5, 1836-1837, p. 348.
(60) Ibid., 3e série, t. 1, de 1843, p. 505.

contemporaine ; il a consigné dans son ouvrage les derniers résultats de la science" (61).

Le second spécialiste de droit romain de Tügingen, Mayer, est également présenté avec faveur par Warnkoenig. Parmi les ouvrages "qu'on attend avec impatience" en 1841, Warnkoenig cite "un traité des successions que fait imprimer en ce moment un jurisconsulte aussi profond que judicieux, M. Mayer, professeur de droit romain à Tübingen" (62). Warnkoenig ajoute que Mayer a déjà publié une brochure sur l'étude du droit romain en Allemagne, au terme de laquelle il a conclu en faveur de la codification du droit allemand, "conclusion (qui) a dû surprendre les adversaires de la codification, vu que M. Mayer appartient à l'Ecole historique" (63).

Cette brochure avait été longuement présentée aux lecteurs de la "*Revue étrangère*" deux ans plus tôt. Sept pages lui avaient été consacrées sous le titre "De l'étude du droit romain et de la confection de nouvelles lois en Allemagne" (64), avec cette explication de Foelix : "Nous avons cru devoir offrir à nos lecteurs une analyse complète de cette publication (65), parce qu'elle expose avec une vigueur remarquable les motifs qui militent en faveur de l'étude du droit romain, non seulement en Allemagne, mais aussi dans tous les autres pays de l'Europe. En même temps et comme une espèce d'appendice, l'auteur s'explique sur la question de la codification du droit allemand qui, dans le temps, a fait le sujet d'une controverse intéressante entre MM. Thibaut et de Savigny" (66).

Cette codification, Mayer l'appelle de ses voeux, car elle consacrerait les progrès de la civilisation. En outre, ce serait une oeuvre unificatrice. Certes, il existe déjà ce que l'on appelle le "droit commun de l'Allemagne", c'est-à-dire "cet ensemble composé du droit germanique en général et du droit romain". Mais précisément, ce droit issu de l'histoire est menacé par le développement des législations propres à chaque Etat germanique. La réalisation d'un "code national" aurait donc le double avantage d'améliorer les règles en vigueur et de renforcer les liens entre les divers Etats de l'Allemagne.

D'autres professeurs de Tübingen étaient précisément des spécialistes du droit germanique, issu des coutumes et des anciennes lois du Saint-Empire et qui était enseigné depuis le

(61) Ibid., 3e série, t. 2 de 1846, pp. 122-124 (Compte rendu de V. Chauffour).
(62) "De la science du Droit en Allemagne depuis 1815", Revue étrangère, t. 8, 1841, pp. 43-44. Une note ajoute : "Le premier volume en a paru récemment".
(63) Ibid., p. 218.
(64) T. 6, 1839, pp. 749-755.
(65) Uber roemisches Recht und neue Gesetzgebung, Tübingen, Ossiander, 1839.
(66) Sur cette controverse, O. Motte, op. cit., pp. 34, 57, 128 et 244.

début du XVIIIe siècle, "comme accessoire du droit romain". Tel avait été le cas de Roggé, qui avait publié en 1820 "un ouvrage sur les institutions judiciaires de l'Allemagne au Moyen-Age", que Warnkoenig place au premier rang des études de ce type (67). Tel était encore le cas, en 1841, de Michaelis et de Reyscher (68).

Ce dernier venait alors de fonder la *Revue du Droit allemand et de la jurisprudence allemande* (69), qui a déployé, souligne Chauffour, "le drapeau de la nationalité". Elle mene le combat contre les législations "importées ou imposées" -les droits romain et canonique, le Code Napoléon- et en faveur d'"une codification uniforme fondée sur les traditions nationales" (70). En 1846, une notice de la revue dirigée par Wolowski fait savoir que les "savants rédacteurs de la *Revue du Droit allemand*" annoncent la réunion à Francfort, à la fin septembre, d'un congrès de jurisconsultes, philologues et historiens "voués au culte de la nationalité allemande" (71).

C'est en revanche au seul droit du Wurtemberg que Von Waechter, qui était alors chancelier de l'Université de Tübingen (72) avait consacré un ouvrage, qu'il avait rédigé avec le concours de Griesinger. Cet ouvrage fut cité, sous le titre de *Manuel du Droit du royaume de Wurtemberg* par Warnkoenig à la *Revue étrangère* en 1841 (73) et par Mittermaier à la *Revue de Législation et de Jurisprudence* en 1847. Mittermaier renvoyait très exactement à la page 374 du tome III, à propos de l'hypothèque (74). A la Faculté, Von Waechter enseignait le droit pénal. Il était l'un des directeurs de la revue *Archiv des Criminalrechts*, périodique dont des articles étaient également mentionnés, voire traduits, dans la *Revue de Législation et de Jurisprudence* (75).

Il convient d'ajouter que les professeurs qui enseignaient le droit pénal et le droit civil avaient une autre activité officielle : ils exerçaient des "fonctions de juge" : "chaque Faculté de droit forme", comme l'explique Foelix, "un tribunal (*Spruch Collegium*) qui est appelé à statuer en matières civile et criminelle, à la suite

(67) "De la science du Droit en Allemagne depuis 1815", Revue étrangère, t. 8, 1841, p. 51.
(68) Ibid., p. 44.
(69) Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, à Leipzig, chez O. Wigand.
(70) "Revue des recueils étrangers consacrés à la science du Droit", Revue de Législation et de Jurisprudence", t. 1 de 1845, p. 93.
(71) T. 1 de 1846, p. 384. Reyscher est cité parmi "les noms" qui se sont "illustrés dans toute l'Europe".
(72) Il l'était depuis 1838 au moins.
(73) T. 8, "De la science du Droit en Allemagne depuis 1815", p. 52.
(74) T. 3, de 1847, p. 458. Mittermaier évoquait alors un ouvrage d'un magistrat français, de Saint-Joseph, intitulé : Concordance entre les lois hypothécaires étrangères et françaises.
(75) Par exemple, t. 3, 1835-1836, pp. 194-200 ; t. 3 de 1845, pp. 229-238.

d'une instruction par écrit, sur les causes les plus compliquées. Les Facultés de droit de Tübingen et de Heidelberg sont particulièrement surchargées de ces travaux judiciaires" (76).

- * - * - * -

Quant à Léopold Auguste Warnkoenig, il était fort connu en France, à cause de ses travaux et de sa personnalité, lorsqu'il devint en 1844 professeur à Tübingen. Sa nomination fut saluée par la *Revue étrangère* (77) et par la *Revue de Législation et de Jurisprudence* : "Notre honorable collaborateur, Monsieur le professeur Warnkoenig, vient d'être appelé à remplir la chaire de droit ecclésiastique catholique à l'Université de Tübingen (Wurtemberg). C'est une excellente acquisition pour cette ville qui compte déjà tant de savants distingués, et qui saura dignement apprécier le mérite scientifique de Monsieur Warnkoenig" (78).

Warnkoenig s'était signalé à l'attention des juristes français lors de la fondation de la revue *La Thémis*. Dans le tome premier de celle-ci, paru en 1819, il avait traité "de l'enseignement du droit dans les Universités du Royaume des Pays-Bas", sujet qui lui convenait particulièrement, puisqu'il enseignait alors à Liège (79). Dans le tome second, avaient été publiés des "fragments" du discours qu'il avait prononcé à l'ouverture de son cours d'histoire du droit romain (80). Warnkoenig avait ensuite maintenu sa collaboration à cette revue. Il en était même devenu l'un des dirigeants après la mort d'Athanase Jourdan (81).

Après la disparition de *La Thémis*, Warnkoenig devient, comme nous l'avons vu, l'un des collaborateurs étrangers des deux revues fondées en 1834, la première par Foelix, la seconde par Wolowski. Il y publie articles et comptes rendus.

Dans la *Revue étrangère*, il fait paraître une "Histoire du régime constitutionnel du Grand Duché de Bade" (82), puis une étude "des Ecoles de droit en France et de leur réforme" (83), enfin une analyse "de la science du droit en Allemagne, depuis 1815" (84). La *Revue de Législation et de Jurisprudence* publie le

(76) "Des écoles de droit en Allemagne et en France", Revue étrangère, t. 5, 1839, p. 218.
(77) Tome XI (ou nouvelle série, sous le titre de Revue de Droit français et étranger, t. 1), 1844, p. 884.
(78) 3e série, t. 4, 1844, p. 254.
(79) Pp. 382-387.
(80) 1820, pp. 375-383.
(81) Son nom est mentionné dans les deux derniers tomes de la revue, à côté de ceux du Doyen Blondeau de la Faculté de droit de Paris, du romaniste Pellat et de ses deux collègues Birnbaum et Holtius (tomes IX -1829- et X -1830-1831-). Warnkoenig est alors successivement professeur à Louvain, puis à Gand.
(82) T. 5, 1838, pp. 401-421, 481-492.
(83) T. 6, 1839, pp. 1-33. Warnkoenig est alors professeur à Fribourg.
(84) T. 8, 1841, pp. 25-55, 130-147, 204-219.

texte français de deux articles qu'il fait paraître simultanément en Allemagne : "Le droit romain en France depuis 1830" (85) ; "Observations sur le projet de loi de M. le Comte de Salvandy, relatif à l'enseignement du droit en France" (86).

Il poursuit son oeuvre d'information et de rapprochement des juristes français et des juristes allemands à travers ses comptes rendus. Ainsi, il commente longuement l'ouvrage de Laboulaye : *Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les romains jusqu'à nos jours* (87). Et lorsque Charles Giraud, qui avait commencé sa carrière comme professeur à la Faculté de droit d'Aix (88) est appelé au Conseil royal de l'Instruction publique, avant de devenir ministre de l'Instruction publique et Inspecteur général des Facultés de Droit, c'est l'opinion de Warnkoenig qui est reprise par le chroniqueur de la *Revue de Législation et de Jurisprudence* pour louer les mérites du nouveau conseiller royal : "Un juge bien compétent, M. Warnkoenig, a écrit" : "Nous avons en ce livre -l'*Introduction au droit romain* de Giraud- une des histoires externes du droit romain les plus heureusement exécutées que les derniers temps aient produites, et nous n'hésitons pas à dire que, depuis Cujas et Jacques Godefroy, aucun ouvrage aussi profond, aussi mûr, aussi accompli, au fond et en la forme, n'a paru en France sur le droit romain" (89).

\- * - * - * -

Ces manifestations publiques d'intérêt et d'estime se doublaient de relations épistolaires dont les lettres publiées par Olivier Motte permettent de mesurer l'importance. Warnkoenig était ainsi "en correspondance avec tout ce que l'Europe comptait alors de juristes éminents" (90). C'est par son intermédiaire que Blondeau, alors professeur à la Faculté de droit de Paris, a tenté d'entrer en contact avec Savigny (91). Laboulaye a entretenu une correspondance régulière avec lui : il lui adresse, par exemple,

(85) T. 5, 1836-1837, pp. 337-350.
(86) 3e série, t. 3 de 1847, pp. 257-278.
(87) Revue de Législation et de Jurisprudence, 3e série, t. 2 de 1843, pp. 238-256.
(88) Nommé professeur suppléant le 17 août 1830, il devint le premier titulaire de la chaire de droit administratif, le 4 décembre 1835. Il fut élu à l'Académie des Sciences Morales et Politiques à la place laissée vacante par un autre éminent aixois, Joseph-Jérôme Siméon, le beau-frère de Portalis (Siméon avait été professeur à l'Université d'Aix, administrateur de la ville d'Aix et de la Provence sous Louis XVI, membre du Conseil des Cinq-Cents sous le Directoire, tribun puis conseiller d'Etat sous Napoléon, ministre de la Justice et de l'Intérieur du Royaume de Westphalie en 1807, ministre de l'Intérieur de Louis XVIII, et premier président de la Cour des comptes sous Louis-Philippe).
(89) 3e série, t. 2 de 1846, p. 255.
(90) O. Motte, op. cit., p. 25.
(91) Ibid., p. 89.

l'un de ses articles en lui demandant d'"accueillir avec bienveillance cette production nouvelle d'un ami" (92). Une autre fois, il déplore, dans une lettre à Savigny, que la brochure qu'il a envoyée à Warnkoenig à Tübingen se soit égarée (93). Laboulaye rencontra d'ailleurs personnellement Warnkoenig lors de son voyage de 1840 en Allemagne (94). Il était également en rapport épistolaire avec Von Mohl : la bibliothèque universitaire de Tübingen en conserve le témoignage (95). Tous les efforts qu'il fit pour promouvoir les liens entre jurisconsultes français et allemands furent d'ailleurs solennellement salués par l'Université de Tübingen dans le diplôme de docteur *honoris causa* qu'elle lui décerna en 1845, l'année même où il fut reçu à l'Institut. La cérémonie de remise de ce doctorat fut d'autant plus brillante qu'elle coïncida avec l'inauguration par l'Université de Tübingen de son nouveau siège (96).

Von Mohl correspondait également avec un professeur de la Faculté de droit de Paris, Berriat Saint-Prix (97). Il fut aussi en rapport avec Firmin Laferrière ; dans l'introduction de son *Cours de Droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles et précédé d'une introduction historique*, ce dernier le remercia de l'avoir "encouragé de ses éloges et éclairé de ses savantes critiques", à la fois dans "*L'Histoire et la Littérature des Sciences politiques*" et dans divers articles (98).

\- * - * - * -

Tous ces éléments attestent, de façon incontestable, du rayonnement dont les Facultés de droit et d'administration de Tübingen ont joui en France sous la Monarchie de Juillet. De façon plus générale, Warnkoenig constatait, en 1839, que, s'"il n'y avait plus de science du Droit européen", "depuis vingt ans, les relations des jurisconsultes français et allemands avaient commencé à se renouer" (99). A titre d'exemple, on peut citer l'amitié qui se forgea entre Savigny et Charles Giraud, alors que celui-ci était professeur à la Faculté de droit d'Aix (100).

(92) Ibid., pp. 134-135.
(93) Ibid., p. 157.
(94) Ibid., p. 121.
(95) Nachlass R. Von Mohl, Md. 613.
(96) Revue de Législation et de Jurisprudence, 3e série, t. 3 de 1845, pp. 430-431 (Voir la description de cette cérémonie et la reproduction du diplôme en annexe).
(97) Fonds de la Bibliothèque universitaire de Tübingen, précité note 95 ; O. Motte, op. cit., pp. 89-90.
(98) 5e édit., Paris, Cotillon, t. 1, p. VI.
(99) "Des Ecoles de Droit en France et de leur réforme", Revue étrangère, t. VI, 1839, p. 2.
(100) O. Motte, op. cit., p. 90. La Bibliothèque municipale d'Aix, la Bibliothèque Méjanes, conserve une lettre de Savigny à Giraud : Ms. 1665 (1530), lettre du 19 déc. 1838.

Toujours en 1839, Laboulaye écrivait de son côté : "C'est... à la science de réunir par la communauté des sentiments et des idées, l'Europe entière, France, Espagne, Italie, Allemagne, Angleterre, toutes nations sorties de même souche, qui pensent et qui veulent de même" (101). Aujourd'hui, une "science du Droit européen" -pour reprendre l'expression de Warnkoenig- existe et se développe : le "Droit communautaire" fait l'objet d'enseignements dans les Universités des Etats membres de la Communauté économique européenne. Souhaitons simplement que les progrès de cette science et de ces enseignements aillent de pair avec le renforcement des liens entre les juristes de ces mêmes Etats membres. Ces progrès n'en seront que plus vigoureux.

(101) Histoire du droit de propriété foncière en Occident, Paris, Durand, 1839, pp. 55-56.

ANNEXES

Le doctorat *Honoris Causa* d'Edouard Laboulaye (102).

I - La remise du doctorat lors de la cérémonie d'inauguration du nouveau siège de l'Université.

"On conserve en Allemagne, avec un pieux et touchant respect, les anciennes traditions universitaires. Il faut voir, quand quelque circonstance solennelle se présente, la vie qui anime les corps scientifiques, qui ont l'habitude de consacrer chaque événement important de leur existence, par des fêtes et par la collation de titres de *docteur* à un certain nombre de savants de leur pays et de l'étranger. C'est à la fois un hommage rendu à de grands travaux scientifiques et un moyen habile de rattacher à l'Université des hommes éminents.

Nous croyons qu'il ne sera pas sans intérêt de raconter ici, avec quelques détails, la solennité de cette nature qui vient d'avoir lieu dans le royaume de Wurtemberg.

Le 31 octobre dernier, l'illustre et savante Université de Tübingen a pris possession du nouvel édifice qui vient de lui être consacré. Cette prise de possession a été l'occasion d'une solennité non moins rare qu'intéressante. Un cortège nombreux, composé de fonctionnaires publics en costume, de professeurs en robes et d'étudiants avec des écharpes s'était réuni dans l'ancien édifice destiné jusqu'alors aux exercices universitaires. Après avoir salué d'un cri d'adieu le bâtiment où avaient professé tant de savants personnages, le cortège s'est mis en marche, bannières et musique en tête, à travers les rues tortueuses de la vieille cité. A quelques pas de la nouvelle *Aula*, il a rencontré un arc de triomphe, orné des armes de la ville et de celles de l'Université, et portant cette inscription : *Universitati civitas*. Là il fut reçu par le prince royal de Wurtemberg qui, quelques années auparavant, avait posé la première pierre du nouvel édifice. Dans la salle des fêtes, après un chant de circonstance et un discours du recteur, les doyens des six Facultés sont venus, l'un après l'autre, proclamer les noms des docteurs promus à l'occasion de la solennité. Ces noms, bien connus dans la science et dans les lettres, et parmi lesquels nous avons été heureux de rencontrer ceux de MM. Edouard Laboulaye et Letronne, ont été accueillis par d'unanimes applaudissements. Ont été nommés docteurs dans la Faculté de théologie catholique, M. Oehler ; dans la Faculté de théologie protestante, M. Gustave Schvab ; dans la Faculté de droit, MM. Hochbach d'Elfwangen, le

(102) Cf. note 96.

professeur Stalin de Stuttgart et M. Edouard Laboulaye, de Paris ; dans la Faculté de médecine, MM. le professeur Hering et d'Alberti ; dans la Faculté de philosophie, le comte Guillaume de Wurtemberg, MM. Alexandre de Humbold et Varnhagen von Euse, de Berlin, Letronne, de Paris, de Lassberg, Uhland, le Poëte, à Tübingen, Kaussler et Reuse, à Stuttgart ; enfin dans la Faculté des sciences politiques et administratives, MM. Hoffmann, de Berlin, et Maurice Mohl. Après la proclamation de ces noms célèbres, le chancelier a fait connaître ceux des étudiants qui ont remporté les prix dans les exercices annuels ; il a remercié le roi de Wurtemberg, le prince royal et les autres personnages présents à la fête, du concours qu'ils avaient prêté à la solennité. A deux heures, un dîner de trois cents couverts a été servi dans le manège, et le soir, huit cents étudiants s'y sont donné rendez-vous pour nouer les liens d'une union fraternelle".

II - *Fac simile* du diplôme de docteur *Honoris Causa*

QUOD DIVINUM NUMEN FELIX FAUSTUMQUE ESSE JUBEAT
CLEMENTISSIME INDULGENTE
SERENISSIMO ET POTENTISSIMO
DOMINO
GUILIELMO
REGE WURTTEMBERGIÆ,
RECTORE UNIVERSITATIS MAGNIFICO
ERN. CHRISTIANO F. WALZ
PHILOSOPHIÆ DOCTORE ET PROFESSORE PUBLICO ORDINARIO,
VENIAM LARGIENTE EA, QUA POLLET, POTESTATE A REGE CONCESSA
CANCELLARIO UNIVERSITATIS MAGNIFICO
CAROLO GEORG. DE WÆCHTER
ORD. REG. CORON. WURTTEMB. COMMENDATORE,
PHILOSOPHIÆ ET JURIS UTRIUSQUE DOCTORE,
DECANO
AUGUSTO LUDOVICO REYSCHER
JURIS UTRIUSQUE DOCTORE ET PROFESSORE PUBLICO ORDINARIO,
PROMOTORE
AD HUNC ACTUM LEGITIME CONSTITUTO
LEOPOLDO AUGUSTO WARNKOENIG
ORDINIS LEOPOLDI BELGICI EQUITE
JURIS UTRIUSQUE DOCTORE ET PROFESSORE PUBLICO ORDINARIO, etc., etc
ORDO FACULTATIS JURIDICÆ
VIRUM PRÆNOBILISSIMUM ATQUE DOCTISSIMUM
EDUARDUM LABOULAYE, PARISIENSEM,
ACADEMIÆ REGIÆ INSCRIPTIONUM ET LITERARUM HUMANIORUM SOCIUM
ORDINARIUM EX LEGIONE EQUITUM HONORIS CRUCE DECORATORUM
TAM LIBRIS DE JURE ROMANO ET GERMANICO ERUDITISSIME ET ELEGANTISSIME SCRIPTIS PRÆCLARUM, QUAM ALTIORE JURIS ARTE ATQUE SCIENTIA, PRÆSERTIM ET LITERARIO CUM GERMANIÆ JURISCONSULTIS COMMERCIO PROMOVENDA MERITISSIMUM,
HONORIS CAUSA
IPSO DIE AULÆ UNIVERSITATIS NOVISSIME INAUGURATÆ
JURIS UTRIUSQUE DOCTOREM
CREAT,
HOC DIPLOMATE SOLEMNITER RENUNTIAT,
EUMQUE OMNIA JURA ET PRIVILEGIA DOCTORIS CONFERT.

TUBINGÆ,
SUB. MAJORE FACULTATIS JURIDICÆ SIGILLO.
DIE XXXI. OCT. MDCCCXLV.

LIBERTES PUBLIQUES

* _ * _ * _ *

LA LIBERTE RELIGIEUSE AU CONCILE VATICAN II

Par

Benoît SAVELLI

Mémoire pour le Diplôme des Sciences Juridiques
et Morales préparé sous la direction de
M. Joël-Benoît d'ONORIO

Institut Portalis
Département des Sciences Juridiques et Morales
Faculté de Droit de de Science Politique d'Aix-Marseille

In dubiis libertas, in necessariis unitas, in omnibus caritas

Saint Thomas d'Aquin

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE - LA LIBERTE DANS LA VERITE

CHAPITRE I - LE FONDEMENT DE LA LIBERTE
- Section I - L'apparente révolution
  - A - Contradiction dans les termes
  - B - Continuité dans l'enseignement
- Section II - L'évolution doctrinale
  - A - Le ralliement à l'optique individualiste
  - B - Le rejet du subjectivisme

CHAPITRE II - LIBERTE ET OBLIGATION
- Section I - Liberté des anciens, liberté des modernes
- Section II - Obligation et contrainte
  - A - Ce qui est dû à Dieu
  - B - Ce qui est dû à l'homme

DEUXIEME PARTIE - LA LIBERTE DANS LE PLURALISME

CHAPITRE I - PLURALISME ET TOLERANCE
- Section I - Le principe de la tolérance
  - A - Le mépris de l'erreur
  - B - L'amour du prochain
- Section II - La recherche de l'unité
  - A - L'unité dans la vérité
  - B - La liberté vers l'unité

CHAPITRE II - PLURALISME ET BIEN COMMUN
- Section I - Le bien de tous
  - A - L'ordre temporel et l'ordre spirituel
  - B - L'ordre absolu des êtres et des fins
- Section II - Le bien de la personne
  - A - La dimension religieuse
  - B - La dimension sociale de la personne

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

INTRODUCTION

Le titre que nous avons choisi pour cette étude mérite un éclaircissement. Pourquoi parler de "la liberté religieuse au *Concile Vatican II*" ? L'Eglise catholique n'a certes pas attendu 1965 pour se poser la question de la liberté. Elle tient en effet une source inépuisable de réflexion dans l'admirable parole de Jésus Christ : "La vérité vous rendra libres". Il est cependant évident que le Concile a apporté à ce sujet quelque chose de nouveau. Toutefois, l'évolution, dont il est la marque, réside dans la forme plus que dans le fond de la pensée catholique. Le voeu de Jean XXIII était que l'Eglise fît preuve d'ouverture sur un monde qui nourrissait envers elle des ressentiments injustifiés. Mais il n'a évidemment jamais été question de modifier les termes de la foi chrétienne. Au contraire, c'est en les approfondissant que l'Eglise pouvait se mettre en mesure de les exposer plus simplement, afin qu'ils soient mieux compris. Comme le dit Saint Vincent de Lerins, tout progrès dans la doctrine catholique ne peut se faire qu'"à condition qu'il s'agisse d'un véritable progrès de la foi, et non d'une altération" (1).

Dans cette démarche, l'Eglise accepte et reconnaît la part de vérité contenue dans les philosophies modernes. Mais l'ouverture sur le monde ne saurait être une adaptation au monde. Le rôle de l'Eglise n'est pas de dire ce qui plaira d'entendre à l'homme d'aujourd'hui. L'Eglise, guidée par la vérité, remonte le courant, elle ne le suit pas. A-t-on jamais vu un berger n'émettre que des bêlements ?

L'"*aggiornamento*" dont il était question n'était évidemment pas une mise au goût du jour de la doctrine catholique, mais un désir toujours plus ressenti par l'Eglise de se placer *hic et nunc* afin d'affirmer des principes anciens -et non pas vieillis- d'une façon plus adaptée au monde à qui elle s'adresse.

La Déclaration "Dignitatis Humanae" sur la liberté religieuse est sans aucun doute l'un des textes conciliaires les plus marqués par les ambiguïtés de l'*aggiornamento*. Cette déclaration

(1) Saint Vincent de Lerins, "Commonitorium".

fit l'objet de sérieuses difficultés de rédaction (2). Elle est encore aujourd'hui la source de nombreuses difficultés d'interprétation.

Aucun texte ne fut soumis par l'assemblée conciliaire à autant de révisions que le schéma sur la liberté religieuse. De 1960 à 1962, quelques travaux sur le sujet avaient eu lieu dans la phase des préparations du Concile. Le 19 novembre 1963, fut présenté aux Pères un document sur l'oecuménisme préparé par le Secrétariat pour l'Unité. Le cinquième chapitre devait porter sur la liberté religieuse. Le Cardinal Léger (Montréal) fit valoir que la doctrine sur la liberté religieuse concernait toutes les religions et devait donc constituer un schéma distinct. C'est sur cette base que s'ouvrit la deuxième session du Concile avec le texte révisé, présenté par son rapporteur, Mgr de Smedt (évêque de Bruges). Et l'assemblée dans son ensemble reconnut les mérites d'"une déclaration indépendante destinée à l'humanité toute entière" (3).

Les débats qui eurent lieu furent parmi les plus riches et les plus passionnés du Concile. Près de 600 demandes d'intervention furent remises au secrétariat. 120 orateurs prirent la parole exposant tour à tour des perspectives opposées. Les Pères pouvaient sembler divisés sur la question de la liberté religieuse. Ils le furent sur la manière de la présenter et de la définir qui posait de sérieuses difficultés. D'une part, les mentalités et les expériences des 2 500 prélats venus du monde entier étaient fort diverses. D'autre part, la Déclaration devait s'adresser à des hommes de tous horizons. Elle visait "un monde partagé entre la passion de la liberté et toutes les formes de la servitude" (4). En effet, "jamais les hommes n'ont eu comme aujourd'hui un sens si vif de la liberté ; mais en même temps, surgissent de nouvelles formes d'asservissement "social et psychique" (5).

Les difficultés de rédaction du texte se traduisirent par une opposition entre deux visions différentes du problème. Une majorité de Pères désirait que fût affirmée avec force la nécessité de la liberté de tous les hommes en matière religieuse. Face à ces "libéraux" se trouvait une minorité de "conservateurs" qui, passionnés par la Vérité, refusaient de mettre à égalité toutes les croyances (6).

(2) Cf. Hamer dans "Vatican II : la liberté religieuse", Paris, éd. du Cerf, 1967, p. 61 à 108 ; Ralph Wiltgen : "Le Rhin se jette dans le Tibre - Le Concile inconnu", éd. du Cèdre ; Paris 1975, p. 156 à 165 et 243 à 248.
(3) Cardinal Silva Henriquez, Archevêque de Santiago du Chili, cité par Ralph Wiltgen, op. cit., p. 161.
(4) Philippe I. André-Vincent, "La liberté religieuse, droit fondamental", Téqui, 1976, p. 46.
(5) Gaudium et Spes, IV, 4.
(6) Cf. Albino Luciani (futur Jean Paul 1er) "Un évêque au Concile, lettres de Vatican II", Téqui, 1986, p. 135 à 151.

C'est ainsi que ressurgit le vieux problème de l'indifférentisme religieux tant de fois condamné par l'Eglise et notamment par Grégoire XVI, Pie IX et Léon XIII.

Les évêques américains, et notamment le Cardinal Cushing (7), jouèrent un rôle important pour la majorité, plaidant pour la neutralité de tout pouvoir civil en matière religieuse. Mais les Pères minoritaires restaient zélés dans leur attachement à l'enseignement constant de l'Eglise, et notamment au magistère des papes du XIXe siècle. Aussi mettaient-ils en garde l'assemblée contre l'imprécision des formules libérales.

En raison des nombreux problèmes doctrinaux que soulevaient les questions de la liberté de l'homme et des "droits de la Vérité", il ne fut pas question d'élaborer une véritable doctrine complète de la liberté religieuse. Le Concile décida de limiter la déclaration à l'affirmation d'un droit civique. "Dignitatis Humanae" ne porte que sur le "droit de la personne et des communautés à la liberté sociale et civile en matière religieuse". "Au Concile, toute la question a porté sur l'homme d'Etat : comment doivent se comporter les autorités civiles" (8).

Cependant, le Concile ne pouvait manquer de se référer, au moins implicitement, aux importantes précisions doctrinales réclamées par la minorité. L'indifférentisme religieux devait être condamné. Sans l'intervention des conservateurs, le schéma, "si plein de graves défauts, aurait sans doute été approuvé par une très large majorité" (9).

La sixième version fut présentée le 17 novembre 1965. Lors du vote qui eut lieu le lendemain, la Déclaration reçut 1954 *placet* (pour) et 249 *non placet* (contre). La minorité conservatrice restait forte et demandait de nouvelles clarifications.

En dépit du grand nombre de *non placet*, la sixième version reçut l'appui de Paul VI. Le vote définitif eut lieu à la séance publique du 7 décembre. Le nombre des *non placet* ne fut plus que de 70 sur 2 386 suffrages exprimés, et c'est sous des applaudissements nourris que "Dignitatis Humanae" fut promulguée par le Saint Père, la veille de la clôture du Concile.

La minorité, qui avait déjà désarmé, en grande partie, après l'approbation du Pape, se rallia donc aux autres pour accepter le texte enfin rédigé. Ce fut là l'attitude fondamentale de tous les Pères du Concile, "libéraux" ou "conservateurs", qui admettaient que les deux camps ne pouvaient rester indéfiniment opposés. Ainsi, lorsque le point de vue de la majorité avait été clarifié et promulgué par le Souverain Pontife, l'ensemble des Pères se ralliait au texte représentant une doctrine commune.

(7) Cf. A. Luciani, op. cit., p. 139.
(8) Ibidem, p. 138.
(9) P. Courtney Murray cité par R. Wiltgen, op. cit., p. 240.

Cependant, il est nécessaire de constater, comme le fit Mgr di Meglio que "la déclaration sur la liberté religieuse étant dépourvue de valeur dogmatique, les votes négatifs de Pères conciliaires constitueraient un facteur de grande importance pour l'étude future de la déclaration même, et notamment pour l'interprétation qui en serait donnée" (10).

Même lorsqu'il ne trouve pas d'expression explicite dans le texte même de la Déclaration, l'apport de la minorité fut décisif : il permit que le texte fût élaboré "en sérieuse considération de la doctrine sainte et certaine de l'Eglise catholique (...) maîtresse de vérité" (D.H. 14)(11). Comme le fit remarquer Mgr Colombo, Doyen de la Faculté de Théologie du grand séminaire de Milan et théologien personnel du Pape, le texte présente "une application nouvelle de principes immuables" (12).

La liberté religieuse définie par l'assemblée conciliaire ne saurait s'opposer à la liberté religieuse telle que reconnue par l'Eglise avant le Concile. Le "Concile du Vatican scrute la tradition sacrée et la sainte doctrine de l'Eglise d'où il tire du neuf en constant accord avec le vieux" (D.H. 1). Vatican II ne fut pas une révolution. Dans tous les domaines sur lesquels les Pères se sont penchés, le Concile a évidemment marqué une étape primordiale dans l'histoire de l'Eglise, mais non dans sa foi. Une trop nette distinction entre l'*Eglise d'avant le Concile* et l'*Eglise du Concile* serait illogique et contraire au voeu des papes comme à la lettre des textes. Il serait plus aisé, en revanche, d'opposer Vatican II à l'"après-Concile"...

Au nom de l'"esprit du Concile", on entend aujourd'hui affirmer beaucoup de principes qui n'y furent jamais dits. Le modernisme "post-conciliaire" a largement dépassé Vatican II, au risque de le trahir par une lecture partielle des textes. En matière de liberté religieuse, "Dignitatis Humanae" a pu sembler à certains n'être que la reconnaissance tardive par l'Eglise d'un "droit de l'homme" tel que défini dans une optique subjectiviste par les Déclarations de droit élaborées depuis 1789. C'est en se fondant sur cette interprétation incorrecte du texte que certains lui reconnaissent du mérite et que d'autres lui adressent des critiques.

L'harmonie entre le "nouveau" et "l'ancien" ne se retrouve plus aujourd'hui dans l'Eglise où s'opposent les conceptions modernistes de la pastorale aux conceptions traditionalistes de la doctrine. Les textes ont été l'objet d'interprétations abusives, le prétendu "esprit du Concile" n'est en fait qu'un "méta-Concile"

(10) Cité par R. Wiltgen, op. cit., p. 248.
(11) D.H. 14 : "Dignitatis Humanae", n° 14. Le texte intégral de la Déclaration "Dignitatis Humanae" figure en annexe de l'ouvrage précité de Philippe André-Vincent ("La liberté religieuse, droit fondamental").
(12) R. Wiltgen, op. cit., p. 163.

(13) dont se réclament certains (fondant leurs propos sur un fantôme) et que dénoncent d'autres (qui luttent contre des moulins à vent).

Aussi le Synode extraordinaire de 1985 devait-il, sous l'impulsion de Jean Paul II, considérer qu'il faut en revenir à la lettre des textes conciliaires.

Pour éclairer cette étude, il faut nécessairement envisager "Dignitatis Humanae" (comme les autres textes de Vatican II) dans ses rapports étroits avec la Tradition qu'elle prolonge. Pour cela, il n'est pas inutile de s'en référer aux motivations qui ont poussé le Concile à se poser la question de la liberté religieuse. Ces raisons furent exposées par Mgr de Smedt lors de la deuxième session :

"1°) *Raison de vérité* : l'Eglise doit enseigner et défendre le droit à la liberté religieuse parce qu'il s'agit de la vérité dont la garde lui a été confiée par le Christ.

2°) *Raison de défense* : l'Eglise ne peut se taire alors qu'aujourd'hui près de la moitié du genre humain est privée de la liberté religieuse par un matérialisme athée multiforme.

3°) *Raison de cohabitation pacifique* : Aujourd'hui, dans toutes les nations de l'univers, des hommes qui professent des religions différentes ou n'ont aucune religion sont appelés à vivre en paix dans une seule et même société humaine, l'Eglise doit, à la lumière de la vérité, indiquer la voie d'une cohabitation pacifique.

4°) *Raison oecuménique* : De nombreux non-catholiques nourrissent une aversion contre l'Eglise ou, du moins, la soupçonnent d'un certain machiavélisme, parce que nous semblons, à leurs yeux, exiger le libre exercice de la religion lorsque les catholiques sont en minorité dans une nation et, par contre, faire peu de cas de cette même liberté religieuse ou la refuser lorsque les catholiques sont en majorité".

C'est sur cette base que fut rédigé le texte. Il s'agit d'une *déclaration*, non d'une constitution ou d'un décret. C'est plus qu'une différence de titre ou de force juridique qu'il faut retenir, mais de nature des textes. "Dignitatis Humanae" n'a aucun caractère constitutif : les droits et devoirs qui y sont reconnus ont évidemment préexisté au texte. "Le Concile du Vatican déclare" (D.H. 1 ; 2 ; 9) et "reconnaît le principe de la liberté religieuse"

(13) Mgr Philippe Delhaye, "Le méta-Concile", Esprit et Vie (Langres), 25 sept. 1980, p. 513 à 526.

(D.H. 12). "Dignitatis Humanae" proclame ce qui était déjà acquis, mais elle le fait dans des termes nouveaux et systématisés. Il n'y a pas d'autre révolution que celle-là.

La Déclaration sur la liberté religieuse se présente en 15 articles dont le sujet est d'abord délimité dans l'introduction (n° 1). La première partie (*"Doctrine générale sur la liberté religieuse"*) expose la thèse centrale ("la personne humaine a droit à la liberté religieuse") ainsi que le fondement de cette liberté et l'obligation morale qui lui est liée (n° 2 et 3). La Déclaration s'attache ensuite au droit des groupes religieux et de la famille (n° 4 et 5) et aux responsabilités positives de tous pour "le soin de veiller au droit à la liberté religieuse" et pour "assumer efficacement sa protection" (n° 6). Le texte envisage des "limites de la liberté religieuse" tempérée par le "principe moral de responsabilité personnelle et sociale" ainsi que par la nécessaire protection contre les abus (n° 7) afin que la liberté religieuse puisse porter ses fruits grâce à une "formation à l'usage de la liberté" (n° 8).

La deuxième partie considère *"la liberté religieuse à la lumière de la Révélation"* et corrobore la doctrine générale par l'enseignement de la tradition chrétienne de la "liberté de l'acte de foi" (n° 10). Il est fait référence à la "manière d'agir du Christ et des Apôtres" (n° 11) sur la voie desquels l'Eglise se place (n° 12). Elle revendique ainsi sa propre liberté dans l'exercice de sa fonction d'"autorité spirituelle" (n° 13 et 14).

En guise de conclusion, la Déclaration reconnaît les "signes favorables qu'offre notre temps" mais déplore les atteintes trop nombreuses à la liberté religieuse. Le Concile exhorte tous les hommes "leur demandant d'examiner avec le plus grand soin à quel point elle est nécessaire, surtout dans la condition présente de la famille humaine".

Vatican II, par la structure même du texte a montré son objectif de fonder sa position sur la raison, de s'adresser à la raison, et la Déclaration, sans employer le terme de "droits de l'homme", se place dans la perspective de "Pacem in terris" qui amorça le dialogue avec les philosophies individualistes des déclarations de droit politiques. "Dignitatis Humanae" emploie donc une démarche nouvelle : la liberté religieuse est envisagée et reconnue dans son aspect individuel et donc "avant tout comme un droit négatif" (14) puisque caractérisé par l'absence de contrainte. La liberté religieuse est donc un élément de cette "liberté-autonomie" de l'individu par rapport à l'Etat. Mais la religion est constituée d'activités positives et communautaires : il

(14) Hamer : "Vatican II, la liberté religieuse", éd. du Cerf, Paris 1967, p. 53.

en est ainsi du culte, de l'enseignement et de l'apostolat. Pour dépasser les hésitations qui pouvaient exister entre les aspects négatif et individualiste d'une part, positif et communautaire d'autre part, la Déclaration fonde la liberté religieuse sur la nature de la "personne humaine" sur la *dignitatis humanae personae*. Ces notions établissent la nécessité de l'"immunité" de l'individu en face de tout pouvoir humain, mais elles se fondent pour cela sur le lien ontologique de la personne à la Vérité d'où découle la *dignitas humana*. C'est dans son mouvement vers la vérité que se manifeste le besoin de liberté dont l'homme est sujet. C'est face aux autres hommes et à l'Etat que cette liberté devra être effective.

La liberté religieuse nécessite donc une double définition : la première, sur un plan ontologique, envisage la liberté religieuse dans ses rapports avec l'objet de la religion qui est la vérité. Elle en donne le fondement et donc les caractéristiques fondamentales (Première partie : "*La liberté dans la vérité*"). Ce premier point de vue selon lequel la liberté religieuse découle d'un devoir est nécessairement complété par l'idée qu'elle doit trouver son expression dans un droit. En effet, une deuxième définition, sur le plan restreint de la positivité, envisage la liberté de la personne dans ses rapports avec les autres hommes et les pouvoirs humains. Reconnaissant le fait de la pluralité des religions, elle établit le régime pluraliste qui lui correspond, fondé sur la tolérance et le bien commun (Deuxième partie : "*La liberté dans le pluralisme*").

"Tout martyr religieux n'a sens et valeur que par la mort de Jésus-Christ. La mort de Saint Stanislas et celle du Christ ont une signification semblable. Le Christ a défendu la vérité du Père et sa propre vérité comme Fils de Dieu ; il a défendu aussi la vérité de l'homme et sa dignité".

Jean Paul II
Messe pour les pélerins polonais
20 mai 1979

PREMIERE PARTIE
LA LIBERTE DANS LA VERITE

CHAPITRE I - LE FONDEMENT DE LA LIBERTE

Section I - L'apparente révolution
A - Contradiction dans les termes
B - Continuité dans l'enseignement
Section II - L'évolution doctrinale
A - Le ralliement à l'optique individualiste
B - Le rejet du subjectivisme

CHAPITRE II - LIBERTE ET OBLIGATION

Section I - Liberté des anciens, liberté des modernes
Section II - Obligation et contrainte
A - Ce qui est dû à Dieu
B - Ce qui est dû à l'homme

PREMIERE PARTIE
LA LIBERTE DANS LA VERITE

Les hommes ne peuvent faire l'économie de la vérité. Ils l'affirment ou la recherchent sans en être jamais rassasiés. En cela la liberté leur est absolument nécessaire. La Déclaration "Dignitatis Humanae" part de ce lien ontologique entre la liberté et la vérité.

Ainsi, la liberté est finalisée par l'unique vérité et son usage conditionné par cette fin.

En cela, le Concile s'est placé dans la Tradition du Magistère. Cet enseignement est toujours celui de l'Eglise. En effet, "aux yeux du Christ, la liberté n'est pas d'abord la "liberté de", mais la "liberté pour" (15).

La tradition enseigne aussi que la liberté est un état parfait et ne peut donc engendrer la faute qui, au contraire, est le fruit d'un asservissement à un agent extérieur à l'homme. Car, "selon sa nature, l'homme est raisonnable. Donc, quand il se meut selon la raison, c'est par un mouvement qui lui est propre qu'il se meut, et il agit par lui-même, ce qui est le fait de la liberté" (16).

L'Aquinate suit ici, éclairé par la Révélation, ce qu'avait déjà vu la philosophie antique qui posait que seul le sage est libre, c'est-à-dire celui qui vit constamment selon la nature, et donc, dans l'honnêteté et la vertu.

C'est pourquoi la liberté ne saurait être considérée comme l'absence de loi, elle a un cadre qui la fonde et la définit : la nature de la personne humaine (Chapitre I : le fondement de la liberté). Dans la pensée catholique, vivre selon sa nature, c'est plaire à Dieu, lui rendre ce qui lui est dû. Mais ce qui est dû à Dieu contient ce qui est dû à l'homme : l'absence de contrainte (Chapitre II : liberté et obligation).

(15) Discours d'ouverture de Jean Paul II. Réunion plénière du Sacré-Collège (5-9 novembre 1979). D.C. n° 1775, 2 déc. 1979.
(16) St Thomas d'Aquin cité par Léon XIII, encyclique "Libertas Praestantissimum", 20 juin 1888.

"Il convient en permanence de tenir réveillé en l'homme ce qui est grand et de le convertir à sa propre grandeur".

Antoine de Saint-Exupéry
Citadelle, 1948

CHAPITRE I - LE FONDEMENT DE LA LIBERTE

Le texte conciliaire déclare que tous les hommes "sont pressés par leur nature et tenus par obligation morale à chercher la vérité, celle tout d'abord qui concerne la religion" (D.H. 3).

Au paragraphe suivant, il est dit que ce principe est "plus manifeste encore à qui prend en considération que la norme suprême de la loi humaine est la loi divine elle-même" (D.H. 3).

Cette confirmation du droit naturel par la Parole de Dieu révélée se retrouve dans le plan même du texte. Les enseignements de la foi sont placés en deuxième partie pour corroborer une doctrine générale du droit naturel.

Le rôle de la Révélation a donc pu paraître secondaire voire subordonné. Et maint Père du Concile pensait qu'il fallait refaire le texte sans timidité de la foi, en réalisant une meilleure synthèse entre raison et Révélation.

Mais les limites de la dernière session empêchaient une telle tâche. Pour une majorité de Pères, il n'était pas non plus possible de renoncer à la Déclaration et le Pape y tenait. Le Cardinal Frings (Cologne) proposa de supprimer la première partie du texte qui en constitue pourtant l'essentiel ; Mgr Rupp (Monaco) préconisa l'adoption pour texte de la Déclaration du Conseil Mondial des Eglises. Le catholicisme eût ainsi montré une unité parfaite avec les autres Eglises chrétiennes, mais les sept points développés par le "Conseil Mondial" n'échappaient pas non plus à la critique d'une trop grande importance accordée à la raison.

Cependant, si certains commentateurs et théologiens compétents ont estimé qu'il fallait refaire le texte (17), on peut trouver dans sa forme définitive des qualités éducatives et pastorales. Elle suit un mouvement normal de la pensée, même théologique, qui va "de la nature en mal de salut à la grâce qui la

(17) Voir René Coste "Théologie de la liberté religieuse", p. 82 et préfaces de Mgr Ph. Delhaye et du Pasteur Roux, p. 17 et s.

sauve" (18). Ainsi, la Déclaration présente surtout une grande qualité d'exposition en suivant la démarche générale du Concile : exposer la Tradition doctrinale de l'Eglise dans le langage commun des hommes, croyants et non-croyants.

Le texte expose donc tout d'abord le fondement universellement reconnu de la liberté religieuse (celui de la nature humaine), puis redonne à cette notion, comme à celle de liberté, le sens qu'elles ont perdu aujourd'hui dans le langage des hommes. Le Concile ne s'est donc pas borné, comme l'avait demandé le Pape actuel, à l'époque où il ne parlait qu'au nom de l'épiscopat polonais, à mettre en avant des formules en usage dans le monde diplomatique (19).

La Déclaration "Dignitatis Humanae" prend donc une dimension doctrinale. Mais les jugements sur la portée du texte ne sont pas unanimes.

L'idée se rencontre chez bon nombre d'observateurs et même chez certains Pères du Concile, que la position prise par Vatican II marquerait une brusque rupture dans la doctrine de l'Eglise (20) (Section I : l'apparente révolution).

En réalité, une étude du fondement de la liberté religieuse telle que reconnue par "Dignitatis Humanae" met en évidence une continuité réelle entre la Déclaration et le magistère antérieur (Section II : l'évolution doctrinale).

SECTION I - L'APPARENTE REVOLUTION

Certains ont affirmé que l'Eglise avait modifié son attitude envers le monde "dans ses principes les plus fondamentaux" (21).

Quelle fut donc la doctrine de l'Eglise en matière de liberté religieuse pour qu'on l'ai cru trahie par le texte conciliaire ? Le caractère fondamentalement nouveau de "Dignitatis Humanae" sera facilement mis en avant par le rappel de certaines déclarations pontificales (A).

Cependant, comme le rappela Paul VI lui-même, "Nous ne devons pas détacher les enseignements du Concile du patrimoine doctrinal de l'Eglise, mais bien voir comment ils s'insèrent en lui,

(18) Ph. I. André-Vincent, o. p., "La liberté religieuse, droit fondamental", Téqui 1976, p. 206.
(19) D.C. 1965, col. 1798.
(20) Certains le déplorent (notamment les traditionalistes et Mgr Lefebvre), d'autres s'en félicitent.
(21) Rev. Lukas Vischer, Rapport au Comité central de C.O.E. session de Genève (6 - 17 février 1966). D.C. mai 1966.

font corps avec lui, constituent pour lui un témoignage, un accroissement une explication, une application" (22) (B).

A - Contradiction dans les termes

La continuité paraît en effet difficile à établir entre Jean XXIII et Pie IX qui, reprenant Grégoire XVI, qualifia de "délire" la liberté de conscience (23).

De même, s'agissant des droits naturels, Léon XIII proclama dans l'Encyclique "Libertas praestantissimum" (1888) : "Il n'est aucunement permis de demander, de défendre ou d'accorder sans discernement la liberté de la pensée, de la presse, de l'enseignement, des religions, comme autant de droits que la nature a conférés à l'homme". L'encyclique condamne plus particulièrement "cette liberté si contraire à la vertu de religion, la liberté des cultes, comme on l'appelle, liberté qui repose sur le principe qu'il est loisible à chacun de professer telle religion qui lui plaît, ou même de n'en professer aucune".

On comprend alors comment la déclaration du Concile a pu sembler en contradiction avec le magistère antérieur.

Aujourd'hui, l'Eglise catholique montre une ardeur particulière dans la défense des droits de l'homme à partir d'une théorie qui reçut sa fondation doctrinale du magistère de Pie XII.

Dans son radio-message de Noël 1942, alors que les droits de l'homme sont bafoués par les pouvoirs idéologiques nazi et soviétique, Pie XII demande que l'on "rende à la personne humaine la dignité qui lui a été conférée par Dieu dès l'origine", que l'on "promeuve le respect et l'exercice pratique des droits fondamentaux de la personne".

Jean XXIII affirme dans l'encyclique "Pacem in terris" (11 avril 1963) que c'est en violant les droits fondamentaux de la personne humaine que l'on se soustrait à la souveraineté divine.

Il ressort de ces différentes affirmations une évidente contradiction dans les termes. Cependant, en proclamant les droits naturels, les papes récents rejettent, comme leurs prédécesseurs, une certaine idée de nature. Aussi faut-il se garder d'opposer trop systématiquement des formules fondées sur une notion si équivoque. En effet, l'ambiguïté de la notion de nature humaine pèse sur la conception de la liberté qu'elle fonde. C'est pourquoi il convient d'approfondir et de préciser les différentes acceptions de tels concepts.

(22) Paul VI, 12 janvier 1966. D.C. 1966, col. 419.

(23) "De la source putréfiée de l'indifférentisme découle cette maxime absurde et erronée ou plutôt ce délire : qu'on doit procurer et garantir à chacun la liberté de conscience", Grégoire XVI, Enclyclique Mirari Vos, 15 août 1832.

B - Continuité dans l'enseignement

Ce n'est pas jouer sur les mots que de préciser leur sens exact. Ce n'est pas solliciter les textes que les situer dans leur contexte historique et doctrinal.

L'expression "droit naturel" recouvre un éventail de significations qui reposent sur des conceptions philosophiques éloignées : la loi naturelle de Thomas d'Aquin n'a rien à voir avec l'état de nature de Rousseau !

Il est donc nécessaire, pour apprécier la portée des différentes positions prises par l'Eglise, de situer d'un point de vue philosophique le sens d'expressions telles que "droit naturel", "droits de l'homme", "droits fondamentaux".

"La problématique des droits de l'homme, qui semble le plus souvent aujourd'hui aller d'elle-même, est issue d'une profonde mutation de la conception de la nature du droit" (24), c'est pourquoi, nous nous placerons, pour cette étude, sur le plan de la philosophie du droit.

Dans la formulation thomiste, qui est aussi celle du magistère pontifical, le droit est simplement défini comme l'objet de la justice ; le droit est *quod justum est* : ce qui est juste. Une telle notion suppose une conception réaliste du droit fort éloignée du rationalisme et du positivisme juridiques modernes : "l'objet le plus spécifique de la science juridique est le juste et l'injuste, *justi atque injusti scientia*, c'est-à-dire la justice dans sa fonction équilibrante des exigences humaines et sociales au sein de la famille humaine". Cette justice est "quelque chose d'immanent pour l'homme, la société, ses institutions fondamentales à cause de la somme des principes et pratiques qu'elle dicte et impose, des normes de conduite plus universelles, lesquelles font partie de l'ordre objectif humain établi par l'esprit sublime du premier Facteur. La science du juste et de l'injuste suppose donc une sagesse plus élevée qui consiste à connaître l'ordre créé et conséquemment son Ordonnateur" (25).

Une telle philosophie du droit correspond à une philosophie de l'Etre qui suppose que l'univers est objectivement ordonné. En raison de son immanence le droit est, comme toute vérité, à chercher dans l'ordre des choses.

De même, lorsque St Thomas parle de la loi naturelle, il est question de la loi du réel, la loi de Dieu. Elle a un fondement

(24) Stéphane Rials, "Généalogie des droits de l'homme", revue Droits, n° 2, "Les droits de l'homme", P.U.F., 1985.

(25) Pie XII, cité par Juan-Miguel Garrigues, "La nature du droit", fondement des droits de l'homme selon la doctrine catholique, Revue Droits, n° 2, "Les droits de l'homme", p. 46.

ontologique. Si elle émane de la raison humaine, ce n'est que dans la mesure où cette raison est ordonnée à la Raison Divine. Ainsi, la loi naturelle est l'appréhension par la droite raison de la loi Eternelle. "La loi naturelle n'est autre chose que la loi éternelle, gravée chez les êtres doués de raison et les inclinant vers l'acte et la fin qui leur conviennent (26).

Dès le XVIe siècle, le nominalisme viendra à l'encontre de cette notion. Pour Ockham, l'Univers n'est plus un cosmos (c'est-à-dire étymologiquement un système ordonné), il n'est qu'un agrégat d'individualités isolées. L'Ockhamisme n'a pour seule réalité que des êtres individuels.

La conception du droit qui en découle est que l'ordonnancement juridique ne peut résulter que de l'action et de la volonté de ces individus dont les droits ne pourront qu'être subjectifs. Nous sommes déjà dans le volontarisme et le positivisme juridiques. L'absence de structure ontologique de la nature a pour conséquence que les droits naturels sont illimités, de même que la liberté naturelle. Des droits naturels de cette espèce sont évidemment contraires à la souveraineté de Dieu.

Dans cette conception moderne (ou moderniste), le droit naturel devient dépourvu de consistance.

En effet, Grotius, supposant que le droit naturel pourrait se concevoir en dehors même de l'existence de Dieu (ce qui ne pourrait se faire sans un grand crime, précise-t-il !) lui ôte toute positivité puisque les droits de l'homme ne sont plus vraiment le reflet du droit du Créateur.

Selon un tel système, la société doit donc être fondée rationnellement à partir de la nature de l'homme et par sa volonté.

Cette hypothèse du Contrat Social pose le problème de la compatibilité des droits naturels (dans leur sens moderne) avec la souveraineté de l'Etat.

Rousseau arrive à la même conclusion que Hobbes (27) en posant que les droits naturels proprement dits cèdent la place à un "droit naturel raisonné" (28), c'est-à-dire simplement fixé par la loi positive : "Dans l'état civil, tous les droits sont fixés par la loi" (29). Ils sont donc aliénés totalement pour que le pouvoir puisse leur fixer des limites.

Ce sont ces fausses notions de droit naturel (fondées sur de fallacieuses conceptions de nature) qu'ont rejetées Pie IX et Léon XIII.

(26) Léon XIII, encyclique "Libertas praestantissimum".
(27) Quoique pour celui-ci l'homme soit, à l'état de nature, mauvais ("homo homini lupus") c'est-à-dire que le droit naturel est réduit à néant, puisqu'il est dépourvu de notion de rectitude il n'est que la liberté de l'absurde.
(28) Manuscrit de Genève, II, 4.
(29) J.J. Rousseau, Le contrat social, II, 6.

Comment pouvaient-ils admettre une conception du droit reposant sur l'idée d'une nature sans loi, sans ordre qui lui soit supérieur ? Il ne pouvait en résulter que des droits naturels sans limite, contraires à la souveraineté de Dieu, Auteur de l'ordre naturel.

Dans l'enseignement de l'Eglise, la loi naturelle n'est pas ce qu'elle fut dans la littérature des XVIIIe et XIXe siècles. La nature n'est pas une simple spontanéité de l'instinct, elle est ordre et structure. L'Eglise en prend pour preuve la nature spirituelle de l'homme : son intelligence est ordonnée au vrai, sa volonté au bien. Cet enseignement, qui fut à la base du magistère des papes du XIXe siècle, n'est pas détachable de celui de Pie XII ou de Jean XXIII.

Pie IX, que l'on présente comme ayant été contre les droits de l'homme, estimait que c'était une erreur d'affirmer qu'"il n'est pas du tout nécessaire que les lois humaines se conforment au droit naturel ou reçoivent de Dieu le pouvoir d'obliger" ou que "l'Etat étant l'origine et la source de tous les droits jouit d'un droit qui n'est circonscrit par aucune limite" (30).

Si c'est l'Etat jacobin qui est visé ici, c'est sur le même fondement que les encycliques "Divini redemptoris" et "Mit brennender Sorge" de Pie XI dresseront la loi naturelle en face des totalitarismes. Et Pie XII, en fondant la doctrine des "droits fondamentaux", les ancrera dans l'ordre naturel.

"Pris au pied de la lettre, l'enseignement de Pie IX et de Léon XIII rejette "les droits de l'homme" ; celui de Pie XII et de Jean XXIII les accueille. En réalité, les deux enseignements ne sont nullement contradictoires : le premier rejetant les droits illimités d'un être qui est à lui-même sa loi, le deuxième accueillant les droits d'un sujet de la loi naturelle, les deux enseignements relèvent de la même loi" (31).

(30) Allocution Maxima Quidem, 9 juin 1862, ; Syllabus, 8 déc. 1864, n° 56.
(31) Ph. I. André-Vincent, op. cit.

SECTION II - L'EVOLUTION DOCTRINALE

Si le patrimoine doctrinal de l'Eglise catholique constitue un tout indivisible, les positions prises par les déclarations successives en constituent un "accroissement". La Déclaration "Dignitatis Humanae" marque en effet une évolution doctrinale évidente (32).

Cette évolution, qui commença avec la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne humaine, a consisté pour l'Eglise à rejoindre en partie l'optique individualiste des déclarations de droits de 1789 et 1948 (A). Mais pas plus que Pie XII, les Pères du Concile ne sont tombés dans le subjectivisme (B).

A - Le ralliement à l'optique individualiste

En posant que la liberté religieuse a pour fondement la dignité de la personne humaine, le Concile a adopté une démarche nouvelle dans le Magistère catholique.

On peut dire qu'avant Vatican II, l'Eglise ne percevait la liberté religieuse que dans son assise communautaire. Le XIIIe siècle notamment, triomphe de la chrétienté, était marqué par une conception sociale de la religion : devenir chrétien, c'est se lier par des engagements à une société (33). Et la liberté en matière religieuse n'est conçue que comme étant la liberté de l'Eglise. Elle a pour seul fondement la Vérité détenue par celle-ci.

Ainsi est définie la liberté chrétienne telle qu'en ont témoigné les martyrs. Quoiqu'ils soient un des plus vrais exemples de la dignité humaine, les martyrs ne meurent pas pour leur honneur, ils meurent pour le Christ, pour la Vérité, et donc pour l'Eglise qui -par institution divine attestée par l'Evangile- en est dépositaire. Rien n'est orgueilleux dans leur position, au contraire, par leur parfaite docilité, ils montrent que la contrainte matérielle n'a pas de prise sur la vérité qu'ils détiennent.

Les martyrs sont la plus saisissante manifestation de la Parole du Christ "la vérité vous rendra libres" (Jean VIII, 32).

Ce qui fonde la liberté chrétienne, c'est la Vérité, c'est le droit de Dieu. Cette liberté intérieure s'étendra à tout. Elle revendiquera un champ d'action extérieur puisqu'elle est liberté de choix mais aussi liberté d'exercice. En cela, elle exclut la contrainte mais ce n'est que pour servir la Vérité.

---

(32) "Le Concile du Vatican scrute la tradition sacrée et la sainte doctrine de l'Eglise d'où il tire du neuf en constant accord avec le vieux", D.H. 1.

(33) D'où les situations différentes du simple "infidèle" et des hérétiques ou apostats (cf. St Thomas, Somme Théologique, IIa IIae, a. 10, art. 8).

Le fondement de la liberté chrétienne, c'est la Vérité qui libère l'homme et refuse la contrainte en raison de la nature de l'acte religieux. Ce qui fonde la liberté religieuse au deuxième Concile du Vatican, c'est la nature de la personne humaine et sa dignité individuelle.

La liberté religieuse apparaît aujourd'hui comme fondée par les "droits de l'homme", ce qui manifeste un ralliement évident à une optique individualiste.

Tout au long du XIXe siècle, les droits de l'homme furent un point de friction entre les partisans du libéralisme catholique et leurs adversaires pour qui seuls les droits de Dieu s'imposaient.

Pie VI a fermement condamné la Déclaration de 1789, dans son allocution consistoriale du 29 mars 1790, ainsi que dans sa lettre au Cardinal de La Rochefoucauld du 10 mars 1791.

L'évolution est évidente lorsqu'on considère le magistère de Pie XII ou de Jean XXIII : "le fondement de toute société bien ordonnée et féconde, c'est le principe que tout être humain est une personne, c'est-à-dire une nature douée d'intelligence et de volonté libre. Par là même, il est sujet de droits et de devoirs, découlant les uns des autres, ensemble et immédiatement de sa nature : aussi sont-ils universels, inviolables, inaliénables" (34). On retrouve là des termes bien proches de ceux de 1789.

La déclaration "Dignitatis Humanae" est évidemment une application à la question de la liberté religieuse de la doctrine de Pie XII et de Jean XXIII (35). Elle est un accroissement de la conception ancienne de la liberté chrétienne, elle en est surtout le prolongement.

En effet, les termes de "dignité de la personne humaine", (les premiers mots de la Déclaration) précisent les caractéristiques de l'optique individualiste envisagée par le Concile.

En quoi consiste cette *dignitas humana* ? Seule la métaphysique peut le dire car "l'homme est un être qui ne peut être compris à partir de lui-même" (36). Les antiques l'avaient compris qui firent graver sur les portes du temple de Delphes : "le "connais-toi, toi-même" descend du ciel".

La notion de dignité ne se conçoit qu'en faisant référence aux plus hauts principes qui règlent ou devraient régler la vie humaine. La volonté des hommes ne crée pas ces principes, elle permet simplement de les appliquer car elle est ordonnée au bien. La dignité humaine est composée tout à la fois de loyauté, de

(34) Jean XXIII, Pacem in terris.
(35) "Le Saint Concile entend développer la doctrine des Souverains Pontifes les plus récents sur les droits inviolables de la personne humaine et l'ordre juridique de la société" - Dignitatis Humanae, 1.
(36) Card. P. Palazzini, "Dignité de l'homme et sainteté", La Pensée Catholique, n° 210, mai-juin 1984, p. 37.

courage de ses propres idées et de discipline. Elle est ainsi inséparable de la notion de fidélité, mieux encore de Vérité.

La liberté religieuse de Vatican II prolonge donc la liberté chrétienne et les droits de la Vérité. C'est des droits de Dieu que découlent les droits de la personne humaine, sa créature qu'il a faite à son image (37).

On peut trouver deux explications au ralliement à un point de vue individualiste en ce qui concerne le fondement de la liberté religieuse. La première est que le Concile ne s'est penché que sur le problème du droit à la "liberté sociale et civile en matière religieuse". Il s'agissait donc avant tout de définir des droits opposables aux Etats et il ne suffisait pas de s'attacher à la liberté chrétienne, essentiellement intérieure. La seconde raison est que l'Eglise a cherché à s'adresser aux hommes dans un langage compréhensible et acceptable par tous. De ce langage, elle tire le meilleur mais rejette, au moins implicitement, le pire.

B - Le rejet du subjectivisme

L'Eglise qui condamna d'abord les droits de l'homme s'est ralliée à leur défense. En adoptant une optique individualiste, Vatican II s'est placé sur leur terrain en matière de liberté religieuse.

On a pu se demander s'il ne s'agissait pas d'une tapageuse récupération d'un thème devenu à la mode ; en effet, "au XXe siècle, "les droits de l'homme" sont une religion" (38).

Mais il convient une fois de plus de préciser le sens des mots afin de comprendre le rejet antérieur et les limites du ralliement.

La Déclaration de 1789 n'est pas simplement l'affirmation du droit naturel dans une optique individualiste, elle est le fruit de la foi en l'homme individuel. Elle est l'individualisme à l'état pur et rejette tout ce qui constitue une prétendue oppression de l'individu. Les révolutionnaires n'ont pas simplement éliminé les corporations, la famille ne trouve pas de place dans leur Déclaration, ni la religion qui s'y voit réduite à une opinion purement individuelle.

La condamnation des droits de l'homme par Pie VI est évidemment explicable : elle fut notamment motivée par l'adoption de la constitution civile du clergé dont la racine est la Déclaration elle-même (39). Une autre motivation essentielle de la

(37) La dignité est "en l'homme un signe privilégié de l'image divine" Gaudium et Spes, 17.
(38) Michel Villey, "Correspondance", Revue Droits, n° 2, "Les droits de l'homme", p. 35.
(39) Voir l'encyclique "Quod Aliquantum" du 10 mars 1791 adressée au Cardinal de La Rochefoucauld et aux évêques de l'assemblée nationale.

condamnation de Pie VI réside dans un fait fort peu évoqué aujourd'hui : les martyrs de la Révolution. La Révolution Française s'est aussi faite contre la foi et contre l'Eglise. Des Français demeurés fidèles aux bons prêtres ont été fusillés ou guillotinés en tant que "criminels" ou "fanatiques bêtes". Les révolutionnaires ont tenté de "tuer Dieu". Mais on ne détruit que pour remplacer. La Révolution fut la naissance d'un nouveau culte, celui de la déesse Raison. Ce culte eut ses dévots et ses fanatiques.

Il est vrai que l'Etre Suprême est invoqué dans le préambule de la Déclaration. Mais ce Dieu qui vient garantir les "droits de l'homme" n'est pas celui qui fondait l'ancien ordre naturel social. "L'Etre Suprême de Rousseau, qui sera adoré de Robespierre et de Saint-Just, règne au ciel des planètes et des principes : mais il est absent de l'histoire : il laisse l'homme à sa raison et à sa liberté pour construire le monde social" (40). La société n'est donc comprise que comme une relation individuelle de l'homme à lui-même.

L'individualisme de 1789 a tué l'ancien monde, les législations libérales du XIXe siècle ont fondé sur les droits de l'homme la disparition des droits de l'homme en communauté (religieux, paysans ou artisans). Au nom de la liberté religieuse individuelle, on a sacrifié la liberté de l'Eglise. En effet, l'absolutisme de droits individuels est accompagné par l'absolutisme de la nation manifesté par la toute puissance de la "Volonté Générale". Ainsi, le fait social n'est plus considéré comme un fait de nature, il est une création de la volonté humaine, un contrat social. La loi naturelle est réduite à la loi positive, il en résulte que le droit naturel proclamé est à la merci de la Volonté Générale. La Déclaration de 1789 proclame les droits de l'homme mais les livre à la loi. Dans la pensée Rousseauiste, les droits naturels sont fondés sur le passé mythique de l'état de nature. C'est chronologiquement qu'ils ont préexisté à l'Etat, mais ils sont voués à la disparition par l'avènement de celui-ci. Dans la doctrine catholique, la préexistence du droit naturel à l'Etat est ontologique plus que chronologique. Le droit naturel garde donc toute sa valeur et fonde une limite opposable à tout pouvoir humain.

Le monde est aujourd'hui très sensible à la part de vérité que comporte la Déclaration de 1789 (41). Mais jamais l'Eglise ne s'est ralliée à ses nouvelles divinités.

(40) Ph. I. André-Vincent, o.p., "Les droits de l'homme condamnés en 1789", La Pensée Catholique, n° 185, mars-avril 1980, p. 88.
(41) "Tous les hommes sont libres et égaux" : voilà une affirmation toute chrétienne.

Pour éviter toute ambiguïté, à aucun moment "Dignitatis Humanae" ne parle de "droit de l'homme" (42). Comme Pie XII, le Concile s'en est tenu à l'affirmation de "droits fondamentaux de la personne humaine". La personne n'est pas l'individu isolé. L'Eglise protège l'homme "dans les cellules spontanées de sa sociabilité naturelle" (43). Une telle conception est bien plus qu'un simple rejet des illusions de 1789 et des réalités de 1793. En effet, elle n'a pas les vicissitudes que présente la notion de droits de l'homme dans une optique purement philosophique.

Michel Villey a montré les défauts d'une telle notion en établissant qu'elle est "self-contradictoire". Les droits de l'homme de 1789 sont dépourvus de consistance puisqu'"on ne calcule pas une relation à partir d'un seul terme (l'"homme"), une part sans considérer le Tout" (44).

Le droit est relation. L'évolution doctrinale du catholicisme en matière de liberté n'est pas un ralliement au subjectivisme. "Dignitatis Humanae" reconnaît les droits subjectifs, mais ce n'est qu'en ce sens qu'ils sont conformes à un ordre objectif. Ainsi, le "Tout" est pris en compte et notamment les corps sociaux naturels, relations intersubjectives fondamentales, que l'individualisme et le subjectivisme ont désagrégés (45).

La personne n'est pas l'homme considéré isolément, simplement titulaire de droits opposables à tous. Elle est un "individu considéré en lui-même et jugé responsable moralement" (46). Or, la responsabilité de l'homme ne se conçoit que dans ses rapports avec Dieu ou avec les autres hommes au regard de principes objectifs (47). "Ce n'est donc pas sur une disposition subjective de la personne mais sur sa nature même qu'est fondé le droit à la liberté religieuse" (D.H. 2).

Il nous faut ici apporter une nécessaire précision : que penser lorsqu'aujourd'hui l'Enseignement pontifical évoque les "droits de l'homme" ?

On doit tout d'abord noter que la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 est très différente de celle de 1789 (48). La Déclaration de 1948 obtint un jugement globalement (49)

(42) L'expression "droit naturel" ne figure pas non plus dans le texte, mais est désignée parle fondement naturel du droit à la liberté religieuse.
(43) Juan-Miguel Garrigues : "La nature du droit", fondement des droits de l'homme selon la doctrine catholique, Revue Droits, n° 2, p. 46.
(44) Michel Villey, op. cit., p. 37.
(45) Voir notamment : "La liberté religieuse de la famille", D.H. 5.
(46) Dictionnaire Larousse.
(47) Cf. supra, à propos de la dignité.
(48) Voir notamment ses art. 16 (qui pose la famille comme "l'élément naturel et fondamental de la société") et 18 (sur la liberté religieuse).
(49) Cf. réserve sur l'absence de Dieu.

favorable de Jean XXIII (50), et c'est plutôt à elle que fait aujourd'hui référence Jean Paul II.

On ne peut justifier suffisamment l'évocation des "droits de l'homme" par le Saint-Siège par un désir d'utiliser un langage diplomatique ni même par une nécessité pédagogique qui consiste pour l'Eglise à proportionner son enseignement à la mesure de l'enseigné.

Le Pape polonais parle la langue des hommes, mais il sait combien elle est piégée. Il écarte le piège. Jean Paul II sait aller à travers les mots à la chose même. Il fait référence aux "droits de l'homme", mais de l'homme tel qu'il est, de l'"homme dans sa totalité" (51). Le fondement premier de sa position est la "Vérité sur l'homme" (52), et partant de la nécessité d'une anthropologie intégrale, il déclare "illusoire, inefficace et peu durable" (53) l'engagement pour les droits de l'homme qu'ont établi les Déclarations de 1789 et de 1948.

Le Pape, lors de son premier message à l'O.N.U. (54) a justement loué les efforts de la Déclaration et de ses suites. Mais, précisa-t-il, "on est obligé de remarquer une divergence apparemment croissante entre les Déclarations significatives des Nations Unes et l'augmentation parfois massive des violations des droits de l'homme...". L'action doit donc être reprise sur une nouvelle base : le "fondement même de la société" qui est la "personne humaine". Jean Paul II termina son discours sur la nécessaire lumière de la loi naturelle qui fonde les droits de l'homme mais aussi ses devoirs.

L'enseignement du Pape est donc une explication de la doctrine des droits fondamentaux de la personne humaine. Il est un prolongement de "Dignitatis Humanae" dont il cita de larges extraits lors de son discours à l'O.N.U.

Pour lui, comme pour l'ensemble de la Tradition doctrinale de l'Eglise, ce n'est pas la liberté qui fait la vérité ; mais la vérité qui fait la liberté. Le droit à la liberté est fondé sur l'obligation naturelle envers la vérité. Pour manifester ce devoir fondamental, Jean Paul II a repris le langage des "droits de Dieu" (55).

(50) Encyclique "Pacem in terris" art. 143 et 144.
(51) A l'U.N.E.S.C.O., 2 juin 1980, D.C. 1980, p. 604.
(52) A Puebla 1979, D.C. 1979, pp. 158a, 178a.
(53) Cité par Ph. I. André-Vincent, "Le Saint-Siège et les droits de l'homme", La Pensée Catholique, nov.-déc. 1981, p. 32. Voir pour une étude complète du même auteur : "Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II", L.G.D.J., 1983.
(54) Message à l'O.N.U. du 2 décembre 1978, D.C. 2, 1979.
(55) Pour que soient respectés les "droits fondamentaux de la personne humaine totale", il ne faut pas "les faire passer devant les droits de Dieu, ni oublier les devoirs qui leur correspondent". Discours devant le Président de la République Brésilienne à Brasilia, D.C. 1980, 1, p. 740 a.

Les "droits de Dieu" et les "droits de l'homme", opposés dans la philosophie subjectiviste, sont absolument concordants pour la doctrine catholique. La Déclaration de 1789 a pour sujet l'individu absolu. Il s'agit en réalité de l'homme tronqué dans sa dimension essentielle. L'"homme" dont parle Jean Paul II est bien la "personne", sujet de Dignitatis Humanae. Titulaire de "droits subjectifs", l'homme n'en a pas moins une dimension sociale et religieuse fondamentale. Ainsi sa liberté sera-t-elle liée à ses devoirs, car l'absence de contrainte n'est pas l'absence d'obligation.

"Il n'y a point de liberté d'indifférence ; c'est un mot destitué de sens, inventé par des gens qui n'en avaient guère".

Voltaire
Dictionnaire philosophique, Liberté

CHAPITRE II - LIBERTE ET OBLIGATION

De même que l'individualisme avait embrumé, puis vicié, le sens de "droit naturel", le rationalisme et le subjectivisme ont modifié le sens philosophique de la liberté. On peut, ici aussi, opposer deux conceptions, l'une classique qui garde sa vigueur dans l'enseignement de l'Eglise, l'autre moderne qui a suscité des condamnations de sa part. Une prétendue révolution doctrinale qui aurait été marquée par l'adoption de "Dignitatis Humanae" n'existe pas, comme nous l'avons montré, au niveau du fondement de la liberté religieuse ; elle n'existe pas non plus quant à son contenu.

SECTION I - LIBERTE DES ANCIENS, LIBERTE DES MODERNES

On a souvent présenté l'Eglise Catholique comme l'ennemie des libertés. C'est une grande injustice issue d'une grave confusion.

En annexe à son Encyclique "Quanta Cura", Pie IX exposa une liste ("Syllabus") d'erreurs répandues dans les esprits et contre lesquels l'Eglise devait lutter.

S'agissant de la liberté religieuse, l'erreur des hommes est de croire que "chaque homme est libre d'embrasser et de professer la religion qu'à la lumière de sa raison il aura jugée vraie" (56). Ce qui est exclu, c'est que la "lumière de la raison" soit le critère suffisant pour trancher en matière de religion. D'autres points du Syllabus établissent nettement que c'est le rationalisme (et non la liberté) qui est condamné : "La raison humaine est l'unique juge,

(56) Syllabus, 8 déc. 1864, 15. Cette erreur avait déjà été citée par le Pape dans la condamnation "Multiplices inter", 10 juin 1851 et dans la lettre apostolique "Cum catholica Ecclesia", 26 mars 1860.

sans avoir aucunement à se référer à Dieu, du vrai et du faux, du bien et du mal" (57) ; "elle est la norme souveraine d'après laquelle l'homme peut et doit arriver à connaître toutes les vérités de tout genre" (58). Cette raison sans loi, il n'a jamais été question pour l'Eglise de la reconnaître (59).

La liberté que rejette Pie IX est celle d'une raison omnipotente. L'individualisme exacerbé pose que, pour être libre, l'homme ne doit avoir aucune vérité reçue. La raison, foi de l'individu, pourrait, seule, l'amener à connaître la vérité. Voilà la plus grande cause de l'athéisme : parce que la raison humaine ne peut saisir complètement l'idée de Dieu et de ses attributs, on refuse que son existence soit une vérité.

Le Christianisme reconnaît plutôt la faiblesse de la raison humaine : "cette impuissance ne doit donc servir qu'à humilier la raison, qui voudrait juger de tout, mais non pas à combattre notre certitude comme s'il n'y avait que la raison capable de nous instruire. Plût à Dieu que nous n'en eussions au contraire jamais besoin, et que nous connaissions toutes choses par instinct et par sentiment !" (60).

La conception traditionnelle du rôle et de la capacité de la raison et de la conscience humaines est encore celle de l'Eglise et on ne voit pas ce qui pourrait l'en faire écarter. Jean Paul II comme Pie IX a eu l'occasion d'affirmer que la conscience humaine n'est pas la dernière instance qui puisse juger des actes et des comportements. L'homme n'est pas seul avec sa conscience, il doit éclairer sa raison de vérités révélées supérieures à ce qui est purement humain : l'homme n'est pas l'auteur de la vérité.

Le Concile ne reconnaît la liberté que dans la mesure où elle trouve son fondement dans la loi éternelle qui impose un devoir. Sans la reconnaissance d'un ordre naturel, la liberté n'a pas de limite puisque la conscience est sa propre loi.

Vatican II a suivi l'enseignement de Léon XIII pour qui il faut que la liberté "soit dirigée, gouvernée par la droite raison (61), et, ce qui est la conséquence, qu'elle soit soumise au droit naturel et à la loi divine éternelle" (...). "Si l'on fait dépendre du jugement de la seule et unique raison humaine le bien et le mal, on supprime la différence propre entre le bien et le mal... ce qui plaît sera permis" (...). "Le principe de tout rationalisme, c'est la domination souveraine de la raison humaine, qui, refusant l'obéissance due à la raison divine et éternelle, et prétendant ne

(57) Syllabus, 3 ; Allocution "Maxima Quadiem", 9 juin 1862.
(58) Syllabus ; Encyclique "Qui pluribus" 9 novembre 1846.
(59) Cf. J.Y. Calvez, s.j. : "L'Eglise rejette toujours la tentation rationaliste", La Croix, 11 juillet 1986.
(60) Pascal, Pensées, 282. Cf. aussi les pensées 101 et 277.
(61) C'est-à-dire la raison humaine conforme à la raison divine.

relever que d'elle-même, ne se reconnaît qu'elle seule pour principe suprême, source et siège de la vérité" (62).

Il est clair que Léon XIII affirme ici, comme vérité, le contre-pied des affirmations que Pie IX considérait comme erronées (63). Le Pape que l'on dit parfois libéral est donc en accord avec celui que l'on présente comme un réactionnaire.

Cela nous éclaire un peu sur le problème du libéralisme catholique. On a pu croire que certains posaient la liberté comme valeur fondamentale, d'autres la considérant comme simple source d'erreurs, vu la faiblesse de la raison humaine.

Mais en replaçant les déclarations du Saint-Siège dans leur contexte historique, on voit bien comment les pontifes romains ont eu tantôt à agir pour la défense de certaines vérités, tantôt à réagir contre certains mensonges. C'est cela qui distingue essentiellement les positions de Pie VI et Pie IX des enseignements des papes qui ont succédé à Léon XIII.

Pie IX s'est posé en réaction face aux excès des philosophies libérales. Il n'est sorti du silence que sous la pression de ses adversaires. "Il n'invente pas, il cite. Il n'empiète pas, il résiste ; il ne s'impose pas, il se défend" (64). Le Syllabus fut une riposte à l'esprit révolutionnaire, véritable mal du XIXe siècle. Le Pape venait de vivre les révolutions de 1830 et de 1848, filles de la grande Révolution du XVIIIe siècle. Toute l'Eglise est concernée et ne peut que réagir face au libéralisme qui, pour elle, "égare la raison, attaque la foi, corrompt la morale, combat l'Eglise et sape les fondements naturels de toute société en érigeant en droits une grande partie des aveugles instincts de notre nature déchue" (65). Le Saint-Siège ne devait pas, à cette époque, élaborer ou préciser sa doctrine, son devoir était simplement de combattre les idées fausses.

Aussi, lorsque les autorités ecclésiastiques ont parlé, elles l'ont fait de façon négative. Il est ainsi intéressant de noter le fait significatif suivant : un jésuite autrichien, le R.P. Scharder, membre de la commission chargée de la préparation du Syllabus avait, dans son ouvrage "*Der Papst und die modern Ideen*" (1865), présenté comme devant être tenues pour vraies les affirmations positives directement contraires aux propositions négatives du Syllabus. Son ouvrage ne reçut pas l'approbation du Vatican.

A partir du pontificat de Léon XIII, s'est développée une démarche inverse. Aujourd'hui, plus que jamais, l'Eglise doit agir pour la reconnaissance des vérités inévitables. Et elle le fait. Ce

(62) Léon XIII, Encyclique "Libertas Praestantissimum".
(63) Cf. supra, Syllabus : "La raison humaine, sans aucune considération de Dieu, est le seul arbitre (...) du bien et du mal".
(64) Mgr Dupanloup, "La convention du 15 septembre et l'Encyclique du 8 décembre" ; en annexe à "Pie IX, Quanta cura et Syllabus" Ed. J.J. Pauvert, 1967.
(65) Lette collective des évêques de l'Equateur du 15 juillet 1886.

fut la démarche de "Dignitatis Humanae". C'est celle de Jean Paul II, écouté de tous, croyants et non-croyants (66).

En affirmant la Vérité, l'Eglise va plus loin qu'en condamnant les erreurs (ce qu'elle fait évidemment de façon implicite), elle recherche et met en évidence la part de vérité contenue dans les philosophies fausses.

Léon XIII, face aux attaques des libéraux pour qui l'Eglise condamne la liberté, explique ce qu'elle est vraiment dans l'Encyclique "Libertas", et conclut : "Si dans les discussions qui ont cours sur la liberté, on entendait cette liberté légitime et honnête, telle que la raison et notre parole viennent de la décrire, nul n'oserait plus poursuivre l'Eglise de ce reproche qu'on lui jette avec une souveraine injustice, à savoir qu'elle est l'ennemie de la liberté des individus et de la liberté des Etats".

Ainsi Léon XIII rétablit le sens des mots et des déclarations. Ceux qui ont cru trouver une contradiction entre l'enseignement de "Dignitatis Humanae" et celui des Papes de Pie VI à Pie XII ont montré qu'ils n'avaient compris ni l'un ni l'autre.

L' Eglise ne reconnaît pas la liberté naturelle des hommes comme étant la "liberté-autonomie" de l'individu qui n'écoute que sa raison. Souvent la raison déraisonne. Et l'acte libre par excellence a pu paraître à certains consister dans l'acte gratuit. La liberté de Sartre est de pouvoir commettre l'absurde.

Pour l'Eglise, il n'y a de réelle liberté que finalisée ; découlant de la dignité de la personne, la liberté ne se conçoit pas séparément de la responsabilité. Elle est une "liberté-participation" à la finalité suprême de l'homme. Elle est un état parfait qui ne peut engendrer le mal.

La liberté religieuse trouve dans l'obligation de rechercher la Vérité plus qu'une fin vers laquelle elle doit tendre, cette obligation en est la cause finale. L'obligation est souvent assimilée à la contrainte. Pourtant, en matière religieuse, elles s'excluent totalement.

(66) Cf. par exemple : R.P. Philibert, o.f.m.cap. : "L'Islam à l'écoute du Pape", La Pensée Catholique, n° 219, nov.-déc. 1985, p. 28.

SECTION II - OBLIGATION ET CONTRAINTE

La Déclaration "Dignitatis Humanae" établit une parfaite harmonie entre liberté et obligation. Il est clair, en effet, que chacune de ces notions est la condition de l'autre.

L'obligation de rechercher la vérité et d'y adhérer n'est réalisable que dans un état de parfaite liberté. Ici, la liberté est envisagée de façon négative, elle est l'absence de contrainte.

Mais la liberté est plus qu'une simple notion négative : elle implique un engagement de la part de l'homme "en toute responsabilité". Son exercice est donc conditionné par le respect d'une obligation morale.

"Dignitatis Humanae" a ainsi dépassé le problème du libéralisme catholique : les droits de la liberté et de la Vérité sont également reconnus : la liberté n'affranchit pas de ce qui est dû à Dieu (c'est-à-dire l'obligation de rechercher la vérité) (A). Mais ce qui est dû à Dieu contient ce qui est dû à l'homme (l'absence de contrainte) (67) (B).

A - Ce qui est dû à Dieu

"En vertu de leur dignité, tous les hommes, parce qu'ils sont des personnes, c'est-à-dire doués de raison et de volonté libre, et par suite, pourvus d'une responsabilité personnelle sont pressés par leur nature même et tenus par obligation morale à chercher la vérité, celle tout d'abord qui concerne la religion" (D.H. 2).

Par cette affirmation, le Concile écarte d'emblée la thèse de la liberté sans loi. Il part de l'idéal de perfectionnement de l'homme. La vraie liberté n'est ni la "licence", ni l'arbitraire, mais la "*libertas superior*" de Saint Augustin : La liberté éclairée par le bien. Le Souverain Bien sera atteint par la connaissance de Dieu.

Il est clair que le Concile s'est placé au-dessus des ambiguïtés d'un certain libéralisme catholique ou catholicisme libéral. En effet, "la présente déclaration... établit une excellente harmonie entre la vraie liberté et l'obligation correspondante pour chaque homme de se former une conscience droite" (68). Les "droits de la Vérité" sont donc affirmés.

Lors des travaux de préparation, il fut même question de placer la Vérité comme fondement ontologique de la liberté, ce

(67) "Le service de Dieu et le service des hommes, le droit de Dieu et le droit des hommes ne peuvent s'opposer... Si nous reconnaissons le droit de Dieu nous serons capables de reconnaître le droit de l'homme". Jean Paul II, lors de la réunion du CELAM à Rio, D.C. 1980, p. 749b.

(68) Cardinal Spellman, D.C. 1965, col. 1766.

fut le but de l'intervention très remarquée de Mgr Ancel, évêque auxiliaire de Lyon :

"Tout homme en tant que tel, c'est-à-dire doué de raison et de volonté, est tenu de rechercher la vérité objective, d'y adhérer et de conformer toute sa vie aux exigences de la vérité. Sur ce principe, tous ceux qui aspirent de tout coeur à la vérité et à la justice pourront être d'accord avec nous, même s'ils ne sont pas croyants. Par ailleurs, ce principe étant fondé non sur quelque disposition subjective, mais sur la nature humaine elle-même, il a une valeur strictement universelle" (69).

La recherche de la Vérité est évidemment liée ontologiquement à la liberté. Cependant, le Concile ne la reconnaît pas explicitement en tant que son fondement, car l'obligation de chercher la vérité (et d'y adhérer) est une obligation simplement morale. C'est pour cela que le Concile "déclare (...) que le droit à la liberté religieuse a son fondement dans la dignité même de la personne humaine" (D.H. 2) : c'est là une notion ontologique d'ou découlent les obligations morales.

En effet, la dignité de l'homme est inséparable de la notion de responsabilité et donc de la nécessaire recherche d'un perfectionnement. Or, l'homme ne se perfectionne que dans la réalisation d'une finalité, en matière religieuse, par la connaissance de sa Finalité Suprême.

"Dignitatis Humanae" suit ici l'enseignement de l'encyclique "Libertas" : "la liberté humaine suppose la nécessité d'obéir à une règle suprême et éternelle". Un tel comportement, "loin de détruire ou de diminuer en aucune sorte la liberté des hommes, ne fait que la protéger et l'amener à sa perfection, car la vraie perfection de tout être, c'est de poursuivre et d'attendre sa fin".

Il est certain que, en quelque domaine que ce soit, c'est la connaissance qui affranchit et l'ignorance qui asservit. Si donc il existe une vérité objective, l'homme a le devoir moral de la rechercher et d'y conformer sa vie.

La raison ne crée pas la vérité, elle est un moyen de la connaître : "il n'y a que deux sortes de personnes qu'on puisse appeler raisonnables : ou ceux qui servent Dieu de tout leur coeur parce qu'ils le connaissent, ou ceux qui le cherchent parce qu'ils ne le connaissent pas" (70).

Il demeure que le respect est dû aux hommes sincères et de bonne foi. Dieu même ne les abandonnera pas. Mais, en aucune façon, l'existence de plusieurs croyances n'établit l'existence de plusieurs vérités. Le libéralisme total ne devient

(69) D.C. 1965, col 1801.
(70) Pascal, Pensées, fragment 196.

qu'un relativisme complet, posant qu'il y a autant de vérités que de pensées indépendantes.

Mais c'est un grave vice du raisonnement que de confondre l'objet et la compréhension que s'en fait le sujet pensant. Il y a plusieurs philosophies du droit, plusieurs discours sur le droit. Pourtant, la loi reste la loi et le juste reste le juste. Et dans ce domaine où l'intolérance est pleinement justifiée, "nul n'est censé ignorer la loi". C'est-à-dire que le droit n'est pas ce qui semble juste à *un* homme. Le droit est impersonnel. Il en est ainsi de la Vérité.

L'homme lui est pourtant ontologiquement lié. La dignité de l'homme, qui fonde la liberté, réside dans la relation de l'être humain à la vérité. Le libéralisme athée ne se soucie guère du fondement, la liberté est pour lui un principe premier et suffisant. L'existentialisme a une vision de la liberté dépourvue de rectitude. Celle de Thomas d'Aquin est "sensée". Si l'homme est doué d'intelligence, cette intelligence est ordonnée au vrai. L'intellect cherche à se mettre en adéquation avec le réel, non simplement avec lui-même (71). Doué de volonté, l'homme est naturellement incliné vers le bien.

Cette philosophie imprègne l'enseignement de Jean Paul II : "l'homme est libre parce qu'il possède la faculté de se déterminer en fonction du vrai et du faux" (72). Elle est aussi celle de "Dignitatis Humanae". En effet, la dignité humaine est essentiellement "la possibilité d'agir (...) non sous la pression d'une contrainte, mais guidé par la conscience de son devoir" (D.H. 1). Ce qui constitue le jugement de la conscience, c'est le sens du vrai et du bien, c'est la vérité.

La Déclaration résume ces notions dans le terme de "responsabilité". Etre responsable, c'est pour l'Eglise "répondre" à l'appel de Dieu ; c'est encore "répondre" de tous ses actes et de ce qui en résultera, bon ou mauvais.

Ainsi le Concile ne s'en est-il pas tenu à l'obligation de recherche de la Vérité, mais à la nécessité d'y adhérer. C'est dans cette adhésion que se manifeste pleinement le lien ontologique entre liberté et Vérité. La Déclaration condamne donc le divorce, très répandu chez les croyants, entre la foi et le comportement quotidien. Elle rappelle aussi un principe évangélique fondamental : "celui qui entend, et ne met pas en pratique, est semblable à un homme qui a bâti une maison sur la terre sans fondement" (Luc, VI, 46 à 49).

"La vérité, une fois connue, c'est par un assentiment personnel qu'il faut y adhérer fermement. Mais c'est par la

(71) La liberté sans finalité objective et sans Dieu, condamnée dans l'encyclique "Libertas", l'est aussi dans "Gaudium et Spes", n° 17 et 20.
(72) D.C. 1981, p. 26.

médiation de sa conscience que l'homme reconnaît et perçoit les injonctions de la loi divine ; c'est elle qu'il est tenu de suivre fidèlement en toutes ses activités pour parvenir à sa fin qui est Dieu" (D.H. 3).

Cette nécessité, Jean Paul II l'a rappelée lorsqu'il s'adressa pour la première fois, aux fidèles : "N'ayez pas peur d'ouvrir toutes vos portes au Christ".

Ainsi, donc, l'Eglise a proclamé le lien évident entre liberté et responsabilité. La liberté sans loi est la "licence" qui peut conduire à l'absurde. Cette liberté existentialiste est le mépris de la vérité par le pouvoir d'opter sans raison. La liberté vraie, issue de la responsabilité promeut la dignité humaine. En affirmant les "droits de Dieu" et de la Vérité, le Concile rejoint la position de l'article 14 de *"Pacem in Terris"*, relatif à la liberté religieuse. Elle est fondée par l'obligation de piété filiale qui "nous enchaîne à Dieu et nous relie à lui d'où son nom de religion" (73).

Le lien essentiel qui existe entre discipline et dignité est donc mis en avant par le Concile comme par la Tradition catholique. La discipline que chaque homme se donne pour soi, doit se retrouver dans la discipline que doit se donner le corps social tout entier par le respect de ses membres.

B - Ce qui est dû à l'homme

La liberté parfaite, celle que procure la connaissance de la Vérité ("vous connaîtrez la Vérité, et la Vérité vous rendra libres"), ne peut se réaliser que par l'exercice d'une obligation. "Mais le Christ étant l'Amour Infini, celle-ci est pleinement une obligation d'amour... elle présuppose la liberté" (74).

Ainsi, la liberté chrétienne, plénitude toute intérieure, présuppose la liberté religieuse définie de façon négative : l'exemption de toute coercition (75).

En effet, à l'obligation de rechercher la vérité et d'y adhérer, "les hommes peuvent satisfaire, d'une manière conforme à leur propre nature, que s'ils jouissent, outre de la liberté psychologique, de l'immunité à l'égard de toute contrainte extérieure" (D.H. 2).

Il n'y a dans l'Evangile aucune formulation explicite du droit à la liberté religieuse. Cependant, le Concile a pu trouver dans la Révélation les "racines" de la doctrine qu'il développe.

(73) Lactance, cité dans l'art. 14 de "Pacem in terris".
(74) Cardinal Lefebvre, cité par Ph. I. André-Vincent, o.p., op. cit., p. 83.
(75) "Le droit de la liberté religieuse peut et doit être fondé sur la grâce de la liberté chrétienne". Pasteur Roux, préface à R. Coste, op. cit., p. 19 et 21.

La liberté de l'acte de foi est un principe absolu "contenu dans la parole de Dieu et constamment enseigné par les Pères" (D.H. 10).

"Rien n'est plus contraire à la religion que la contrainte" écrit Saint Augustin.

"C'est ... la coutume de l'Eglise de veiller avec le plus grand soin à ce que personne ne soit forcé d'embrasser la foi catholique contre son gré, car ainsi que l'observe sagement Saint Augustin, l'homme ne peut croire que de plein gré" (76).

"Dignitatis Humanae" fait donc écho à toute la tradition en affirmant que "personne ne doit être contraint à embrasser la foi malgré soi" (D.H. 10).

En effet, l'adhésion à la vérité ne peut être qu'intérieure et Dieu s'intéresse au fond des âmes. Il est de l'essence des obligations morales de ne pouvoir être accomplies que librement et sans contrainte. L'acte obtenu par contrainte est en effet dépourvu de valeur morale.

Il ne faut pas imputer à l'Eglise l'erreur des politiques. Rien n'est plus contraire au Catholicisme que l'extrémité à laquelle en vint Charlemagne (en 782) ordonnant le baptême des Saxons sous peine de mort pour les récalcitrants (77). Il s'agit là, selon la conception chrétienne, d'un abus de droit comme l'exprime une lettre d'Alcuin à l'Empereur : "la foi est un acte de volonté et non un acte de contrainte : on attire l'homme à la foi, on ne peut l'y forcer... Vous pousserez ce peuple au baptême ; mais vous ne lui ferez pas faire un pas vers la religion... Ce n'est pas ainsi qu'ont procédé Jésus-Christ et ses Apôtres".

Cette référence à la "manière d'agir du Christ et des Apôtres", la Déclaration l'a aussi faite en rappelant que "Dieu... tient compte de la dignité de la personne humaine qu'il a lui-même créée et qui doit se conduire selon son propre jugement et user de la liberté. Cela est apparu au plus haut point dans le Christ Jésus, en qui Dieu s'est manifesté lui-même pleinement et a fait connaître ses voies" (D.H. 11).

Ce qui est dû à l'homme ressort de principes objectifs et a une valeur ontologique. Ce principe de non contrainte est fixé par la nature. Il devra être reconnu par la loi comme par le juge.

AInsi, la dignité humaine fonde et définit la liberté religieuse sur le plan des rapports entre l'homme et la Vérité ; elle en établira le régime pour les rapports des hommes entre eux. Au pluralisme des croyances, la dignité humaine répondra par le principe de la tolérance.

(76) Léon XIII, Immortale Dei, 1er nov. 1885.
(77) "Capitulatio de partibus Saxorum", art. 8.

"Vinrent des temps où la liberté ne fut plus la liberté de la beauté de l'homme mais expression de la masse, l'homme nécessairement s'y étant fondu, laquelle masse n'est point libre car elle n'a point de direction mais pèse simplement et demeure assise. Ce qui n'empêchait pas que l'on dénommât liberté cette liberté de croupir et justice ce croupissement".

Antoine de Saint-Exupéry
Citadelle, 1948

DEUXIEME PARTIE
LA LIBERTE DANS LE PLURALISME

CHAPITRE I - PLURALISME ET TOLERANCE
- Section I - Le principe de la tolérance
  - A - Le mépris de l'erreur
  - B - L'amour du prochain
- Section II - La recherche de l'unité
  - A - L'unité dans la vérité
  - B - La liberté vers l'unité

CHAPITRE II - PLURALISME ET BIEN COMMUN
- Section I - Le bien de tous
  - A - L'ordre temporel et l'ordre spirituel
  - B - L'ordre absolu des êtres et des fins
- Section II - Le bien de la personne
  - A - La dimension religieuse de la personne
  - B - La dimension sociale de la personne

Le Concile Vatican II est entré dans l'histoire comme la plus importante assemblée conciliaire jamais tenue dans l'Eglise catholique. Jean XXIII la voulait à l'échelle du monde. Elle le fut, la présence de cent un observateurs non-catholiques l'atteste.

Le Pape expliqua aux jeunes que "Le concile n'est pas une assemblée spéculative, mais un organisme vivant et vibrant, qui voit et embrasse le monde entier ; une maison ornée pour une fête, et resplendissant dans sa parure de printemps : il est l'Eglise qui appelle tous les hommes à elle" (78).

Aujourd'hui plus que jamais, le monde est caractérisé par le pluralisme à tous les niveaux. "Il est manifeste que tous les peuples deviennent un, chaque jour davantage ; que des relations plus étroites s'établissent entre populations de culture et de religion différentes" (D.H. 15). Aussi le Concile décida-t-il, pour la première fois dans l'histoire de l'Eglise, de s'occuper des religions non chrétiennes. Ce fut l'objet de la déclaration "Nostra Aetate".

Mais, reconnaissant le pluralisme des religions, les Pères ont insisté sur l'unité fondamentale de la "famille humaine" (D.H. 15). Les hommes de toutes croyances doivent donc se porter mutuellement un profond respect manifesté par un esprit de tolérance bien compris (Chapitre I). Ce principe qui s'adresse aux hommes devra trouver écho dans un régime pluraliste défini par l'Etat. Cependant, le risque est grand de voir celui-ci, sous prétexte d'une neutralité mal définie, ériger en principe l'indifférence étatique, voire une véritable intolérance pratique. Aussi est-il nécessaire de considérer que les pouvoirs de l'Etat sont subordonnés à des principes moraux objectifs. Ses activités doivent donc être guidées par le bien commun qui, "concernant l'homme tout entier" (79), passe par la reconnaissance effective de la liberté religieuse (Chapitre II).

(78) Cité par Mgr Paul Poupard : "Le Concile Vatican II", Que sais-je, n° 2066, p. 4, 1983.
(79) Jean XXIII, Pacem in terris, n° 57 à 59.

"Souciez-vous de conserver l'unité de l'esprit par le lien de la paix".

Ephésien, IV, 3.

CHAPITRE I - PLURALISME ET TOLERANCE

Selon Ralph Wiltgen (80), lors des débats qui ont précédé la rédaction définitive de "Dignitatis Humanae", deux positions essentielles se sont rencontrées chez les Pères du Concile : certains admettant la formulation moderne de la liberté religieuse selon laquelle cette liberté est exigée par la dignité de la personne humaine ; d'autres étant partisans de la théorie de la "tolérance" qui affirme les droits de la vérité (81).

Mais on doit cependant considérer ces deux conceptions comme complémentaires et indissociables, et elles ressortent toutes deux du texte final de la Déclaration.

En effet, en affirmant que la liberté religieuse est fondée sur la dignité de la personne, "Dignitatis Humanae" n'en fait pas moins référence à l'"unique vraie religion" (D.H. 1) et affirme que "l'Eglise Catholique est maîtresse de la Vérité" (D.H. 14).

On a pu considérer que ces affirmations étaient un "corps étranger" (82) à l'ensemble du texte. Notons d'abord que c'est une erreur condamnée par Pie IX que de considérer que l'"Eglise n'a pas le droit de définir, par le dogme que la religion de l'Eglise catholique est la seule vraie religion" (83). Elle en a le droit et le devoir. Sans cette affirmation, le droit à la liberté religieuse n'eût été compris que dans le relation qui unit la raison à une vérité hypothétique et non dans le lien ontologique qui ordonne la personne humaine à la vérité.

La Déclaration, posant à côté de la liberté religieuse l'obligation morale de rechercher la vérité, ne pouvait que rappeler qu'elle détient du Christ cette vérité et qu'elle a pour mission de l'enseigner à toutes les nations. L'affirmation de l'"unique vérité" permet de préciser le sens de l'ensemble de la Déclaration.

(80) op. cit., p. 56 et s.
(81) Voir aussi, Albino Luciani, "Un évêque au Concile, lettres de Vatican II", Téqui, 1986, p. 135 et s.
(82) Card. Koenig, Introduction à la Déclaration dans "Vatican II" (textes) éditions du Centurion, Série : Documents conciliaires 3, p. 328, Paris 1966.
(83) Syllabus, 21.

Le Concile a entendu rejeter tout indifférentisme en reconnaissant une liberté "qui, sur le plan subjectif, impose le respect envers les personnes des religions diverses, mais qui, sur le plan objectif, n'établit pas égalité entre toutes les fois, souvent contradictoires, pour la simple raison que la vérité est une, comme l'être lui-même" (84). Ainsi se définit le principe de la tolérance (Section I).

L'obligation qu'ont les hommes de rechercher la vérité sera donc doublée de la mission pour l'Eglise de rechercher l'unité (Section II).

SECTION I - LE PRINCIPE DE LA TOLERANCE

On distingue, de façon classique, tolérance doctrinale et tolérance pratique.

La tolérance dogmatique ou doctrinale consiste à tolérer toutes les doctrines pour la seule raison qu'elles sont considérées comme étant toutes également bonnes.

C'est la tolérance que pratiquait l'Etat antique vis-à-vis de toutes les religions. En effet, le polythéisme n'est pas exclusif, et, par syncrétisme, on voue un culte à tous les dieux, fussent-ils ceux des voisins ou des ennemis.

La tolérance dogmatique répond aujourd'hui à l'esprit libéral. Elle n'est en fait qu'une expression de l'indifférentisme que l'Eglise a toujours condamné. En effet, tenir toutes les religions pour égales ou indifférentes, c'est les mépriser toutes (85).

La pluralité des religions est pour l'Eglise un mal. Et l'Eglise souffre effectivement du fait que certains hommes soient dans l'erreur. L'indifférentisme ne peut être admis par les croyants : il n'est qu'un immobilisme qui, en reconnaissant aux hommes un "droit à l'erreur" tend à élever la pluralité en principe (A).

La tolérance chrétienne n'est donc qu'une tolérance pratique. Elle ne tolère pas l'erreur elle-même, mais l'erreur dans la personne qui la professe en raison de la dignité de la personne humaine (B).

(84) Cardinal Pietro Parente, cité par Luc J. Lefevre, "La liberté religieuse à travers les siècles", La Pensée Catholique, n° 224 sept.-oct. 1986, p. 10.
(85) Cf. Luc Lefevre, op. cit., p. 10 et s.

A - LE MEPRIS DE L'ERREUR

Comme nous l'avons vu, le Concile insiste sur le caractère finalisé de la liberté : elle est conditionnée par l'obligation morale de rechercher la vérité qui est d'autre part affirmée comme étant l'unique vraie religion du Christ.

Se pose donc la difficile question des "droits de la conscience erronée" et du "droit à l'erreur".

Lors des travaux du Concile, le Cardinal Béa fit un important exposé sur la question, se fondant sur le lien existant entre la liberté et la Vérité. Ainsi fit-il valoir que celui qui se trompe de bonne foi n'a pas rompu dans sa conscience avec la loi : sa liberté est, au moins intentionnellement, liée à la vérité. Tout autre est la situation de celui qui s'est refusé à chercher la Vérité, pour qui elle n'a aucune importance. La mauvaise foi de celui qui erre volontairement lui ôterait tout droit à la liberté religieuse.

L'analyse du Cardinal Béa s'est valablement appuyée sur l'arrière plan ontologique de la liberté religieuse. La notion de mauvaise foi autour de laquelle se construit ce raisonnement ne pouvait cependant satisfaire le Concile dans l'optique assignée à la Déclaration (86).

"Dignitatis Humanae" n'est pas une réflexion purement théologique, elle cherche à définir un droit civique.

S'agissant de la reconnaissance de la liberté religieuse, aucun critère subjectif ne peut être appliqué. Si donc cette liberté est fondée sur la dignité de la personne humaine, elle "persiste même chez ceux qui ne satisfont pas à l'obligation de chercher la vérité et d'y adhérer" (D.H. 2).

Celui qui erre volontairement ne respecte pas, dans ses actes, la loi naturelle qui l'oblige. Il lui reste cependant soumis dans son être et bénéficie du droit naturel qu'elle lui accorde.

Cependant, au respect de celui qui se trompe ne doit pas être assimilé le respect de son erreur. On doit reconnaître à la conscience erronée ses droits, mais nul ne peut se réclamer d'un "droit à l'erreur". Il peut arriver que l'Etat tolère une injustice sans pour autant lui reconnaître aucun droit. Dieu tolère le mal, sans qu'il soit l'égal du bien. Il en est ainsi de l'erreur.

L'erreur n'a pas de droits. Cette affirmation valut à l'Eglise des tempêtes d'insultes. Elle n'est que le produit du bon sens.

Notons d'abord que l'erreur aliène l'homme, elle lui nuit et compromet sa liberté réelle, et l'on ne peut la considérer

(86) Cf. Ph. I. André-Vincent, op. cit., p. 85 et s.

comme un bien. "Quelle mort est plus funeste pour les âmes que la liberté de l'erreur ?" (87).

De là découle que celui qui est dans l'erreur ne réclame le respect (et il y a droit, répétons-le) que parce qu'il est convaincu de ne pas se tromper.

Revendiquer un prétendu "droit à l'erreur" serait reconnaître qu'on y est. Le droit à l'erreur ne serait que le droit de se tromper sciemment. "On ne se trompe pas sciemment, et le droit que l'erreur réclame n'est jamais que le droit de la vérité" (88).

Il existe entre les hommes et la Vérité un lien indissoluble. Ils peuvent la méconnaître ou la nier, elle existe toujours. Même s'ils brisent par leur mauvaise foi le lien psychologique qui les fait participer à la Vérité, le lien ontologique demeure, et, avec lui, la loi naturelle, c'est-à-dire l'obligation morale et le droit naturel qui en découlent.

Ainsi l'esprit de tolérance que prêche l'Eglise ne met pas sur un pied d'égalité toutes les croyances. Mais son mépris de l'erreur est allié au plus profond respect de celui qui erre (89). C'est la manière d'agir que préconise l'Eglise, "professant la vérité dans la charité" (90).

B - L'AMOUR DU PROCHAIN

Reconnaissant la dignité égale de tous les hommes et constatant la pluralité croissante des sociétés contemporaines, le Concile pose la liberté religieuse comme nécessaire "pour que s'instaurent dans le genre humain des relations pacifiques et la concorde" (D.H. 15). Mais ce principe, admissible par tous, est pour l'Eglise plus qu'un enseignement de la raison, c'est un principe évangélique, un commandement de la Loi : "Tu aimeras le Seigneur ton Dieu de tout ton coeur, de toute ton âme et de tout ton esprit". Voilà le plus grand et le premier commandement. Le second lui est semblable : "Tu aimeras ton prochain comme toi-même" (91).

L'amour de Dieu implique un authentique respect des hommes, plus qu'un simple respect, il impose un amour surnaturel "car celui qui aime les autres a accompli la loi" (92). En effet, l'obligation d'aimer Dieu, d'adhérer à la vérité, comporte

(87) Saint Augustin, cité par Grégoire XVI, Encyclique "Mirari vos", 1832.
(88) Jacques Leclercq, Leçons de droit naturel, II, L'Etat ou la politique, 1929, p. 201.
(89) Le pape Adrien désapprouva Charlemagne qui disait : "Je coupe la tête à l'erreur" alors que tombaient les têtes de milliers de Saxons.
(90) Eph., IV, 15.
(91) Matthieu XXII, 36-40 ; Marc XII, 28-34.
(92) Romains, XII, 13.

l'obligation qui "*lui est semblable*" d'aimer celui qui est dans l'erreur. Car le prochain n'est pas seulement celui de la maison ou de l'Eglise. L'amour du prochain est dû à tout homme, fût-il samaritain. L'Evangile rappelle à mainte reprise ce principe essentiel du christianisme : "Aimez vos ennemis, faites du bien à ceux qui vous haïssent, bénissez ceux qui vous maudissent, priez pour ceux qui vous maltraitent..." (93). "Montrez-vous miséricordieux comme votre Père est miséricordieux" (94).

On ne peut prétendre que "Dignitatis Humanae" a fait une révolution dans l'Eglise. Le Concile est au contraire remonté très haut aux premiers principes de la tolérance chrétienne. Reconnaître aux hommes la liberté religieuse, c'est pour l'Eglise imiter Dieu qui leur conféra le libre arbitre. "C'est lui qui, dès le commencement, a créé l'homme. Il l'a laissé au pouvoir de son propre conseil" (95). Comme nous le dit Léon XIII : "La loi humaine doit se proposer d'imiter Dieu qui, en laissant le mal exister dans le monde, ne veut, ni que le mal arrive, ni que le mal n'arrive pas, mais veut permettre que le mal arrive : et cela est bien (Summa theologica, la p. A. 19, a.9, ad.3 zum). Cette sentence du Docteur Angélique contient en une belle formule, la doctrine sur la tolérance du mal" (96).

Si l'Eglise se conforme à la "manière d'agir du Christ et des Apôtres" en condamnant l'erreur, elle l'imite aussi "en réservant à Dieu le châtiment au jour du jugement" (D.H. 11).

Jamais ce ne fut la fonction de l'Eglise de condamner les hommes. Elle condamne le mal, mais non les mauvais. Au contraire, elle doit les sauver. "Car le Fils de l'homme est venu sauver ce qui était perdu" (97).

Les intolérants ont souvent rappelé à l'Eglise la formule "hors de l'Eglise point de salut". Mais Pie IX, dont se réclament ceux qui condamnent les positions prises par Vatican II, écrivit dans l'Encyclique "Singulari Quadam" de 1854 : "Il faut tenir pour certain que ceux qui souffrent de l'ignorance de la vraie religion, ignorance invincible, n'en sont nullement rendus coupables aux yeux du Seigneur". Aussi les hommes et l'Eglise leur doivent-ils un religieux respect.

C'est la raison pour laquelle les Pères du Concile ont inséré dans leur texte la nécessité "qu'avant tout se fassent des demandes, des prières, des supplications, des actions de grâces pour tous les hommes... Voilà ce qui est bon et ce qui plaît à Dieu, notre Sauveur, lui qui veut que tous les hommes soient

(93) Luc VI, 27.
(94) Luc VI, 36.
(95) L'Ecclésiastique XV, 14.
(96) Léon XIII, Libertas Praestantissimum.
(97) Matthieu, XVIII, 11 ; Luc, IX, 51 à 56.

sauvés et parviennent à la connaissance de la vérité (I Tm. II, 1-4)" (D.H. 14).

Ainsi la tolérance prend-elle appui sur l'idée de l'unité fondamentale de la famille humaine. Mais la fonction de l'Eglise reste de parfaire cette unité par une unité spirituelle de tous les hommes. Ce principe de la tolérance pratique fut exprimé par les célèbres paroles de Fénelon à Jacques II :

"Accordez la tolérance civile, non en approuvant tout comme indifférent, mais en souffrant avec patience tout ce que Dieu souffre, et en tâchant de ramener les hommes par une douce persuasion" (98).

SECTION II - LA RECHERCHE DE L'UNITE

Lorsque le Concile fait référence à la "famille humaine" (D.H. 15), il prend en considération l'unité fondamentale de tous les hommes. "Tous les hommes ont même origine, même nature, même fin surnaturelle, même Rédempteur, même mission" affirmait Pie XII dans son encyclique "Summi Pontificatus" (20 octobre 1939), répétant un enseignement fondamental du christianisme. Pie XII dit encore, dans l'encyclique "Mystici corporis" de 1943, que "le véritable amour de l'Eglise exige non seulement que nous soyons, dans le corps lui-même, membres les uns des autres, mais il exige aussi que dans les autres hommes non encore unis avec nous dans le Corps de l'Eglise, nous sachions reconnaître des frères dans le Christ selon la chair, appelés avec nous au même salut éternel". Le Pape reprend ici l'extension, produite dans la théologie de Saint Thomas, de la vision paulinienne du Corps Mystique (99).

En effet, à partir de la distinction métaphysique entre l'acte et la puissance, l'Aquinate montre que les infidèles eux-mêmes sont membres du Corps mystique du Christ : ils ne le sont pas en acte mais ils le sont en puissance. Cette idée appuie le caractère missionnaire de l'Eglise.

L'unité ontologique de la "famille humaine", l'Eglise a le devoir de la compléter par une unité spirituelle de tous les "fils de Dieu" dans l'adoration de leur unique Père (A : L'unité dans la vérité).

L'affirmation de cette mission essentielle de l'Eglise dans le corps même de la Déclaration établit une fois de plus que la liberté religieuse qu'elle reconnaît n'est en rien assimilable à l'indifférentisme. Au contraire, la liberté religieuse, moyen

(98) Cité par Mgr Félix Dupanloup, op. cit.
(99) "Il n'y a plus ni juif ni grec, il n'y a plus ni esclave ni homme libre, il n'y a plus ni homme ni femme ; car tous vous êtes un en Jésus-Christ", Gall. III, 28.

nécessaire de la découverte de la vérité, sera un moyen efficace de la recherche de l'unité (B : La liberté vers l'unité).

A - L'UNITE DANS LA VERITE

"L'idéal de l'Eglise, ce n'est pas l'anarchie, c'est l'harmonie des intelligences ; ce n'est pas la division, c'est l'unité des âmes. L'idéal de l'Eglise et du Pape, c'est l'admirable parole de Jésus-Christ : "Qu'ils soient un ! *ununm sunt* ! un seul troupeau ! un seul pasteur. *Unum Ovile* ! *Unum Pastor*" (100). Par cette réflexion, Mgr Dupanloup défendait le Syllabus de Pie IX des interprétations abusives auxquelles il avait donné lieu (101).

Ce principe fondamental, le Concile l'a rappelé par le décret *Ad Gentes* en rappelant que l'Eglise tire son origine de la mission du Fils et du Saint Esprit qui consiste à rassembler dans l'unité spirituelle du peuple de Dieu tous ses enfants dispersés.

Cet idéal et cette mission sont aussi affirmés dans *Dignitatis Humanae* puisque "Pour obéir au précepte divin : "Enseignez toutes les nations" (Mt. 28, 19), l'Eglise catholique doit s'employer, sans mesurer sa peine, à ce que "la parole de Dieu accomplisse sa course et soit glorifiée" (2 Th. 2, 1)" (D.H. 14).

L'Eglise se veut l'Eglise de tous les hommes. Elle n'est pas l'Eglise d'une culture ou d'une civilisation. "Katholicos" signifie universel. Elle appelle à elle tous ceux qui recherchent la vérité. Et son voeu est celui de Saint Paul : "Je souhaite que vous soyez tous par la foi en Jésus-Christ ce que je suis" (102).

On peut dire qu'une telle unité fut pratiquement réalisée au Moyen-Age, à l'échelle de l'Europe où régnait l'ordre chrétien. Après que le christianisme fut devenu la marque de la société, par suite de l'unité de la foi et de l'accord des volontés des citoyens, la société se réorganisa conformément à la morale chrétienne.

A la fonction d'ordre spirituel, fonction essentielle et permanente de l'Eglise, se superposa d'une manière exceptionnelle, et par conséquent destinée à disparaître, une fonction provisoire de tutrice de l'ordre temporel.

Deux principes fondèrent l'ordre social chrétien, d'une part le respect des consciences, d'autre part la protection de la vérité chrétienne.

Les papes du Moyen-Age ont toujours prohibé l'emploi de la contrainte contre les non-chrétiens, sous prétexte de les amener

(100) Jean X, 16.
(101) Op. cit.
(102) I Cor, IV, 16.

à la foi. Le Code de droit canonique stipulait : "Personne ne peut être forcé contre son gré à embrasser la foi catholique" (103).

Ainsi, l'Etat chrétien s'est-il montré respectueux à l'égard des infidèles, c'est-à-dire de ceux qui, n'étant pas baptisés, ne faisaient pas partie de l'Eglise. On leur laissait célébrer librement leur culte et le droit canon infligeait des peines aux chrétiens qui contrevenaient à ces règles.

On oppose souvent aux catholiques, pour leur rappeler une prétendue intolérance de l'Eglise, les épisodes des croisades. Elles n'ont cependant jamais été entreprises pour convertir les musulmans par la coercition, mais pour préserver le libre accès des pélerins au Tombeau du Christ. Il s'agissait de défendre le culte, non de le répandre par le glaive comme le commande le Coran. Ce motif était légitime quels que soient les excès qui ont accompagné sa réalisation, et qui ne sont d'ailleurs pas imputables à l'Eglise.

A ce principe de respect des consciences s'ajoutait celui de protection de la vérité chrétienne qui pose plus de problèmes.

Dans ces sociétés récemment christianisées, les Etats prêtèrent leurs concours à l'Eglise pour faire respecter la loi chrétienne en prenant de sévères mesures pour protéger la foi des populations contre toute propagation d'erreurs religieuses.

Le Moyen-Age a une conception sociale de la religion. Ainsi, la pureté de la foi faisait partie du bien commun temporel. En effet, être chrétien était se lier par des engagements à une société. D'où la poursuite des hérétiques par l'Eglise et leur châtiment par l'Etat dont l'ordre public était menacé.

Les hérétiques ou apostats n'étaient pas considérés comme des non-chrétiens, dont la liberté était reconnue, mais comme des chrétiens ayant renié leur première adhésion à la foi. "A ceux qui ont embrassé la foi et qui l'abandonnent ensuite, comme les hérétiques et les apostats il faut infliger une contrainte corporelle pour les obliger à tenir leurs engagements" (104).

Bernard Gui, l'Inquisiteur, écrivait : "le but de l'Inquisition est la destruction de l'hérésie. Mais l'hérésie ne peut pas être détruite si l'on ne détruit pas en même temps ceux qui les reçoivent, les favorisent et les défendent" (105). Il est évident qu'une telle conception engendra des abus et le Concile reconnaît qu'il y a eu "dans la vie du peuple de Dieu, cheminant à travers les vicissitudes de l'histoire humaine, des manières d'agir (...) contraires à l'esprit évangélique" (D.H. 2).

Cependant, on peut comprendre et admettre, sous réserve des moyens employés, une intervention des pouvoirs temporels

(103) Cf. supra : ce qui est dû à l'homme.
(104) Saint Thomas d'Aquin, Somme Théologique, IIa IIae, q. 10, art. 8.
(105) "Practica Inquisitions" Parigi 1886, p. 217.

dans la défense de la foi chrétienne. En effet, de la conception sociale de la religion découle une attitude de la part de l'Eglise qui n'est pas différente de celle de l'Etat contemporain.

Aujourd'hui, bon nombre de baptisés seraient choqués si on leur soutenait que, du fait de leur baptême (qu'ils n'ont pas voulu), ils sont liés à l'Eglise par leurs engagements pris. Cependant, dans la société civile contemporaine, il ne se passe rien d'autre que ce qui se passait dans la société religieuse médiévale. Les enfants acquièrent, du seul fait de leur naissance, une nationalité et les droits et devoirs qui en découlent. Il en était de même pour les baptisés.

Mais ce qui était acceptable dans une société caractérisée par la quasi-unanimité de la foi ne l'est plus dans une société pluraliste.

Lorsqu'au XVe siècle, des populations importantes ont adhéré à la Réforme protestante et surtout quand une partie de ces populations fut née dans le protestantisme, ce fut une grave erreur que de vouloir maintenir une attitude propre aux circonstances historiques du Moyen-Age. A ceux qui n'avaient jamais eu à renier la foi catholique, il aurait fallu reconnaître la même liberté religieuse qu'aux non-chrétiens.

Agir comme au temps de l'unité, fut alors tomber dans l'"unitarisme" et dans les résultats que le Concile déplore.

En effet, les peuples se virent imposer d'être catholique en Espagne, anglican en Angleterre, luthérien en Scandinavie, calviniste à Genève ou en Hollande.

Les persécutions réciproques aboutissaient à lier les divergences religieuses aux oppositions d'intérêt politique et à méconnaître la distinction des autorités temporelles et spirituelles.

Aujourd'hui, l'Eglise a retrouvé sa fonction première, sa mission spirituelle. Mais elle ne rejette en rien le passé de l'Europe chrétienne où étaient reconnus comme aujourd'hui les principes de tolérance et de liberté religieuse, quels que soient les abus qui aient pu exister et qu'elle déplore.

Dans la société moderne, la mission de recherche de l'unité spirituelle doit être assurée par de nouveaux moyens.

Aussi, le système de la *civitas christiana* devait-il laisser la place, après la rupture du modèle médiéval, à la notion de *societas juridice perfecta.*

En effet, "une société juridiquement parfaite est celle qui, ayant pour fin un bien dans son ordre complet et possédant de droit tous les moyens pour l'atteindre, est, dans son ordre,

autosuffisante et indépendante, c'est-à-dire pleinement autonome" (106).

B - LA LIBERTE VERS L'UNITE

On ne retrouve dans aucun document du Concile le terme de "societas perfecta". Vatican II, dans son esprit de dialogue, a voulu éviter une expression qui aurait pu être mal comprise. Mais le principe n'en est pas moins affirmé :

"Dans la société humaine et devant tout pouvoir public, l'Eglise revendique la liberté en tant qu'Autorité Spirituelle instituée par le Christ Seigneur et chargée, par mandat divin de prêcher l'Evangile à toute créature" (D.H. 13).

"Sur le terrain qui leur est propre, la communauté politique et l'Eglise sont indépendantes l'une de l'autre et autonome" (107).

Ces fondements de la notion de "societas perfecta" sont toujours à la base des déclarations pontificales et Jean Paul II rappela que "chacune dans sa propre sphère, la communauté politique et l'Eglise sont réciproquement indépendantes et souveraines" (108).

L'Eglise revendique donc sa liberté au nom de sa mission et de sa nature divines. Il faut "qu'elle jouisse d'autant de liberté qu'en requiert la charge qu'elle a du salut des hommes. Elle est sacrée cette liberté dont le Fils Unique de Dieu a doté l'Eglise" (D.H. 13). L'Eglise se présente telle qu'elle est. Mais son titre surnaturel n'est pas admis de tous. Cependant, fût-elle une simple association humaine, l'Eglise peut revendiquer sa liberté, comme toutes les autres sociétés religieuses. Après avoir mentionné son caractère divin, l'Eglise se met sur un pied d'égalité juridique avec les autres groupements religieux, le droit naturel étant le même "pour tous les hommes et toutes les communautés" (D.H. 13, parag. 3).

La religion a un caractère social. La liberté des individus ne pouvait qu'être admise avec la liberté de leur Eglise. Reconnaître l'une, c'est affirmer l'autre. L'acte religieux est plus qu'un lien entre les hommes et leur Père, il relie aussi entre eux les frères. Mais c'est aussi une démarche de recherche de nouveaux liens et d'élargissement de la famille des fidèles. La prédication permet aux croyants d'approfondir la vérité, elle

(106) Card. Ottaviani, cité par J.B. d'Onorio, dans "La problématique institutionnelle des relations entre l'Eglise et l'Etat" in "L'Eglise et l'Etat en France", Téqui, 1983, p. 30.
(107) Gaudium et Spes, 76 parag. 2 et 3.
(108) Allocution d'adieu au Président Carter, Washington, 6 octobre 1979, D.C. 79, p. 934.

permet à l'Eglise de la répandre, "de l'annoncer fidèlement et de la défendre énergiquement, en s'interdisant tout moyen contraire à l'esprit de l'Evangile" (D.H. 14).

Redéfinir la mission d'évangélisation du monde était l'un des objectifs de Vatican II. Lors des travaux du Concile, Paul VI rappela "la grave, la singulière importance du sujet, en raison de l'ordre divin : "Allez dans le monde entier prêcher l'Evangile à toute créature"... "De l'accomplissement de cette oeuvre dépend le salut du monde. Au Concile incombe le devoir de préparer de nouvelles voies, d'envisager de nouveaux moyens, de stimuler de nouvelles énergies, pour une plus efficace et plus vaste diffusion de l'Evangile" (109).

Ce fut le but du décret "Ad Gentes" sur l'activité missionnaire de l'Eglise qui souligne les moyens de cette mission d'enseignement en insistant sur l'importance du témoignage chrétien comme appel à la conversion. Mais la déclaration "Dignitatis Humanae" a aussi sa part dans la définition des moyens de recherche de l'unité.

Elle interdit en effet "tout moyen contraire à l'Evangile" et recommande d'agir avec "amour, prudence, patience envers ceux qui se trouvent dans l'erreur ou dans l'ignorance" (D.H. 14). L'Eglise doit suivre l'enseignement de son Maître proclamant : "Recevez mon enseignement car je suis doux et humble de coeur" (110).

Mais surtout, en affirmant qu'"aux groupes religieux appartient le droit de ne pas être empêchés d'enseigner et de manifester leur foi publiquement, de vive voix et par écrit" (D.H. 4) et en reconnaissant ce droit à toutes les communautés religieuses, le Concile entend souligner la valeur éducative de la confrontation pacifique des croyances.

Cet article 4 de la Déclaration est à rapprocher de l'article 3 : "la Vérité doit être cherchée selon la manière propre à la personne humaine et à sa nature sociale, à savoir, par une libre recherche avec l'aide du Magistère, c'est-à-dire de l'enseignement, de l'échange et du dialogue par lesquels les uns exposent aux autres la vérité qu'ils ont trouvée ou pensent avoir trouvée, afin de s'aider mutuellement dans la quête de la vérité".

Il est certain qu'une telle affirmation a pu choquer certains catholiques. Ceux-là mêmes qui se scandalisent aujourd'hui devant l'invitation que fit Jean Paul II aux responsables de toutes les religions à venir prier avec lui à Assise.

Il ne faut voir dans ces démarches aucun syncrétisme. Elles ne sont qu'une belle et éclatante manifestation de la tolérance chrétienne.

(109) Cité par Mgr Paul Poupard, op. cit., p. 71.
(110) Matthieu, XI, 29.

La discussion et l'échange que préconise "Dignitatis Humanae", et qui existent déjà dans l'esprit oecuménique ne sont en réalité que le témoignage de la plus grande confiance en la Vérité. En effet, la déclaration *Nostra Aetate* rappelle que l'Eglise ne rejette rien de ce qui est vrai et sain dans les diverses religions.

Mais surtout, l'Eglise affirme par là que la Vérité ne craint pas les contradicteurs et qu'elle s'impose par sa propre force.

Le pluralisme, véritable régime de la liberté dans le mouvement des hommes vers la vérité, est aussi un mouvement vers l'unité. La liberté religieuse dans un sain pluralisme n'est pas une diminution de l'esprit missionnaire. La liberté a une véritable valeur pastorale en se conjugant avec la pluralité dans l'épanouissement du dialogue.

Par sa dynamique, réalisée dans la recherche de la vérité, elle est donc un moyen fondamental dans la dynamique de la recherche de l'unité.

En affirmant la liberté religieuse, le Concile n'a pas simplement cherché à dissiper les préjugés, il a montré le profond désir de l'"unification pacifique du monde" (111). C'est ce qu'exprima le Cardinal Silva Henriquez : "Notre déclaration n'affaiblit pas le zèle évangélique et l'esprit missionnaire des chrétiens ; mais au contraire, elle les développe en les incitant à agir mieux et plus intensément selon la nature évangélique de la foi. Loin de favoriser le relativisme, elle requiert une plus grande activité apostolique dans un esprit de Vérité et de liberté (112).

La nécessaire recherche de l'unité, qui passe par la reconnaissance de la liberté religieuse, justifie moralement le principe de la tolérance. C'est en vue d'un plus grand bien que la liberté religieuse implique la tolérance d'un mal. Cette espérance du plus grand bien peut paraître ne consister qu'en un optimisme voué à être démenti par les faits. Cependant, une telle démarche confère à la liberté son sens, sa direction, puisqu'elle l'inscrit dans le cadre d'une loi qui la finalise : la liberté religieuse est une notion dynamique.

Avoir la foi, ce n'est pas s'enfermer, selon l'expression de Voltaire, dans la "tranquillité des galériens qui rament en silence" (113). Celui qui a la foi questionne et recherche toujours plus. "Il ne saurait y avoir de liberté d'indifférence" (114). Les galériens sont ceux qui ne posent pas de question, pas même à leur conscience.

(111) Card. Cardjin, 20 sept. 1965, D.C. 1965 col. 1794.
(112) 20 sept. 1965, D.C. 1965, coll. 1779.
(113) Voltaire, dictionnaire philosophique, article "liberté de penser".
(114) Ibid.

Tous ceux qui cherchent, peuvent et doivent travailler ensemble. Ceux qui, "à la lumière de la vérité, portent sur les choses un jugement personnel, agissent avec le sens de leur responsabilité, et aspirent à tout ce qui est vrai et juste". Ils sont "volontiers portés à collaborer avec d'autres" (D.H. 8). C'est pour cela qu'est toujours plus vif, chez les chrétiens, la nécessité des actions oecuméniques. Rappelons que le premier schéma sur la liberté religieuse n'était à son origine que le cinquième chapitre d'un document sur l'oecuménisme préparé par le Secrétariat pour l'Unité.

Lorsque Jean XXIII fit l'annonce du Concile, le 25 janvier 1959, un texte fut distribué à la salle de presse du Vatican. Il y était précisé que le Concile "veut être également une invitation aux communautés séparées pour la recherche de l'unité à laquelle tant d'âmes aspirent aujourd'hui sur toute l'étendue de la Terre". L'oecuménisme fut évidemment l'idée maîtresse de Vatican II qui lui consacra le décret "Unitatis Redintegratio" du 21 novembre 1964. En effet, l'unité spirituelle des hommes ne pourra être atteinte sans qu'il soit précédemment mis fin au "scandale de la division" (115) de l'unique Eglise instituée par le Christ.

L'oecuménisme paraît donc s'imposer à l'Eglise, tant pour le bien de sa vie intérieure que pour son expansion extérieure. Le Concile a cherché à montrer aux hommes une image exemplaire : "Nous sommes devenus un exemple pour toutes les autres religions du monde. Parmi les non-chrétiens, la tolérance est loin de régner partout. Un regard sur le monde, vénérables frères, vous montrera que la haine et la guerre aussi, hélas, existent parmi les enfants de Dieu non-chrétiens. Aujourd'hui comme au temps de l'Eglise primitive, les hommes devraient pouvoir dire de nous : "voyez comme ils s'aiment" (116).

En posant la nécessité de l'amour mutuel et des relations pacifiques, le Concile n'a pas canonisé la pluralité des religions. Il l'a simplement reconnue comme un fait et a permis de définir le régime qui correspond à ce fait : le régime pluraliste. Tant que le plus grand bien de l'unité n'est pas atteint (et s'il ne doit jamais l'être), la liberté religieuse et la tolérance sont absolument nécessaires en tant qu'établissant un moindre mal, un bien relatif qui, au niveau temporel se manifestera par la nécessité du Bien Commun. C'est ainsi que se définit l'"esprit de tolérance bien compris qui", selon l'expression de Jean Paul II, "n'est pas indifférence religieuse mais respect des consciences et respect de la distinction des domaines politique et religieux".

(115) Jean Paul II à Constantinople.
(116) Card. Heenan, 20 sept. 1965, D.C. 1965, col. 1779.

"L'époque où les idées religieuses disparaissent de l'âme des hommes est toujours voisine de la perte de la liberté ; des peuples religieux ont pu être esclaves, aucun peuple incrédule n'a pu être libre".

Benjamin Constant
Du polythéisme romain, 1833.

CHAPITRE II -
PLURALISME ET BIEN COMMUN

Le régime pluraliste ne peut qu'être assuré par une reconnaissance effective de la liberté religieuse. "Le soin de veiller au droit à la liberté religieuse incombe à la fois aux citoyens, aux groupes sociaux, aux pouvoirs civils, à l'Eglise et aux autres communautés religieuses, à chacun selon sa manière et sa mesure propre, en fonction de ses devoirs envers le bien commun" (D.H. 6). Il va de soi que la reconnaissance effective de ce droit est avant tout du domaine des pouvoirs publics. La difficile question du rôle de l'Etat en matière de liberté religieuse se pose alors : c'est à lui de l'assurer, mais lui reconnaître une compétence en ce domaine ne va évidemment pas sans danger.

C'est pourquoi il est nécessaire de considérer que l'activité des Etats est soumise à un jugement moral. L'Eglise a toujours reconnu et respecté le pouvoir étatique. Elle demande que les hommes "sachent obéir à l'autorité légitime" (D.H. 8), mais cela, dans "la soumission à l'ordre moral" (ibid). L'Eglise cherche simplement à définir les conditions d'une "vraie justice" (D.H. 7), traduite par de "justes lois" (D.H. 6).

Pour cela, il est nécessaire d'affirmer que, comme la personne humaine, l'Etat a non seulement des droits, mais aussi des devoirs. Son activité se doit d'être guidée par la nécessaire recherche du bien commun. Le bien commun est le bien de tous recherché par tous (Section I : Le bien de tous). Mais par transitivité, logique et nécessaire, il est le bien de chacun recherché par tous et par chacun. Le bien-être de la communauté n'est pas dissociable du bien-être des personnes (Section II : Le bien de l'homme) (117).

(117) Le bien commun est la conjugaison de trois formes de justice. Celle que le tout doit à ses parties (justice distributive). Celle que les parties se doivent entre elles (justice commutative). Et celle que les parties doivent au tout (justice générale). Ce

SECTION I - LE BIEN DE TOUS

La liberté religieuse, par l'obligation morale qui lui est indissolublement liée de recherche de la vérité, oeuvre pour le bien spirituel des hommes, pour leur bien éternel. Cependant, elle a aussi une finalité temporelle tout aussi importante : elle permet en effet d'assurer "des relations pacifiques et la concorde" (D.H. 15), et ce, pour le bien de tous.

Par sa finalité temporelle, la liberté religieuse relève de la compétence de l'Etat comme de l'Eglise, chargée de l'ordre spirituel. Il apparaît donc nettement qu'il ne saurait y avoir de nette séparation entre les deux ordres.

Comprendre la compétence de l'Etat en matière religieuse passe par la distinction des ordres temporel et spirituel (A). Comprendre ses devoirs objectifs impose la prise en compte d'un ordre supérieur, de l'"ordre absolu des êtres et des fins" (B) (118).

A - L'ORDRE TEMPOREL ET L'ORDRE SPIRITUEL

La distinction du temporel et du spirituel est une donnée fondamentale du Christianisme : "Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu" (119). Ce principe fut historiquement la base d'un désengagement mutuel de l'Eglise et de l'Etat. Paul VI évoqua "la longue histoire des rapports de la "cité de Dieu" et de la "cité des hommes"" pour montrer que "l'évolution s'est faite dans le sens d'une prise de conscience croissante par la "cité temporelle" de son autonomie par rapport à la "cité spirituelle" ; et réciproquement, du désengagement de cette dernière par rapport à la "cité temporelle" (120).

Dans la monarchie franque, religion et société ne faisaient qu'un. La chrétienté médiévale fut marquée par l'alliance intime des deux "cités". Comme avant l'ère chrétienne, la religion n'était que le ciment du lien social. "Puisqu'on avait cru jusqu'à nos jours que la religion est la base de la société civile, ne faisons pas un crime à nos pères d'avoir pensé comme Platon, Aristote, Cicéron, Plutarque, et d'avoir mis sur l'autel et ses ministres le degré le plus éminent de l'ordre social" (121). Cependant, force est de constater que les excès de zèle du bras séculier ont pu nuire à l'Eglise. C'est pourquoi, aujourd'hui, une "délimitation plus nette des compétences et des domaines respectifs ne peut

"bien du tout" est donc très différent de la conception moderne libérale d'"intérêt général". Voir notamment Pacem in Terris (53-59) et Gaudium et Spes (26 parag.1).

(118) Pie XII, radio-message de Noël 1944.

(119) Matthieu, XXII, 21.

(120) Paul VI, aux missions extraordinaires, 7 déc. 1965, D.C. 1966, col. 70.

(121) Chateaubriand, Génie du christianisme, IVe partie, livre VI, chapitre XI.

manquer dans l'estimation de l'Eglise d'être avantageuse à l'un et à l'autre pouvoir" (122). Ce principe établit la nécessité de deux sociétés juridiquement parfaites, les deux puissances ecclésiastique et civile, "celle-là proposée aux choses divines, celle-ci aux choses humaines. Chacune d'elles en son genre est souveraine ; chacune est renfermée dans des limites parfaitement déterminées et tracées en conformité de sa nature et de son but spécial" nous dit Léon XIII. Mais il ajoute : "toutefois, leur autorité s'exerçant sur les mêmes sujets, il peut arriver qu'une seule et même chose ressortisse à la juridiction et au jugement de l'une et de l'autre puissance" (123).

Il ne saurait y avoir une nette dichotomie entre le bien temporel et le bien spirituel des hommes : l'homme participe de la matière comme l'esprit. "Il est donc nécessaire qu'il y ait entre les deux puissances un système de rapports bien ordonné, non sans analogie avec celui qui, dans l'homme, constitue l'union de l'âme et du corps" (124).

Ainsi, il est évident que si les affaires religieuses sont du domaine de la puissance ecclésiastique, chargée des biens éternels, l'incompétence de l'Etat en matière de religion ne saurait être absolue. Chargé du bien commun temporel, il aura à établir un juste régime de la liberté religieuse. Cela "est du devoir essentiel de tout pouvoir civil" (D.H. 6).

En matière religieuse, le premier devoir du pouvoir civil est constitué de l'obligation de non-contrainte : "tous les hommes doivent être soustraits à toute contrainte de la part (...) de quelque pouvoir humain que ce soit" (D.H. 2). Le premier devoir de la puissance civile est donc un devoir d'abstention obtenu par une limitation nécessaire "de l'autorité des pouvoirs publics afin que le champ d'une franche liberté (...) ne soit pas trop circonscrit" (D.H. 1).

Le Concile devait affirmer l'incompétence de l'Etat pour juger en matière religieuse. Cette nécessité était l'objet de l'insistance des évêques des pays de l'Est où l'athéisme d'Etat est source d'une réelle oppression des consciences.

Cependant, la protection de toute liberté publique impose que son exercice soit réglé. Le principe qu'il n'existe pas de réelle liberté sans loi est manifeste en ce qui concerne la société civile.

Droit et devoir étaient liés au niveau du fondement de la liberté religieuse. Ils le sont aussi quant à son exercice. En effet, "c'est dans la société humaine que s'exerce le droit à la liberté religieuse : aussi son usage est-il soumis à certaines règles qui le tempèrent" (D.H. 7). Il est évident que le bien de tous peut exiger

(122) Paul VI, Ecclesiam Suam, n° 81.
(123) Léon XIII, Immortale Dei, 1er nov. 1885.
(124) Ibid.

la limitation de la liberté de quelques uns. Et c'est évidemment à l'Etat que reviendra la compétence de fixer les limites de la liberté religieuse par la fixation d'un cadre juridique approprié.

Le bien commun temporel, finalité de l'Etat, a pour élément fondamental l'ordre public. Or, l'exercice de certaines religions pourra parfois constituer une atteinte à la tranquillité ou à la sécurité des citoyens. Plus encore, il pourra être une atteinte à la liberté religieuse elle-même. "Dans la propagation de la foi et l'introduction des pratiques religieuses, on doit toujours s'abstenir de toute forme d'agissements ayant un relent de coercition, de persuasion malhonnête, ou simplement peu loyale" (D.H. 4). Et lorsque ce principe ne sera pas respecté, c'est l'Etat qui devra intervenir pour prévenir ces pratiques malhonnêtes. Cela est justifié par "l'indispensable maintien de la moralité publique" qui "fait fondamentalement partie du bien commun et entre dans la définition de l'ordre public" (D.H. 7). Nul ne peut, et effet, soutenir que les gouvernements qui cherchent à agir contre la propagation de certaines sectes, les moyens de leurs sectateurs et l'asservissement de leur séides, agissent contre la liberté religieuse. Ils la sauvent (125).

La compétence de l'Etat qui se manifestera par une nécessaire contrainte ne se justifiera que par son utilité. La liberté est l'état normal de l'homme, la contrainte reste exceptionnelle. C'est l'exception qui nécessite une justification, non la liberté qui est le principe. Ainsi les pouvoirs publics doivent-ils "prendre pour norme de sauvegarder la liberté intégrale dans la société, en sorte que le maximum de liberté soit reconnu à l'homme, et que celle-ci ne soit restreinte que lorsque c'est nécessaire et dans la mesure qui s'impose" (D.H. 7).

Pour éviter toute hésitation entre les principes de la compétence et de l'incompétence de l'autorité publique, il faut en revenir à un principe premier : celui de la compétence totale de la personne humaine. Cette compétence des hommes, l'Etat doit non seulement la respecter, mais la favoriser. Ainsi, le bien commun va plus loin que la simple protection de l'ordre public.

En effet, "*protéger et promouvoir* les droits inviolables de l'homme est du devoir essentiel de tout pouvoir civil" (D.H. 6). Cette "responsabilité à l'égard de liberté religieuse" établit à la charge du pouvoir une obligation positive. L'Etat doit promouvoir les droits, mais aussi les devoirs religieux. En effet, il "doit par de justes lois et autres moyens appropriés assumer efficacement la protection de la liberté religieuse de tous les citoyens et *assurer*

(125) Alain Vivien, "Les sectes en France, expressions de la liberté morale ou facteurs de manipulations". Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, fév. 1983.

des conditions favorables au développement de la vie religieuse" - (D.H. 6).

Le bien commun temporel comporte donc aussi une obligation ayant un aspect spirituel. Le temporel ne saurait être limité au matériel. Il comporte ce qui est de ce monde, la vie terrestre des personnes. La religion n'est pas limitée au bien éternel des hommes, elle dirige leur vie sur Terre, elle n'est pas en dehors du temps.

C'est pourquoi le Concile envisage le cas de l'Etat confessionnel. Mais il ne le fait que de façon objective en posant que si "une reconnaissance civile spéciale est accordée dans l'ordre juridique d'une cité à une communauté religieuse donnée, il est nécessaire qu'en même temps le droit à la liberté en matière religieuse soit reconnu et respecté pour tous les citoyens et toutes les communautés religieuses" (D.H. 6).

La Déclaration, refusant l'égalité spirituelle de toutes les croyances, n'en reconnaît pas moins l'égalité civique de tous les citoyens. Par là, "Dignitatis Humanae" complète la nécessaire absence de coercition par une absence de discrimination. C'est bien sûr sous l'impulsion et en considérant le cas des évêques de l'Est que la Déclaration pose que le "pouvoir civil doit veiller à ce que l'égalité juridique des citoyens, qui relève elle-même du bien commun de la société, ne soit jamais lésée, de manière ouverte ou larvée, pour des motifs religieux et qu'entre eux aucune discrimination ne soit faite" (D.H. 6).

En condamnant les atteintes "larvées", le Concile dépasse le simple point de vue juridique : il ne suffit pas que la liberté religieuse soit reconnue dans les textes, il faut une reconnaissance dans les faits.

Il est vrai, comme le constate la Déclaration que la "liberté religieuse est maintenant proclamée dans la plupart des constitutions comme un droit civil et qu'elle est solennellement reconnue par des documents internationaux". Mais il ne saurait s'agir d'une garantie suffisante contre les atteintes dont elle est l'objet. En effet, "il ne manque pas de régimes où, bien que la liberté de culte religieux soit reconnue dans la constitution, les pouvoirs publics eux-mêmes s'efforcent pourtant de détourner les citoyens de professeur la religion et de rendre la vie des communautés religieuses difficile et précaire" (D.H. 15).

Lorsque les atteintes à la liberté religieuse se multiplient, ce n'est pas en rappelant aux Etats leurs obligations constitutionnelles ou leurs engagements pris à l'occasion de traités que l'on peut mettre fin aux abus des pouvoirs. Lorsque Jean Paul II s'est adressé aux signataires de l'acte final d'Helsinki, il ne s'en

est pas tenu au rappel des actes juridiques (126). Il faut nécessairement en revenir à des principes supérieurs.

Si rien ne peut forcer les Etats à suivre leur propre constitution juridique, c'est qu'ils nient leur constitution ontologique. Il n'est pas possible, en effet, de considérer que les pouvoirs publics sont soumis à un ordre juridique dont ils sont créateurs, si l'on ne pose pas que cet ordre juridique doit être l'expression d'un "ordre absolu des êtres et des fins".

B - L'ORDRE ABSOLU DES ETRES ET DES FINS

La société civile existe "pour le bien commun ; elle trouve en lui sa pleine justification et sa signification, et c'est de lui qu'elle tire l'origine de son droit propre" (G.S. 74 parag. 6). Mais alors, il est certain qu'une notion objective du bien commun est nécessaire : le bien commun n'est pas le programme d'un parti. Léon XIII précisait que "sans nul doute, le bien commun (...) est principalement un bien moral" 9
(127) ; il faut donc le comprendre comme répondant à un ordre moral objectif.

"Dignitatis Humanae" expose les caractères d'une telle notion de bien commun en faisant référence à la nécessité de "normes juridiques conformes à l'ordre moral objectif, requises par l'efficace sauvegarde des droits de tous les citoyens et de leur pacifique accord, et par souci adéquat de cette authentique paix publique qui consiste dans une cohabitation harmonieuse sur la base d'une vraie justice ainsi que par l'indispensable moralité publique" (D.H. 7). On peut extraire de ce long paragraphe, peu précis, trois éléments qui figuraient dans une déclaration de Mgr de Smedt, qui fondait les devoirs de l'Etat sur "un triple bien : le bien politique qui est la paix publique, le bien moral qui est le maintien voulu de la moralité publique, le bien juridique qui est la concorde entre les citoyens et l'exercice de leurs droits" (128). Cette formule met en évidence la nécessité d'une notion objective de bien commun qui dépasse le simple aspect juridique de l'ordre public.

Même au niveau de l'ordre public, le juridique ne peut suffire : "une procession à autoriser se réduirait à un phénomène de circulation routière ; le suicide d'un bonze par le feu serait assimilé à un commencement d'incendie" (129). Le bien juridique

(126) Cf. "La liberté religieuse et l'acte final d'Helsinki" ; supplément au n° 3 de la série "Enseignement social de Jean Paul II", Commission pontificale "Iustitia et Pax", Cité du Vatican, 1981.
(127) Léon XIII, encyclique Rerum Novarum.
(128) Cité par Hamer, op. cit., p. 85.
(129) Ph. I. André-Vincent, o.p., op. cit., p. 91.

est indissociable des biens moral et politique. Mais ces notions ne sont à considérer que dans ce qu'elles ont d'objectif.

La moralité publique est la conformité de la société civile avec l'ordre moral universel et absolu. Il ne s'agit pas d'un simple conformisme social. L'ordre moral n'est pas le fait établi. Pourtant, on constate que les phénomènes sociaux, fussent-ils tout à fait contraires à la morale objective, sont de plus en plus consacrés par la loi pour la simple raison qu'ils sont entrés dans les faits. C'eût été pourtant une bonne raison de les réprimer. Le droit ne saurait être la consécration des faits, il devrait être leur juste direction. Le droit doit être l'expression du juste comme la conscience collective devrait être l'expression du bien. Ils relèvent tous deux de la loi morale objective. Des systèmes, tels que celui de Durkeim, qui réduisent la justice à une manifestation de la conscience collective ou des comportements sociaux, sont empreints d'une absurdité dangereuse. Une telle philosophie aboutirait à la négation même de la reconnaissance du droit à la liberté religieuse : elle n'est hélas pas dans les moeurs de tous les peuples !

C'est pour cela que la Déclaration fait référence à la "vraie justice". La liberté religieuse est un élément de la Vérité immuable. Elle est indépendante des fluctuations du consensus populaire et au-dessus de tout pouvoir.

Les auteurs de la Déclaration de 1789 croyaient agir en faveur de la liberté en posant que "la loi est l'expression de la "Volonté Générale". Il n'y a pas de loi juste qui ne soit l'expression d'une vérité objective. Une volonté, même "générale", ne peut se suffire à elle-même. La justice et la vérité ne sont pas l'avis d'une majorité politique. Selon Rousseau, la loi, "expression de la Volonté Générale", ne peut oppresser. C'était l'aspiration des révolutionnaires. Elle tourna court en 1793. Que devient la minorité du système Rousseauiste ? Elle a forcément tort et la volonté du plus grand nombre la délivre de son erreur en lui imposant sa loi ! C'est ainsi que meurent les démocraties. La volonté individuelle ne crée pas la Vérité, la volonté collective ne crée pas la Justice.

Poser une finalité à l'Etat, poser une direction et des limites à sa puissance, ne va pas sans référence à une loi supérieure, à un ordre absolu. S'il n'y a pas de vérité objective ou de vraie justice, rien ne s'impose aux volontés des individus comme à celles des pouvoirs. Selon l'expression de Dostoïevski, "si Dieu n'existe pas, tout est permis". Si l'Etat est soumis à la loi naturelle, expression de la Loi Eternelle, c'est parce qu'il y puise sa source.

Aussi Pie XII affirma-t-il que "la conception qui délie l'autorité civile de toute espèce de dépendance à l'égard de Dieu

est une erreur"... "Elle aboutit normalement à l'absolutisme puis à la ruine de l'autorité" (130). Mais le problème se pose alors de savoir quels seront les effets de cette dépendance.

Léon XII, dans son Encyclique "Immortale Dei", a montré les avantages de la constitution chrétienne des Etats : "Elle produirait certainement des fruits excellents et variés, si seulement chaque pouvoir (*civil et ecclésiastique*) demeurait dans ses attributions et mettait tous ses soins à remplir l'office et la tâche qui lui ont été déterminés". Ces "fruits excellents", l'Eglise ne fait que les rechercher lorsqu'elle adresse les enseignements du christianisme aux gouvernants, ou lorsqu'elle donne mission aux chrétiens d'"inscrire la loi divine dans la cité terrestre" (131). "Dignitatis Humanae" répond à ces démarches.

Cependant, certains Pères du Concile auraient désiré que l'on insiste davantage sur cette dépendance de l'Etat envers la Vérité : "les autorités publiques ont en effet l'obligation de rendre à Dieu le culte qui lui est dû ; et elles ont la charge de favoriser la religion" (132). Il eût sans doute fallu plus qu'une simple déclaration pour traiter de l'Etat confessionnel. De plus, ce n'était pas l'objet direct de la Déclaration qui n'envisage les devoirs de l'Etat envers Dieu qu'au travers des devoirs de l'Etat envers l'homme. C'est "faire injure à la personne humaine et à l'ordre même établi par Dieu pour les êtres humains que de refuser à l'homme le libre exercice de la religion" (D.H. 3).

La Déclaration rappelle toutefois qu'"il n'y a point d'autorité qui ne vienne de Dieu" et réitère l'enseignement de l'Apôtre qui demande "que chacun se soumette aux autorités en charge... Celui qui résiste à l'autorité se rebelle contre l'ordre établi par Dieu".

La logique profonde de l'enseignement de l'Eglise apparaît ici : les devoirs et les droits des Etats puisent leur source de cette même loi qui fonde ceux des hommes : "le bien commun est régi dans sa vérité fondamentale par la loi éternelle" (133). Cet enseignement était celui du magistère de Pie XII ; "l'ordre absolu des êtres et des fins établi par Dieu" est "fondement dernier et règle directrice de tout pouvoir civil". "Cet ordre absolu des êtres et des fins montre dans l'homme une personne autonome, c'est-à-dire un sujet de devoir et de droits inviolables d'où dérive et où tend toute sa vie sociale". "La personne et le pouvoir public avec leurs droits respectifs se trouvent tellement unis entre eux qu'ils se soutiennent ou s'écroulent ensemble" (134).

(130) Pie XII, Summi Pontificatus.
(131) Gaudium et Spes, 43, parag. 2.
(132) Card. Ruffini, cité par Ph. I. André-Vincent, o.p., op. cit., p. 88.
(133) Gaudium et Spes, 78, parag. 1.
(134) Radio-message de Noël 1944.

SECTION II - LE BIEN DE LA PERSONNE

Le sens chrétien du bien commun ne dissocie pas le bien du corps social du bien de ses membres. En effet, le bien commun consiste "au premier chef dans la sauvegarde des droits et des devoirs de la personne humaine" (D.H. 6). On retrouve ici encore l'enseignement de Pie XII affirmant que ces droits "sont tellement inviolables que, contre eux, aucune raison d'Etat, aucun prétexte de bien commun ne saurait prévaloir. Ils sont protégés par une barrière infranchissable. En deçà, le bien commun peut légiférer à sa guise. Au-delà non, il ne peut toucher à ces droits car ils sont ce qu'il y a de plus précieux dans le bien commun" (135).

Le bien commun consiste tout d'abord dans le respect des droits de la personne, mais aussi, de façon positive, dans la recherche de leur bien-être obtenu dans l'établissement "des conditions de vie sociale permettant à l'homme de parvenir plus pleinement et plus aisément à sa propre perfection" (D.H. 6). Cette "perfection" que l'homme recherche, aidé par la société toute entière, est un bien total : il concerne la personne dans la totalité de sa nature.

Le bien commun, finalité du pouvoir temporel, ne se limite donc pas aux seuls biens matériels. Il "ne trouve pas sa loi primordiale dans la prospérité matérielle de la société mais bien plutôt dans le développement harmonieux et dans la perfection naturelle de l'homme à qui le créateur a destiné la société en tant que moyen" (136).

Si le pouvoir civil se doit "d'assumer efficacement la protection de la liberté religieuse" (D.H. 6), c'est que, "le bien commun concernant l'homme tout entier avec tous ses besoins, tant spirituels que matériels,... les moyens mis en oeuvre ne peuvent faire obstacle au salut éternel des hommes, bien plus, ils doivent y aider positivement" (137).

En effet, "la souveraineté civile a été voulue par le Créateur pour qu'elle rendît plus aisée à la personne humaine, dans l'ordre temporel, l'obtention de la perfection physique, intellectuelle et morale ; et qu'elle l'aidât à atteindre sa fin surnaturelle" (138).

Le bien commun a donc en son centre la personne, c'est-à-dire "l'homme tout entier". La doctrine de l'Eglise part d'une anthropologie intégrale qui prend en considération la dimension

(135) Pie XII, discours du 25 sept. 1949.
(136) Pie XII, 20 oct. 1939.
(137) Jean XXIII, Pacem in Terris, n° 55.
(138) Pie XII, ibidem.

religieuse de l'homme, "sa fin surnaturelle", ainsi que sa dimension sociale. Sans cette double considération, la liberté religieuse sera mise en péril.

Le sujet de la liberté religieuse n'est pas l'homme individuel, seul et absolu maître de soi ou seul et emporté dans la masse collective.

La personne est reliée dans sa dimension spirituelle à son Créateur, et le risque est grand de voir la liberté religieuse, pourtant proclamée, réduite à néant par un mépris simultané de la religion (A : La dimension religieuse de la personne). Par sa dimension sociale, la personne est reliée à l'Autre, dans l'espace et dans le temps. Dès lors, pourra-t-on parler de liberté religieuse, si la religion est évincée de la vie sociale ? (B : La dimension sociale de la personne).

A - La dimension religieuse de la personne

L'homme seul adore, l'homme seul contemple. Ce qui fait la nature de la personne humaine, "ce qui est l'apanage de l'esprit humain" (139), c'est la conscience de valeurs surnaturelles, le sens du sacré. C'est la faculté d'humilité qui fait la grandeur de l'homme. La conscience de valeurs transcendantales le rend transcendant lui-même. La nature humaine est surnaturelle.

Dès lors, la liberté religieuse prend sa réelle dimension. C'est parce que la religion est ordination de la personne à Dieu que le droit à la liberté religieuse est une exigence absolue de la nature humaine, de sa dignité. L'homme digne est celui qui sait être humble. Il n'y a pas d'acte humain plus grand ni plus beau que l'acte de piété. Rien n'est grand chez l'homme qui n'est mû par la foi.

C'est pourquoi l'Eglise place la liberté religieuse à sa juste place en la considérant comme le premier des droits de la personne (140). Lorsque la liberté religieuse n'est pas respectée, la dignité humaine subsiste ainsi que la relation ontologique à Dieu et les droits fondamentaux, mais ceux-ci sont obscurcis et dépourvus du réel fondement qu'ils tenaient de leur caractère divin qui en faisait des "*droits sacrés* de la personne" (D.H. 6). C'est par une éviction de la dimension divine de la personne humaine que la liberté religieuse sera mise en péril, et avec elle, les autres droits fondamentaux.

La liberté religieuse n'existera que si le pouvoir reconnaît que l'homme relève d'une Loi supérieure à la sienne. Créon refuse de considérer qu'Antigone est soumise à cette loi sacrée,

(139) D.H. 1.
(140) Cf. discours de Paul VI à l'O.N.U., parag. 6 et 7, D.C. 1965, col. 1729.

seule compte la loi de Thèbes. En méprisant le voeu d'Antigone, Créon la diminue dans son être et dans sa dignité. Le voeu d'Antigone, c'est celui du chrétien puisqu'"il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes" (141).

C'est pourquoi le Concile affirme que "par nature, les actes religieux par lesquels, en privé ou publiquement, l'homme s'ordonne à Dieu en vertu d'une décision personnelle, transcendent l'ordre terrestre et temporel des choses" (D.H. 3).

Il ne s'agit évidemment pas de considérer que les pouvoirs publics doivent donner une dimension religieuse à leurs activités ou les soumettre aux croyances des personnes qu'ils prétendent servir. Mais ils doivent participer à la Vérité, simplement en constatant qu'elle est nécessaire aux hommes et donc qu'elle transcende toute autorité humaine. Le Christ a dit : "Mon Royaume n'est pas de ce Monde" (142). La prise en compte de la dimension religieuse fondamentale de la personne fera participer le bien commun au Souverain Bien.

C'est seulement dans ces conditions que la liberté religieuse proclamée pourra être effective.

En effet, la liberté religieuse n'est impérative qu'en raison de l'impératif religieux lui-même. "Si donc les hommes en se prévalant de leur liberté personnelle niaient toute dépendance à l'égard de l'autorité supérieure, ils saperaient par le fait même le fondement de leur propre dignité et liberté, c'est-à-dire l'ordre absolu des êtres et des fins" (143). Il n'est pas excessif de dire que la perte de tout sens du sacré conduit l'homme à la perte de sa propre identité (144).

Les atteintes à la liberté religieuse se feront donc partout où est niée l'existence d'une vérité objective. En effet, celui qui croit reconnaît l'absolue nécessité pour l'homme de s'ordonner à son Créateur et il sera, de ce seul fait, plus que l'athée, enclin à reconnaître la liberté des autres. La liberté religieuse dans le monde est mise à mal par l'idéologie individualiste totalitaire et par le totalitarisme athée qui, tous deux, voudraient libérer l'homme de ses croyances qui lui viennent de l'extérieur.

L'indifférentisme est un grand péril pour la liberté en matière de religion. D'autant plus que ses attaques sont douces. La raison qui se veut autonome et absolue, indifférente envers ce qui la dépasse, finira par nier toute vérité objective qui prétend s'imposer à elle. Le rationalisme exacerbé érige en Dieu l'homme qui se suffit à lui-même. Paul VI, dans son discours de clôture du

(141) Actes V, 29.
(142) Jean, VIII, 36.
(143) Pie XII, Noël 1944.
(144) Et la laïcisation universalisée du monde peut apparaître comme une déshumanisation des peuples. C'est ce qui ressort notamment de l'enseignement de Jean Paul II.

Concile a montré en quoi "l'humanisme laïque et profane est apparu dans sa terrible stature et a en un certain sens défié le Concile", "la religion du Dieu qui s'est fait homme s'est rencontrée avec la religion de l'homme qui s'est fait Dieu" (145).

C'est en pensant se rendre *libre* que l'homme refuse la religion. "De nos jours l'homme est exposé à toutes sortes de pressions et court le danger d'être frustré de son libre jugement personnel. Mais nombreux sont, d'autre part, ceux qui semblent portés, *sous prétexte de liberté*, à rejeter toute sujétion et à faire peu de cas de l'indispensable obéissance" (D.H. 8).

S'il est absolu, l'homme n'a plus besoin d'absolu. Mais alors la liberté religieuse ne sera plus exigée par le même impératif fondamental et sacré. Comme la foi, elle n'apparaîtra que comme quelque chose de surajouté. Elle n'a de valeur que pour ce qui reste de religion chez les esprits faibles et disparaîtra avec leur aveuglement. Il n'y a pas de véritable liberté religieuse si l'idée même de religion est méprisée. La liberté est conservée comme établissant la paix sociale, non comme établissant une dynamique de recherche de la Vérité.

Il est des totalitarismes qui vont jusqu'à affirmer ouvertement leur mépris de la foi. "Il ne manque pas de régimes où, bien que la liberté de culte religieux soit reconnue dans la Constitution, les pouvoirs publics eux-mêmes s'efforcent pourtant de détourner les citoyens de professer la religion" (D.H. 15).

Le matérialisme totalitaire qui trouve son expression dans l'appareil des Etats communistes prétend reconnaître la liberté religieuse, mais "par une sorte de confessionalisme en négatif, il se proclame athée et, tout en déclarant respecter dans un certain cadre les croyances individuelles, il prend parti contre la foi d'une partie de ses citoyens" (146).

En U.R.S.S., la propagande anti-religieuse est encouragée par la Constitution elle-même.

Le totalitarisme marxiste a la religion pour ennemie puisqu'elle prend appui sur une vérité qui transcende l'Etat. Si tout détenteur du pouvoir est porté à en abuser, le totalitarisme est plus qu'une tentation pour le régime marxiste. Il est la forme avouée de la société. Rien n'existe en dehors de l'Etat et tout est mis sous la tutelle inévitable du parti. Aussi le régime communiste est-il en guerre contre la religion. Elle n'est que le fossile d'une superstructure bourgeoise : l'opium avec lequel les nantis rendaient la misère supportable aux misérables. La religion

(145) Paul VI, discours de clôture du 7 déc. 1965. D.C. 1966, col. 63.
(146) Paul VI, allocution au corps diplomatique, (14 janv. 1978, A.A.S., 1978, p. 170).

est suspecte. Etablissant la paix sociale, elle est un frein à la lutte des classes : la dialectique matérialiste réduit la religion à une contingence historique vouée à la disparition.

Puisque seule compte la marche vers le communisme, "la notion de liberté tire son contenu, non pas de la nature de la personne, mais de son utilité pour atteindre les fins révolutionnaires" (147). Ce "pseudo-idéal" que le parti fait miroiter (en le repoussant sans cesse dans le temps), conduit au mépris de la religion et donc de l'homme. Le communisme vise un bien collectif, pour cela il ampute l'homme de la transcendance qui fait sa dignité. "On ne reconnaît à l'individu, en face de la collectivité, aucun des droits naturels à la personne humaine ; celle-ci dans le communisme n'est plus qu'un rouage du système... tout ce qui existe de soi-disant autorité et subordination entre les hommes dérive de la collectivité comme de sa source première et unique" (148).

La lutte contre la religion se donne des moyens non violents, elle compte sur la seule dynamique du diamat. Telle était la politique de Lénine : "la religion sera minée dans l'esprit de l'ouvrier par la pratique de la dialectique matérialiste, bien plus sûrement que par un endoctrinement théorique : la lutte des classes dans les conditions de la société capitaliste moderne amènera les ouvriers chrétiens au socialisme cent fois mieux qu'un sermon athée tout court" (149).

Le communisme est "intrinsèquement pervers" (150). C'est "agir contre la volonté de Dieu et les droits sacrés de la personne"... que de tenter de "détruire la religion ou lui faire obstacle" (D.H. 6). L'athéisme marxiste est militant et organisé. En réalité le marxisme s'est fait lui-même religion, mais religion exclusive et tyrannique. Il est la foi en une prétendue marche inéluctable de l'histoire, la foi en la dialectique matérialiste. C'est sur l'autel de la matière que Dieu est sacrifié, et avec lui, les droits de la personne.

Pour cela, le matérialisme athée rejoint le rationalisme individualiste. La religion n'est pas une ordination à la Vérité Suprême qui est le fruit d'une obligation, elle est rabaissée au rang d'une opinion individuelle qui n'est que le fruit d'une volonté humaine. La religion n'est plus une relation de la personne à Dieu, elle est une idée de l'homme pour lui-même. Elle n'est plus une "dimension constitutive de son être" (151), mais seulement une façon d'être, un *mode de vie*. L'atteinte à la

(147) Intervention du Cardinal Wyszinski, D.C. 1965, col. 1786.
(148) Pie XI, encyclique "Divini redemptoris" sur le communisme athée.
(149) Lénine "de la religion", Ed. Communiste, Paris, 1933, p. 18.
(150) Divini redemptoris.
(151) Jean Paul II, discours à Puebla, 28 janv. 1979, D.C. 1979, p. 164.

liberté religieuse amorcée par ce mépris de la religion sera plus totale encore, lorsqu'en méprisant la dimension sociale de la personne, la foi ne sera plus considérée que comme un simple *mode de pensée* qui ne doit trouver aucune expression dans la vie sociale.

B - LA DIMENSION SOCIALE DE LA PERSONNE

L'homme est un animal social, "c'est dans la société humaine que s'exerce le droit à la liberté en matière religieuse" (D.H. 7) et la Déclaration "Dignitatis Humanae" prend en considération "la nature sociale tant de l'homme que de la religion" (D.H. 4).

En effet, "l'aspect social de la nature de l'homme est une part constitutive de sa dignité" (152).

Aucune vérité ne trouve dans la pensée de l'homme individuel sa source unique. Toute vérité part d'un donné. Toute connaissance vient d'un reçu. Dès lors, une connaissance ne se loge dans un individu que pour rejaillir sur les autres. Toute vérité aura forcément tendance à se traduire en expression dirigée vers les autres, par les mots, ou en actes visibles par les autres, par l'exemple.

Ce qui est vrai de toute vérité l'est encore plus en matière religieuse. C'est pourquoi "Dignitatis Humanae" pose clairement que "la nature sociale de l'homme requiert elle-même qu'il exprime extérieurement ses actes intérieurs de religion, qu'en matière religieuse il ait des échanges avec d'autres, qu'il professe sa religion sous une forme communautaire" (D.H. 3).

C'est à ce principe évident que s'attaqueront la tyrannie des idéologies ou des pouvoirs.

Pour détruire la religion, il suffit d'isoler les hommes. Par une terrible imposture puisque c'est au nom de la liberté que ce fera cet isolement. Pour respecter la liberté des autres, les hommes ne doivent plus oser parler de Dieu à voix haute. Toute idée religieuse doit être écartée systématiquement de la pensée qui s'exprime. La religion est enfermée dans les murs de la vie privée. Au nom de la liberté religieuse, on prive la religion de ses moyens comme de sa fin. Elle ne peut se transmettre ni même se montrer. La liberté joue à plein contre la religion.

Le principe de base du régime communiste, c'est la collectivité. Le communisme réunit les hommes. Pourtant, il les isole et rejoint le plus pur individualisme : la collectivité dont il s'agit n'est pas une communauté naturelle : elle est déshumanisée

(152) Mgr Sauvage : D.C. octobre 1965, col. 1776.

puisqu'elle est à elle-même sa fin. Pour emporter les individus dans sa mouvance, elle commence par les rendre muets.

C'est pourquoi la liberté de propagande anti-religieuse n'a pas de contrepartie. La religion est privée de tout moyen de rayonnement.

"Il est interdit aux associations religieuses d'aider matériellement leurs membres, d'organiser des réunions de prière ou de toute autre nature pour les enfants, des bibliothèques ou de salles de lecture et de donner des soins aux malades. Seuls les livres liturgiques sont autorisés dans les églises" (153).

Les attaques au droit d'expression en matière religieuse sont couplées avec les attaques dirigées contre les groupements religieux. Et l'oppression de la religion qui se voulait non-violente envers les fidèles ne put aller sans violence contre l'Eglise. Après la Révolution, les prêtres et les évêques d'U.R.S.S. sont déclarés "ennemis du peuple". Sur 163 évêques, 107 furent fusillés, les autres exilés.

L'Eglise est totalement dépossédée de ses biens, tant des lieux de culte que de ses moyens d'expression. L'Eglise est écartée du monde. Elle est l'"Eglise du silence". Les évêques venus du monde soviétique pouvaient témoigner au concile au nom de leur expérience. Ce fut le cas de l'intervention de Mgr Hnilika de Tchécoslovaquie, qui avait vécu en camp de concentration avec 700 prêtres et religieuses (154). Mais l'absence de certains Pères retenus derrière le rideau de fer témoignait avec plus de force encore la vigueur de l'oppression (155).

L'isolement de l'Eglise se fait également à l'intérieur de l'Etat. La Constitution dispose que l'Eglise est séparée de l'Etat et de l'école. La loi fondamentale ne reconnaît que l'éducation communiste. En réalité, tout enseignement religieux est prohibé et la formation de prêtres rendue très difficile par la fermeture des séminaires. L'isolement de l'Eglise, c'est l'isolement des fidèles. C'est pourquoi "Dignitatis Humanae" considère que "dans la nature sociale de l'homme, ainsi que dans le caractère même de la religion se trouve le fondement du droit qu'ont les hommes, unis par leur sentiment religieux, de tenir librement des réunions ou de constituer des associations éducatives, culturelles, caritatives et sociales" (D.H. 4).

La religion passe par la communion des fidèles. Pourtant, c'est "pour préserver la liberté de conscience" qu'on les isole. Ce

(153) Nikita Struve "Les chrétiens en U.R.S.S.", Ed. du Seuil, Paris, 1963, p. 371 à 382.

(154) Intervention du 28 sept. 1965, D.C. 65, col. 1886.

(155) Le Pape, à plusieurs reprises, avait déploré ces absences. La Déclaration dispose que "les groupes religieux ont le droit... de communiquer avec les autorités ou communautés religieuses résidant dans d'autres parties du monde...".

même principe fut à l'origine des législations "libérales" en Occident. Ici encore, le marxisme a rejoint l'individualisme rationaliste le plus pur.

Pour la doctrine catholique la liberté religieuse a sa réelle valeur en ce qu'elle est un moyen de rechercher la vérité par l'échange qu'elle favorise.

La vérité ne peut en effet se trouver qu'"avec l'aide du magistère, c'est-à-dire de l'enseignement, de l'échange et du dialogue" (D.H. 3).

En posant la nécessité d'être aidé, la Déclaration se montre tout à fait opposée au personnalisme rationaliste. Il n'y a pas d'autodidacte en matière religieuse. L'individualisme refuse la Tradition : débarrassé de ses père et mère, l'homme échafaude sa vérité sur la table rase de son moi.

Pour le catholique, la Tradition n'étouffe pas l'individu, elle est ce qui l'enracine dans la multitude des générations. En matière religieuse, elle est la vérité qui se perpétue.

La dimension sociale de la personne implique la transmission du savoir dans l'espace par le dialogue, mais surtout dans le temps, par l'enseignement et la conservation.

Si le droit à la liberté religieuse doit être considéré comme étant le droit à la recherche de la Vérité, il est aussi évidemment le droit "d'être aidé dans cette recherche" (156).

Sans l'enseignement, il n'y a pas de liberté religieuse car il n'y a plus de religion. Ainsi la reconnaissance du droit à l'enseignement de la religion ne devrait poser aucune difficulté, pas plus que le droit des groupes religieux d'"aider leurs membres dans la pratique de leur vie religieuse et les sustenter par un enseignement" (D.H. 4) (157). Mais, si l'enseignement de la religion ne pose aucun problème, la question de la place de la religion dans l'enseignement est plus délicate.

Pour le libéralisme exacerbé, toutes les religions étant également bonnes (ou mauvaises), la liberté religieuse, c'est de n'avoir aucune religion reçue. Ainsi, toute croyance religieuse doit être évacuée d'une enseignement général.

Il y a là un danger évident et la question du laïcisme scolaire suscite dans les pays "libéraux" des passions et des emportements chroniques.

Il est évident que l'Etat a un rôle à jouer dans l'éducation. Et, dans un souci de liberté religieuse, la règle sera sans doute celle d'un enseignement neutre au plan confessionnel. Tant la paix

(156) Mgr Morcillo, D.C. 1965, col. 1769.
(157) Pourtant "ce droit est violé par de nombreux Etats au point que donner, faire donner la cathéchèse ou la recevoir devient un délit passible de sanction", Jean Paul II, Exhoration apostolique "Cathechesi tradendae", 16 oct. 1979, n° 14.

sociale que la liberté semblent ne pouvoir être assurés qu'au prix de la neutralité.

Mais la neutralité est ennemie de la Vérité. La Vérité n'est pas neutre. La religion est une prise de position. Le neutralité entraînera forcément le relativisme et partant, l'incrédulité. Combien d'enfants ont perdu la foi à l'école laïque ? Pourront-ils croire les enfants des maternelles où l'on montre le Père Noël, mais d'où le nom de Jésus est banni ? La neutralité est un leurre car ses effets ne sont pas neutres. Le laïcisme absolu, c'est l'incrédulité érigée en croyance.

Il est certain que l'existence d'un enseignement neutre est absolument nécessaire. Mais il est nécessaire qu'il ne soit pas absolu, encore moins tyrannique. La laïcisation programmée ne pourra conduire qu'à l'apostasie des masses. Ce n'est pas cela la liberté religieuse. Le pluralisme n'est pas le nivellement.

Le relativisme philosophique tendra à considérer toute référence à la religion comme un obstacle au "libre" épanouissement de l'enfant. Le pluralisme religieux dans l'école aboutit à nier la religion. Ce n'est pas cela l'"école libre". Le sain pluralisme ne se réalisera pas d*ans* l'école, mais dans la pluralité d*es* écoles : ainsi se comprend la saine laïcité.

C'est pourquoi le Concile n'a pas hésité dans sa Déclaration Gravissimum Educationis (sur l'éducation chrétienne) à qualifier n'importe quel monopole scolaire d'"opposé aux droits innés de la personne humaine, au progrès et à la diffusion de la culture elle-même, à la concorde entre les citoyens, enfin au pluralisme qui est aujourd'hui la règle dans un grand nombre de sociétés" (158).

Le laïcisme absolu prétend parfois rendre les enfants à la Nation. Les enfants n'appartiennent à personne, comme l'enseigne Pie XI dans l'encyclique "Divini Illius Magistri". Mais alors c'est aux parents que revient principalement le droit de les éduquer. C'est à eux qui revient ce droit, car c'est pour eux un devoir. Et le Concile a insisté sur le rôle éducatif des parents qui "est d'une telle importance que, en cas de défaillance de leur part, il peut difficilement être suppléé" (159).

Si l'homme a une dimension sociale, la famille est "l'élément naturel et fondamental de la société" (160). Dès lors, la liberté religieuse de l'enfant est la "liberté religieuse de la famille" (D.H. 5). La famille est le premier lieu de l'éducation. C'est pourquoi la Déclaration la considère "en tant que société jouissant d'un droit propre et primordial" qui passe nécessairement par

(158) Gravissimum Educationis, 6.
(159) Gravissimum Educationis, 3.
(160) Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU du 10 déc. 1948, art. 16-3.

celui des parents de "décider... de la formation religieuse à donner à leurs enfants". Il est certain que ce droit, reconnu par la Déclaration Universelle des droits de l'homme (161) est sérieusement mis à mal si l'enseignement donné par la famille ne peut trouver son écho à l'école. C'est pourquoi "Dignitatis Humanae" reprend "Gravissimum Educationis" : "les droits des parents se trouvent violés lorsque les enfants sont contraints de fréquenter des cours scolaires ne répondant pas à la conviction religieuse des parents ou quand est imposée une forme unique d'éducation d'où toute formation religieuse est exclue" (D.H. 15). Le droit des enfants et des parents implique celui de l'Eglise qui a pour fonction "de veiller à l'éducation de ses fils, les fidèles, en quelque institution que ce soit, publique ou privée" (162).

Ainsi, l'Eglise refuse de séparer les différents aspects de l'apprentissage des hommes et de la transmission du savoir : "le but que poursuit la véritable éducation est de former la personne humaine dans la perspective de sa fin la plus haute et du bien des groupes dont l'homme est membre et au service duquel s'exercera son activité d'adulte" (163).

La reconnaissance d'écoles confessionnelles sera donc nécessaire au droit à la religion de l'enfant comme à son droit à l'éducation. La liberté de conscience doit, pour le bien de l'enfant, se rencontrer avec la liberté de l'enseignement. Il pourra "connaître et aimer Dieu" en embrassant le vrai "dans une adhésion personnelle" (164). La foi qui s'exprime à la maison ne sera pas contredite à l'école. Elle sera renforcée. Et le voeu du Christ réalisé : "laissez venir à moi les petits enfants" (165).

La religion pourra prendre sa réelle dimension : elle est plus qu'un mode de pensée, elle établit pour le croyant le sens du tout de la vie.

Un tel système, loin de créer un cloisonnement culturel entre les personnes de différentes confessions permettra au contraire que mûrisse la foi de chacun afin que par le dialogue puisse être atteinte une réelle paix sociale et une véritable unité. L'unité n'est pas l'uniformité dans la médiocrité, elle se réalise dans la dynamique du dialogue et de l'échange : la vraie liberté religieuse, c'est la vitalité de la foi.

C'est pourquoi, comme le remarque Sa Sainteté Jean Paul II, "les chrétiens d'aujourd'hui doivent être formés à vivre dans un monde qui largement ignore Dieu ou qui, en matière religieuse, au lieu d'un dialogue exigeant et fraternel stimulant

(161) "Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants", art. 26-3.
(162) Pie XI, "Divini Illius Magriti", 31 déc. 1929.
(163) Gravissimum Educationis, n° 1.
(164) Ibid.
(165) Marc, X, 14.

pour tous, s'enlise trop souvent dans un indifférentisme niveleur, quand il n'en reste pas à une attitude méprisante de "soupçon" au nom de ses progrès en matière d'"explications" scientifiques. Pour "tenir" dans ce monde, pour offrir à tous un "dialogue de salut" (166) où chacun se sente respecté dans sa dignité vraiment fondamentale", il faut que les fidèles apprennent "à affirmer sereinement leur identité chrétienne et catholique..., et à adhérer tellement à l'absolu de Dieu qu'ils puissent en témoigner dans une civilisation matérialiste qui le nie" (167).

(166) Paul VI, Ecclesiam Suam, IIIe partie.
(167) Jean Paul II, Exhortation apostolique "Cathechesi tradendae", 16 oct. 1979, n° 57.

CONCLUSION

En cette fin de XXe siècle, il est un fait historique d'une ampleur sans doute jamais connue : de manière ouverte ou larvée, mais toujours croissante, le monde tend à nier Dieu. C'est cela le contexte de Vatican II. Ce fait fut un motif capital de la convocation du Concile, il devait marquer son attitude.

Face à l'incrédulité totalitaire des laïcistes ou au totalitarisme athée des marxistes, l'Eglise est défenderesse. Elle défend la personne contre l'absolutisme de l'Etat servi par l'absolutisme de l'individu. L'Eglise proclame le principe de la tolérance pour tous les hommes. Elle le réclame pour ses fidèles, comme aux premiers temps de l'ère chrétienne. Lorsque l'on cherche à faire descendre la foi dans les catacombes de la vie privée, l'Eglise continue à suivre l'injonction de l'apôtre Paul : "Proclame la parole, insiste à temps et à contre-temps, (...), exhorte avec une patience inlassable et le souci d'instruire" (168).

Aujourd'hui, les textes juridiques fleurissent qui prétendent garantir les libertés. Même lorsque la liberté religieuse semble effectivement assurée, on la prive de sa vraie finalité qui est le développement de la vie religieuse. La liberté ne sera reconnue par la *lex humana* que parce qu'elle établit la *temporalis tranquillitas civitatis*, mais on négligera qu'elle est un impératif de *lex divina* qui conduit à la *beatitudo aeterna* (169). On cherche la paix sociale, mais on méprise la religion. C'est pourquoi, malgré certains signes favorables qu'offre notre temps, l'Eglise n'a pas, aujourd'hui, la faveur du monde.

Mais, même à "contre-temps", l'Eglise doit insister. Et elle le fait. Mais alors dans un tel contexte, son enseignement se fait dialogue.

Ce fut la démarche du Concile qui sonda les aspirations réelles des hommes. C'est le point de départ de la Déclaration "Dignitatis Humanae" qui constate que la "possibilité d'agir en vertu de ses propres options" est, "en notre temps, l'objet d'une conscience toujours plus vive".

---

(168) II Timothée, IV, 2.

(169) C'est ainsi que Saint Thomas d'Aquin établissait la distinction entre le droit et la morale (Somme Théologique, Ia IIae, q. 98 art. 1 Resp.). Distinction mais non dichotomie : la liberté religieuse se situe à leur rencontre.

La Déclaration sur la liberté religieuse part du point de vue universellement ressenti, mais elle le dépasse. Elle fait sienne les justes aspirations du monde en les éclairant de son enseignement propre, mais rejette les formulations abusives des philosophies en vogue.

Le dialogue est recherche de clarté et de vérité, non d'un "compromis ambigu". Paul VI, dans son encyclique "Ecclesiam Suam" a clairement mis en garde contre toute tentation de "conformisme à la mentalité du monde" et contre le "danger comme de vertige, d'étourdissement, d'égarement qui peut secouer la solidité même de l'Eglise". C'est ainsi qu'il a pu condamner le "modernisme" comme un "phénomène d'oppression" de "la pure doctrine du Christ" (170).

Le jour de sa mort, Jean Paul Ier a déclaré : "Parmi les droits des fidèles, l'un des plus grands est le droit de recevoir la parole de Dieu dans son intégralité et dans sa pureté..." (171). La reconnaissance de la liberté religieuse impose à l'Eglise la proclamation de la pure vérité. Et c'est bien ce qu'ont fait les rédacteurs de "Dignitatis Humanae".

L'affirmation de l'unique vérité, "loin d'être un attentat à la liberté religieuse, est un hommage à cette liberté à laquelle est offert le choix d'une voie que même les non-croyants estiment noble et exaltante... Cette façon respectueuse de proposer le Christ et Son Royaume (...) est un devoir de l'évangélisateur. Et c'est aussi un droit des hommes, ses frères, de recevoir de lui l'annonce de la Bonne Nouvelle du Salut" (172).

En offrant une voie qui ne s'impose que par la force de la Vérité, l'Eglise oeuvre totalement pour la liberté. Et l'on peut citer Saint-Exupéry : "plus je trace de routes, plus tu es libre de choisir. Or chaque route est une contrainte car je l'ai flanquée d'une barrière. Mais qu'appelles-tu liberté s'il n'est point de routes entre lesquelles il te soit possible de choisir ? Appelles-tu liberté le droit d'errer dans le vide ? En même temps qu'est fondée la contrainte, c'est ta liberté qui s'augmente" (173).

La voie que propose l'Eglise est celle où elle se situe : elle rejette l'indifférentisme (liberté d'"errer dans le vide"), et, dès lors, le dialogue qu'elle engage ne saurait consister en un abandon de son autorité.

Ce qui fait que "Dignitatis Humanae" est "d'une grande portée" c'est qu'elle est une "déclaration *autorisée*" (174). Il est

(170) Ecclesiam Suam, parag. 91.
(171) Jean Paul Ier, 28 sept. 1978, cité par Jean Paul II, allocution aux théologiciens et aux éducateurs, Université Catholique de Washington, 7 oct. 1979, O.R. édition française, 1979/43, p. 43.
(172) Paul VI, Evangeli nuntiandi, parag. 80.
(173) Antoine de Saint-Exupéry, Citadelle LXXXIII.
(174) Paul VI, A.A.S., 1964, p. 389.

certain que la valeur de l'enseignement de l'Eglise vient de son autorité qui n'est pas celle d'un "club de réflexion" mais qui lui vient de son Maître qu'elle imite : "l'on était vivement frappé de son enseignement car il parlait avec autorité" (Luc IV, 31) ; "Il enseignait comme ayant autorité et non comme les scribes" (Matthieu, VII, 29 ; Marc, I, 22).

Le Concile n'a pas quitté cette voie, et s'il a adopté la démarche du dialogue, il n'a pas renoncé à l'autorité que l'Eglise tient du Christ. Comme nous avons tenté de le montrer, le Concile s'est inscrit dans la Tradition. Ses enseignements ne sont pas détachés du magistère constant des pontifes romains. Au Concile, les successeurs des apôtres ont participé à l'oeuvre des successeurs de Pierre.

En matière de droits de la personne, la doctrine du Saint-Siège reçut sa fondation doctrinale du magistère de Pie XII : L'enseignement du *Pastor Angelicus* est imprégné de la science du droit et du sens du juste (175).

Jean Paul II, plus écouté des non-chrétiens que des déchristianisés, poursuit le dialogue. Le Pape polonais connaît le poids des oppressions. Il oeuvre pour les droits de l'homme. Pie XII a dit la vérité sur le droit, Jean Paul II proclame la "vérité sur l'homme" (176). En plaçant l'homme au centre de son magistère, le Saint Père se place dans la voie tracée par Vatican II qui "a considéré (...) l'éternel double visage de l'homme, sa misère et sa grandeur, son mal profond, de soi inguérissable, et ce qu'il garde de bien, toujours marqué de beauté cachée et de souveraineté invincible". Les Pères du Concile ont cherché à mettre en lumière cet "aspect heureux de l'homme" qui fonde sa liberté. "Un courant d'affection et d'admiration a débordé du Concile sur le monde" (177).

Il y a dans la démarche de l'Eglise plus qu'une simple recherche de dialogue, il faut y voir une manifestation de son amour pour tous les membres de la famille humaine.

La définition de ce qui est juste ne peut aller sans la charité, "la charité sera toujours nécessaire comme stimulant et comme complément de la justice elle-même ; elle sera toujours pour l'Eglise le signe de son témoignage et de sa crédibilité" (178).

Face aux violations des droits de l'homme, Pie XII demande que l'on considère cette "loi de charité universelle, qui seule peut consolider la paix en éteignant les haines et en

(175) Cf. J.B. d'Onorio, Pie XII et le droit in "la pensée et l'action politiques de Pie XII", à paraître 1988.
(176) A Puebla, 1979, D.C. 1979, pp. 158a, 178a.
(177) Paul VI, discours de clôture du Concile, 7 déc. 1965, D.C. 1966, col. 63-64.
(178) Jean Paul II, allocution aux membres du congrès de l'UNEBA, 7 avril 1979, D.R. édition française, 1979/16, p. 15.

atténuant les rancoeurs et les oppositions" (179). Et la liberté religieuse bien comprise a aussi besoin de la charité qui contient l'amour de Dieu et l'amour de l'Autre.

Le message profond de "Dignitatis Humanae", c'est qu'il n'y a pas de liberté religieuse sans amour. La vraie liberté, nous la tenons de la vraie libération que le Christ par son Amour, nous a donnée : la Rédemption. C'est pourquoi, "aucune loi humaine ne peut assurer la dignité personnelle et la liberté de l'homme comme le fait l'Evangile du Christ confié à l'Eglise" (180).

(179) Summi Pontificatus, 20 oct. 1939.
(180) Gaudium et Spes, 41, parag. 2.

BIBLIOGRAPHIE

"Vatican II" (textes),
Introduction à la déclaration par le Cardinal Koenig, éd. du Centurion, série : Documents conciliaires, Paris, 1966.

"Vatican II, la liberté religieuse",
Ouvrage collectif (Hamer, Congar, Pavan...), éd. du Cerf, Paris, 1967.

ANDRE-VINCENT (Philippe I.) :
- "*La liberté religieuse, droit fondamental*", Téqui, 1976.
- "*Le droit à la liberté religieuse dans l'Etat de droit*", in "L'Eglise et l'Etat en France", Téqui, 1983, p. 23.
- "*Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II*", L.G.D.J., 1983.
- "*Les droits de l'homme condamnés en 1789*", La Pensée Catholique, n° 185, mars-avril 1980, p. 84.
- "*Le Saint-Siège et les droits de l'homme*", La Pensée Catholique, n° 195, novembre-décembre 1981, p. 32.
- "*Le droit et les droits de l'homme*", La Pensée Catholique, n° 207, novembre-décembre

CHAPELLE (Philippe, de la) :
"*Les droits de l'homme et le catholicisme*", éd. Sirey, Paris, 1967.

COSTE (René) :
"*Théologie de la liberté religieuse*", Gemblony, 1969.

DELHAYE (Mgr Philippe) :
"*Le méta-Concile*", Esprit et Vie, Langres, 25 septembre 1980.

DUPANLOUP (Mgr Félix) :
"*La Convention du 15 septembre et l'encyclique du 8 décembre*", Paris, 1865 ; en annexe à "Pie XII ; Quanta Cura et Syllabus", J.J. Pauvert, 1967.

GARRIGUES (Juan-Miguel) :
"*La nature du droit, fondement des droits de l'homme selon la doctrine catholique*", Revue "Droits", n° 2, "Les droits de l'homme", P.U.F., 1985, p. 45.

GUITTON (Henry) :
"*La conception générale des libertés et des responsabilités*" in "L'Eglise et les libertés, Nouvelles Editions Latines, Paris, 1974, p. 85.

JARRY (Eugène) :
"*L'Eglise en face des révolutions*", Paris, 1966.

KALINOWSKI (Georges) :
"*Le fondement objectif du droit d'après la Somme Théologique de Saint-Thomas d'Aquin*", Archives de philosophie du droit, Tome XVIII, Dimensions religieuses du droit, Sirey, 1973, p. 68 et s.

LANDUCCI (Mgr Carlo) :
"*La vraie signification de "ut unum sint"*", La Pensée Catholique, n° 205, juillet-août 1983, p. 20.

LECLERCQ (Jacques) :
"*Leçons de droit naturel*", Tome II, "*L'Etat ou la politique*", Paris, 1929, pp. 155 à 159, 169 à 205 et 218 à 224.

LEFEVRE (Luc. J.) :
- "La liberté religieuse à travers les siècles", La Pensée Catholique, n° 224, septembre-octobre 1986, p. 10 ;
- "*Les martyrs de la Révolution*", La Pensée Catholique, n° 209, mars-avril 1984, p. 64.

LEMOYNE de FORGES (Jean-Michel) :
"*Etat laïque et école catholique*" in "L'Eglise et l'Etat en France", p. 89.

LUCIANI (Cardinal Albino - Jean Paul Ier) :
"*Un évêque au Concile, Lettres de Vatican II*", Téqui, 1986, p. 135 à 151.

MELLOR (Alec) :
"*Histoire de l'anticléricalisme français*", Tours, 1986.

ONORIO (Joël-Benoît, d') :
- "*L'enseignement de l'Eglise au secours de la philosophie du droit*", in "Religion et Droit", Téqui, 1985.
- "*La problématique institutionnelle des relations entre l'Eglise et l'Etat*" in "L'Eglise et l'Etat en France", Téqui, 1983, p. 23.
- "*Vatican II et le droit*" in "Le deuxième Concile du Vatican" Edition de l'Ecole française de Rome, 1987.
- "*Pie XII et le droit*" in "La Pensée et l'action politiques de Pie XII", à paraître.

PALAZZINI (Cardinal Pietro) :
"*Dignité de l'homme et sainteté*", La Pensée Catholique, n° 210, mai-juin 1984, p. 37.

PHILIPPE o.p. (Marie-Dominique) :
"*Liberté chrétienne et libertés profanes*" in "L'Eglise et les libertés", cit. p. 59.

POUPARD (Cardinal Paul) :
"*Le Concile Vatican II*", Que sais-je ?, n° 2066, 1983.

PRELOT (Marcel) :
"*Le libéralisme catholique*", Armand Colin, 1969.

RIALS (Stéphane) :
"*Génalogie des droits de l'homme*", Revue Droits, n° 2, cit. p. 3.

ROCHE (Jean) s.j. :
"*Eglise et liberté religieuse*", Paris, 1967.

SICARD (G.) :
"*Du nouveau sur : catholiques et Révolution française*", La Pensée Catholique, n° 210, mai-juin 1984, p. 65.

SCHWARZ (Balduin) :
"*A propos de la dignité de l'homme*", La Pensée Catholique, n° 211, juillet-août 1984, p. 43.

STRUVE (Nikita) :
"*Les chrétiens en U.R.S.S.*", éd. du Seuil, Paris, 1963, p. 371 à 382.

VILLEY (Michel) :
- "*Le droit et les droits de l'homme*", P.U.F., 1983.
- "*Correspondance*", Revue Droits, cit., p. 35.

VIVIEN (Alain) :
"*Les sectes en France, expressions de la liberté morale ou facteurs de manipulations*", Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française, février 1983.

WILTGEN (Ralph) :
"Le Rhin se jette dans le Tibre - Le Concile inconnu", éd. du Cèdre, Paris, 1975, p. 156 à 165 et 243 à 248.

R. R. J. 1988

Pages 191 à 256

- II -

PHILOSOPHIE DU DROIT

L'ARROSEUR ARROSE : PARADIGMES KUHNIENS ET TYPES IDEAUX WEBERIENS DANS LA PENSEE JURIDIQUE DE GEORGE FLETCHER

Par

Jill FRANK

Bachelor of Arts (B.A. Honours in Philosophy), Bachelor of Civil Law (B.C.L.), Bachelor of Laws (LL.B.), de l'Université McGill, Montréal, Québec
Traductrice : Christiane Ranger

INTRODUCTION

Le présent essai examine le lien qui existe entre théorie et savoir juridiques. J'entends y démontrer que la terminologie juridique propre à un chercheur traduit, et modèle même parfois, sa façon d'envisager le droit. Pour ce faire j'analyserai deux articles du Professeur George Fletcher intitulés "*Fairness and Utility in Tort Theory*" (1) et "*Two Modes of Legal Thought*" (2) ; j'étudierai les termes utilisés dans ces deux textes pour définir, dans le premier cas, des conceptions opposées du droit positif, et, dans le second, des modes de pensées antagonistes.

Dans "*Fairness and Utility*", le Professeur Fletcher vise à élaborer une théorie substantielle du droit des *torts* qui justifierait la répartition des pertes d'après un principe d'équité. A cette fin, il introduit deux paradigmes opposés, l'un dit du "caractère

(1) "Equité et utilité en matière de théorie sur les torts (délits et quasi-délits)" (1972) 85 Harv. L. Rev. 537 (ci-après "Fairness and Utility").
(2) "Deux modes de pensée juridique" (1981) 90 Yale L.J. 970 (ci-après "Two Modes").

raisonnable", et l'autre de la "réciprocité" ; l'auteur soutient que ce dernier paradigme est le plus adéquat puisqu'il permet de rendre compte de la responsabilité engagée quant à l'ensemble des *torts*, tout en correspondant davantage à la notion aristotélicienne de justice corrective. L'objet du présent essai n'est pas de déterminer si le Professeur Fletcher réussit à prouver cette affirmation, mais à examiner quel sens l'auteur accorde au terme "paradigme" dans l'élaboration de sa théorie.

Dans "*Two Modes*", le Professeur Fletcher affirme que toute forme de recherche juridique dépend des hypothèses implicites du chercheur sur la nature du droit ; en d'autres termes,. toute théorie du droit adoptée par le chercheur façonne son étude critique du droit. Pour démontrer cette affirmation, l'auteur définit deux modes de pensée juridique opposés, l'"argumentation engagée" ("*comitted argument*") et l'"observation détachée" (*detached observation*), dont l'explication "illustre, à un méta-niveau (*meta-level*), une méthodologie appliquée à l'étude du droit substantiel" (3). Dans "*Two Modes*", le Professeur Fletcher substitue aux "paradigmes" de "*Fairness and Utility*" introduits par Thomas S. Kuhn dans *La structure des révolutions scientifiques* (4) les "types idéaux" de Max Weber (5), "reconnaissant ainsi les différences qui existent entre révolutions scientifiques et transitions idéologiques en matière de pensée juridique" (6).

J'entends contester l'approche du Professeur Fletcher à deux points de vues : je démontrerai tout d'abord que, dans "*Fairness and Utility*", l'emploi du concept de paradigme n'est pas conforme à la théorie fletchérienne du droit ; j'établirai ensuite, que, dans "*Two Modes*", les "types idéaux" ne correspondent pas à la méthodologie fletchérienne appliquée à son étude critique du savoir juridique. Je tenterai finalement de démontrer pourquoi le Professeur Fletcher ne parvient pas à présenter une approche substantielle et méthodologique unifiée, et j'irai jusqu'à affirmer qu'un choix s'impose entre une théorie et une méthodologie dont les prémisses respectives sont irréconciliables. En outre, je soutiendrai que le Professeur Fletcher devrait renoncer à sa méthode, laquelle - à l'instar de celle de Kuhn qu'il finit par rejeter, mais contrairement aux théories substantielles qu'il expose dans les deux articles - crée la réalité juridique plutôt qu'elle ne la reflète.

(3) Ibid. à la p. 1000 (traduction de l'auteur).
(4) 2e éd., augmentée, trad. par L. Meyer, Paris, Flammarion, 1983.
(5) Pour un exposé sur les types idéaux, voir M. Weber, "'Objectivity" in Social Science" dans M. Weber, The Methdology of the Social Sciences, trad. par E.A. Shils et H.A. Finch, New-York, Free Press, 1949, 49.
(6) "Two Modes", supra, note 2 à la p. 1001 (traduction de l'auteur).

Je me pencherai d'abord sur la notion de paradigme, bien que le Professeur Fletcher ait rejeté ce concept dans "*Two Modes*". En effet, si mon assertion est correcte - c'est-à-dire si l'on peut, en définitive, assimiler la méthode du Professeur Fletcher à celle de Kuhn - les présuppositions qui étayent l'adoption de ce concept s'avèrent cruciales pour bien saisir l'apport du Professeur Fletcher.

LES PARADIGMES KUHNIENS

Les paradigmes sont au centre même de la position kuhnienne face à la science ; ils sont essentiels pour comprendre le lien continu qui existe entre science normale et science extraordinaire lesquelles, ensemble, forment la science. Dans le texte original, Kuhn donne au terme "paradigme" plusieurs significations. Dans "*The Nature of a Paradigm*" (7), Margaret Masterman recense vingt-deux emplois du terme, qu'elle réduit à trois catégories principales, soit le paradigme métaphysique, le paradigme sociologique, et le paradigme comme exemple commun (*construct paradigm*) (8). Selon Masterman, c'est ce dernier paradigme qui reflète le mieux l'optique de Kuhn (9). Dans la postface à la deuxième édition de son livre (10), Kuhn accepte cette articulation précise du paradigme (11), qui est redéfinie en tant que quatrième élément de la nouvelle matrice disciplinaire, c'est-à-dire comme l'élément constituant des engagements d'un groupe, qui se traduit par la solution de problèmes donnés (12). Le paradigme est donc l'exemple commun qui régit des groupes de praticiens (13) ; il prend naissance après l'isolement de communautés scientifiques et se découvre en examinant le comportement des membres d'une communauté (14). Les communautés scientifiques sont antérieures au paradigme.

La portée du paradigme est pratique et concrète. Son rôle consiste à amener la science à déchiffrer les énigmes auxquelles elle est confrontée. Il ne fait l'objet d'aucune opposition pendant les périodes de science normale : il prescrit et justifie plutôt l'activité de la science normale en définissant la portée de la recherche et en assurant la connaissance sur laquelle elle se fonde.

(7) dans I. Lakatos et A. Musgrave, éd., Criticism and the Growth of Knowledge, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, 59. Opposer une toute autre signification du même terme chez les linguistes et chez Platon : voir V. Goldschmidt, Le paradigme dans la dialectique platonicienne, Paris, P.U.F., 1946.
(8) Masterman, ibid. à la p. 65.
(9) Ibid. aux pp. 70-71.
(10) Supra, note 4 à la p. 237 et s.
(11) Ibid. à la p. 248.
(12) Ibid. aux pp. 254-255.
(13) Ibid. à la p. 245.
(14) Ibid. à la p. 240.

La recherche scientifique normale vise l'articulation des phénomènes et des théories que le paradigme a déjà produits (15).

Selon Kuhn, les communautés scientifiques traversent des périodes de science normale durant lesquelles la recherche se fonde sur des réalisations scientifiques qui, aux yeux de la communauté, étayeront les pratiques futures (16). La science normale consiste à étendre la connaissance des faits dont le paradigme fait état, en augmentant la corrélation entre ces faits et les prédictions paradigmatiques, et en ajustant davantage le paradigme (17).

La science normale est déterminée avant tout par des paradigmes et non par des règles. Les paradigmes, servant de fondements aux règles qui guident la recherche, sont soumis à évaluation seulement lors de périodes de transition. Ces périodes, pendant lesquelles l'anomalie commence à apparaître sur la toile de fond du paradigme, contrairement à celles de science normale, se caractérisent par des discussions de méthode et de métaphysique (18). L'impuissance des règles existantes à expliquer l'anomalie est le prélude de la recherche de nouvelles règles (19). La transition vers la science extraordinaire a lieu lorsque l'anomalie se révèle plus complexe qu'une simple énigme à laquelle la science normale peut trouver une solution. La transition débute par la conscience de l'anomalie, l'exploration de son domaine et l'ajustement du paradigme qui gouverne la science normale ; l'anomalie devient ainsi un phénomène attendu (20). Kuhn appelle "révolution scientifique" la transition de la science normale à la science extraordinaire, lorsque le paradigme existant est remplacé par un nouveau paradigme avec lequel il est incompatible (21).

La mise en place d'un nouveau paradigme ne consiste pas à réinterpréter les données, puisque l'entreprise d'interprétation ne peut qu'articuler un paradigme, et ne peut le corriger (22). Au contraire, Kuhn soutient que les écarts entre paradigmes successifs sont à la fois nécessaires et irréconciliables : le nouveau paradigme doit exclure l'ancien. La transition entre deux paradigmes ne peut se faire par étapes. En tant que "changement de forme visuelle" (*gestalt switch*) (23), c'est-à-dire de

(15) Ibid. aux pp. 46-47.
(16) Ibid. à la p. 29.
(17) Ibid. à la p. 46.
(18) Ibid. à la p. 77.
(19) Ibid. à la p. 103.
(20) Ibid. à la p. 99.
(21) Ibid. à la p. 133.
(22) Ibid. à la p. 172.
(23) Ibid.

changement dans la constitution de l'univers scientifique, elle se produit d'un coup ou ne se produit pas (24).

Selon le modèle de Kuhn, il faut, pour connaître la science, être membre d'un groupe : en effet, la connaissance scientifique n'est que la propriété commune d'un groupe. Pour en saisir la teneur, il est nécessaire de connaître les caractéristiques des groupes qui la créent et l'utilisent (25). Kuhn soutient qu'il n'existe aucune vérité scientifique permanente dont chaque étape de développement soit un modèle fixe. Ce n'est donc que sur la base d'un acte de foi que l'on peut opter pour un paradigme (26). C'est cette "conversion" qui est au coeur du processus révolutionnaire kuhnien (27).

Avant d'analyser comment le Professeur Fletcher adopte le discours kuhnien dans "*Fairness and Utility*", je voudrais souligner deux points qui découlent de ce que l'anomalie est centrale dans la conception kuhnienne du paradigme. L'anomalie est l'apparition d'un ensemble de faits qui ne peuvent s'accorder au paradigme existant. L'anomalie oblige l'articulation d'un nouveau paradigme, lequel, dans la mesure où il rend compte de l'innovation, est irréductible à son prédécesseur. L'expérience anormale signale une révolution et, en évoquant une crise, ouvre la voie à un nouveau paradigme.

Cette description de la naissance et de la mort du paradigme traduit le fait que Kuhn ne croit pas à la vérité scientifique. En outre, elle s'oppose à toute théorie scientifique complète. Le *paradigme* est complet, plus complet, en fait, que tout ensemble de règles qui peut en être tiré (28). Il est complet en soi, indépendamment de tous les autres paradigmes. Nul besoin, pour le reconnaître, d'explication, de rationalisation ni d'interprétation. En créant un paradigme qui existe d'une façon indépendante, Kuhn nie l'existence d'écarts au sein d'un système. Toute interprétation (29) et application (30) visant à intégrer l'anomalie au paradigme existant deviennent alors inutiles, puisque, par hypothèse, il est impossible d'intégrer l'anomalie.

(24) Ibid. à la p. 207.
(25) Ibid. à la p. 284.
(26) Ibid. à la p. 216.
(27) Ibid. à la p. 277.
(28) Ibid. aux pp. 75 et 261.
(29) L'examen de la nature d'une théorie interprétative permet aussi d'aborder les mêmes types de question. Voir, relativement à l'importance de l'interprétation en droit et aux liens qui existent entre une théorie particulière et la compréhension du droit, R. Dworkin, "Law as Interpretation" dans W.J.T. Mitchell, The Politics of Interpretation, Chicago, University of Chicago Press, 1983, 249 à la p. 265 ; S. Fish, "Working the Chain Gang : Interpretation in the Law and Literary Criticism" dans Mitchell, supra, 271 à la p. 279 ; et R. Dworkin, "My Reply to Stanley Fish" dans Mitchell, supra, 287 aux pp. 300-301.
(30) Kuhn, supra, note 4 aux pp. 72-73 et 82.

Celle-ci oblige à créer de nouvelles normes, empêchant donc toute évolution vers la complétude.

Le choix du terme "anomalie" a une autre conséquence : Kuhn souligne que les paradigmes successifs doivent être incompatibles, chacun représentant un "changement de forme visuelle" (*gestalt switch*). Chaque nouveau paradigme ne reflète pas seulement une nouvelle vision du monde, mais, surtout, un nouveau monde. Il n'y a aucune continuité d'un paradigme au suivant ; aucun progrès ne saurait donc exister.

Ce à quoi Kuhn s'intéresse (et ce qui a semblé si singulier à Masterman), c'est à la "scientificité de la science" et non à la "falsification" de Popper (31). C'est l'aspect concret de la science qui est au coeur des préoccupations de Kuhn. C'est l'"être" qui compte. Mais cet "être" n'existe pas objectivement : il est déterminé par un paradigme particulier. Malgré cet aspect "concret", la formulation de Kuhn nous amène forcément à conclure qu'il n'existe d'autre réalité que celle du paradigme. Voici ce que Kuhn déclare à cet égard :

> Il n'existe, me semble-t-il, aucune possibilité d'expliciter le sens d'une expression comme "ce qui s'y trouve réellement", en dehors d'une théorie particulière ; la notion d'une adéquation entre l'ontologie d'une théorie et sa contrepartie *réelle* dans la nature me semble par principe une illusion (32).

C'est sur la toile de fond de ce faisceau de répercussions que j'évaluerai l'adoption du discours kuhnien par le Professeur Fletcher.

LES "PARADIGMES" FLETCHERIENS

Dans "*Fairness and Utility*", le Professeur Fletcher énonce deux paradigmes de responsabilité qui permettent de comprendre des points de vue idéologiques concurrents sur le rôle des sanctions appliquées en cas de *tort*. Il entend expliquer les paradigmes du caractère raisonnable et de la réciprocité, exposer leur fonctionnement au sein de la jurisprudence, et, par conséquent, raffiner les outils conceptuels qui servent à analyser la responsabilité civile ainsi que les schèmes propres à l'histoire des activités délictuelles (33). L'adoption de la terminologie

(31) Masterman, supra, note 7 à la p. 67.
(32) Kuhn, supra, note 4 aux pp. 279-280. Il était alors prévisible que les théories kuhniennes ouvriraient la voie à un nihilisme radical : voir Fish, supra, note 29.
(33) "Fairness and Utility", supra, note 1 à la p. 540.

kuhnienne et de ses fondements conceptuels est explicite ; elle s'appuie sur le fait que le Professeur Fletcher (dans cet article) entrevoit que l'on peut expliquer l'histoire des activités délictuelles par le concept de pensée paradigmatique, au sens où ce concept permet de rendre compte de différentes réponses scientifiques face à des données précises (34).

La présente section vise à démontrer que le Professeur Fletcher adopte, dans sa théorie du droit des *torts*, des fondements conceptuels qui diffèrent fondamentalement de ceux qui étayent l'entreprise kuhnienne, et ce, bien que l'auteur affirme avoir adopté le discours de Kuhn. En d'autres termes, la présente section tente de révéler le manque de concordance entre la théorie fletchérienne et l'articulation formelle de cette théorie dans "*Fairness and Utility*". A cette fin, je m'attarderai, en premier lieu, aux termes que le Professeur Fletcher utilise lorsqu'il renvoit aux paradigmes, et, en second lieu, aux présuppositions que nécessite sa théorie des *torts*, afin de démontrer comment ces éléments diffèrent de ceux de l'approche kuhnienne et de cerner les conséquences de cette divergence.

Tout au long de "*Fairness and Utility*", le Professeur Fletcher, renvoyant aux paradigmes, écrit : "selon le paradigme" (*the paradigm holds*) (35) ; "le paradigme représente" (*the paradigm represents*) (36) ; "la fonction du paradigme" (*the function of the paradigm*) (37) ; "le paradigme rend compte" (*the paradigm accounts for*) (38) ; et "le profil du paradigme s'est modifié" (*the paradigm assumed new contours*) (39). Pour sa part, Kuhn s'exprime en ces termes : "acquisition du paradigme" (*acquisition of a paradigm*) (40) ; "acceptation du paradigme" (*reception of a paradigm*) (41) ; "trouvé un paradigme" (*achieved a paradigm*) (42) ; "faire apparaître une nouvelle application du paradigme" (*possessed of a paradigm*) (43) ; et "l'apparition d'un paradigme" (*the appearance of a paradigm*) (44). Quoique cette liste ne soit nullement exhaustive, et que les expressions aient été tirées de leur contexte et accolées les unes aux autres, j'entends démontrer que les Professeurs Fletcher et Kuhn attribuent à leurs paradigmes respectifs des rôles fondamentalement différents. Selon le Professeur Fletcher, les paradigmes représentent ou

(34) Ibid. à la p. 540 n. 12.
(35) Ibid. à la p. 543.
(36) Ibid. à la p. 542.
(37) Ibid. à la p. 543.
(38) Ibid. à la p. 544.
(39) Ibid. à la p. 556.
(40) Kuhn, supra, note 4 à la p. 31.
(41) Ibid. à la p. 41.
(42) Ibid. à la p. 44.
(43) Ibid. à la p. 61.
(44) ibid. à la p. 77.

traduisent des ensembles de phénomènes qui constituent le droit des *torts*. Son discours implique que le paradigme dépend obligatoirement des faits existants. Au contraire, d'après Kuhn, il faut trouver, faire apparaître ou acquérir le paradigme. L'émergence en semble spontanée et le statut indépendant. En fait, selon Kuhn, le paradigme existe indépendamment des éléments qui constituent l'univers scientifique. C'est le paradigme qui crée et qui définit les faits scientifiques.

A cette étape, il convient de soulever deux questions : les éléments constituants des univers du Professeur Fletcher et de Kuhn sont-ils différents, et, dans l'affirmative, ces différences expliquent-elles la disparité des discours ? Je traiterai de cette dernière question de façon sommaire à la fin du présent essai ; en outre, j'examinerai si le concept de paradigme peut correspondre à une notion juridique. Pour l'instant, je m'intéresse à l'adoption du discours kuhnien par le Professeur Fletcher, et aux écarts qui existent entre les présuppositions de chacune des théories ; ces écarts signalent l'existence d'une inadéquation entre le discours théorique du Professeur Fletcher et la teneur de ce discours.

J'examinerai d'abord si l'anomalie, qui est centrale à l'articulation kuhnienne du paradigme, peut être appliquée à la thèse du Professeur Fletcher. Selon Kuhn, entre autres choses, l'anomalie indique la voie vers la transition entre science normale et science extraordinaire ; elle est signe de révolution. Pour le Professeur Fletcher, la transition de la notion de faute comme excuse à celle de faute comme justification est un changement révolutionnaire du paradigme de réciprocité à celui de caractère raisonnable (45). Il situe le centre de ce changement révolutionnaire dans le déplacement sémantique du terme "faute". Il caractérise "l'essence du déplacement" comme une "métamorphose conceptuelle du concept de faute" (46). Toutefois, Kuhn s'applique à souligner que l'anomalie n'est pas seulement une nouvelle façon d'interpréter des données fluctuantes, mais bien plutôt un nouvel ensemble de données ; par conséquent, la formulation du Professeur Fletcher ne saurait qu'aller à l'encontre de celle de Kuhn.

De plus, le Professeur Fletcher, ayant situé la transition vers le nouveau paradigme à un moment précis, soutient néanmoins tout au long de son texte que le paradigme de réciprocité devrait être reconnu comme le plus équitable, bien qu'on lui préfère aujourd'hui le paradigme du caractère raisonnable. Le projet du Professeur Fletcher, par conséquent, accorde une place primordiale à un modèle qui peut (ou non) se révéler acceptable. Voilà qui s'oppose diamétralement à l'optique

(45) "Fairness and Utility", supra, note 1 à la p. 556.
(46) Ibid. à la p. 557 (traduction de l'auteur).

kuhnienne, et pour deux raisons : d'une part, puisque Kuhn affirme que tout paradigme est définitif (47), il est impossible, dans cette conception, de soutenir qu'un paradigme dépassé puisse s'imposer de nouveau ; d'autre part, les caractéristiques des paradigmes fletchériens se chevauchent, et il n'y a donc pas incommensurabilité (48). En définitive, rien dans cette théorie n'est comparable à l'"anomalie" kuhnienne, alors que le processus d'interprétation est, au contraire, central.

En outre, le projet du Professeur Fletcher est enchâssé dans le "devoir-être" (49). Selon le Professeur Fletcher, les tribunaux sont tenus, en fin de compte, de choisir entre divers paradigmes. Ce choix se fonde sur un "devoir-être" (50), puisque le Professeur Fletcher sous-entend qu'il incombe aux tribunaux de choisir l'option la plus équitable. Déclarer comment les choses devraient être, c'est admettre l'existence d'un certain état de fait - on souscrit donc, en d'autres termes, à la modification d'un "être". Le projet ultime du Professeur Fletcher est de rendre plus équitable la théorie juridique en matière de *torts*. Par conséquent, cette formulation présuppose la continuité temporelle, et l'approche normative du Professeur Fletcher s'appuie sur une mobilisation possible vers le meilleur "devoir-être", à savoir, la complétude. La théorie que le Professeur Fletcher tente de formuler entend rendre l'"être" conforme au "devoir-être", en réarticulant l'"être". Nonobstant le fait que le Professeur Fletcher ait adopté le discours kuhnien, ce qu'il nomme "paradigme" ne correspond pas à la notion kuhnienne de paradigme.

LES MODES FLETCHERIENNES

Dans "*Two Modes*", le Professeur Fletcher entend distinguer deux modes de savoir juridique, en tant que "types idéaux" (51) : ces deux modes sont l'"argumentation engagée" (*committed argument*) et l'"observation détachée" (*detached observation*) ; il vise en outre à démontrer que la façon dont on choisit d'étudier le droit est déterminée par la théorie juridique à laquelle on souscrit. Dans la section précédente, j'ai tenté d'établir s'il y avait coïncidence entre la théorie et la méthode du Professeur Fletcher ; dans la présente section, je compte examiner si sa théorie sur la recherche juridique - sa métathéorie - correspond à la méthode qu'il met en oeuvre.

(47) Kuhn, supra, note 4 aux pp. 147-148.
(48) "Fairness and Utility", supra, note 1 aux pp. 548-549 et 550 n. 81.
(49) Ibid. aux pp. 556 et 571.
(50) Ibid à la p. 573.
(51) "Two Modes", supra, note 2 à la p. 1001 n. 158.

A la base, le Professeur Fletcher distingue entre l'énoncé à valeur de vérité (ou assertion) et l'exposé dont la force découle de l'autorité du déclarant (ou déclaration) (52). La déclaration peut être avisée ou non, utile ou néfaste ; elle ne peut être vraie ou fausse (53). C'est à la lumière de cette métathéorie sur les énoncés juridiques que le Professeur Fletcher veut opposer les théories du droit naturel aux théories positivistes. Etant donné que, selon les théories du droit naturel, les énoncés moraux ne peuvent jamais être des déclarations et qu'il doit exister un lien entre le droit et la morale (54), les énoncés de droit sont traités comme des assertions dans les métathéories du discours juridique.

Toutefois, selon la thèse positiviste, le système juridique est un ensemble fini de règles qui déterminent à qui il revient de créer, de promulguer et de déclarer le droit. La métathéorie positiviste du discours juridique vise à établir quels énoncés sont véritablement efficaces en droit. Il n'y a donc, dans cette optique, aucun lien nécessaire entre le droit et la morale. Les énoncés sont déclaratifs et leur efficacité juridique découle de la nature de l'autorité du déclarant (55). Les questions de vérité et de fausseté ne se posent pas.

C'est sur la toile de fond de ces deux types d'énoncés et des concepts qui leur sont associés (assertions et théorie du droit naturel ; déclaration et positivisme) que le Professeur Fletcher articule les deux modes de pensée juridique. Dans le cas de l'"observation détachée", le chercheur se limite à définir la façon dont les organismes institutionnels déclarent le droit. Sa tâche consiste à observer la réalité juridique et à en rendre compte ; enfin, il défend sa conception de ce que devrait être le droit.

Aux termes de l'"argumentation engagée", le chercheur s'intéresse aux principes constitutifs du droit, au sens transcendantal du terme ; il ne s'agit donc plus que de ce qui procède des organismes institutionnels, mais de ce que le Professeur Fletcher nomme le droit en tant que "Droit" (*Right*) (56). Etant donné que ce dernier mode exige que l'on puisse formuler une assertion, seul celui qui adhère à une théorie du droit naturel est en mesure, selon le Professeur Fletcher, de soutenir un argument engagé. Par contre, celui qui estime que le droit ne saurait transcender les règles promulguées ne peut, du point de vue

(52) Ibid. à la p. 974.
(53) Ibid.
(54) Ibid. à la p. 975.
(55) Ibid. à la p. 977.
(56) Ibid. à la p. 984. Pour une discussion de la notion singulière de "Droit" du Professeur Fletcher, voir, ibid. aux pp. 980-982. Le "Droit", selon le Professeur Fletcher, comprend non seulement les lois promulguées mais aussi les principes et politiques, obligations que traversent le droit et les moeurs. Alors que l'on peut connaître les lois, le "Droit", de par sa nature, est transcendant, indéterminé et ne peut être connu à fond.

conceptuel, avancer un argument de cette nature (57). Par conséquent, les positivistes doivent se limiter à l'observation détachée, alors qu'il est possible aux tenants de l'approche transcendantale d'opter pour l'un ou l'autre mode.

Le Professeur Fletcher conclut "*Two Modes*" en énonçant les hypothèses et les méthodes sur lesquelles le chercheur engagé doit s'appuyer pour défendre sa conception du Droit. Ces hypothèses sur la législation et la jurisprudence se rapportent à la notion de corrélation, c'est-à-dire à la reconnaissance de l'éventualité d'un ordre cohérent (58) et de la possibilité d'une coexistence de conceptions opposées du Droit (59). L'argument analogique opère. Ces hypothèses sont semblables à celles exprimées dans "*Fairness and Utility*", bien qu'elles n'aient pas été entièrement articulées dans cet article. Ce que l'examen de "*Fairness and Utility*" a montré, c'est ce que ces hypothèses, ainsi que la théorie du droit qui en procède, révèlent une conception du droit incompatible avec l'application de la notion kuhnienne du paradigme ; cette notion implique que l'on érige en principe des systèmes uniques et complets qui se développent et prennent fin, mais qui, en raison de leur "auto-consomption" inhérente, ne se fondent jamais en un tout.

En considérant le mécanisme de l'argument analogique et la coexistence de conceptions opposées du Droit comme formant partie d'une conception du droit, le Professeur Fletcher renvoie, en théorie, à un système juridique complet et continu, même si, en fait, ces qualités ne sont jamais réalisées. Les hypothèses fletchériennes impliquent ce que l'auteur a défini ailleurs comme "un engagement envers un ordre juridique moniste" (60). Contrairement à l'anomalie kuhnienne qui, pour être assimilée, exige la construction d'une nouvelle réalité, l'analogie présuppose l'existence d'une réalité qui peut elle-même s'accorder à des données nouvelles. Kuhn a souligné que des paradigmes successifs doivent nécessairement être incommensurables, mais, si l'on conçoit la coexistence de conceptions antagonistes, on suppose que le système est continu. En effet, si ce n'était pas le cas, chaque conception rivale annoncerait une réalité nouvelle.

Tout comme dans "*Fairness and Utility*", un courant normatif imprègne l'exposé du Professeur Fletcher dans "*Two Modes*" ; voilà qui ne saurait nous surprendre, puisque le mode que l'auteur privilégie est celui de l'argumentation engagée : étant donné que ce mode implique des assertions sur la vérité, sur le

(57) Ibid. à la p. 985.
(58) Ibid. aux pp. 994-995.
(59) Ibid. aux pp. 996-997.
(60) "Right and Reasonable" (1985) 95 Harv. L. Rev. 949 à la p. 981 (traduction de l'auteur).

Droit et sur des arguments allant en ce sens (61), c'est l'argumentation engagée qui semble "à la fois tirer profit des optiques conflictuelles propres à la jurisprudence et assurer le perfectionnement du système juridique" (62).

Reconnaissant qu'une révolution scientifique n'est pas une transition entre deux pensées juridiques, le Professeur Fletcher, dans "*Two Modes*", substitue l'analyse des types idéaux de Weber à la théorie kuhnienne du changement paradigmatique. Dans la section qui suit, j'examinerai si le Professeur Fletcher respecte bien les types idéaux wébériens, selon la définition qu'en a donnée Weber lui-même.

LES TYPES IDEAUX WEBERIENS

Selon Weber, le type idéal est "un outil mental qui permet l'examen attentif et la caractérisation systématique de modèles concrets dont le caractère unique est significatif" (63). Le type idéal n'a rien à voir avec un jugement de valeur ; en outre, il n'est lié à aucun type de perfection, si ce n'est à une perfection purement logique (64). C'est un outil analytique qui, en raison de sa pureté conceptuelle, n'a pas d'existence concrète (65). Le concept wébérien exclut l'idée d'un impératif éthique, "un modèle de ce qui devrait exister" (66). Il ne relève ni de l'approche historique ni de la "réalité véritable" (67).

Weber soutient qu'il ne faut impartir au type idéal qu'un contenu conceptuel :

> Rien n'est plus dangereux que de *confondre* la théorie et l'histoire (...). Cette confusion se manifeste d'abord dans le fait de croire que la teneur "véritable" et l'essence de la réalité historique se traduisent dans de tels outils théoriques ; en second lieu, on emploie, à tort, ces concepts comme un lit de Procuste dans lequel l'histoire doit être forcée ; enfin, cette confusion s'exprime dans la réification d'"idées" comme les "forces" réelles ou la réalité "véritable", laquelle serait à l'oeuvre en dépit de l'élément temporel et finirait par s'imposer, à la lumière de l'histoire (68).

(61) "Two Modes", supra, note 2 à la p. 982.
(62) Ibid. à la p. 1003 (traduction de l'auteur).
(63) Weber, supra, note 5 à la p. 100 (traduction de l'auteur).
(64) Ibid. à la p. 99.
(65) Ibid. à la p. 90.
(66) Ibid. à la p. 92 (traduction de l'auteur).
(67) Ibid. à la p. 93.
(68) Ibid. à la p. 94 (traduction de l'auteur).

En d'autres termes, le type idéal, pour Weber, est une abstraction dont la teneur est contingente et sans cesse fluctuante. Le concept lui-même ne nous permet de tirer aucune conclusion sur sa teneur. Le type idéal est un concept qui, s'intéressant aux relations, situe dans le temps et dans l'espace des événements historiquement marqués qu'il isole afin de les classifier (69).

Les paradigmes de Kuhn et les types idéaux de Weber n'appartiennent pas à la réalité ; comparons donc ces deux outils afin d'examiner le remplacement du premier par le second dans l'article "*Two Modes*".

Quoique les deux outils se nient eux-mêmes dans la mesure où ils cessent d'être utiles en se réalisant entièrement, il reste qu'ils sont fondamentalement différents. Les types idéaux wébériens sont de purs outils conceptuels : ce sont des moyens qui permettent de comprendre certains phénomènes qui s'avèrent significatifs, à divers points de vue (70). Au contraire, les paradigmes kuhniens sont eux-mêmes la résolution d'énigmes concrètes. L'outil de Kuhn nie l'histoire, alors que celui de Weber la classe. L'approche wébérienne n'est possible conceptuellement que si l'on est convaincu de ce que la connaissance empirique est susceptible d'aller vers la réalité (71) ; les paradigmes kuhniens, quant à eux, créent le réel. La conclusion à laquelle Weber arrive - à savoir, que science et foi ne sont pas une seule et même chose et qu'il vise à "suivre l'étroite ligne qui sépare" les deux (72) - s'oppose tout à fait à celle de Kuhn, lequel soutient que science et foi ne font qu'un.

LES "TYPES IDEAUX" FLETCHERIENS

La présente section tente d'établir si la thèse du Professeur Fletcher est plus fidèle aux types idéaux de Weber qu'elle ne l'était aux paradigmes de Kuhn. Deux problèmes sont immédiatement soulevés : tout d'abord, je ne vois pas à quoi exactement le Professeur Fletcher attribue le concept de type idéal. A mon sens, il considère que l'"argumentation engagée" et l'"observation détachée" sont des types idéaux, puisqu'il écrit expressément que "les deux modes de pensée sont assimilables à des types idéaux" (73). Il s'agit d'"outils méthodologiques grâce auxquels nous pourrons ordonner et interpréter l'expérience" (74). Si les deux modes de pensée sont des types idéaux, ils doivent, lorsqu'ils sont investis d'un rôle d'interprétation, se limiter à

(69) Ibid. à la p. 102.
(70) Ibid. à la p. 106.
(71) Ibid. à la p. 110.
(72) Ibid. (traduction de l'auteur).
(73) "Two Modes", supra, note 2 à la p. 987 (traduction de l'auteur).
(74) Ibid. (traduction de l'auteur).

classer les contenus. Il faut en effet faire en sorte que ces types idéaux n'acquièrent pas eux-mêmes de contenu. Weber nous prévient explicitement :

> Afin de démontrer concrètement en quoi consiste un type idéal, (...) on tente de *le rendre clair* en l'illustrant de matériaux concrets tirés à la réalité empirique et historique. Le danger inhérent à cette procédure, laquelle, en soi, est tout à fait légitime, consiste en ce que la connaissance historique semble alors *servir* la théorie plutôt que d'être servie par elle (75).

La méthode du Professeur Fletcher est-elle entachée d'une telle erreur ? C'est ce que j'examinerai maintenant en analysant, d'une part, la méthode du Professeur Fletcher, selon ce qui est exposé dans la conclusion de "*Two Modes*", et, d'autre part, le commentaire de Owen Fiss sur l'article précité, dans lequel Fiss conteste la thèse selon laquelle le positiviste se limite au mode de l'"observation détachée" (76). Je tenterai de démontrer que le Professeur Fletcher est en effet victime de la confusion signalée par Weber, et que les modes de pensée du premier ne peuvent donc correspondre aux types idéaux du second.

J'analyserai comment le Professeur Fletcher explique sa méthode, afin de vérifier s'il façonne la réalité empirique pour la faire correspondre à sa théorie. L'approche du Professeur Fletcher qui prend sa source dans le mode de l'"argumentation engagée", "génère une méthode qui permet de décoder les multiples messages de la jurisprudence" (77). Comme nous l'avons vu, cette approche suppose la coexistence éventuelle de conceptions opposées du Droit.

La méthode met en oeuvre cinq étapes d'analyse : il s'agit, en premier lieu, d'identifier une période historique où le droit est stable et d'expliquer les règles comme on les comprend alors ; on tente ensuite d'expliquer le droit tel qu'il existait à cette période ; les troisième et quatrième étapes impliquent la mise en place d'une conception cohérente du droit, opposée à celle qui précède, et qui s'appuie sur les aspects de la situation actuelle qui diffèrent du passé ; enfin on examine le droit actuel pour déterminer comment il convient de le classer, aux termes de la conception élaborée lors des troisième et quatrième étapes, et on tente d'expliquer la transition.

En expliquant pourquoi il a choisi les types idéaux de Weber, le Professeur Fletcher indique qu'il en reconnaît la valeur en

(75) Weber, surpa, note 5 à la p. 102 (traduction de l'auteur).
(76) O. Fiss, "Comment on Fletcher" (1981) 90 Yale L.J. 1007.
(77) "Two Modes", supra, note 2 à la p. 996 (traduction de l'auteur).

tant qu'instrument de clarté conceptuelle et de classification (78). Cependant, s'il faut comprendre que le Professeur Fletcher considère l'"argumentation engagée" comme un type idéal (et, encore une fois, la dernière section de son article est ambiguë à ce sujet), si la méthode qu'il met en avant "prend elle-même sa source dans le mode de l'argumentation engagée", et, enfin, si "le fait que le chercheur comprenne le mode de pensée opposée n'empêche pas la poursuite de la recherche selon le mode de l'argumentation engagée ni l'adoption d'une conception particulière du Droit" (79), on peut conclure que le Professeur Fletcher semble revêtir son "type idéal" d'un pouvoir normatif, puisqu'il en fait un modèle de ce qui devrait être ; cette approche, nous l'avons vu, est explicitement exclue de la notion wébérienne. En effet, Weber écarte précisément ce qu'il nomme l'impératif éthique parce que le type idéal, à son sens, est un outil purement conceptuel, c'est-à-dire, par définition, vide de contenu. En comptant, par l'exercice du mode de l'"argumentation engagée", "à la fois tirer profit des optiques conflictuelles propres à la jurisprudence et assurer le perfectionnement du système juridique" (80), le Professeur Fletcher est victime de la confusion signalée par Weber ; en fait, il insuffle au type idéal une vie qui lui est propre et qui permet de réarticuler l'histoire. Les étapes subséquentes de la méthode fletchérienne illustrent bien cette optique.

A la lumière du commentaire de Fiss, on peut appliquer le test qui précède à un autre niveau. C'est à ce problème que Fiss renvoie lorsqu'il se demande si "le Professeur Fletcher n'a pas transformé les éléments propres à sa recherche en une analyse générale du savoir juridique" (81). Fiss s'attache dans son analyse, à la théorie fletchérienne qui veut que l'argumentation engagée soit lié au transcendantalisme et que l'observation détachée ait trait au positivisme. Fiss s'oppose à la conclusion avancée par le Professeur Fletcher : il nie que seuls les tenants du transcendantalisme puissent adopter ou l'argumentation engagée ou l'observation détachée, et que les positivistes soient limités à ce dernier mode (que Fiss nomme "positivisme cognitif" (*congnitive positivism*)) (82). Fiss soutient en effet que le lien qui unirait positivisme cognitif et positivisme éthique (dont relève le positivisme juridique) ne recouvre en fait aucune réalité (83). Selon lui, la distinction entre positivisme éthique et positivisme cognitif consiste en ce que le premier, contrairement au second,

(78) Ibid. aux pp. 1001-1002.
(79) Ibid. à la p. 1003 (traduction de l'auteur).
(80) Ibid. (traduction de l'auteur).
(81) Fiss, supra, note 76 à la p. 1016 (traduction de l'auteur).
(82) Ibid. à la p. 1008.
(83) Ibid. à la p. 1010.

"ne saurait privilégier l'"être'", même si chaque approche reconnaît et maintient la distinction entre l'"être" et le "devoir-être" (84). Le positivisme cognitif limite son champ d'étude aux objets et à la méthode qui s'intéressent à l'examen de l'"être".

Barbara Underwood met aussi en question la thèse fletchérienne qui veut que les positivistes soient limités à l'"observation détachée" (85). A l'instar de Fiss, elle signale que l'approche interprétative permet aux positivistes d'adopter le mode de l'"argumentation engagée" (86). Underwood et Fiss indiquent tous deux (quoique seul Fiss le fasse explicitement) que la théorie fletchérienne du savoir a peut-être façonné l'objet de l'étude. Fiss démontre à un "méta-niveau" (*meta-level*) la contradiction que j'ai tenté de cerner au niveau de la théorie même.

CONCLUSION

J'ai tenté, jusqu'à maintenant, de prouver que les "paradigmes" fletchériens ne correspondent pas aux paradigmes kuhniens, et que les "types idéaux" définis par le Professeur Fletcher ne sauraient être assimilés à ceux de Weber. L'examen des prémisses qui étayent les théories du Professeur Fletcher (qu'il s'agisse des théories substantielles ou des métathéories) a permis de révéler les paradoxes qui existent entre la méthode que le Professeur Fletcher affirme avoir adoptée (à savoir, les conceptions kuhnienne et wébérienne) et les théories qu'il met en oeuvre ; ces prémisses ont été distingués du discours effectivement employé. Les paradoxes découlent de ce que ses théories substantielles et ses métathéories tentent d'expliquer le droit d'après le droit lui-même, alors que le discours fletchérien adopte une position qui est extérieure à l'objet de l'étude. Les paradigmes kuhniens ne peuvent définir leur teneur d'après le point de vue du contenu, puisqu'ils sont eux-mêmes créateurs de contenu. De même, par définition, il existe un écart entre les types idéaux wébériens et leur teneur : en effet, toute continuité entre teneur et théorie jouerait contre la clarté conceptuelle de l'outil. La présente section s'intéresse à quelques-unes des conséquences qui découlent de ces paradoxes.

La démarche du Professeur Fletcher peut être schématiquement décrite comme suit : Chantal dit : "Je vais ramasser le livre", mais, en fait, ramasse une balle. En supposant qu'il ne s'agit pas d'une plaisanterie et que nous appartenons tous à la même communauté linguistique, on peut expliquer ce qui précède

(84) Ibid. à la p. 1007 (traduction de l'auteur).
(85) Commentaire sur Fletcher (1981) 90 Yale L.J. 1004.
(86) Voir Underwood, ibid. à la p. 1005 ; et Fiss, supra, note 76 à la p. 1015.

de deux façons : ou Chantal ignore ce qu'est un livre ou elle assimile une balle à un livre. La question n'est pas de savoir si le concept de livre, pour Chantal, correspond à notre notion de balle. Il importe plutôt de cerner ce qu'implique le fait que Chantal mentionne un livre alors qu'elle songe à une balle.

Dans le cas du Professeur Fletcher, comme dans celui de Chantal, il faut écarter la possibilité que l'auteur ait employé le discours des paradigmes et des types idéaux sans saisir le sens qu'on avait voulu leur impartir. Par conséquent, le Professeur Fletcher a dû utiliser ces termes parce que ce sont ceux qui correspondent le mieux aux théories qu'il formule. Toutefois, s'il existe, comme j'ai tenté de le démontrer, des points de divergence, il nous faut essayer de comprendre pourquoi il en va ainsi.

S'il veut échapper à la contradiction, le Professeur Fletcher doit choisir : ou il accorde la priorité au contenu de ses théories, auquel cas les termes qu'il emploie ne sont plus pertinents ; ou il privilégie les termes employés pour définir ses théories, auquel cas le lecteur se voit obligé de réinterpréter le contenu.

Le Professeur Fletcher pourrait répondre qu'il n'y a aucune contradiction et que, tout comme pour Chantal la balle était le livre, les "paradigmes" et les "types idéaux" mentionnés sont bien ceux auxquels il a eu recours. S'il entend soutenir cette proposition, le Professeur Fletcher doit privilégier la deuxième option susmentionnée et, par le fait même, nier les prémisses (convictions) qui semblent sous-tendre chacun de ses projets.

Cette solution semble découler des paradoxes inhérents à l'adoption d'outils conceptuels qui ne coïncident pas avec la théorie avancée. Si, comme je l'ai indiqué, le Professeur Fletcher tente de démontrer la moralité interne du droit (87) - et c'est ce qu'il semble vouloir faire en soutenant que toute hypothèse implicite sur le droit détermine le savoir juridique - il va à l'encontre de son projet en faisant appel aux discours kuhnien et wébérien.

Comme Fiss l'a indiqué, le Professeur Fletcher applique sa métathéorie pour définir une théorie substantielle, et sa théorie substantielle pour cerner l'objet de la théorie (88). Par conséquent, l'approche fletchérienne semble très analogue à celle de Kuhn, dans la mesure où elle crée la réalité plutôt qu'elle ne la reflète. Trois explications sont possibles : en premier lieu, la normativité de la théorie fletchérienne peut imposer une telle

(87) L'expression est empruntée à L.L. Fuller, The Morality of Law, New Haven, Yale University Press, 1964.
(88) Voir une erreur analogue dans M. Troper, "Le positivisme juridique" (1985) 118-119 Revue de Synthèse 187.

démarche, puisqu'en prescrivant ce qui devrait être, on nie ce qui est. Néanmoins, en même temps, on peut dire que toute prescription qui ne vise pas à modifier un "être" ne peut être qu'absurde. Enfin, la propriété caractéristique des composantes de l'univers juridique (89) - c'est-à-dire des actions humaines - s'oppose à la séparation de l'"être" et du "devoir-être" ; par conséquent, le recours a toute théorie qui omet cette caractéristique fondamentale est exclu.

J'ai tenté, dans le présent essai, de signaler quelques-unes des conséquences singulières qui découlent des formulations fletchériennes. Au lecteur de dire si, ce faisant, je n'ai pas, à mon tour, été victime du piège dans lequel le Professeur Fletcher est tombé.

(89) Qui est fondamentalement différente de celle des composantes de l'univers de Kuhn.

LA REGLE ET LE DROIT : LA SUBJECTIVITE ET LA GENESE DE LA NORMATIVITE DANS L'ORDRE JURIDIQUE (*)

Par

Henri R. Pallard

Professeur adjoint à l'Université Laurentienne
(Sudbury, Canada)
Docteur en histoire des idées de l'Université de Nice
LL.B. (McGill University)
Avocat au Barreau de la Saskatchewan

(*) J'aimerais profiter de cette occasion pour remercier le gouvernement français pour la bourse d'études qu'il m'a octroyé dans le cadre des échanges culturels France-Canada. Cette bourse m'a permis de rédiger ma thèse de doctorat, L'Idée d'institution et la nature du phénomène juridique : *Une Description phénoménologique du droit*, soutenue à l'Université de Nice, UER Civilisations, le 28 février 1981. Cet article en est un extrait.

Je tiens en même temps à témoigner de ma reconnaissance envers mon directeur de thèse, M. le professeur Lucien Mugnier-Pollet, qui a su, par ses conseils judicieux, orienter mes recherches dans des voies fructueuses. Ses questions pertinentes animaient nos discussions sur le droit et la philosophie dont je garde un excellent souvenir. Sa mort prématurée au tout début de 1983, nous a appauvris et c'est à sa mémoire que je dédie ce travail.

PRECIS

Ce travail commence en examinant comment Hans Kelsen et Paul Amselek ont pu justifier l'usage de sa normativité dans leur analyse du droit. Il ressort que seulement une perspective, qui se fonde sur ce que H.L.A. Hart appelle l'aspect interne, est en mesure d'accomplir cette tâche. C'est l'aspect interne qui permet également à ces auteurs de développer diverses classifications de règles juridiques -lesquelles d'ailleurs se valent toutes- en guise d'explication de la structure d'un système juridique. Or il appert que l'aspect interne n'est autre chose que la subjectivité demeurée inconnue et que toute tentative d'explication de la nature du phénomène juridique doit se fonder sur un sujet que ne se désintéresse pas de la signification que prend le phénomène juridique pour lui.

* * * _ * * *

Plusieurs auteurs contemporains, en reprenant l'idée de règle dans leur analyse du droit, n'ont pas mis en question le caractère normatif de la proposition juridique ou du système juridique. Ils se sont plutôt intéressés à la structure particulière de la règle juridique, et ils ont, à partir de cela, élaboré un concept du droit sans se demander comment pouvait survenir, dans ce concept, l'idée de règle ou de normativité. C'est à partir des caractères spécifiques de la règle appliquée au droit que commence l'analyse de ces théoriciens. A aucun moment pouvons-nous retrouver ce qui pourrait constituer une vraie description du droit comme ensemble de normes.

Le but de ce travail est de soumettre à un examen critique quelques théories positives du droit qui font appel à la notion de règle pour expliquer la nature et la structure du droit. Nous voulons examiner, dans un premier temps, comment certains théoriciens positivistes ont pu fonder le droit sur la notion de normativité, comment ils ont pu prendre la norme comme point de départ pour une analyse du droit. Nous verrons que pour ces auteurs la présence de la normativité dans le droit ne cause aucun problème, qu'elle va de soi, alors que pour nous elle doit être fondée. Il ressortira que nous ne pouvons pas dégager l'idée de la normativité du droit des textes juridiques eux-mêmes, même par un effort "radicalement positif", mais seulement en faisant appel à la subjectivité. Dans un deuxième temps nous examinerons diverses classifications de règles juridiques proposées par certains

auteurs en illustrant la morphologie de la structure juridique qu'ils préconisent par des exemples tirés de codes juridiques. Nous verrons qu'il y a, de nouveau, un "apport interne" dans le choix de leur critère typologique qui apparaîtra comme un véritable effort d'interprétation de la part du sujet abordant la règle.

A - LA NORMATIVITE ET LE DROIT

1 - LA NORMATIVITE COMME POINT DE DEPART DANS L'ANALYSE DU DROIT : KELSEN ET AMSELEK

Selon Paul Amselek, la science du droit est "une science des normes juridiques" (1) et le droit est un phénomène qui a pour essence générique la normativité. Une enquête sur la nature du droit doit porter sur la normativité car "le droit, c'est un ensemble de normes, les 'normes juridiques'" (2). Cependant, à aucun endroit pouvons-nous retrouver une description du droit où la normativité apparaît comme l'essence générique du droit. Au lieu de décrire la normativité dans son mode d'apparition dans le droit, Amselek entreprend une description phénoménologique de la norme en tant que tel. Dans ses mains, la description phénoménologique a pour fonction l'explication du sens de la normativité. Selon lui, la norme est un instrument syntactique, une proposition objectivée en langage (3), qui a pour fin de mesurer, d'évaluer, de juger (4). Ce n'est pas la norme elle-même, c'est-à-dire la proposition syntactique, qui a un caractère normatif ; c'est seulement la signification que recèle cette forme syntactique prise comme instrument de jugement (5). La norme ne décrit pas un état de chose (6) ; en tant que devoir-être (7), elle décrit ou propose un modèle (8). Sa structure est celle d'un devoir-être qui a pour objet l'être (9). La valeur qui sera attribuée à l'objet est l'expression du rapport entre ce même objet et la norme, et elle est déterminée par la conformité de l'être au devoir-être (10).

(1) Méthode phénoménologique et théorie du droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, p. 143.
Nous connaissons les oeuvres d'Amselek qui sont parues après celle-ci. Cependant nous avons choisi de nous pencher sur celle-ci parce que c'est en fonction de ces premières données qu'Amselek a développé ses idées ultérieures.
(2) Ibid., p. 63.
(3) Ibid., p. 64.
(4) Ibid., p. 67.
(5) Ibid., p. 75.
(6) Ibid., p. 77.
(7) Ibid., p. 70.
(8) Ibid., p. 73.
(9) Ibid., p. 69.
(10) Ibid., p. 81.

> En dernière analyse donc, ce qu'on appelle couramment "une norme" (par exemple, dans l'expression "norme juridique" ou "norme modèle"), c'est *la signification de modèle assigné à la signification d'une proposition sytactique* (11).

C'est en somme une description de la normativité que nous présente Amselek.

Or, c'est sur ce point, la description phénoménologique, qu'achoppe la théorie normative du droit d'Amselek. Sa description phénoménologique du droit porte sur cette intuition originaire de la normativité qui, selon lui, doit nécessairement accompagner toute appréhension du juridique. Nulle part ne pouvons-nous trouver quelque chose qui correspondrait à une description phénoménologique du droit où la normativité apparaîtrait comme l'essence générique du droit. La norme comme partie essentielle du droit se trouve au contraire posée comme axiome plutôt que décrite dans son apparition même. Selon Amselek, une enquête sur la nature du droit doit porter sur la normativité car "le droit, c'est un ensemble de normes, les 'normes juridiques'" (12). En effet, nous sommes devant une description eidétique du droit en tant que *norme* et non devant une description phénoménologique du droit en tant que *droit*. La description du droit en tant que phénomène normatif présuppose que le droit est par essence normatif. En abordant le droit à travers une structure d'interprétation normative nous sommes devant une présupposition qui laisse fortement présagé de la conclusion. Au lieu de viser le phénomène juridique en tant que tel, la description phénoménologique du droit a maintenant pour objet le droit en tant que phénomène normatif (13).

Hans Kelsen, qui sert à Amselek de maître à penser, semble commettre une erreur identique : il pose d'entrée de jeu le caractère normatif du droit sans jamais le livrer à un examen critique. Dans la *Théorie pure du droit* (14), Kelsen se donne pour but de connaître et de décrire le droit et sa genèse. Son point de départ est la norme. Or si on lui demandait de le justifier, il dirait que, en interprétant un événement dans un sens juridique,

---

(11) Ibid., p. 76.
(12) Ibid., p. 63.
(13) Nous reconnaissons que nous n'avons qu'esquisser, et ceci de façon très sommaire, les grandes lignes du fondement de la normativité dans l'analyse du droit chez Amselek. En effet, nous ne croyions pas qu'il était nécessaire de développer plus amplement ce point ici car c'est surtout la conclusion qui nous intéresse. De toute façon, nous avons développé ce point dans un autre article qui doit paraître dans le numéro 1988-2 de cette revue.
(14) 2e éd., trad. par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

il est possible de distinguer deux éléments : un acte ou une série d'actes, d'une part, et le sens juridique de cet acte ou de cette série d'actes, d'autre part. Un acte peut avoir un sens soit objectif, soit subjectif. Tandis que la signification personnelle de l'acte est son sens subjectif, son sens objectif se constitue à partir de son interprétation selon une norme ; bref, c'est la norme qui détermine le sens objectif d'un acte car elle joue le rôle d'un schème d'interprétation. Puisque la loi interprète la conduite humaine, c'est-à-dire lui donne une valeur, elle est constituée de normes. Ainsi la science du droit a pour objet les normes juridiques qui interprètent certaines formes de conduite comme licites ou illicites (15).

De nouveau l'aspect normatif de la loi apparaît comme posé plutôt que fondé dans la réalité juridique elle-même. Cette lacune que présente le fondement du droit est d'autant plus grave que Kelsen et Amselek revendiquent, pour eux-mêmes, l'étiquette positiviste. Amselek cherche à élaborer, grâce à un positivisme phénoménologique (16), une définition analytique correcte du juridique qui serait aussi une théorie eidétique du droit et qui nous dévoilerait sa structure, sa signification essentielle. Kelsen n'est pas concerné par un droit idéal mais seulement par les lois et les systèmes juridiques existants. Il cherche seulement à clarifier le sens du concept du droit en identifiant la structure caractéristique d'un système juridique. Kelsen et Amselek ont une conception identique du positivisme juridique. Ce qui est appelé la signification essentielle du droit par Amselek recoupe, dans sa signification, ce que Kelsen nomme la structure caractéristique d'un système juridique. Par conséquent, le mot d'ordre du positivisme juridique -décrire le droit indépendamment de toute idéologie politique et éthique, tel qu'il se manifeste concrètement dans la réalité quotidienne- est alors pour eux un véritable principe méthodologique fondamental. L'exigence de s'en tenir au droit est impérative, si impérative qu'il est surprenant que ces deux philosophes positivistes ne fondent pas la normativité juridique dans un droit réel, concret et existant. Au contraire, c'est en fonction de la norme qu'ils définissent le droit. Au lieu de commencer par le droit et de montrer ce qu'il renferme de normatif, de décrire le droit et de tirer de cette description son aspect normatif, ils posent d'abord la norme et en fonction de la normativité décrivent ensuite le droit. Le droit est ainsi défini à partir d'une description pré-établie de la normativité.

Cette question du point de départ n'est pas qu'une simple querelle de clocher. Le positivisme kelsénien et le positivisme phénoménologique dont se réclame Amselek cherchent à élucider

(15) Ibid., p. 3-6.
(16) Amselek, supra n. 1, p. 356-357.

la structure typique du droit et il importe de bien choisir le point de départ car, dans la démarche entreprise par Kelsen et Amselek, le phénomène juridique est un membre de la classe des ordres normatifs. Si tel est réellement le cas, pour comprendre en quoi le droit, en tant que système normatif, est différent d'une éthique ou des règles d'un jeu, tout ce qu'il est nécessaire de faire c'est de préciser et d'affiner le concept de normativité pour parvenir au concept, plus spécifique, de normativité juridique. La compréhension du phénomène juridique se situera à l'intérieur d'une compréhension de la normativité en général et, à la limite, il n'y aura rien à connaître de philosophiquement valable sur la structure du droit en cherchant ailleurs. Or, c'est là précisément la position d'Amselek : selon lui, le droit est du genre "normativité" et ne se distingue de la normativité en général que par son essence spécifique, l'"obligatoriété" (17). Si le droit peut être saisi dans sa totalité par une telle démarche, il faut tout de même justifier cette démarche car le positivisme qui se réclame du droit tel qu'il est exige cette justification d'après son idée directrice ; or, cette justification n'apparaît ni dans les écrits de Kelsen ni dans ceux d'Amselek. Si positivistes qu'ils se veuillent, ils ne fondent pas la normativité du droit en se référant à des cas concrets, à des exemples spécifiques tirés du droit. Vu les présupposés théoriques du positivisme juridique, il importe de savoir comment le "droit" ou la "loi" est un phénomène normatif ; on pourra alors s'assurer qu'il en est ainsi, que le concept de normativité recouvre adéquatement le phénomène juridique dans toute sa complexité.

C'est pourquoi nous nous proposons de reprendre ces études positivistes du droit et d'essayer de les fonder par une étude "radicalement positive", une étude qui cherche à justifier d'après la réalité juridique -c'est-à-dire en se référant à des exemples concrets tirés de systèmes juridiques existants- le point de départ de ces théories positivistes et à s'assurer de la dimension exacte de la normativité dans le droit. Car, en effet, Kelsen et Amselek ne fondent pas la normativité du droit en se référant à des cas concrets, à des instants spécifiques tirés du droit. Il importe au départ de ne pas se tromper sur l'objet de notre recherche : le phénomène juridique lui-même. Ce point est d'autant plus important que Kelsen et Amselek, voulant ériger une théorie positiviste du droit, recherchent la structure type de tous les systèmes juridiques. Il faut donc que nous justifions leur point de départ, et c'est pour cela que nous qualifions notre étude de ces théories positivistes de radicalement positive : elle cherche à justifier dans la réalité juridique le point de départ d'une

(17) Ibid., p. 274-278.

théorie positiviste. Cette étude radicalement positive devrait aussi nous permettre de voir comment l'aspect normatif apparaît dans le phénomène juridique, de mettre en évidence sa manière propre de se manifester dans le droit. Une étude radicalement positive du droit fondera toutes les données théoriques et, surtout, le point de départ, à partir d'exemples concrets ; nous nous proposons de replacer les fondements d'une étude positive du droit sur le droit lui-même et non à partir d'une construction théorique. Nous comprendrons ainsi la genèse de la normativité dans le phénomène juridique.

2. ESSAI DE FONDEMENT DE LA NORMATIVITE COMME POINT DE DEPART POUR UNE APPROCHE RADICALEMENT POSITIVE

Si le droit est un phénomène normatif et si la proposition juridique est une norme qui impose un modèle de conduite à l'activité humaine, alors cela devrait transparaître à travers la lecture des lois. Mais en est-il réellement ainsi ? Que nous révèlent les lois elles-mêmes sur leur propre structure ? Se présentent-elles clairement et avec précision, sans aucune ambiguïté, comme des règles ? Jetons un regard du côté de la Constitution française. Elle nous apprend que :

> Le Parlement comprend l'Assemblée nationale et le Sénat.
> Les députés à l'Assemblée nationale sont élus au suffrage direct.
> Le Sénat est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République. Les Français établis hors de France sont représentés au Sénat (18).

Que pouvons-nous dégager de cet article 24 ? Qu'il définit la composition du Parlement, décrit les modes d'élections à l'Assemblée nationale et au Sénat ainsi qu'une des fonctions du Sénat. Tout ce que nous pouvons dire au sujet d'une telle proposition est qu'elle décrit ou constate un certain état de choses qui s'accorde avec la réalité. Cependant il se pourrait fort bien que les choses soient autrement. Il semble qu'a priori il n'y ait rien qui pose l'article 24 comme une règle ; seulement nous savons que cette proposition figure dans la Constitution et nous en concluons que c'est une règle qui établit la manière dont les députés sont élus à l'Assemblée nationale et au Sénat. Or, une enquête qui se veut radicalement positive ne peut se permettre de rechercher en dehors du droit lui-même la genèse de la

(18) Constitution du 4 octobre 1958, article 24.

normativité. Autrement dit, une démarche positiviste qui s'en tient au droit tel qu'il est, tel qu'il se manifeste en réalité, doit rechercher le point de départ de l'explication du droit, la normativité, au sein même du droit.

Peut-être les articles d'une constitution ne sont-ils pas vraiment des règles et, lorsque Kelsen et Amselek disent que le droit est une norme, ils se réfèrent en réalité aux lois. Mais il n'est pas certain que cela soit vrai, et il est aisé de trouver beaucoup de lois qui ne semblent pas poser de règles. Ainsi cet article : "Les membres de la commission départementale ne reçoivent pas de traitement" (19) possède une structure identique à celle de l'article 24 de la Constitution que nous avons examiné ci-haut. Néanmoins, ni l'un ni l'autre n'établit nécessairement une règle, ils peuvent n'être que des descriptions d'un état de choses, descriptions pouvant être véridiques ou pas.

D'autres lois utilisent le verbe "devoir" ; elles ont, à première vue, une structure normative et semblent imposer une obligation.

> Aux emplacements où ils ne sont pas interdits, les affiches, panneaux-réclame, peintures et tous autres procédés de publicité doivent affecter une forme régulière sans découpage ni silhouette.
> Ils ne peuvent excéder une surface supérieure à 16 mètres carrés, ou dépasser la hauteur de 6 mètres au-dessus du sol (20).

Le premier alinéa semble poser une obligation qui est marquée par l'usage du verbe "devoir". Le deuxième alinéa semble aussi poser une obligation qui nous est, cette fois, communiquée par la négation du verbe "pouvoir". Les lois de cette sorte pourraient éventuellement servir de point de départ aux théories qui décrivent le droit comme une structure normative. Commençons par examiner de plus près d'abord le sens des verbes "devoir" et "pouvoir" afin de voir s'ils posent des obligations (20 a).

Le verbe "devoir" revêt deux sens fondamentaux : il peut marquer soit la nécessité, soit la normativité. Il ne sert pas seulement à désigner une obligation, le fait d'avoir une obligation, mais aussi le caractère vraisemblable ou probable de quelque chose, la nécessité d'un événement. Quoique plus ou

(19) Loi du 10 août 1871, article 75.
(20) Loi du 12 avril 1943, article 4.
(20 a) Une littérature abondante s'est développée autour des diverses significations de "devoir" et "pouvoir" dans la philosophie anglo-américaine. Pour les fins de notre exposé, nous avons eu recours aux positions prises dans l'article suivant : Bruce Aune, "Can" in The Encyclopedia of Philosophy, Vol. 2, éd. par Paul Edwards, MacMillan Publishing Co, Inc., New York, 1967, p. 18-19.

moins arbitraire et ne tenant pas compte des nuances entre les divers degrés, nous pouvons distinguer cinq sens au terme "devoir" qui expriment la nécessité ou la probabilité. Premièrement, "devoir" peut désigner une nécessité physique ou a priori. Dans la proposition, "tout ce qui est coloré doit aussi être étendu", "devoir" indique une nécessité a priori. Cependant, dans l'expression "un corps non soutenu doit tomber au sol", nous nous servons de "devoir" pour indiquer une nécessité physique. Un deuxième sens de "devoir" désigne la nécessité épistémique, c'est-à-dire que d'après la connaissance que nous pouvons avoir à un moment précis d'une certaine situation, il doit en découler nécessairement qu'un certain état de choses a dû, doit, ou devra certainement se produire. Si l'on dit, par exemple, "un tel a dû commettre le crime ; les faits ne nous permettent de tirer aucune autre conclusion", on a alors affaire à une nécessité épistémique. Un troisième sens au "devoir", étroitement lié au deuxième, est celui d'un devoir lié à une probabilité extrême. La phrase "il doit échouer cette fois ; sa chance ne peut pas durer" est un exemple de cette troisième signification possible. Cependant, l'écart entre le deuxième et le troisième sens de "devoir" nous permet de distinguer différents ordres de certitude, distinction importante en épistémologie et en théorie des probabilités. Il existe un quatrième sens à "devoir" : celui d'une disposition enracinée ou invétérée. Il indique alors qu'un agent est enclin ou porté à exercer une capacité particulière chaque fois qu'il en a la possibilité. Par exemple : "ce chien doit se mettre à japper chaque fois que des étrangers frappent à la porte". Enfin, au mot "devoir" peut être attribué un cinquième et dernier sens, la contrainte accessoire. "Devoir" réfère alors à une expectative confuse de ce qui, raisonnablement, se produira ou sera fait dans certaines circonstances : la phrase "cet homme doit effectuer ce qu'il est obligé de faire sous la menace" donne un exemple d'obligation par les circonstances. Ces nuances plus ou moins fines et subtiles représentent une gamme des utilisations possibles du verbe "devoir" quand il évoque soit une nécessité soit une probabilité. Sous la rubrique du "normatif", nous retrouvons deux sens à "devoir". Un premier, exhortatif, appelle à l'action. Ainsi, "tu dois lire ce livre, l'auteur est excellent", encourage un certain type de conduite. Le deuxième sens de "devoir", celui-ci purement normatif, crée une obligation. Ici, un homme est obligée par la loi, la moralité, la coutume, les conventions ou quelque autorité, de faire ce qui lui est commandé. C'est à ce sens que Kelsen et Amselek se réfèrent lorsqu'ils disent que le droit a un caractère normatif. Ils veulent dire que "devoir" communique l'idée de rendre obligatoire une conduite donnée et posée comme modèle. Mais, avant d'aller plus loin dans l'examen de cette conception,

nous voulons examiner les différents sens possibles du verbe "pouvoir" qui sont très proches de ceux de "devoir".

Le rapport entre "devoir" et "pouvoir" est un rapport assez étroit. Il existe deux sens fondamentaux à "pouvoir" -l'un signifiant la permission, l'autre la possibilité. Le "devoir" de nécessité absolue peut être défini en étroite relation avec le "pouvoir" de possibilité absolue. Ainsi, lorsque "*a* doit se produire ou *p* doit être vrai", cela peut vouloir signifier que "non-*a* ne peut pas se produire ou non-*p* ne peut pas être vrai". Le "devoir" d'obligation est analogue au "pouvoir" de permission. En ce sens, affirmer qu'"*a* doit être fait ou est obligatoire" signifie la même chose que "non-*a* ne peut pas être fait ou n'est pas permis". Outre le droit, ou la permission et la possibilité, "pouvoir" peut aussi signifier la probabilité et l'occasion. L'usage de "pouvoir" plus la négation "ne ... pas", tel que nous venons de le mentionner, ne nous place pas devant une proposition indubitablement normative. Utilisé au mode positif, "pouvoir" n'aura certainement pas davantage un sens normatif.

> Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'article 5 (21).

Il n'est pas nécessaire a priori que cet article crée une permission ou qu'il soit même l'énoncé d'une permission, car il peut n'être que l'énoncé d'une capacité, d'une possibilité, et d'une occasion de faire quelque chose.

Dès lors peut cesser notre investigation pour savoir si la présence de "devoir" ou de "pouvoir", à un de leurs modes, peut s'avérer comme le point d'origine incontestable de l'idée de normativité dans le droit. Nous pouvons attribuer aux articles précédemment cités plusieurs sens. Il n'y a aucune raison a priori d'exclure d'une lecture radicalement positive de la loi les autres sens de "devoir" et de "pouvoir" et de privilégier leur sens normatif. La multiciplicité des significations possibles de ces termes ne nous permet pas de déduire, de façon indubitable, la nécessité d'une interprétation normative. Il y a toujours une possibilité pour qu'ils aient un autre sens ; à nouveau, pour une philosophie du droit qui s'affirme comme un véritable positivisme juridique, la normativité du droit doit être fondée objectivement, c'est-à-dire dans le phénomène juridique lui-même. Nous ne savons donc toujours pas comment nous pouvons justifier le choix de la normativité, le point de départ des théories positivistes de

(21) Loi du 1er juillet 1901, article 2.

Kelsen et d'Amselek, car il n'y a aucune structure grammaticale qui distinguerait de façon a priori un énoncé descriptif d'un énoncé normatif.

Face à un scepticisme méthodologique, il semble que même une approche radicalement positive ne puisse pas nous livrer le concept de normativité comme point de départ pour une analyse du droit. Nous n'avons rien pu découvrir dans une lecture des lois qui intrinsèquement attribuerait à la loi un caractère normatif. Le problème de la justification du point de départ est important car son choix influence et structure l'approche aux autres problèmes dont traite la philosophie du droit. Il est essentiel pour nous de trouver un fondement suffisamment assuré pour définir la normativité comme structure générique du droit ; nous ne pouvons nous permettre de fonder une analyse du droit sur un point aussi lourd de conséquences que la normativité.

Ainsi, d'où vient l'idée de règle, et comment pouvons-nous justifier cette idée comme point de départ d'une analyse du droit ? C'est l'usage et le contexte qui déterminent le sens précis de "devoir" et de "pouvoir". Le contexte n'est jamais quelque chose de purement objectif, mais dépend de la signification que lui apporte le sujet. L'idée de règle ne peut se définir par la seule référence à la proposition comme le voudrait la perspective objective. L'aspect normatif n'est pas un caractère en soi de la proposition mais une signification, constituée non seulement à partir du sujet, c'est-à-dire dans une perspective subjective, mais aussi à partir du milieu social, c'est-à-dire dans une perspective intersubjective. H.L.A. Hart a reconnu la nécessité d'abandonner la voie objective pour retrouver le caractère normatif dans la proposition juridique.

3 - LA REGLE ET LE POINT DE VUE INTERNE : HART

Dans son livre *The Concept of Law* (22), Hart démontre qu'il est impossible de saisir l'aspect normatif d'un énoncé ou d'un comportement si nous persistons à le regarder d'un point de vue externe, si nous ne nous situons pas dans une perspective nous permettant d'en saisir l'aspect interne ; car si certains comportements se ressemblent extérieurement, ils se distinguent néanmoins de l'intérieur parce qu'ils sont perçus de diverses façons (23). Faute d'avoir pris en considération cette distinction, John Austin a pu confondre la règle et l'habitude ; l'une et l'autre sont semblables puisqu'elles se réfèrent à des comportements qui

(22) Oxford, The Clarendon Press, 1961. Trad. par Michel van de Kerchove sous le titre, Le concept du droit, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 1976. Nos références renvoient à la version originale.
(23) Ibid., p. 54-56.

sont assez répandus -par exemple, enlever son chapeau en entrant dans une église (24)- assez communs pour que nous puissions dire qu'ils sont généralement suivis quoique pas nécessairement invariables. Pour qu'il y ait une habitude, il suffit que chacun se comporte de manière semblable aux autres ; puisque cette ressemblance dans le comportement du groupe peut être constatée par une seule observation, sans que nous ayons besoin de rechercher des motifs, c'est l'aspect externe qui caractérise l'habitude. Or, la règle se distingue de l'habitude parce que le comportement en question est vu comme un modèle général qui *doit* être suivi par le groupe, un modèle standardisé auquel le comportement du groupe *doit* se conformer. Au plan de l'habitude, il n'est nullement nécessaire que les membres du groupe réfléchissent à leur comportement commun, ni qu'ils essaient de le maintenir. Cependant, du point de vue de la règle, les membres du groupe doivent concevoir un comportement uniforme en fonction d'elle, exigé par elle. La règle non seulement motive la conduite mais est aussi ce qui justifie la critique lorsque le comportement s'en écarte. Cet aspect interne n'est pas un sentiment ou une émotion mais "...une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto-critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées" (25). Hart définit ainsi l'aspect interne qui caractérise la règle et la distingue par conséquent de l'habitude qui ne possède qu'un aspect externe. Ce dernier est commun à la règle et à l'habitude ; il réside simplement dans l'observation de la similarité et de l'uniformité d'un comportement *p* dans une situation *s*, données que tout observateur peut aisément constater. L'aspect interne, lui, est propre à la règle, la conformité des comportements étant conçue comme exigence du groupe.

La distinction entre la perspective externe et la perspective interne nous amène à reconnaître l'existence de toutes sortes de règles où le terme "règle" prend un sens aussi général que celui de "guide prescrit pour la conduite ou l'action" : il y a plusieurs espèces d'actions, des guides variés et différentes façons

(24) Hart prend, comme exemple d'une habitude, l'acte d'enlever son chapeau en entrant dans une église. En réalité, nous sommes en présence d'une convention sociale -qui est elle-même régie par des règles- et non d'une habitude. Manger sa salade au début ou à la fin du repas est un exemple d'habitude. Cependant, nous ne croyons pas que cette confusion entre la convention sociale et l'habitude affecte matériellement sa thèse.

(25) Hart, supra n. 22, p. 56.

de prescrire quelque chose (25 a). L'action peut prendre des formes tout aussi diverses que celles provenant des associations de sons dans le langage, des conduites possibles entre les individus, de l'appréciation d'une querelle par un juge, des choix qui s'offrent au joueur de cartes lors d'une partie de solitaire, ou au logicien qui cherche des symboles à écrire sur la prochaine ligne de son exercice de logique. La prescription peut venir de soi, être imposée par la menace d'une punition ou être une condition nécessaire, soit pour la communication, soit en vue d'une certaine action. La conduite indiquée peut être prescrite par un acte formel ou être implicite, soit dans la formation qui est donnée à ceux qui sont initiés à une pratique, soit dans la critique qui leur est adressée. Mais, dans tous ces cas, l'aspect interne est primordial pour reconnaître l'existence de la règle ; l'examen de différents types de règles nous démontrera la nécessité de cet apport interne.

Examinons d'abord brièvement la règle telle qu'elle apparaît dans les systèmes formels, puis dans les langues naturelles, enfin dans les ordres moraux, cela dans le but de montrer la nécessité universelle de prendre le point de vue interne pour percevoir la règle. Les règles dans les jeux et les systèmes formels sont articulées par une autorité. Cependant, pour les jeux, un énoncé clair et précis des règles n'est pas toujours possible. Il peut être difficile, et même sans importance, de décrire les règles que des enfants suivent au cours de leurs jeux informels ; mais il est important de voir que, si une activité est identifée comme un jeu, cette identification se fonde sur la perception d'une structure dans l'activité, laquelle structure peut être décrite par la formulation de règles. Pour dire ce que les joueurs peuvent ou ne peuvent pas faire à certains instants, nous devons savoir que leurs actions en cours de jeu sont voulues conformes à une certaine structure. Et c'est cette structure idéale que nous retrouvons dans le jeu et dont les joueurs ont peut-être seulement une conscience non-thétique qui nous permet de décrire l'activité comme un jeu. Dans les systèmes formels, tels que les calculs logiques, où l'objet consiste à développer le système en accord avec les règles stipulées, pour savoir que le système est constitué par des règles ou par ce qui est permis, nous devons avoir en tête une perspective du système qui ne se borne pas à une description statistique, mais qui saisisse l'aspect normatif que le système recèle. Les langues naturelles, telles que le français, l'allemand ou l'anglais, sont constituées par une série

(25 a) Pour les fins de notre exposé, nous avons eu recours aux positions prises dans l'article suivant : Newton Garver, "Rules", in The Encyclopedia of Philosophy, Vol. 7, éd. par Paul Edwards, MacMillan Publishing Co, Inc., New York, 1967, p. 231-233.

de règles. Quoiqu'une description de leurs règles soit sujette à une confirmation ou à une réfutation empirique puisqu'elles s'inscrivent dans une pratique, la formulation de leurs règles nécessite une référence à l'aspect interne pour saisir la structure formée et le fait que celle-ci guide le comportement linguistique, sans quoi il serait impossible qu'un étranger puisse y adhérer. Puisque les règles morales sont des préceptes qui devraient être suivis -même si elles ne le sont pas toujours dans les faits- elles possèdent un caractère très différent des règles qui définissent les coutumes et les pratiques. Etant donné leur caractère de contrainte, elles nous donnent la capacité de faire quelque chose qu'autrement nous pourrions ne pas faire. Face à différentes alternatives, les règles de la morale nous guident dans notre choix ; mais pour saisir cette fonction qui leur est propre, il nous faut toujours faire appel à l'aspect interne. Ce bref aperçu de divers types de règles nous permet de voir comment l'aspect interne, tel que mis de l'avant par Hart, est nécessaire à la compréhension de tout phénomène normatif. C'est lui qui structure l'énoncé ou le comportement et permet de révéler sa signification spécifiquement normative.

4 - LA SUBJECTIVITE ET LA CONSTITUTION DE LA NORMATIVITE

Hart démontre qu'afin de comprendre la fonction normative de la loi, nous devons éviter d'adopter un point de vue d'où la perception de soi comme soumis à la règle nous resterait cachée, une perspective qui se bornerait à la simple description des caractères qu'un observateur désintéressé pourrait répertorier. Cependant, Hart ne semble pas se rendre compte de la véritable portée de sa critique qui fait ressortir l'aspect interne du phénomène normatif et, ne la poussant pas à fond comme on pourrait s'y attendre, Hart ne parvient pas à élucider ce qui est à la source de la signification de la normativité, ce qui est à la source du droit : la subjectivité ou l'inter subjectivité. Il s'en suit qu'une démarche qui ne cherche que les caractères objectifs du droit soit vouée à l'échec parce qu'elle sera foncièrement incomplète. Hart fait la distinction entre les points de vue externe et interne du droit, mais il ne saisit pas combien cette distinction est fondamentale pour la théorie du droit. Le point de vue externe est propre à celui qui observe un comportement d'où tout apport personnel est écarté, tandis que le point de vue interne réfère à la perception du sens normatif à l'intérieur du comportement. L'approche extérieure et objective ne peut pas saisir ce qui constitue l'apanage exclusif de la signification normative d'un énoncé ou d'un comportement ; pour cela il faut

que l'observateur réalise qu'une règle n'a pas qu'un aspect externe mais aussi un aspect interne, qu'un énoncé reflète non seulement une signification objective mais aussi une signification subjective qui ne peut être saisie que du point de vue de celui qui subit la règle. Hart a recours au sujet pour expliquer la présence de la normativité dans le droit mais, dans ce recours à l'aspect interne, il néglige le retour à la subjectivité et l'aspect interne est ainsi présenté comme un trait objectif de l'énoncé ou du comportement. Ne reconnaissant pas l'activité de la subjectivité dans la perception de la signification de la normativité, Hart oblige à rester inconnu le rôle que pourrait jouer la subjectivité dans la constitution de la signification de la normativité. La fonction de la subjectivité n'est pas approfondie, et son rapport étroit, fondamental et constitutif de tous les aspects du droit demeure insoupçonné.

L'aspect interne du droit est plus riche que ne le laisse entendre Hart, il ne révèle pas seulement le sens, la signification normative d'une proposition, mais il *est* la subjectivité que ne soupçonne même pas Hart. La signification normative n'est pas seulement constituée subjectivement et individuellement mais intersubjectivement car l'attitude critique et réflexive est libératrice de la signification normative et intersubjective de la proposition. Pour qu'il puisse posséder un caractère normatif au plan social, l'énoncé doit être constitué dans sa signification normative au niveau intersubjectif. Le droit ne peut être conçu dans sa signification normative qu'à partir du sujet, ou plutôt de ce groupement de sujets que constitue la société. Une signification normative commune au niveau de la société est possible parce qu'elle est constituée intersubjectivement. L'aspect interne, dans la constitution de la signification de la norme, est plus encore que personnel et subjectif, il est véritablement intersubjectif car l'uniformité du comportement est conçue comme ayant une valeur à la fois par la société et pour la société. La constitution subjective d'une norme n'entraîne pas la reconnaissance de sa signification normative à un niveau social. Seule sa constitution intersubjective peut révéler une telle reconnaissance. La valeur du droit provient d'une véritable constitution intersubjective.

L'apport interne auquel Hart fait appel pour comprendre le droit, soit comme règle, soit éventuellement comme une structure de règles, a une signification qui finalement bouleverse notre approche du phénomène juridique. Dans son fondement même, toute analyse du droit qui prend la normativité comme point de départ, ou même comme conclusion, devra faire appel à l'aspect interne, c'est-à-dire à la signification subjective ou intersubjective d'une proposition. Ce n'est que de la sorte qu'une

proposition pourra prendre le sens de règle. Ce retour à l'aspect interne n'est pas autre chose qu'un retour à la subjectivité, au pouvoir qu'a la conscience de constituer son objet. La perspective objective est mise en cause : le droit en soi n'est plus le point de départ radicalement original pour une analyse fondamentale de la signification du droit. Nous ne devons pas chercher un droit qui existe en lui-même, indépendamment du sujet. La normativité n'est pas un a priori de l'énoncé, mais se détermine dans les rapports du sujet à son objet. La signification de la chose n'est pas une qualité ou un attribut "objectif", un en soi, elle est toujours pour soi, pour un sujet déterminé ; par opposition aux caractères objectifs, la signification est précisément ce rapport d'un sujet à son objet. La règle n'est donc pas fondée indépendamment du sujet ; elle n'existe pas en soi, en face du sujet. C'est seulement après avoir reconnu le pouvoir de la subjectivité dans la constitution de l'objet que nous pourrons vraiment entreprendre une recherche des caractères spécifiques à la structure juridique, si une telle recherche, évidemment, se révèle encore utile ou nécessaire. Il ne s'agit pas de prétendre que le droit n'a aucune existence indépendamment du sujet, mais que sa signification, comme phénomène normatif, dépend étroitement du sujet, et que c'est seulement à ce moment-là qu'il peut exister pleinement en tant que phénomène juridique.

B - LA NORMATIVITE ET LA STRUCTURE DU DROIT

Une critique de la normativité comme point de départ d'une analyse du droit nous a appris que la subjectivité est à l'origine de la perspective normative. Or les positivistes attribuent souvent au droit un deuxième caractère, celui de "système" : le droit est un système de normes qui se retrouvent unies en un grand tout par un certain nombre d'interrelations. La nature de ces rapports est un trait caractéristique du droit selon Hart et Kelsen ; nous verrons que les rapports qu'entretiennent les règles constituent un point central dans la description du phénomène juridique mené par ces deux auteurs. De plus, nous examinerons deux autres descriptions des divers types de règles de droit, celle d'Amselek et celle de Goyard-Fabre. Pour eux, il est inutile de développer longuement l'idée du droit comme système de règles ; cette idée ne joue pas un rôle déterminant à leurs yeux, elle ne constitue même pas un point majeur dans leur théorie. Cependant, nous croyons utile de comparer la typologie de ces diverses règles juridiques avec celles de Hart et de Kelsen afin de bien cerner la notion de droit pris comme système de règles. Nous nous proposons d'aborder cette étude sur les différentes sortes de règles qui composent le système juridique par l'examen des

diverses structures morphologiques proposées par nos auteurs, en illustrant la taxonomie de règles proposée par des exemples tirés de codes juridiques. Nous distinguerons entre autres trois genres de typologies : technique, fonctionnelle et formelle. Cet effort d'illustration fera ressortir que la même règle de droit peut être classifiée ou distinguée de diverses façons par chaque taxonomie. Nous serons ainsi amené à nous interroger sur la façon dont ces diverses classifications ont elles-mêmes été effectuées et nous aurons de nouveau à reconnaître le rôle primordial de la subjectivité dans la constitution de la signification d'un phénomène.

1 - LA TYPOLOGIE TECHNIQUE : KELSEN

Nous examinerons en premier lieu la typologie technique. Tout d'abord, précisons que par technique nous entendons ce qui est propre à la pratique de la science du droit. L'approche technique de l'ordre juridique cherche à distinguer les divers types de règles d'après la pratique juridique. Elle se veut très proche de la "réalité" juridique et conçoit le système juridique comme une hiérarchie de règles : constitutionnelles, législatives, administratives et juridiques. Kelsen a fondé sa description de la structure du droit sur une telle hiérarchisation de règles. Amselek et Goyard-Fabre adoptent une perspective que nous avons qualifiée de fonctionnelle car ils cherchent à décrire les types de règles d'après leur fonction, leur activité particulière. L'ordre juridique, selon Goyard-Fabre, comprend des règles permissives et injonctives alors que, selon Amselek, il se compose de normes de qualification et de normes-critères. Une troisième typologie, celle de Hart, divise le droit en règles primaires et secondaires. De plus, elle revêt un caractère formel du fait qu'elle examine les règles sous un aspect abstrait, aspect qui veillerait à leur organisation. Cette approche qualifie les règles selon une modalité particulière qu'elles auraient dans le système de droit.

Kelsen ne conceptualise pas les règles du droit dans un schéma étranger à celui de la pratique juridique ; il vise la compréhension des normes juridiques du point de vue de leur fabrication et de leur utilisation au sein de la pratique juridique. La hiérarchisation des règles consiste, en fait, en un effort de rationalisation de la pratique juridique ; elle se situe au point d'arrivée d'une réflexion ayant pour but la rationalisation de la fabrication des normes juridiques. Il ne se produit pas dans le cadre de la perspective technique du fait juridique, un véritable phénomène de transformation identique à celui que l'on pourrait retrouver dans une perspective -comme les perspectives formelle ou rationnelle- qui permettrait de rationaliser, non pas la

fabrication des normes, mais les normes elles-mêmes. La typologie technique pose diverses sortes de règles, normes constitutionnelles, normes législatives et administratives, en vue de rationaliser les modes d'élaboration du droit. Elle tâche de mettre de l'ordre à l'intérieur de l'ordre juridique en précisant les divers niveaux qui le constituent. Nous croyons pertinent, bien qu'il soit assez long, de citer un passage de Kelsen qui montre bien l'approche technique que l'auteur effectue vis-à-vis de la structure du droit.

> L'incitation au meurtre émanant d'un agitateur politique n'a pas la signification d'une norme morale, car elle n'est pas fondée sur une autre norme qui conférerait directement ou indirectement à cet agitateur l'autorité d'édicter des normes obligatoires.
>
> On retrouve la même différence entre l'acte d'un brigand qui contraint sa victime à lui verser une somme d'argent et celui d'un fonctionnaire obligeant un contribuable à payer ses impôts. Subjectivement les deux actes ont la même signification, mais objectivement le second seul constitue une norme juridique, car des normes d'un caractère général créent l'obligation de payer des impôts et attribuent la qualité de fonctionnaire au percepteur. A leur tour ces normes générales ont été créées par des actes qui sont interprétés comme des applications de la constitution. La validité de la loi fiscale repose donc sur la constitution et la validité du commandement de payer l'impôt découle de cette loi, tandis que l'injonction du brigand n'est pas fondée sur la constitution.
>
> ... La constitution à son tour peut avoir été établie conformément aux règles contenues dans une constitution antérieure, mais il y aura toujours une première constitution au-delà de laquelle il n'est pas possible de remonter.
>
> ... L'acte par lequel la première constitution a été créée ne peut être interprété comme l'application d'une norme juridique antérieure. Il est donc le fait fondamental de l'ordre juridique issu de cette constitution. Son caractère juridique tout entier est fondé sur la supposition que la première constitution était un ensemble de normes juridiques valables.
>
> Cette supposition est elle-même une norme, car elle signifie qu'il faut observer les règles contenues dans la première constitution. Elle est ainsi la norme fondamentale

> de l'ordre juridique issue de cette constitution. Elle n'est cependant pas une norme du droit positif, n'ayant pas été "posée", mais seulement supposée (26).

Ce passage démontre bien la réflexion kelsénienne qui a pour but de rationaliser la création des instruments juridiques et l'usage auxquels ceux-ci se prêtent.

Ainsi le droit, selon Kelsen, est un ensemble de normes hiérarchisées et le caractère fondamental de l'ordre juridique est d'être un ordre hiérarchisé : les normes juridiques s'agencent entre elles de cette manière et forment un ordre unifié parce qu'en dernière analyse elles reposent sur une norme unique et fondamentale, la *Grundnorm*, qui détermine l'appartenance d'une norme à un ordre juridique. Une norme juridique n'est pas valable du fait qu'elle a un certain contenu mais parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, en conformité avec une norme supérieure. Les normes juridiques forment ainsi une hiérarchie ou une pyramide. La norme principale détermine comment les normes du premier degré peuvent être édictées, les normes du premier les normes du second degré, et ainsi de suite. Aux normes juridiques du dernier degré au bas de la pyramide

(26) Hans Kelsen, Théorie pure du droit, 1ère éd., trad. par Henri Thévenaz, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953, p. 37-38.
Selon Simone Goyard-Fabre, Kelsen distinguerait les règles juridiques de la façon suivante :

> Kelsen, dans sa Théorie pure du droit, p. 20, semble prôner une classification bipartite des normes juridiques : il existe, selon lui, une "réglementation positive" et une "réglementation négative".
> La règle est, dit-il, de type positif quand "elle commande soit une action déterminée, soit l'abstention d'une certaine action" ; en second lieu, quand "elle confère à un individu le pouvoir de provoquer au moyen d'une certaine action des conséquences définies par l'acte normatif" ; en troisième lieu, quand "elle permet à un individu d'agir d'une manière qui, de façon générale, est défendue". C'est donc essentiellement, d'après Kelsen, la réglementation positive qui ordonne, habilite ou permet. Quant à la réglementation négative, elle s'attache aux cas où "telle action ou telle abstention n'est ni défendue expressément par une de ses normes, ni positivement permise par une norme spéciale dérogatoire à la norme générale de prohibition" (Théorie pure du droit), p. 21).
> Ainsi, pour Kelsen, "ne vole pas" serait une règle positive ; inversement, "tout ce qui n'est pas défendu est permis" serait une règle négative. (Essai de critique phénoménologique du droit, Paris, Librairie Klincksieck, 1972, p. 96, n. 42).

Nous avions le choix de faire la critique soit de cette classification, soit de notre typologie technique. Nous n'avons cependant pas opté pour celle-là car nous aurions alors eu trois exemples de typologie fonctionnelle et aucun de typologie formelle. Et le choix de cette dernière nous permettrait de mieux faire ressortir le rôle de la subjectivité dans la constitution de la structure juridique en démontrant que les trois étaient équivalents, infra, partie B 3, "La typologie formelle : Hart".
Nous croyons également avoir abordé ce point sous un autre aspect lorsque nous examinions les différents sens de "devoir" et "pouvoir", supra, partie A 2, "Essai de fondement de la normativité comme point de départ pour une approche radicalement positive".

juridique correspondent des actes qui sont l'exécution des directives imposées par les règles. La constitution est valable parce qu'elle est légitimée par une autre constitution qui la précédait ; c'est ainsi qu'on en arrive à un point qui est celui d'une constitution historiquement première, c'est-à-dire qui ne dérive pas d'une loi juridique antérieure. Cependant la validité de cette constitution se trouve fondée par une norme supposée et hypothétique, la *Grundnorm*, car seulement une norme peut valider une autre norme. Mais qu'en est-il en réalité ? Que nous disent effectivement les textes juridiques ? Regardons les lois constitutionnelles, législatives et administratives et comparons-le au point de vue de Kelsen.

Dans son exposé du droit, Kelsen succombe à la tentation de l'architectionisme (26 a). La structure du droit n'est pas une véritable hiérarchie de normes car la norme juridique supérieure n'établit pas de normes pouvant régir les normes inférieures ; en effet, la norme principale régit l'acte par lequel des normes inférieures sont créées.

> Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics, seront prises en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, par Ordonnance ayant force de loi (27)

Cet article ne détermine pas la validité des normes inférieures mais la validité des actes qui peuvent ou ne peuvent pas créer des normes inférieures. La relation hiérarchique, telle que supposée par Kelsen, est en réalité une relation d'une norme juridique à un acte créant une norme juridique ; la relation, par conséquent, en est une de norme à acte et non de norme à norme. Sauf dans un cas limite, qui d'ailleurs se retrouve au bas de l'échelle, Kelsen confond la norme juridique avec l'acte créant une norme.

2 - LA TYPOLOGIE FONCTIONNELLE : GOYARD-FABRE ET AMSELEK

L'approche fonctionnelle se révèle plus heureuse dans son explication des diverses sortes de règles juridiques et de leurs liens car, au lieu d'ériger le droit en pure structure de normes, en hiérarchie rigide qui ne s'accorde pas avec la complexité de la réalité juridique, elle classifie la règle juridique d'après la fonction qui lui est propre dans l'ordre juridique. Cette activité

(26 a) Sur ce point, nous avons adopté la critique de Paul Amselek qu'il a exposée dans une conférence à la Faculté de droit, Université de Dijon, le 9 novembre 1977.
(27) Constitution du 4 octobre 1958, article 92.

de classification a une orientation téléologique puisque l'attitude fonctionnelle est motivée par le but inhérent à la règle. On identifie les types de règles composant le droit en identifiant le mode de conduite ou l'activité qui fait l'objet de la norme. Goyard-Fabre et Amselek adoptent cette méthode de distinction des règles : la fin de la "règle" "-permission", qualification, interdiction ou commandement- détermine sa nature et la structure du système juridique sera alors perçue au travers de ces diverses sortes de règles et des liens qu'elles entretiennent.

Goyard-Fabre distingue deux sortes de règles : celles qui sont permissives et celles qui sont injonctives. La règle permissive autorise et rend légitime un type de comportement : "elle autorise un sujet de droit à accomplir tels actes dès lors estimés juridiquement licites" (28). Elle crée un pouvoir-faire. Goyard-Fabre utilise comme exemple l'article 544 du *Code civil* (29).

> La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (30).

L'examen de la fin de la norme, son "motif" "-permettre" une certaine action ou une série d'actions- détermine le type de règle : l'article 544 est une norme permissive car il confère un certain pouvoir au propriétaire. Des règles simplement permissives, Goyard-Fabre en distingue qui sont à la fois permissives et habilitantes ; ces normes permettent non seulement une action, mais elles habilitent le sujet de droit d'une certaine compétence à faire quelque chose. Ainsi l'article 268 :

> Le président (des assises) est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité (31).

La règle permissive qui précède crée un pouvoir mais il existe néanmoins, selon Goyard-Fabre, une différence intrinsèque entre ce pouvoir et celui du propriétaire car, dans le premier cas, seul un droit est créé tandis que, dans le second, un devoir s'ajoute au droit lors de la création même de celui-ci. L'usage de son pouvoir par le propriétaire est facultatif ; aucune obligation n'est associée à cet usage. Cependant, la norme de permission-habilitation accomplit deux choses que la norme permissive ne fait pas ; dans

(28) Goyard-Fabre, supra n. 26, p. 93.
(29) Ibid., p. 92-93.
(30) Code civil, article 544.
(31) Code d'instruction criminel, article 268.

un premier temps, elle définit un agent juridique et, ensuite, elle lui confère un pouvoir spécifiquement juridique. Le droit reconnu par l'article 544 diffère de celui que crée l'article 268 car celui-là n'est qu'une autorisation ou une permission de faire quelque chose, tandis qu'associé à l'article 268 le droit devient un devoir. L'article 268 ne permet pas seulement au président de la cour d'assises de prendre les mesures jugées utiles pour découvrir la vérité, mais il exige également que de telles mesures soient prises. Au pouvoir est joint un devoir. Dans la mesure où elle est habilitante, cette norme peut également devenir obligatoire. Ici, droit et devoir ne s'opposent pas mais sont indissolublement liés. Ainsi les pouvoirs du maire, de la police, des fonctionnaires et du Président de la République, tels que définis par diverses lois, législatives et constitutionnelles, sont également sources d'obligations. Les normes injonctives forment l'autre sorte de règles juridiques. Là où les règles permissives et permissives-habilitatrices ont toujours une forme positive, les règles injonctives se présentent indifféremment sous une forme négative ou positive.

> Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité (32).

La règle injonctive crée toujours un devoir-faire : elle énonce ce qu'il faut ou ne faut pas faire. A la différence de la norme habilitatrice, elle ne s'adresse pas à un seul sujet ou organe juridique, même dans sa forme positive. Norme habilitatrice et règle injonctive créent chacune un devoir-faire mais la première ne s'adresse qu'à un sujet ou qu'à un organe juridique, tandis que la norme injonctive s'adresse à n'importe qui. C'est à partir de la fonction attribuée à la règle que Goyard-Fabre analyse celle-ci ; le mode d'activité visé par la "règle" "-permettre", habiliter, obliger ou interdire- en détermine les divers types. L'analyse fonctionnelle de la structure juridique repose sur une approche téléologique des divers règles.

Il est aisé de bien se rendre compte de cela lorsqu'on examine une autre classification fonctionnelle, celle d'Amselek. Ici encore, la finalité inhérente à la règle sert de principe d'analyse et détermine la nature des liens entre les normes qui forment le système juridique. Là où Goyard-Fabre distinguait des normes permissives et injonctives, Amselek, lui, distingue deux grands ordres de normes juridiques : les normes de qualification et les normes critères. Les normes de qualification délimitent le

(32) Code civil, article 545, Code civil, 792 éd., Dallos, p. 321.

sujet juridique (33), lequel sujet juridique a un sens beaucoup plus étendu chez Amselek que chez Goyard-Fabre. Pour celle-ci, l'expression "sujet juridique" définissait les personnalités ou les organes accomplissant une fonction étatique -conseiller municipal, magistrat, fonctionnaire, etc. (34)- tandis que pour Amselek le "sujet juridique" est tout sujet défini ou qualifié par les normes juridiques, qu'il soit simple citoyen ou bien employé de l'état (35). Il s'en suit donc que la norme permissive-habilitatrice, créant à la fois un droit et une obligation pour le seul sujet juridique, d'après Goyard-Fabre, ne se présente plus du tout sous cet aspect chez Amselek ; celui-ci remplace la norme permissive-habilitatrice par la norme de qualification qui précise les attributs, soit du "sujet juridique", soit du "citoyen", afin que ce sujet ou ce citoyen soit soumis à des droits et devoirs imposés éventuellement par la norme de compétence (36). Nous pouvons également percevoir une deuxième classe de normes dans la théorie d'Amselek : les normes-critères ou les règles de buts ; ce sont celles qui déterminent si le moyen utilisé ou le but atteint est permis (37).

La catégorie, norme de qualification, regroupe sous elles toutes les autres sortes de normes, sauf les normes critères. Les règles de qualification sont des normes-conditions car elles stipulent les conditions dans lesquelles quelqu'un est sujet aux normes juridiques : ces "normes juridiques... statuent les conditions auxquelles un individu (ou un groupe d'individus) sera justiciable de normes juridiques" (38). Ainsi la norme de qualification précise les qualités qu'un sujet doit posséder pour être soumis à la norme créant des devoirs et des obligations, la norme de compétence. Bref, la norme de qualification spécifie le statut juridique des personnes, c'est-à-dire qu'elle établit qui tombera sous la juridiction de la loi. En voici un exemple :

> Tous les citoyens français de sexe masculin doivent le service national de dix-huit à cinquante ans. Ils accomplissent les obligations d'activité s'ils possèdent l'aptitude nécessaire et médicalement constatée (39).

L'article qui précède serait une norme de qualification pour Amselek car il pose les conditions du service national ; il détermine les qualités du sujet justiciable face aux lois régissant

(33) Amselek, supra n. 1, p. 86.
(34) Goyard-Fabre, supra n. 26, p. 93-95.
(35) Amselek, supra n. 1, p. 86-87.
(36) Ibid., p. 86.
(37) Ibid., p. 124.
(38) Ibid., p. 86.
(39) Loi n° 71-424 du 10 juin 1971, article 3.

le service militaire. Il nous semble qu'Amselek conçoit ces normes de compétence comme étant subordonnées aux normes de qualification, celles-ci étant logiquement antérieures à celles-là parce qu'on ne peut pas statuer des droits et des obligations sans définir un sujet ; en outre, les droits et les devoirs sont toujours des droits et des devoirs pour quelqu'un. Les droits ou les devoirs ayant été déterminés, l'individu peut avoir certains pouvoirs ainsi que certaines obligations qui sont définis par les normes de compétence. Ces dernières sont "les normes juridiques dont l'individu, remplissant les conditions précédentes (c'est-à-dire celles stipulées par les normes de qualification), est justiciable" (40). Les normes de compétence sont des normes habilitatrices ; elles peuvent être soit permissives, soit impératives. Voici un exemple de norme facultative ou permissive.

> Le ministre des beaux-arts peut toujours, en se conformant aux prescriptions de la loi du 3 mai 1841, poursuivre au nom de l'Etat l'expropriation d'un immeuble déjà classé ou proposé pour le classement en raison de l'intérêt public qu'il offre au point de vue de l'histoire ou de l'art (41).

Cette norme en est une de compétence. Elle confère un droit ; elle ne donne pas un modèle de conduite, mais un modèle d'action possible. Le ministre des beaux-arts peut, et en a le droit, procéder à l'expropriation de certains immeubles. Examinons maintenant un autre exemple de norme de compétence ; à présent, cependant, la norme devient impérative ou obligatoire.

> Les hommes soumis aux obligations du service national sont tenus, à partir du moment où ils ont été recensés, de faire connaître tout changement de domicile et de résidence à la brigade de gendarmerie ou du consulat de leur nouveau domicile ou de leur nouvelle résidence (42).

Cette norme est, elle aussi, une norme de compétence, mais elle constitue une obligation, rend obligatoire la conduite décrite. Elle donne un modèle de conduite, un devoir-faire.

Les normes injonctives de Goyard-Fabre apparaissent soit comme des normes de compétence, soit comme des normes de qualification dans la classification d'Amselek. L'exemple de norme injonctive de Goyard-Fabre se transforme en exemple de norme de qualification pour Amselek et ne devient nullement un

(40) Amselek, supra n. 1, p. 86.
(41) Loi du 31 décembre 1913, article 6.
(42) Loi n° 71-424 du 10 juin 1971, article 21.

modèle de norme de compétence ; en effet, cette norme de qualification définit celui qui peut être contraint de céder sa propriété tandis que l'exemple de la norme de compétence impérative donné ci-haut illustre la norme qui est qualifiée d'injonctive dans la taxonomie de règles dressée par Goyard-Fabre. Cependant il est important de noter que, malgré cette façon différente d'envisager la fonction d'une règle, la structure des règles et les liens qui les unissent au sein de l'ordre juridique, il se peut fort bien que l'une et l'autre typologies fonctionnelles décrivent adéquatement la morphologie du système juridique.

Passons maintenant au deuxième groupe de normes posé par Amselek, celui de normes-critères. Ce sont elles qui rendent possible l'appréciation de la conformité ou de la non-conformité à la loi des moyens utilisés pour atteindre un but. Les normes-critères visent alors deux objets : les buts et les moyens ; elles nous permettent, d'une part, "de juger... si le but effectivement atteint est ou non conforme au but prescrit" et, d'autre part, de juger "si le moyen mis en oeuvre pour l'atteindre est ou non conforme au modèle de moyen impliqué par le but prescrit et comme immanent à lui" (43). Voici un exemple de la norme-critère de moyen.

> L'appréciation de la conformité (des lois) à la Constitution est faite sur le rapport d'un membre du Conseil dans les délais fixés par le troisième alinéa de l'article 61 de la Constitution (44).

La norme-critère nous permet de juger si le moyen utilisé pour atteindre le but est ou non conforme au modèle de moyen permis par la Constitution. Or, l'article 6 de la Constitution dit :

> Le président de la République est élu pour sept ans au suffrage universel direct.
> Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique (45).

La loi organique a donc pour but de fixer les modalités de l'élection du président tandis que le moyen prévu pour élire ce président est le suffrage universel direct. Ainsi la loi organique qui voit aux modalités d'application de l'article 6, telle que la définition des candidatures et des électeurs, cette loi organique, disions-nous, doit respecter le suffrage universel direct. L'article 19 de l'ordonnance n° 58-1067 précédemment cité nous permet

(43) Amselek, supra n. 1, p. 124.
(44) Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, article 19.
(45) Constitution du 4 octobre 1958, article 6.

de juger si le moyen, la loi organique, mis en oeuvre pour atteindre le but, l'élection du président, est ou non conforme à la Constitution. Examinons à présent un exemple de la norme-critère de but.

> Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du président de la République.
> Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin (46).

Cette norme nous permet de déterminer si le but atteint, l'élection du président, est ou non conforme au but prescrit ; elle garantit la régularité de son élection.

Cependant nous ne voyons pas l'utilité de poser des normes-critères telles que les entend Amselek car les normes-critères peuvent être résorbées dans les normes de compétence. L'article 19 de l'ordonnance n° 58-1067 et l'article 58 de la Constitution, normes-critères respectivement de moyen et de but, définissent aussi des pouvoirs et des devoirs du Conseil constitutionnel, et la définition des droits et des obligations constitue la fonction même de la norme de compétence. Il apparaît donc inutile de former une catégorie distincte réservée exclusivement aux normes-critères car toutes les normes, en tant que normes, qu'elles soient de compétence ou bien de qualification, seront aussi des normes-critères. Au lieu d'imposer un cadre pour la conduite future, la norme-critère fournit une grille d'appréciation d'une conduite passée. Mais ce rôle peut être joué par la même norme qui oriente les conduites à venir. Cette deuxième catégorie de normes proposée par Amselek s'insère dans la logique de la perspective fonctionnelle où il s'est situé pour déterminer la typologie des règles d'un système juridique. Une fonction de la norme consiste à nous permettre de jauger la conformité ou la non-conformité d'un comportement face à la norme. Une autre de ses fonctions vise à établir un modèle pour l'action. Dans le premier cas, la norme sert de critère pour juger un comportement et c'est cette fonction qui révèle à quel type de norme nous avons affaire, en l'occurrence la norme-critère. Dans le deuxième cas, la norme impose un modèle à l'action. C'est ce rôle qui détermine son caractère de norme de compétence, permissive ou impérative. En somme, c'est la fonction, c'est-à-dire ce pour quoi elle est employée, qui est le critère déterminant à quel type de règle nous avons affaire. Etant donné les diverses façons dont nous pouvons user de la norme, elle peut alors

(46) Constitution du 4 octobre 1958, article 58.

prendre des formes différentes ; ainsi, on perçoit clairement l'aspect téléologique de la classification fonctionnelle.

Les typologies fonctionnelles de Goyard-Fabre et d'Amselek, à partir d'un rôle de la règle dans l'ordre juridique, déterminent la nature de cet ordre. Une approche de ce genre a des répercussions sur le problème de la recherche des liens existant entre les normes qui composent l'ordre juridique. Le système juridique est toujours conçu comme un ensemble de normes interdépendantes, mais les liens unissant ces normes ne sont plus considérés du point de vue des rapports de validité entre les diverses couches de normes, comme ils le sont dans la typologie kelsénienne. Les liens entre les différentes règles de l'ordre juridique sont maintenant tissés par l'organisation spéciale des normes selon leur fin.

3 - LA TYPOLOGIE FORMELLE : HART

A la différence de Goyard-Fabre, d'Amselek et de Kelsen, Hart effectue une approche plus formelle au problème de la structure du système juridique. Au lieu de regarder la fonction ou le rôle pratique de la règle pour déterminer quels en sont les types qui composent l'ordre juridique, Hart essaie de mettre en évidence les rapports que les règles, sur ce plan abstrait, entretiennent entre elles. Hart reconnaît des règles qui sont d'un premier degré et d'autres qui appartiennent à un second degré ; les règles primaires appellent des obligations : elles imposent des droits et des devoirs ; les règles secondaires concernent la reconnaissance, le changement et l'adjudication des normes d'obligation : elles agissent sur les règles primaires en les changeant, en créant de nouvelles et en déterminant si elles ont été enfreintes (47). Cette division des règles juridiques en deux groupes est abstraite et formelle parce qu'elle ne se réfère pas immédiatement à la structure des règles. Une meilleure compréhension du droit est possible, dit Hart, en concevant le droit comme une "structure qui résulte de l'articulation de règles primaires d'obligation et de règles secondaires de reconnaissance, de changement et de décision" (48). Il y a un jeu réciproque entre les diverses règles du second degré et celles du premier degré. Cette complémentarité entre les deux couches est caractéristique d'un système juridique. En effet, un système de droit ne se limite pas à imposer des lois d'obligation mais il fournit également des normes qui nous permettent, d'une part, de reconnaître quand une nouvelle loi d'obligation est créée ou quand elle est changée et, d'autre part, de déterminer si une loi spécifiant des droits et des

(47) Hart, supra n. 22, p. 91-95.
(48) Ibid., p. 95.

devoirs a été violée. Alors Hart propose d'ajouter aux règles secondaires des règles de reconnaissance spécifiant que certains éléments ou que certains aspects sont nécessaires pour qu'une règle primaire d'obligation puisse être reconnue comme faisant effectivement partie d'un système juridique. Un exemple :

> La loi est votée par le Parlement.
> La loi fixe les règles concernant :
> - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ;
> - les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens... (49).

Cet article, en son premier alinéa, habilite le Parlement à créer des lois. Aux alinéas suivants, la matière de la loi est précisée. Avant qu'un article prenne force de loi, il doit être voté par le Parlement et doit porter sur une juridiction qui lui est attribuée. L'article 34 remplit donc la fonction d'une règle de reconnaissance. Les règles de reconnaissance ne nous permettent pas seulement de reconnaître des obligations comme juridiquement valables, dit Hart, mais elles peuvent aussi fonctionner comme des règles de changement : ces dernières nous indiquent qui peut poser de nouvelles règles primaires et à quel moment les anciennes règles d'obligation sont changées ou abolies. L'article suivant est une règle secondaire de changement :

> Le projet ou la proposition de révision de la Constitution doit être voté par les deux assemblées en termes identiques (50).

Cet exemple décrit les modalités qui doivent être suivies pour changer certaines règles primaires et même secondaires. Cependant la règle de changement et la règle de reconnaissance ne doivent pas être obligatoirement des lois constitutionnelles. Une loi prévoyant qu'un ministre peut poser certains règlements ou les changer serait aussi une règle secondaire de reconnaissance ou de changement. En dernier lieu, des règles d'adjudication autorisent quelqu'un à déterminer si une règle primaire a été transgressée.

> La cour d'assises a plénitude de juridiction pour juger les individus renvoyés devant elle par l'arrêt de mise en accusation (51).

(49) Constitution du 4 octobre 1958, article 34.
(50) Constitution du 4 octobre 1958, article 89.
(51) Code de procédure pénale, article 231.

Dans ce cas, c'est la cour d'assises qui peut décider si un certain type d'obligation n'a pas été respecté.

Cette structure qui résulte de l'union entre les règles d'obligation et des règles de reconnaissance, de changement et d'adjudication est le "coeur" d'un système juridique et elle est, selon Hart, un outil puissant pour l'analyse du concept du droit. Elle a un pouvoir explicatif qui s'étend jusqu'à recouvrir les problèmes de la validité de la loi, de l'état, de l'autorité d'un fonctionnaire et de la sanction. Cependant les règles du second degré créent aussi des droits et des devoirs. L'article 89 de la Constitution, présenté ci-haut comme une règle secondaire de reconnaissance, impose aussi une obligation -l'obligation pour quiconque voudrait changer la Constitution de suivre la procédure qu'elle fixe. Et la règle d'adjudication, celle énoncée à l'article 231 du *Code de procédure pénale*, est aussi une norme permissive-habilitatrice dans la typologie fonctionnelle de Goyard-Fabre, ou une norme de compétence selon Amselek. La norme secondaire ressemble beaucoup à la norme permissive-habilitatrice : en effet, celle-ci définit un "agent juridique" et lui donnait un certain pouvoir "juridique" qui était associé à une obligation "juridique", l'épithète "juridique" signifiant, d'une manière spécifique, une fonction étatique. Plusieurs règles dites de second degré prennent cette forme ; les articles 34, 89 et 231 se réfèrent à des organes "juridiques", étant entendu que "juridique" a précisément le sens que lui attribue Goyard-Fabre. Il faut aussi noter que la distinction hiérarchique des règles telle qu'établie par la typologie technique de Kelsen disparaît dans les classifications fonctionnelles et formelles : celles-ci ne font aucune distinction entre les lois constitutionnelles, les lois législatives, les arrêts et les décrets ; toutes les normes, peu importe le niveau où elles se situent, seront soit permissives ou injonctives selon Goyard-Fabre, soit de compétence ou de qualification selon Amselek. D'après la classification de Hart, les règles constitutionnelles, administratives et législatives sont susceptibles d'être ou des règles primaires ou des règles secondaires.

4 - LA SUBJECTIVITE ET LA STRUCTURE DU DROIT

Cette équivalence que nous pouvons établir entre les diverses taxonomies de règles doit nous conduire à mettre en question les procédures qui chercheraient à dévoiler la morphologie d'un système juridique en distinguant les diverses sortes de règles qui le composent. Or, il appert que cette approche souffre d'un manque : tout ce qu'elle peut nous livrer, en effet,

ce sont diverses séries de types de règles dissemblables, chacune de ces séries étant complète en elle-même. Les nombreuses classifications mettent en lumière des rapports que les multiples sortes de lois entretiennent entre elles et, dans cette mesure, toutes les classifications se valent. C'est d'ailleurs pourquoi à ce niveau pratique nous avons pu établir des équivalences entre les divers systèmes de règles qui ont été proposés. Mais il ne suffit pas de dire que ces diverses taxonomies se valent à un niveau pratique ; il faut de plus savoir pourquoi elles se valent également au plan épistémologique. Pour cela, il est nécessaire d'examiner comment les auteurs à l'étude ici ont procédé pour dresser leur classification des règles juridiques. Dans chacune des structures qu'ils ont échafaudées, une idée a joué un rôle prépondérant au cours de l'analyse, que ce soit celle de la validation de la règle juridique par une norme supérieure, celle d'un but inhérent à la règle, ou celle encore d'une conception formelle des rapports entre les règles. Il importe de noter que, dans chacune de ces trois approches, le critère d'analyse est différent. Le critère convient parfaitement dans la mesure où il définit la série complète des relations que les diverses propositions normatives d'un ordre juridique entretiennent entre elles. S'il peut donner une image adéquate de la structure juridique, l'usage de ce critère se trouve alors justifié. Ce qui doit nous servir de critère ne peut résulter d'un choix a priori : il peut s'avérer plus pratique de concevoir une chose, telle qu'une règle, en prenant un phénomène comme critère dans un certain cas vu la fin recherchée ; mais, dans d'autres cas, on peut vouloir concevoir les règles d'après des phénomènes qui sont perçus dans la première analyse comme étant simplement des phénomènes concomitants. Un critère a pour rôle d'expliquer une chose ; or, on le choisit en fonction de l'explication à fournir. Le critère peut et va changer d'un type d'explication à un autre et cela même si l'objet qu'on cherche à expliquer, en l'occurrence la structure des règles juridiques, demeure le même. Le critère classificatoire de la règle, dans une typologie donnée, ne nous est pas fourni par cette règle elle-même mais par le type d'explication structurelle qui est proposé. Le droit n'apparaît donc plus comme une structure ayant une signification en soi. Mais avant d'examiner le rôle que tient la subjectivité dans l'élaboration de la structure juridique, voyons comment Hart justifie son système de normes du premier et du second degrés.

De même qu'une simple lecture de la loi s'était révélée incapable de laisser apparaître la notion de règle -notion où se rejoignent un grand nombre de théoriciens contemporains- sans faire appel à un "apport interne" du sujet, de même la compréhension du droit comme une structure de règles doit, elle

aussi, faire appel à un apport interne. La structure formelle du droit qui pose deux paliers de normes est, selon Hart, une extension du rôle joué par l'aspect interne du droit. Nous avons vu que la reconnaissance de règles comme règles, c'est-à-dire comme imposant des obligations, implique une référence à l'aspect interne. Ces règles d'obligations, ou règles du premier degré, constituent la manifestation la plus simple de l'aspect interne. Les règles secondaires en sont une extension.

> Sous le simple régime des règles primaires, le point de vue interne se manifeste sous sa forme la plus élémentaire... En ajoutant au système des règles secondaires, le champ de ce qui peut être dit et accompli du point de vue interne se trouve fort étendu et diversifié. Cette extension s'accompagne de toute une série de nouveaux concepts qui font appel, dans leur analyse, à une référence au point de vue interne (52).

Nous avons également vu que les règles secondaires peuvent aussi nous apparaître comme des règles primaires d'obligation ; nous savons maintenant que c'est parce qu'elles se ressemblent du point de vue externe mais tout en se distinguant de l'intérieur. Une saisie de la règle comme règle du second degré, comme critère de changement, de reconnaissance ou d'adjudication, nécessite une référence à l'aspect interne. La reconnaissance de l'aspect interne permet non seulement l'analyse du droit en règles d'obligation mais aussi en règles du premier et du deuxième degrés, tandis que la méconnaissance de ce point de vue limite l'analyse à une énumération de faits extérieurs ; l'aspect interne rend possible la perception des rapports qu'entretiennent les actes normateurs et adjudicateurs avec les normes primaires.

Nous savons que le recours au point de vue interne pour justifier la signification normative de la loi nous mène, en dernière analyse, au rôle caché de la conscience dans la constitution intersubjective du sens normatif du phénomène juridique. Ce second recours de Hart à l'aspect interne, cette fois-ci pour expliquer la structure du droit, nous conduit aussi à une extension et à une diversification du rôle de la subjectivité qu'il faut maintenant tirer au clair. Quoiqu'elles se ressemblent extérieurement, les règles se distinguent, de l'intérieur, du fait que l'aspect interne rend possible la reconnaissance de leur différence formelle dans la structure du droit. Les rapports entre les règles ne sont plus conçus par Hart d'un point de vue technique ou fonctionnel ; il s'intéresse plutôt au rapport formel

(52) Hart, supra n. 22, p. 96.

entre les diverses règles indépendamment de leur contenu et l'aspect interne sert de cadre au sein duquel peuvent être schématisés leurs rapports. En distinguant les règles du premier degré des règles du second degré par le biais de l'aspect interne, l'approche formelle permet d'élaborer une structure abstraite du droit qui dépend, en fait, du sujet. Le sujet se place hors de la règle pour ensuite la concevoir à partir des rapports qu'il entretient avec elle. Afin de saisir la dimension obligatoire de la règle, il nous fallait recourir à l'aspect interne, et non pas nous limiter à la perspective du spectateur étranger à la réglementation juridique. De même, la saisie des rapports entre les règles du premier et du second degré doit se faire dans un contexte qui échapperait, comme le reconnaît Hart, à une perspective "scientifique". Hart, toutefois, ne s'aperçoit pas que le rejet de l'approche scientifique au problème du concept de la loi exige l'abandon également de toute approche objective ou en soi du droit et que, de plus, ce rejet doit découler du recours, pour une meilleure compréhension du droit, à l'aspect interne. C'est l'aspect interne, ou la subjectivité, qui permet de percevoir à la fois la normativité dans le droit et la structure des règles primaires et secondaires. Toutefois, l'aspect interne masque toujours la subjectivité et, lorsque la subjectivité est finalement reconnue comme étant paradoxalement, le garant de l'objectivité du concept du droit, toute approche objective ou en soi du droit se trouve mise en cause. En conclusion, les rapports existant entre les règles ne peuvent être perçus que du point de vue du sujet du droit, d'un sujet qui ne se désintéresse pas de la signification que prend le phénomène juridique pour lui.

LES PROBABILITES MATHEMATIQUES CLASSIQUES ET LE TRAITEMENT DES FAITS EN CONTEXTE JUDICIAIRE : UN DEBAT

Par Danielle PINARD
Professeur à la Faculté de Droit, Université de Montréal

INTRODUCTION

1. RICHARD EGGLESTON ET LE SYSTEME PASCALIEN

2. JONATHAN COHEN ET LE SYSTEME BACONIEN

3. CERTAINES DIVERGENCES

    3.1. La règle de complémentarité

    3.2. La règle de multiplication

    3.3. La preuve au-delà du doute raisonnable

    3.4. Le théorème de Bayes

CONCLUSION

INTRODUCTION

Les faits sont les parents pauvres du droit (1). Les études sur le raisonnement ou la logique judiciaire ne portent généralement que sur le traitement des règles de droit, ou encore sur l'application de ces dernières aux faits d'une espèce particulière. De même, les motifs que l'on retrouve dans les décisions judiciaires, qu'ils soient indicatifs du processus de la prise de décision ou encore de la nature d'une justification ex *post facto*, ne discutent en général que des questions de droit. Comme si les faits allaient de soi, relevaient de l'évidence, et ce tant pour leur établissement que pour leur qualification. L'activité judiciaire relative aux faits se déroule dans le noir, et dans la liberté la plus absolue (2). Cette activité échappe au contrôle en appel, est étrangère aux règles contraignantes relatives aux précédents (3). Les mécanismes de contrôle de l'irrationnel en droit (4) ont principalement pour objet les questions de droit, les faits leur échappent. Les juges parlent des faits dans un langage qui en est essentiellement un de conclusion. Les faits qui serviront de fondement à la décision (5) arrivent on ne sait trop d'où. Ils sont là.

La liberté du juge n'est nulle part ailleurs plus entière qu'au niveau de l'établissement et de la qualification des faits. Et pourtant, cette étape du raisonnement judiciaire en est une importante, souvent déterminante. L'activité judiciaire relative aux faits est tout aussi normative que celle relative au droit (6).

---

(1) Un postulat essentiel est ici qu'il existe effectivement une distinction entre faits et droit. On pourrait cependant s'interroger sur la validité de cette distinction, et, notamment, sur les critères et les conséquences de la classification d'un élément comme question de fait ou question de droit. Voir par exemple, J.D. Jackson, "Questions of Fact and Questions of Law", in W. Twining (ed), Facts in Law, Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, Franz Steiner Verlag GMBH, Wiesbaden, 1983, p. 85.

(2) Notons que l'on se place ici au moment où tous les éléments de preuve sont validement devant le juge des faits. Le raisonnement quant aux faits nous préoccupe ici et non pas les règles de preuve, comme, par exemple, celles relatives à l'admissibilité.

(3) Ce texte porte sur un débat qui a eu lieu en droit anglais, et on y retrouvera inévitablement certains concepts propres à ce droit, ou encore qui prennent dans son contexte une signification particulière.

(4) G. Grzegorczyk, "La rationalité de la décision juridique", in Formes de rationalité en droit, Archives de philosophie du droit, Tome 23, Paris, 1978, p. 237 à la p. 241.

(5) De plus, ne peut-on pas se demander si, dans la majorité des cas, l'établissement des faits ne constituera pas, en réalité, l'étape décisive de la décision judiciaire ? Voir Jerome Frank, Courts on Trial, Atheneum, New York, 1967.

(6) Voir J.D. Jackson, "Questions of Fact and Questions of Law", supra note 1, où l'auteur conclut notamment, à la page 99, que "...the fact-law distinction cannot ensure that all the normative considerations in the trial are distinguished from questions of fact-finding proper and are regulated by rules of law".

Les faits tels qu'établis dicteront parfois la conclusion. On devrait prendre les faits au sérieux (7).

Un débat a vu le jour en droit anglais au début des années 1980, à propos de la pertinence et de l'utilisation de la logique des probabilités mathématiques classiques dans le traitement des faits en contexte judiciaire (8). Dans une série d'articles (9) postérieurs à la publication de deux volumes importants (10), de savants auteurs ont échangé des points de vue sur la question. Tous semblent s'accorder pour dire que l'établissement des faits relève ultimement d'une analyse de probabilités : à partir de certains faits mis en preuve et de données de l'expérience commune, le juge des faits doit évaluer la vraisemblance de la matérialité de l'objet factuel en litige. De la même façon, tous acceptent notamment que la mesure de la pertinence, en matière de preuve, peut être exprimée en termes de probabilités : un élément sera considéré comme pertinent selon qu'il rend plus ou moins probable la matérialité du fait contesté. La discussion s'engage plutôt sur le mode de raisonnement devant prévaloir à l'élaboration des inférences nécessaires : à partir des éléments prouvés ou considérés comme tels, de quelle façon doit-on raisonner afin d'arriver à une conclusion sur le fait contesté ? Les règles mathématiques de raisonnement présentent-elles, à cet égard, une pertinence quelconque ? Existe-t-il, par exemple, une formule mathématique permettant d'arriver à l'expression numérique de la probabilité de l'existence du fait à prouver ? Tel est l'objet du débat.

Nous tenterons d'exposer ici ceux qui nous apparaissent en être les principaux éléments, et d'en analyser la signification dans le contexte plus général de l'analyse de la logique juridique.

(7) L'expression est du professeur William Twining, "Taking Facts Seriously", (1984) 34 Journal of Legal Education 22, dans un article consacré à démontrer l'importance du traitement des faits en contexte judiciaire.

(8) Un semblable débat a eu lieu en droit américain, une décennie plus tôt, dont les principales contributions ont été les suivantes : M.O. Finkelstein et W.B. Fairley, "A Bayesian Approach to Identification Evidence", (1970) 83 Harvard Law Review 489 ; L. Tribe, "Trial by Mathematics, Precision and Ritual in the Legal Process", (1971) 84 Harvard Law Review 1329.

(9) G. Williams, "The Mathematics of Proof", (1979) Criminal Law Review 297, 340 ; R. Eggleston, "Letter to the Editor", (1979) Criminal Law Review 682 ; J. Cohen, "The logic of Proof", (1980) Criminal Law Review 91 ; G. Williams, "A short Rejoinder", (1980) Criminal Law Review 103 ; R. Eggleston, "The Probability Debate", (1980) Criminal Law Review 679, 747 ; J. Cohen, "Letter to the Editor", (1980) Criminal Law Review 257 ; Havery, "Letter to the Editor", (1980) Criminal Law Review 743 ; W. Twining, "Debating Probabilities", (1980) Liverpool Law Review 51.

(10) J. Cohen, The Probable and the Provable, Clarendon Press, Oxford, 1977 ; R. Eggleston, Evidence, Proof and Probabity, Weidenfeld and Nicolson, London, 1978, 2nd ed., 1983.

1. RICHARD EGGLESTON ET LE SYSTEME PASCALIEN

Sir Richard Eggleston propose une certaine forme de mise en oeuvre de la logique des probabilités mathématiques classiques (11) dans le domaine de l'analyse des faits en contexte judiciaire.

Selon lui, la personne alors appelée à se prononcer sur les faits est conceptuellement dans la même position que celle à qui l'on demande de prédire la probabilité d'événements futurs. Dans un contexte d'incertitude, se prononcer sur l'existence d'événements passés implique un processus de même nature que celui présent dans la prédiction de réalisations futures. Dans les deux cas, il s'agit d'une évaluation de probabilités : celle de la vraisemblance de la réalisation d'un événement futur ou de la réalité d'un événement passé, compte tenu des faits connus et des postulats acceptés pour les fins de cette évaluation.

D'une certaine façon, Eggleston propose de concevoir le phénomène judiciaire sous l'angle de sa communauté avec les autres processus de prise de décision en contexte d'incertitude, plutôt que dans sa spécificité (12). Et, dans ce sens, la tâche de détermination des faits en est essentiellement une de prédiction, au-delà des caractéristiques purement juridiques du phénomène.

Le juge ne saura jamais avec certitude absolue les faits dont on lui demande de reconnaître l'existence, qu'il s'agisse de faits passés (par exemple l'existence et la nature exacte de la faute commise) ou encore de faits futurs (par exemple l'étendue des dommages à venir comme conséquences de l'acte délictuel). Et pourtant, une décision doit être prise. Dans ce contexte de prise de décision en situation d'incertitude inhérente, la décision se fonde sur une évaluation de vraisemblance, sur une prédiction. L'évaluation de probabilité trouve d'ailleurs une expression explicite dans certains concepts ou règles juridiques : la preuve civile par balance de probabilités, la notion même de force probante ou encore l'exclusion, en matière pénale, d'éléments de preuve dont la valeur probante est considérée insuffisante eu égard à leur caractère hautement préjudiciable. Cet exercice de prédiction fait partie de l'expérience humaine quotidienne : on évalue régulièrement les causes probables d'un événement inexpliqué. Dans la plus simple expression du processus, dans le cours ordinaire des affaires humaines, on se fie tout simplement à des évaluations de probabilités fondées sur l'expérience commune.

(11) Probabilités dites "pascaliennes", du nom du mathématicien du 19e siècle, ainsi identifiées dans le débat.

(12) Cette perspective rappelle celle des réalistes américains, particulièrement celle de Karl Llewellyn, quant à la nécessité de contextualiser les types particuliers d'activités du juridique. Voir, par exemple, A. Hoebel et K. Llewellyn, The Cheyennes Way : conflict and caselaw in primitive jurisprudence, 1941, University of Oklahoma Press.

Glanville Williams donne l'exemple suivant, illustrant de quelle façon, même dans l'expérience quotidienne, une inférence quant à une probabilité est toujours fondée sur des estimations et des fréquences, au-delà d'une simple inférence directe à partir de faits particuliers : si une voiture disparaît d'un garage où on l'avait stationnée, l'expérience commune permet de conclure que la commission d'un vol est généralement un facteur explicatif plus probable que l'emprunt temporaire par un conjoint lunatique.

Dans quelque contexte qu'elle se réalise, une évaluation de probabilités se fait sur la base de prémisses à partir desquelles on élabore des inférences factuelles. L'existence de faits incertains est inférée de celle de faits établis avec certitude. Selon Eggleston, les prémisses à la base des inférences factuelles élaborées en contexte judiciaire sont issues de deux sources : d'une part des faits présentés en conformité avec les règles de preuve, et d'autre part de ce qu'il qualifie de connaissance générale du tribunal, de faits de connaissance notoire ou encore d'idées généralement acceptées relatives au cours normal des choses. Cette dernière catégorie de connaissances ne demande aucune mise en preuve particulière, étant issue de l'expérience, par la Cour, du cours ordinaire des événements. Le débat relatif à la pertinence des probabilités mathématiques pour l'établissement des faits en contexte judiciaire porte sur la qualification de cette inférence de faits incertains à partir de faits prouvés et de données de l'expérience commune : comment peut-on y procéder et quelles règles doivent prévaloir à son élaboration ?

La thèse d'Eggleston est à l'effet que les règles de probabilités mathématiques classiques présentent une pertinence certaine pour ce processus. Sa position est de nature différente de celle, par ailleurs incontestée, en vertu de laquelle des données mathématiques et statistiques peuvent pertinemment être déposées en preuve (13). Pour Eggleston, le processus même de raisonnement, le mécanisme d'élaboration d'inférences à partir de prémisses doit, dans certaines circonstances et pour certains objets cependant, procéder de la logique des probabilités mathématiques. C'est donc pour lui au niveau du traitement même de la preuve présentée, dans un but d'élaboration de conclusions de faits, que la logique pascalienne peut légitimement être mise en oeuvre en contexte judiciaire, qu'il s'agisse, par exemple, de l'application de la règle de la multiplication ou de celle de la complémentarité (14). La mise en oeuvre pourra être intégrale, parce que des données quantifiables seront disponibles, ou encore l'esprit de la

(13) Qu'on pense, par exemple, à la preuve actuarielle présentée pour l'évaluation de dommages futurs.
(14) Voir infra.

logique pascalienne, à défaut de sa lettre, sera de mise. Cette position seulement fait l'objet du débat que l'on sait.

Eggleston considère que d'une adoption systématique des préceptes de l'analyse pascalienne en contexte judiciaire résulterait généralement une production d'ensemble où seraient rendues plus de décisions correctes que de décisions erronées. D'autre part, il affirme que le principal mérite de l'analyse probabiliste est de mettre en lumière les erreurs de raisonnement et les sophismes. Il souligne en somme l'importance négligée de l'établissement des faits dans le milieu du droit, et donc d'une formation adéquate pour les juges des faits. Procédant par analogie avec l'observation scientifique, il souligne comme suit l'importance d'une manipulation rigoureuse des faits :

> *The law depends, some would say to an inordinate degree, on the personal observation of witnesses ; but I think it will be found, on analysis, that science does also. The essential difference is that the witnesses on whom science depends have been trained under a system which eliminates, or should eliminate, the inefficient or dishonest observers* (15).

Eggleston est cependant conscient des limites qui circonscrivent l'application de la logique classique des probabilités mathématiques en contexte judiciaire. Sa pertinence directe et immédiate n'existerait que pour des cas particulièrement limités, parce que ses strictes conditions d'application ne seraient que rarement rencontrées.

S'il souhaite une mise en oeuvre de la logique pascalienne en contexte judiciaire, et à tout le moins de son esprit, à défaut de sa lettre, Eggleston concède que des raisons d'un ordre différent peuvent parfois justifier la prise d'une décision autre que celle dictée par les préceptes de la stricte logique formelle. Cet ordre différent serait celui des conséquences, de l'utilité de la décision.

(15) R. Eggleston, Evidence, Proof and Probability, supra, note 8, 1ère éd., p. 6.

2. JONATHAN COHEN ET LE SYSTEME BACONIEN

Jonathan Cohen met en garde contre une mathématisation abusive du processus judiciaire, et suggère plutôt l'existence, en ce domaine, d'un modèle différent de probabilités, le système baconien (16). Cohen présente un modèle descriptif et justificatif : il prétend rendre compte du raisonnement relatif à l'évaluation des faits en contexte judiciaire tel qu'il existe en réalité, et en justifier le bien-fondé. A cet égard, les règles des probabilités mathématiques classiques ne présentent, selon lui, aucune pertinence pour le raisonnement judiciaire en matière de détermination des faits (17). Ce système baconien en est un de vérification d'hypothèses, à partir des faits particuliers mis en preuve. La vraisemblance d'une hypothèse est testée par la modification de variables, la question essentielle étant de savoir si les prémisses, c'est-à-dire les faits mis en preuve, énoncent l'ensemble des faits pertinents. Il s'agit pour Cohen du noeud du problème, du coeur de l'incompatibilité entre les théories pascalienne et baconienne des probabilités : la première fonctionnant en prenant pour acquis que les prémisses contiennent tous les faits pertinents, alors que c'est justement la question fondamentale, et à laquelle essaie de répondre la seconde. Il en donne pour exemple le droit criminel où la question est si souvent justement de savoir si tous les faits pertinents ont été considérés, de déterminer la possibilité d'explications autres aux faits mis en preuve. Le raisonnement baconien en est un procédant par élimination : afin de déterminer si les prémisses contiennent exhaustivement les faits pertinents, donc afin de déterminer la valeur probante de ces mêmes prémisses, seront testées et mises à l'écart les hypothèses dont la vraisemblance ne survit pas aux modifications de variables ou de conditions. En vertu de ce système, le degré d'une probabilité dépendra du nombre et de la difficulté des tests auxquels l'hypothèse aura survécu. Cohen énonce ainsi le mécanisme d'évaluation de l'inférence d'un fait incertain à partir de faits prouvés : l'élimination des hypothèses pouvant interférer avec la tendance du fait incertain à être relié de manière causale aux faits prouvés. Il s'agit en fait d'une application de la logique de la découverte scientifique. Et les hypothèses sont élaborées à partir des faits particuliers de l'espèce, par opposition aux catégories de faits impliquées dans les estimations de fréquence du système pascalien. Le type de relations établies et vérifiées, en système baconien, en serait un

(16) De Francis Bacon, à propos de l'expression des règles de la recherche et de la découverte scientifiques.
(17) Cohen leur concède cependant une pertinence marginale comme objets mais non comme logique de raisonnement, pour l'évaluation de dommages futurs, par exemple.

de causalité et non pas de simple association factuelle et numérique pascalienne. Le système baconien exige du juge des faits une intime conviction quant à la vérité des faits allégués, conviction que Cohen oppose à une simple connaissance objective de leur probabilité mathématique. Mais, selon Cohen, des règles objectives et rationnelles régissent cependant le raisonnement baconien qui n'est d'aucune façon purement arbitraire ou subjectif. Il s'agit d'un système objectif non mathématique qui se situe au-delà de l'intuition ou de la pure conjecture. Les probabilités baconiennes n'obéissent cependant pas aux règles de probabilités pascaliennes.

3 . CERTAINES DIVERGENCES

Certains lieux précis d'opposition entre Eggleston et Cohen méritent une attention particulière.

3.1. - La règle de complémentarité

Cohen refuse toute application de la règle mathématique de complémentarité en contexte judiciaire. En vertu des règles classiques, la valeur d'une probabilité mathématique (P), s'exprime sur une échelle de zéro (0) à un (1), le premier équivalant à l'impossibilité absolue ou à une absence totale de vraisemblance, et le second représentant la certitude quant à la réalisation de l'événement A, B ou C. Pour une situation donnée, la somme de toutes les probabilités devrait équivaloir à un (1), et la probabilité de la négation d'un événement $P(\overline{A})$, à un (1) moins la probabilité de l'événement, P(A) :

$$P(\overline{A}) = 1 - P(A)$$

Il s'agit de la règle de complémentarité. Cette règle permet la possibilité théorique de réussite d'une action civile alors que les probabilités mathématiques favorisent la demande à O.501 et la défense à 0.499, si on l'applique au concept juridique du fardeau de la preuve par balance de probabilités. Il s'agit, selon Cohen, d'une source potentielle d'injustice, et il en donne comme exemple la situation d'un rodéo où 1.000 personnes sont assises sur les gradins, mais où 499 personnes seulement ont payé leur entrée. La règle mathématique de complémentarité voudrait qu'il y ait 50.1 % des chances qu'une personne choisie au hasard n'ait pas payé, et donc 49.9 % des chances qu'elle ait au contraire acquitté les droits d'entrée. L'application de la règle de complémentarité, dans le cadre d'une action en responsabilité

civile contractuelle intentée par le propriétaire du stade contre chacune des mille (1.000) personnes, permettrait à ce dernier de satisfaire aux exigences du fardeau de preuve des faits par balance des probabilités, par la simple production de cette preuve factuelle. Cohen dénonce cette possibilité comme profondément injuste : il n'y a qu'une relation factuelle et mathématique entre le fait d'être assis sur les gradins du stade et celui de n'avoir pas payé son entrée, et une simple relation de cet ordre ne saurait fonder une quelconque responsabilité, même purement civile, sans causer une injustice profonde. La méthode des probabilités baconiennes ne peut jamais créer une telle injustice : une simple association factuelle ou mathématique ne crée aucune probabilité baconienne, cette dernière reposant plutôt sur l'existence de relations causales. En l'espèce, dans l'exemple du rodéo, la probabilité baconienne qu'un individu choisi au hasard n'ait pas payé son entrée serait toujours de zéro, le fait d'être assis dans les gradins n'étant d'aucune façon causalement relié au non-paiement des frais d'entrée. Et, pour Cohen, l'application de la règle mathématique amène un résultat d'autant plus injuste qu'elle permettra au propriétaire du stade de réussir dans une action civile contre *chacune* des milles (1.000) personnes, alors que 499 ont déjà payé leur entrée !

Eggleston répond essentiellement en soulignant le caractère théorique de l'exemple : la possibilité d'une situation injuste improbable ne devrait pas constituer une objection à l'existence d'une règle. Et, à tout événement, la preuve mathématique, dans l'exemple du rodéo, n'en est qu'une *prima facie* : une simple dénégation suffirait à modifier la balance des probabilités.

3.2. - La règle de multiplication

Cohen rejette de la même façon la pertinence, en contexte judiciaire, de la règle mathématique de multiplication. En vertu des règles de probabilités mathématiques, deux événements, A et B, seront considérés comme indépendants si la vraisemblance de réalisation de l'un n'a aucune incidence sur la vraisemblance de réalisation de l'autre. La règle de multiplication décrit la probabilité de réalisation conjointe de deux événements indépendants, P(A et B), comme la multiplication de la probabilité de l'un, P(A), par la probabilité de l'autre, P(B), en supposant la réalité du premier :

$$P(A \text{ et } B) = P(A) \times P(B/A)$$

L'effet immédiat de cette règle est que plus il y aura d'éléments indépendants à prouver, et plus leurs probabilités respectives

devront être élevées pour que l'on puisse conclure à leur réalisation conjointe. Prenons par exemple les événements A, B, C et D, ayant tous une probabilité de 0.8 % ou 80 %. Si on applique la règle de multiplication pour l'évaluation de la probabilité de leur réalisation conjointe, on s'aperçoit que la probabilité de A et B est de 64 % (0.8 x 0.8), la probabilité de A et B et C est de 51.2 % (0.8 x 0.8 x 0.8), la probabilité de A et B et C et D est de 40.96 % (0.8 x 0.8 x 0.8 x 0.8). Dans cet exemple, même si la probabilité de réalisation individuelle de chacun de ces événements dépasse largement la balance des probabilités, la probabilité de leur réalisation conjointe ne franchit cependant pas ce seuil. En réalité, par la règle de la multiplication, le système pascalien accepte de multiplier les doutes, les incertitudes et les risques d'erreur. Pour Cohen, cette règle de multiplication ne rend nullement compte de la pratique judiciaire anglo-américaine voulant plutôt, lorsque plusieurs éléments doivent être prouvés, que la probabilité de leur réalisation conjointe soit au moins égale à la probabilité de l'élément le moins probable.

Toujours quant à cette même règle de multiplication, mais relativement à des inférences elles-mêmes fondées sur des inférences, Cohen apporte une critique cette fois différente. Il soutient qu'il existe une doctrine légale interdisant l'élaboration d'inférences sur la base d'inférences, doctrine pouvant s'exprimer comme suit : si, en matière civile, un demandeur infère d'une preuve circonstancielle l'existence du fait A, et veut inférer du fait A l'existence du fait B, la première inférence doit avoir établi le fait A au-delà du doute raisonnable. En vertu du système pascalien, la simple règle de multiplication s'appliquerait aussi à ces cas.

3.3. - La preuve au-delà du doute raisonnable (18)

Cohen présente le critère de droit criminel de preuve au-delà du doute raisonnable comme un exemple de donnée non quantifiable, de critère subjectif n'ayant rien à voir avec la logique mathématique. Il s'agit pour lui d'un état d'esprit existant par rapport à une situation, lorsque tous les motifs raisonnables de doute ont été éliminés par processus baconien (i.e. raisonnement par élimination). L'absence de doute raisonnable ne serait, selon lui, aucunement quantifiable et ne pourrait donc trouver aucune expression en système pascalien.

(18) On retrouve ici encore un concept de droit anglo-saxon, celui relatif au fardeau de preuve en matière criminelle, et qui exige que la culpabilité soit établie "au-delà du doute raisonnable".

3.4. - Le théorème de Bayes

Le théorème de Bayes, enfin, illustre de quelle façon une évaluation initiale de probabilités doit être modifiée à la lumière de nouvelles informations. Son expression mathématique est la suivante, où A et B sont les événements et H les *a priori* de base :

$$P(A/B \text{ et } H) = \frac{P(B/A \text{ et } H) \times P(A/H)}{P(B/H)}$$

Le théorème aide à établir la relation entre l'évaluation initiale de la probabilité d'un événement A, (P(A/H)) et l'évaluation de la probabilité de ce même événement, une fois tenu pour avéré un certain autre événement B, (P(A/B et H)). L'objet du théorème est de contrer les dangers consistant en la sur/sous-estimation de l'importance de la nouvelle information à intégrer à une évaluation initiale de probabilités.

Cette nécessité d'une évaluation initiale de probabilité justifie, pour Cohen, l'inapplicabilité du théorème en contexte judiciaire. Il donne l'exemple du procès criminel où la présomption d'innocence devrait faire en sorte que l'évaluation initiale de la probabilité de culpabilité soit de zéro. Or le théorème ne peut fonctionner que sur la base d'une évaluation initiale de probabilités qui soit autre que zéro.

Eggleston estime que la manipulation du théorème de Bayes, en contexte judiciaire d'évaluation de preuve, requerrerait la mise à l'écart de l'institution du jury et le recours aux services d'évaluateurs de faits professionnels. Il considère cependant que le théorème ne présente de pertinence directe que pour des cas fort limités. Le plus souvent, le contexte judiciaire nécessiterait plutôt la mise en oeuvre d'un jugement pratique fondé sur une expérience de situations. Et au-delà des limites de l'application directe du théorème, sa logique de modification mesurée des évaluations premières à la lumière d'informations nouvelles devrait prévaloir, du moins dans son esprit, à l'ensemble du processus d'évaluation de preuve.

Mais au-delà de la discussion de règles particulières, l'élément-clé de la critique de Cohen consiste en son affirmation voulant que les règles de probabilités mathématiques ne soient tout simplement pas présentes, en réalité, dans le raisonnement judiciaire relatif à l'évaluation des faits. Le modèle baconien constituerait à cet égard un meilleur modèle descriptif et justificatif. Eggleston considère au contraire que le raisonnement judiciaire à propos des faits pourrait s'inspirer avantageusement de la logique des probabilités mathématiques. Il concède que l'absence générale de données quantifiables rend difficile une

application intégrale de ces règles, mais soutient que leur esprit, à défaut de leur lettre, devrait présider à l'élaboration des conclusions de fait. Pour Eggleston, le non respect des règles classiques auquel Cohen fait référence, s'il en est un, est peut-être le triste résultat de l'ignorance, tout autant que celui d'une décision délibérée.

CONCLUSION

Ce débat sur la pertinence de la logique des probabilités mathématiques classiques pour l'établissement et la qualification des faits en contexte judiciaire s'insère dans celui, plus général, relatif à la rationalité en droit. Le formalisme auquel fait appel le raisonnement mathématique n'est pas nouveau en droit, qu'il suffise pour s'en convaincre de se rappeler l'idée selon laquelle le raisonnement judiciaire se réduirait en un simple syllogisme, la règle de droit composant la prémisse majeure, les faits la prémisse mineure, et la conclusion en découlant obligatoirement. La logique formelle en est une contraignante, elle est la logique de la contrainte intellectuelle, les prémisses imposent la conclusion. Mais on ne croit plus vraiment à l'application magique du syllogisme judiciaire. La logique s'occupe des rapports, mais ne nous dit rien quant au contenu des prémisses. Le processus judiciaire implique un choix, une décision, pour la réalisation desquels la mécanique des inférences ne présente qu'une utilité marginale. Le noeud de la décision judiciaire réside en fait dans le choix des prémisses et non dans l'élaboration des inférences. Georges Kalinowski résume ainsi la problématique de la décision judiciaire :

> *Ainsi, pour inférer, il faut trouver et choisir la ou les prémisses. Opération d'une extrême importance en droit. Dans le domaine du droit, les inférences sont si simples qu'on ne commet guère de fautes d'inférence, et on ne discute jamais de la nature des inférences à effectuer. Tous les différends portent sur les faits à constater et à qualifier ainsi que sur les normes à appliquer, autrement dit sur les prémisses des syllogismes juridiques. Or la constatation d'un fait et sa qualification juridique, d'une part, le choix de la norme à appliquer, de l'autre, ne sont pas, en tant que telles, des opérations relevant de la logique, quelle qu'elle soit, formelle ou non formelle. On ne recourt à la logique que si,*

pour constater un fait ou pour le qualifier, de même que pour choisir la norme à appliquer, il s'avère indispensable d'effectuer une ou plusieurs inférences (19).

Le débat qui nous intéresse concerne une étape bien précise dans le modèle du syllogisme judiciaire, soit celle de l'élaboration du contenu de la prémisse mineure, celle relative aux faits. Pour les fins de cette élaboration, la logique déductive exprimée en syllogisme n'est en principe pas utile : l'existence des faits en litige est incertaine, et elle ne peut qu'être rendue plus ou moins probable à la lùmière des éléments mis en preuve et du recours à l'expérience commune. Il s'agit alors de logique inductive. Comme l'exprime si bien Eggleston :

"... what the judge is doing is making a prediction as to what the facts would turn out to be if he were vouchsafed divine insight into the truth. The expression "finding the facts" has an air of absoluteness which tends to conceil the real position" (20). (nos soulignés).

D'une certaine façon, les modèles baconien et pascalien ont ceci de commun qu'ils présupposent l'existence d'une méthode appropriée de raisonnement devant mener à *la* bonne conclusion de fait. Mais encore faut-il considérer les valeurs sous-jacentes au traitement des faits en contexte judiciaire. La recherche de la vérité en constitue très certainement une, et une fondamentale. Tout comme la cohérence logique. Mais d'autres valeurs interviennent, qui font, par exemple, que des limites seront imposées aux techniques efficaces de découverte de vérité (21), ou encore qu'on devra, au nom d'autres impératifs jugés supérieurs, rejeter les conclusions dictées par la stricte cohérence logique. Ces autres valeurs relèveront parfois de l'ordre du juste ou du raisonnable, seront toujours issues de l'expérience (22). Mais s'il est une chose de déroger délibérément aux prescriptions imposées par des règles de logique, il en est une toute autre que de les méconnaître.

Le simple fait de prendre au sérieux la question des faits et de nommer toutes les inférences factuelles présentes dans la décision judiciaire constitue déjà une étape d'une importance

(19) G. Kalinowski, "Logique et méthodologie juridique. Réflexions sur la rationalité formelle et non formelle en droit", in Archives de Philosophie du Droit, tome 23, 1978, Formes de rationalité en droit, p. 59 à la p. 66.

(20) R. Eggleston, Evidence, Proof and Probability, supra, note 8, 1ère éd., p. 33

(21) Il pourra s'agir, par exemple, de l'interdiction de la torture, au nom de la valeur jugée supérieure de l'intégrité de la personne.

(22) On pense ici à la remarque aujourd'hui classique du juge Oliver Wendel Holmes : "The actual life of the Law has not been logic : it has been experience", in O. Homes, The Common Law, p. 1.

fondamentale et trop souvent négligée (23). C'est à propos de l'évaluation de ces inférences que s'opposent pascaliens et baconiens. L'un et l'autre modèle proposent une forme de rationalité. Il n'est pas de notre propos de décider quelle est la meilleure, s'il en est une. Elles peuvent probablement co-exister. Il est possible que, pour les fins du débat, leur incompatibilité ait été exagérée (24). Quand même la connaissance de leur existence ne ferait que susciter plus de prudence dans le traitement des faits en contexte judiciaire, ce serait déjà beaucoup. Parce que, on doit se le rappeler, au-delà des apparences, la distinction entre les questions de droit et de fait ne garantit aucunement que toutes les considérations normatives seront régies par des règles de droit (25).

(23) Voir à cet effet le modèle proposé par Wigmore, discuté dans W. Twining, Theories of Evidence : Bentham and Wigmore, Weindefeld and Nicolson, London, 1985.
(24) Voir W. Twining, "Debating Probabilities", supra, note 7, p. 64.
(25) Supra, note 6.

R. R. J. 1988

Pages 257 à 273

- III -

ACTUALITES DOCTRINALES

CROSS

Statutory interpretation

2ème éd. par Dc John BELL et Sir George ENGLE, London - Butterworths, 1987, 206 pages

Aussi classique que "les méthodes d'interprétation ..." de F. GENY, du Droit Français, mais s'adressant plus encore aux praticiens et aux étudiants, l'ouvrage anglais de CROSS a été renouvelé par la 2ème édition que viennent de faire le Dc John BELL, universitaire, et Sir George ENGLE, *barrister*. Cette étude porte sur un domaine jusque là peu étudié par la doctrine, car la théorie de l'interprétation des lois écrites a une réputation de très grande difficulté. Ce serait selon Lord Wilberforce "*a non-subject*".

Le livre demeure fidèle à la 1ère édition mais tient compte de l'évolution prudente que connaît la jurisprudence anglaise. Y sont exposées, de façon cohérente et rationnelle, l'ensemble des règles d'interprétation développées par les juges et l'*Interpretation Act* de 1978. De très nombreux exemples jurisprudentiels illustrent ces règles.

Le sujet présente une particularité exceptionnelle en droit anglais : les juges ne sont pas liés par les décisions antérieures. L'interprétation d'un terme ambigü ou obscur ne constitue pas un précédent obligatoire. Car l'interprétation, même littérale, n'est pas un mécanisme isolé et s'accomplit au regard de la loi toute entière. Elle ne peut donc valoir pour une autre loi. Tout dépend du contexte, de chaque contexte. Les juges ont certes énoncé des règles d'interprétation mais ce ne sont que des guides qui n'ont aucun caractère obligatoire.

Au contraire, en France, l'interprétation de la loi est une question de droit, soumise au contrôle de la Cour de cassation. malgré de multiples analogies, le système est donc très différent.

Les huit chapitres de l'ouvrage peuvent être regroupés autour de trois thèmes principaux :

1 - En premier lieu, les auteurs ont défini les notions de base. Ils ont en quelque sorte posé les règles du jeu. Cette façon de faire se rapproche beaucoup des lois anglaises qui de plus en

plus contiennent un chapitre consacré à définir les concepts utilisés (ainsi la loi définit ce qu'est un vendeur, un acheteur, un consommateur, ...).

L'interprétation a pour objet principal de révéler l'intention du législateur. Les auteurs ont développé ce qu'il faut entendre par cette expression souvent mystérieuse. Il s'agit pour le juge anglais de rechercher une volonté *objective* qui se découvre dans les termes mêmes utilisés. Il s'agit plus précisément de donner aux mots leur sens ordinaire, celui qu'un homme quelconque, a "*reasonable man*", lui attribue. Et chacun sait qu'au fil des temps, le sens des mots varie.

Cette étude préalable annonce et justifie la règle de l'interprétation littérale.

Les auteurs ont également caractérisé l'interprétation. C'est une question connue du droit français : l'opposition entre l'interprétation d'une disposition obscure ou ambigüe et la simple application d'un texte clair. Mais ici, l'étude est plus affinée et constitue l'un des développements les plus intéressants du manuel.

L'interprétation de la loi, présentée souvent en Angleterre comme mettant en jeu des règles secondaires, pose en réalité des questions fondamentales telle la répartition des compétences entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire voire même de hiérarchie des sources entre *Common Law* et loi écrite.

En effet, la *Common law* et la loi écrite constituent deux sources de droit concurrentes. Il en résulte que l'interprétation de la loi, qui se doit de respecter la volonté du législateur, appelle des règles propres, différentes de l'interprétation des précédents.En principe, les juges anglais -sous réserve de certaines exceptions comme Lord Denning- n'utilisent pas le raisonnement par analogie : une loi ne doit pas être étendue à des hypothèses qu'elle ne vise pas expressément. A défaut de loi, ce sera la *Common law* qui s'appliquera (et qui nécessairement comportera la méthode de l'analogie).

Cependant, les auteurs ont montré que, dans certains domaines nouveaux du droit, les méthodes traditionnelles d'interprétation étaient écartées. Il s'agit de toutes les matières où la source principale de droit est la loi écrite (ainsi en est-il de l'ordre public économique, de tout ce qui relève de la planification ...) les juges ont alors un pouvoir limité à développer des règles de *Common law*. Ils se doivent d'appliquer la loi, même avec l'aide du raisonnement par analogie.

2 - En second lieu, les auteurs ont exposé les règles classiques d'interprétation de la loi (*literal rule, mischief rule, golden rule*).

Ils ont montré que depuis les travaux et recommandations des law commissions de 1970, les juges anglais adoptent désormais une nouvelle méthode qualifiée de "*purposive approach*" qui se substituerait à la "*mischief rule*". Les juges recherchent, dès qu'il y a ambiguïté ou obscurité, l'objectif social de la loi ("*the policies or the social purpose of the statute*"). Naguère, les juges se bornaient à découvrir quels étaient les défauts ou les lacunes (*the mischiefs*) et la *Common law* que la loi corrigeait. Cela conduisait à une attitude très restrictive, car négative.

Cette approche nouvelle n'a cependant rien de révolutionnaire et n'a été appliquée avec prudence par les juges anglais que pour mieux traduire l'intention du législateur.

Les règles d'interprétation, illustrées par la jurisprudence, n'ont pas simplement été énoncées par les auteurs. Les principales difficultés que suscite l'interprétation ont été décrites : un mot peut recouvrir plusieurs sens dans le langage courant ; il peut revêtir une signification ordinaire et technique ..., et surtout, -et c'est ce qui retiendra notre attention, le sens d'un mot peut évoluer entre la date de promulgation de la loi et le procès.

Il s'agit de savoir à quelle date il faut se placer pour interpréter.

Les auteurs se départent de l'opinion de CROSS. Se fondant sur une jurisprudence récente, ils préconisent une méthode évolutive et non pas historique. Il convient de rechercher le sens ordinaire d'un mot et non son sens historique.

Cette question n'est pas purement technique. Elle traduit toute une conception de la loi par les juges et la doctrine. La loi prend place dans le système contemporain, est une source de droit positif et non un produit de l'histoire. Cette conception aboutit ainsi à étendre considérablement le domaine de la loi.

3 - Le troisième thème porte sur les sources de l'interprétation. Même littérale, l'interprétation n'est pas isolée - une disposition fait partie d'un ensemble qui peut alors guider le juge.

Les sources de l'interprétation sont "internes". Le juge s'aidera des intitulés de section ou chapitre, des préambules, de la ponctuation ... Ceci fait l'objet d'une étude minutieuse par les auteurs.

Les sources peuvent également être "externes" : il s'agit essentiellement des travaux préparatoires.

Les auteurs approuvent, à quelque réserve près, la position anglaise en la matière : malgré les trois tentatives de Lord Denning, condamnées par la Chambre des Lords, les travaux préparatoires ne peuvent servir de justification formelle à une interprétation.

Outre une raison d'ordre matériel (difficulté d'accès aux travaux préparatoires), la règle se justifie par les principes généraux de l'interprétation : elle est objective et a pour effet de donner aux mots leur sens ordinaire, tel que tout homme raisonnable pourrait avoir, sauf intention du législateur contraire : les travaux préparatoires ne sont pas véritablement nécessaires à l'interprétation.

Mais le droit anglais changera peut-être en ce domaine puisque déjà il reconnaît l'admissibilité des travaux préparatoires pour l'interprétation des traités internationaux.

Tel est schématiquement exposé un ouvrage important et riche de sens tant les questions d'interprétation sont importantes.

Nous nous bornerons à faire une observation sur le littéralisme, méthode d'interprétation. Chez nous, elle convient surtout aux "statuts odieux" telles les lois pénales ou fiscales, dont l'interprétation est restrictive.

Mais peut-être, comme J. Flour l'avait remarqué, il y a un mauvais et un bon littéralisme : "Le littéralisme n'est, en soi, ni condamnable ni louable. Il est condamnable lorsqu'il conduit à traiter différemment des situations que les motifs profonds de la règle légale commandent d'assimiler l'une à l'autre. Il est louable lorsqu'il y a des raisons sérieuses de soumettre ces situations à des régimes distincts" (Pot pourri, Def. 1975, a.30854, p. 193 et s.).

Marie MALAURIE

LIBRES PROPOS SUR UN AVANT-PROPOS

Par

Alain SERIAUX
Directeur du Département de Philosophie du Droit
de l'Université d'Aix-Marseille III

Monsieur le Professeur Philippe Malaurie vient de gratifier la communauté des juristes d'un remarquable ouvrage consacré au droit civil de la famille (1). Fruit d'une longue expérience d'enseignant et de chercheur, l'oeuvre ne peut que susciter une large approbation. Elle s'inscrit d'emblée dans la lignée déjà longue de ces manuels inspirés qu'entamait voici quelque trente ans M. le Doyen Jean Carbonnier. Est-il besoin de le souligner, l'originalité d'esprit dont l'auteur est coutumier transparaît à chaque page : précision technique, sens aigu de la discussion, qualités humoristiques même, tout ici est fait pour séduire la vierge intelligence des commençants et celle plus aguerrie, dit-on, de ses collègues ou disciples dans l'art d'enseigner le droit. Ajoutez à cela une vaste culture dans et hors du droit, un goût -ô combien précieux- du concret et de l'anecdote, et vous aurez là un tableau somme toute assez riche de ce qu'est capable de produire de mieux, en ce vingtième siècle finissant, un universitaire français.

Mais l'ouvrage n'a pas seulement pour ambition de fournir un exposé lumineux du droit de la famille. Ces pages se veulent porteuses d'un message ; elles sont toutes empreintes d'une atmosphère particulière dont l'auteur prend soin, dès ouverture, de fixer les grands traits dans un percutant avant-propos. A partir des années soixante, constate d'abord M. Malaurie, le droit de la famille s'est aligné sur les moeurs. Il n'est pas le seul : les lois de nos voisins ont également suivi la même pente *nécessaire* . Toutefois ces réformes sont au surplus approuvées "par la grande majorité de la doctrine, de la pratique et probablement de la

(1) Ph. Malaurie et L. Aynes, Droit civil - La famille, par Ph. Malaurie, éd. Cujas, Paris 1987, 507 pp.

population". Conclusion : "toute critique risque alors de passer pour un manque de réalisme ou d'humilité", ces vertus cardinales de l'intellectuel moderne. Voilà pour le présent dans ses rapports avec le passé. Mais, complète aussitôt M. Malaurie, "il y a demain et après-demain". Ici, en revanche, l'inquiétude et, partant, la critique légitime recouvrent leurs droits : "derrière la crise de la famille et son instabilité, il y a l'effondrement de la natalité". Par suite, "le droit de la famille ne doit pas seulement s'adapter aux moeurs, il doit permettre à une nation de survivre ; s'il n'y parvient pas, il est mauvais". Telle est, en substance, la fine dialectique contenue dans cet avant-propos.

Une dialectique dont nous avouons humblement (le mot nous a échappé) ne pas comprendre toutes les arcanes. Il est vrai qu'elle se fait l'écho de ce que pensent, disent et écrivent certains de nos meilleurs esprits, tels l'historien Pierre Chaunu ou l'économiste Alfred Sauvy. La France, ne cessent-ils de répéter, est menacée dans son obstination aveugle à se vouloir trop pauvre d'enfants. Soit. Mais en quoi ce réflexe d'utilité nationale, voire patriotique, peut-il conduire à critiquer un droit qui avec la meilleure volonté du monde et par nécessité, nous assure-t-on, n'a fait que consigner pieusement "les sentiments, les intérêts, les opinions et les pratiques d'aujourd'hui" ? N'était-il pas *juste* pour les particuliers qu'il en fut ainsi ? Tant pis si ce n'est point *utile* à la société globale ! Et si, à l'inverse, il était désormais certain que notre droit de la famille ne sert plus les intérêts de la patrie, pourquoi ne pas l'abandonner purement et simplement au musée des institutions surannées, sans craindre l'injustice d'un nouvel état de droit dont l'objectif primordial serait la procréation à tout prix, forcée ou "assistée" au besoin ?

Utilité contre équité, bien de tous contre bien de chacun : c'est à de grandes et graves questions que conduit l'avant-propos de M. Malaurie ! Ainsi présentées, elle nous paraissent insolubles : qui accepterait, sciemment, la tête froide, d'évincer l'un des termes de l'alternative ? Les hésitations -un pas en avant, un pas en arrière- de nos politiques familiales successives ne s'expliquent pas autrement. A la vérité, il est permis de se demander si la seule voie qui nous permettrait de sortir de l'impasse ne se trouve pas implicitement fermée par la manière même de poser le problème. Ce droit français dont M. Malaurie proclame tout à la fois la nécessité et les dangers est-il si juste que cela ? D'autres solutions, plus conformes à l'idée de justice, ne sont-elles pas envisageables ? Leur consécration législative *progressive* n'aboutirait-elle pas, d'aventure, à des résultats sociaux, économiques ou politiques moins alarmants ? De cela, nous sommes intimement persuadés. Mais, pour en faire la preuve, devrons-nous encourir le double reproche de manquer de réalisme

et d'humilité ? Au risque de paraître prétentieux, nous pensons que ni l'une ni l'autre de ces douloureuses étiquettes ne sont philosophiquement fondées.

I. - DU REALISME JURIDIQUE

Ne pas contester l'inévitable, voire l'indispensable, tel est au fond le réalisme que préconise M. le Professeur Malaurie. Quel est cet *unum necessarium*, pierre de touche d'une saine appréhension de la réalité ? Tout simplement que le droit doit, par la force ces choses, s'adapter aux moeurs, suivre le flux toujours changeant des mentalités et des coutumes d'un peuple. Pour classique qu'elle soit, la proposition demeure ambiguë. Qu'aucun législateur, aucun juge ne puisse se dispenser de connaître les faits, les comportements sociaux à propos desquels il lui faut trancher, c'est là une évidence sur laquelle tout le monde s'accorde volontiers. Allons plus loin. Qu'il incombe à tout législateur humain d'être attentif aux voeux exprès ou tacites de la population qu'il a pour mission de gouverner, voilà qui est encore de bon aloi et ne saurait qu'être recommandé. "Le législateur, observait déjà Portalis, ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elle doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites" (2). Bien avant lui, la scolastique médiévale avait parfaitement su montrer de quel respect la loi doit entourer les coutumes adaptées par ses destinataires (3). Elle ne faisait en cela que reprendre l'opinion d'auteurs encore plus anciens, tel Saint Augustin (4) ou Aristote (5). Mieux que n'importe quelle disposition légale plus ou moins désincarnée, les coutumes ne sont-elle pas l'expression du meilleur ajustement possible entre les membres du corps social (6) ?

Mais en même temps, nul n'ignore que la tâche des législateurs de tous lieux et de toutes époques fut et reste d'abord de *juger* des moeurs de leurs gouvernés, soit pour les consacrer

(2) Discours préliminaire sur le projet de Code civil, p. 4-5.
(3) V. en particulier Saint Thomas d'Aquin, Somme théologique, Ia-IIae, q. 97, art. 3.
(4) V. Epist. XXXVI ad Casulanum : "la coutume du peuple (de Dieu) et les institutions des ancêtres, il faut les tenir pour des lois".
(5) V. Politique, II, 8, 1269, 20025 : "la loi n'a aucun pouvoir de contraindre à l'obéissance en dehors de la force de la coutume".
(6) Pour un développement de cette idée, v. A. Sériaux, "Droit et loi dans la pensée d'Aristote et de Thomas d'Aquin", in La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : Droit et Loi, Actes du Vème Colloque de l'Association française de philosophie du droit - 1985, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987, p. 83 et s. ; "Réflexions sur le pouvoir normatif de la coutume en droit canonique", Droits, 1986, 3, p. 63 et s.

s'il les considère comme justes ou, du moins, indifférentes, soit au contraire pour les condamner lorsqu'elles sont causes d'injustices ou risquent de le devenir. A ce titre, les lois ont une fonction *éducative*, orientatrice, qu'une conception multi-séculaire s'accorde même à reconnaître comme étant de leur essence (7). Citons encore Portalis : "de *bonnes* lois sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la *source* des moeurs (...) ; elle sont souvent l'unique *morale* du peuple (...). Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de *sagesse*, de *justice* et de *raison*" (8). Si elles doivent emprunter au passé, c'est dans la mesure où celui-ci reflète une "tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles" (9). Comme tous les grands législateurs, c'est à la sagesse des nations et non à leur déraison que Portalis entend se référer (10).

Comment, dès lors, discerner quel comportement social, quelles maximes ou coutumes méritent d'être encouragées ou doivent au contraire encourir les reproches et la condamnation sans appel du législateur ? Nous touchons là, semble-t-il, au coeur de la question : tout l'art de légiférer s'y trouve comme suspendu. La réponse nous vient du fond des âges. C'est celle d'Antigone à Créon (11), celle d'Aristote (12) ou de Thomas d'Aquin (13) aux objections des positivistes ou des légalistes de leur temps, celle enfin, implicite mais certaine, de Portalis lui-même (14). Elle tient en trois mots : *le droit naturel*. Celui-ci n'est autre que la mesure de l'ajustement entre les membres du

(7) Gouverner c'est éduquer : de Platon jusqu'aux marxistes, tout le monde est d'accord là-dessus. Seuls nos modernes libéraux s'abstiennent d'éduquer. Mais font-il par là autre chose que "mal" éduquer ?

(8) Op. cit., p. 4, passim. C'est nous qui soulignons.

(9) Ibid.

(10) V. également Gratien : "C'est une chose ridicule et une honte fort abominable que nous souffrions que soient violées les traditions léguées dès l'antiquité par nos pères" (Décrets, I, dist. XII, c. 5). Nous avouons n'avoir pas retrouvé la citation de Portalis dont M. Malaurie fait état dans son avant-propos. Le Discours préliminaire en contient une autre qui y ressemble, mais qui n'a pas du tout la même signification : "Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas" (p. 15). Portalis entend ici se référer au nécessaire travail d'interprétation de la jurisprudence dans et à partir du Code civil.

(11) Sophocle, Antigone, v. 450 et s. Nous nous rallions ici à l'interprétation communément admise à partir d'Aristote. Pour d'autres "lectures" de ce passage célèbre entre tous, v. G. Steiner, Les Antigones, Gallimard, 1986, p. 195 et s., p. 270 et s.

(12) V. Eth. Nicomaque, V, 7.

(13) V. Somme théologique, IIa-IIae, q. 57, art. 2 ; q. 60, art. 5.

(14) V. Discours précité, p. 15 : "La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel, et elle est appelée droit des gens dans les relations de peuple à peuple. Si l'on parle d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer les principes éternels de justice que les peuples n'ont point faits, et auxquels les divers corps des nations sont soumis comme les moindres individus, d'avec les capitulations, les traités et les coutumes qui sont l'ouvrage du peuple" (c'est nous qui soulignons).

corps social la plus conforme aux inclinations des êtres en relation, celle qui constitue le juste par excellence, le "juste en soi" que la raison tire de l'observation de la nature-même des choses, telles que Dieu les a voulues et inscrites dans l'Univers qu'il a créé (15). C'est donc à l'étalon du droit naturel qu'il faut mesurer les lois et les coutumes des peuples. "La loi naturelle et la loi divine ne craint pas d'affirmer Saint Thomas d'Aquin, procèdent de la volonté divine. Aussi elles ne peuvent être échangées par une coutume procédant de la volonté humaine ; c'est uniquement par l'autorité divine qu'elles pourraient l'être. Il s'ensuit qu'aucune coutume ne saurait prévaloir contre la loi divine ou la loi naturelle. Isidore dit en effet : que l'usage le cède à l'autorité, que la loi et la raison triomphent de l'usage pervers" (16). Avant toute réforme touchant à la famille, avant toute consécration législative totale ou partielle, de souhaits exprimés ou des comportements déjà adoptés en fait par une part plus ou moins grande de la population, la question capitale que le législateur doit se poser est celle-ci : ces souhaits, ces comportements expriment-ils le droit naturel dans les relations conjugales ou parentales ? De telles questions conduisent le juriste et, avec lui, tout artisan du droit, à aller jusqu'au bout de la notion de droit ; elles le mettent en disposition d'en saisir toute la dimension *ontologique*. Aucune doctrine du droit qui se veut réaliste (17) ne saurait en faire l'économie.

Le droit naturel a mauvaise presse parmi les juristes contemporains, nous le savons bien. Certains de nos collègues le haïssent cordialement ; d'autres s'interrogent. M. Malaurie, lui, semble pratiquement l'ignorer. Rien au lexique de son ouvrage, au corps du texte le mot n'apparaît à notre connaissance, que deux fois au détour d'un même paragraphe (18). Bien peu de choses, en somme. Mais il y a plus : chaque fois qu'au cours de son traité, une référence au droit naturel se fût imposée, c'est vers d'autres concepts que se tourne notre auteur. Le droit, le vrai droit ne saurait être que positif. Le reste est affaire tantôt de *religion* (ainsi pour le principe de l'indissolubilité du mariage)

(15) Toutes ces affirmations sont démontrables. Mais ce n'est pas le lieu de s'y attarder : il y faudrait un gros volume ! Nous demandons pardon au lecteur de le renvoyer à quelques unes de nos esquisses antérieures. V. "Droit naturel et procréation artificielle", D. 1985, chr. 5 ; "Le droit naturel de Michel Villey", Rev. hist. fac. dr. et sc. juridique, 1988, à paraître. Dieu aidant, d'autres ouvrages viendront plus tard.

(16) Op. cit., Ia-IIae, q. 97, art. 3, ad. 1.

(17) "Réalisme" : attitude de celui qui tient compte de la réalité, l'apprécie avec justesse" (Dictionnaire Robert).

(18) n° 114 : "Le mariage (...) est un contrat que les théologiens catholiques disent être, par l'effet du droit naturel, doué d'une force propre (...). Le mariage n'est pas seulement destiné à propager l'espèce humaine, ce qui serait l'objet que lui attache le droit naturel ...".

(19), tantôt de *morale* (ainsi pour les questions de procréation artificielle ou pour les devoirs des enfants envers leur père et mère) (20). Or, pour M. Malaurie, religion et morale appartiennent, semble-t-il, au domaine de *l'idéologie* (21). les normes qu'elles édictent ont ainsi un caractère *dogmatique*, ce sont des vérités indémontrables qui doivent être *crues* pour elles-mêmes. Elles regardent en d'autres termes la conscience de chacun, son éthique personnelle ; elles ne sauraient régler les comportements qu'au *for interne* (22). Les règles juridiques, en revanche, interviennent au *for externe* ; ce sont des modes de régulation des comportements sociaux dont le critère repose apparemment (23) sur l'existence d'une sanction juridique appropriée. Certes, M. Malaurie ne nie pas que l'idéologie puisse avoir une incidence plus ou moins durable sur le contenu des règles de droit (24). Mais cette influence est justement celle d'une idéologie : elle suppose l'existence d'un *consensus* social suffisant, c'est-à-dire, en définitive, l'adhésion volontaire d'une partie importante de la population aux dogmes "révélés" par l'idéologie en cause.

Nous n'avons, pour l'heure, ni le goût, ni surtout le loisir de discuter du bien-fondé de telles affirmations (25). Méditons-

(19) V. n° 116 et 305. Contrairement à ce que soutient M. Malaurie, l'indissolubilité du mariage a toujours été conçue par l'enseignement officiel de l'Eglise catholique comme étant de droit naturel. Elle ne découle pas du caractère sacramentel du mariage.

(20) V. n° 458 (et note 28) ; n° 20 et 764.

(21) V. n° 9 : "Qu"un enjeu idéologique soit en cause est évident dans le mariage. Son indissolubilité relève d'un facteur religieux (...). En dehors de toute préoccupation religieuse, le mariage met aussi en cause l'idée que chacun peut se faire de l'amour".

(22) V. n° 300 : "Le mariage ne se comprend pas avec les seules lumières de la raison car il est lié à la signification que chacun donne à son existence. Mais le droit civil s'adresse à tous : ni des sentiments, ni une foi ne doivent, ni ne peuvent s'imposer aux autres. Aussi honnêtement que je peux, j'essaierai de ne pas raisonner avec mes sentiments ou ma foi".

(23) V. n° 764.

(24) V. n° 9.

(25) Toutes les vérités religieuses n'ont pas nécessairement un caractère dogmatique. Nombre d'entre elles sont des vérités naturelles, accessibles à la raison (ex. : qu'il faut rendre un culte à Dieu). Les vérités révélées ont, elle, une connotation essentiellement dogmatique. Mais sont-ce des "idéologies" ? C'est douteux, dans la mesure où -paradoxalement- la qualification d'idéologie signifie implicitement qu'il s'agit de vérité opinables, discutables. Or, à notre connaissance, aucune des religions qui se disputent le gouvernement du coeur des hommes, n'a jamais admise que la vérité qu'elle proclame fut autre chose que la Vérité tout court. Quant à la morale, son objet est le bien pour l'homme. Elle touche par suite tous les domaines de l'agir humain : vis à vis de soi et vis à vis d'autrui. Dans ce dernier cas, la morale recommande de faire d'abord ce qui est juste (de rendre à chacun son dû). A ce titre, la science morale a pour objet le droit. Cet objet est donc le même que celui des juristes. Les conclusions des moralistes et celle des juristes se recoupent nécessairement. Simplement, une répartition séculaire des tâches veut que le moraliste s'occupe de droit naturel et le juriste de droit positif. Mais cette répartition ne saurait légitimement fonder une véritable rupture épistémologique entre le droit

en seulement les conséquences. Les premières sont d'ordre *ontologique*. Sur quoi en effet va donc se fonder le droit (positif) ? Coupées de toute référence au juste par essence, les règles qui gouvernent les rapports des hommes entre eux ne pourront s'appuyer que sur la *volonté* (assortie de contrainte) de ceux qui les édictent. Peu importe à cet égard que, par une fiction plus ou moins grossière (26), ces règles prétendent exprimer un véritable consensus social : volonté des gouvernants ou volonté du peuple, c'est toujours de volontés qu'il s'agit. Le droit devient ainsi *pure positivité* : juste parce que voulu et non voulu parce que juste. Il ne puise sa capacité de maintien que dans l'existence d'une classe politique ou d'un courant d'opinions (27) socialement *dominant* (28). *L'auctoritas* (sagesse, raison) se dilue dans la *potestas* (pouvoir de contrainte). Peut-on même encore parler de *règles* de juste conduite ? Supprimez en effet la mesure *première* du juste (le droit naturel) et toutes les mesures adoptées par la loi humaine ou par la coutume ne règleront plus rien. Sans étalon, point de mesures, et sans mesures point de choses mesurées. Décapité, le droit perd la tête.

D'autres conséquences sont d'ordre *épistémologique*. Dire le droit, le découvrir est affaire de raison. A l'origine de toute loi, de toute décision judiciaire, il y a *des raisons* qui ont emportées la conviction du législateur ou du juge : ces raisons étaient meilleures que d'autres, elle exprimaient mieux le juste et c'est pourquoi elles ont convaincu. Mais cette hiérarchie des raisons n'est concevable que s'il existe un droit naturel, une mesure parfaite de ce qui est juste que la raison humaine ne constitue pas mais qu'elle *découvre* pas à pas grâce à la confrontation *dialectique* de raisons contraires. Ces raisons ont-elles raison ? Expriment-elles ce qui est *vraiment, authentiquement* juste ? Telles sont les questions que se pose le juge ou le législateur qui veut statuer en tiers impartial et désintéressé. Or, force est de constater que ces questions deviennent oiseuses et infondées dès lors que l'on accepte de refouler le droit naturel dans la sphère de l'idéologie, du for interne et, en définitive, du relatif. Supprimez ici encore la mesure *ultime* du juste (la raison des raisons) et toutes les raisons intermédiaires qui conduisent à

---

et la morale. Le travail du juriste est celui du moraliste s'unifient au stade de leur domaine commun : le droit naturel. Tout cela n'a rien d'idéologique !

(26) Celle des sondages (V. Atias et D. Linotte, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", D. 1977, chr. 251) ; celle d'un référendum ou celle d'une constitution votée par le peuple et qui sert de critère ultime à la validité des lois ordinaires ou des décrets gouvernementaux.

(27) De l'idéologie à l'opinion, il y a peu, v. note 25.

(28) Qui ne se souvient de l'inénarrable apostrophe d'un honorable parlementaire s'adressant aux membres d'un parti politique moins heureux que le sien lors de précédentes élections législatives : "Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire" ? A elle seule cette formule vaut tout un traité !

l'adoption de telle ou telle solution perdront *ipso facto* leur validité. Elle deviendront de simples arguments sans substance dont aucun ne saurait légitimement prétendre avoir raison sur l'autre, mieux exprimer le juste qu'un autre. La *science du droit* est dénaturée en profondeur. Elle n'est plus, elle ne peut plus être la "science du juste et de l'injuste, la connaissance des choses divines et humaines" chère aux jurisconsultes romains. Le juriste devient au mieux un sociologue chargé d'enregistrer et de décrypter les faits sociaux, au pire un simple technicien du droit dont on attend seulement qu'il sache jouer (voire se jouer) des règles établies.

Le réalisme juridique ne saurait donc, pensons-nous, se passer du droit naturel. Premier dans l'ordre ontologique et dernier dans l'ordre épistémologique, son existence est en quelque sorte postulée par la réalité même du droit, par le fait que nous puissions dire, même du bout des lèvres et après bien des délibérations : voilà ce qui est juste, *id quod iustum est*. Pour être en principe souhaitable, l'adaptation du droit aux moeurs n'est véritablement réaliste qu'à condition que le législateur ait d'abord constaté l'équité de ces moeurs qu'il prétend ériger en modèle officiel de conduite. Est-ce le cas pour les lois relatives au droit de la famille ? Beaucoup le pensent, nous dit M. Malaurie. Manquerons-nous alors d'humilité à vouloir trop les critiquer ?

II - DE L'HUMILITE DU JURISTE

Foin des discours moralisateurs ! Interrogeons-nous sérieusement, en philosophie, sur cette vertu que le christianisme a su auréoler d'une grâce particulière (29). L'humilité, chacun le sait, s'oppose à l'orgueil. mais où se situe donc le noeud de cette opposition ? Tout simplement dans l'attitude que chacun observe vis à vis de ses propres mensurations. Chaque être, en effet, est *mesuré*, possède une multiplicité de talents ou de qualités (30) plus ou moins étendues d'intelligence, de savoir-faire, de santé, de force physique ou morale, etc. D'autres mesures, plus extérieures (et par suite, plus secondaires), comme le rang social ou la fortune, viennent également compléter cette "équation"

(29) Les Grecs et Romains ont laissé dans l'ombre l'humilité. Etait-ce dû à leur orgueil ou tout simplement à leur manque d'intérêt ? Saint Thomas d'Aquin penche pour la seconde interprétation. "Aristote, fait-il observer, traite des vertus au point de vue social, où la subordination des hommes entre eux est déterminée par la loi et rentre donc dans la justice légale. L'humilité, en tant que vertu spéciale regarde surtout la subordination de l'homme à Dieu, et aussi son abaissement volontaire devant les autres à cause de Dieu" (op. cit., IIa-IIae, q. 161, art. 1, ad. 5). La philosophie orientale a au contraire beaucoup insisté sur l'humilité.

(30) Nous n'évoquons pas les défauts, lesquels se ramènent en fait à un manque de qualités : les défauts sont des qualités limitées ; tout bon pédagogue devrait en avoir conscience.

personnelle et insubstituable. Or, face à elle, deux attitudes sont possibles : celle de l'orgueilleux, "dont la volonté prétend à ce qui le dépasse" (31) ; celle de la personne humble, dont le propre est justement de "ne pas désirer ce qui la dépasse" (32). L'un agit par présomption : se croyant -à tort- au-dessus de ce qu'il est vraiment, il évolue dans la démesure (*hybris*) : l'autre se tient sagement à l'intérieur de ses propres limites, il n'ambitionne rien au-delà de ce dont il est capable (33).

Que nos qualités intellectuelles doivent être placées sous le signe de l'humilité foncière de la créature (34), cela s'impose d'autant mieux que l'intelligence constitue le *nec plus ultra* du monde sublunaire, la faculté par laquelle 'l'homme s'élève au-dessus de la matière et participe en quelque manière de l'univers des purs esprits : la tentation de l'orgueil se fait ici plus lancinante. Pas plus que tout autre personne dont le métier est de penser, le juriste ne saurait donc se dispenser d'humilité, comme le rappelle à fort juste titre M. Malaurie. Dans sa quête *vocationnelle* du juste et de l'injuste, il doit en particulier savoir *tenir compte de l'avis des autres*. la découverte de la solution juste est en effet un *bien ardu*, difficile d'accès : le droit naturel, avons-nous dit, est dernier dans l'ordre de la connaissance. Certes la raison d'un seul homme particulièrement doué est en soi capable de parvenir au terme de cette recherche, mais qui d'entre nous peut, sans l'ombre d'un doute, prétendre faire partie de ces quelques aristocrates de l'intelligence ? En outre, nous ne savons pas toujours raisonner sans passion ; la rectitude de l'intellect est fréquemment faussée par nos sentiments, nos préjugés plus ou moins avoués, nos frustrations, etc. Prendre l'avis d'autrui, en tenir compte, constitue donc un salutaire réflexe d'humilité pour le juriste.

Mais à qui se fier ? Quelle autorité choisir ? Pour M. Malaurie, la voix à écouter est celle du plus grand nombre. Les réformes récentes, nous dit-il, "sont approuvées par la grande majorité de la doctrine, de la pratique et probablement de la population". Il y a, pensons-nous, du vrai dans cette proposition. Qu'une part importante, voire la plus importante (35) des docteurs en droit, des praticiens ou même des citoyens ordinaires accorde son estime à notre actuel droit de la famille, c'est là une

(31) Saint Thomas d'Aquin, op. cit., IIa-IIae, q. 162, art. 1.
(32) Ibid., q. 161, art. 2.
(33) L'humilité relève ainsi de la vertu cardinale de tempérance (ibid., q. 161, art. 4). Mais elle doit être combinée avec la magnanimité qui appartient, elle, à la vertu cardinale de force. Le magnanime s'efforce d'aller jusqu'au bout de ses capacités : il atteint sa pleine mesure, sans la dépasser puisqu'il est humble (ibid., q. 161, art. 1, ad. 3). Nous sommes bien loin de la morale d'esclave dont parlait Nietzche.
(34) Par essence toute créature est mesurée. Sinon elle serait Dieu.
(35) Ce qui resterait à démontrer ; mais nous acceptons telle quelle cette affirmation, en confiance.

indication sur le juste que nul être sensé ne saurait négliger. Mais il est capital de comprendre que cette indication ne vaut que parce qu'elle exprime une *raison partagée* par beaucoup, un assentiment commun sur ce qui est juste et sur ce qui ne l'est pas dans le domaine des relations familiales. Sans cette communion des esprits dans une même certitude, aucune convention, aucun accord ne serait d'ailleurs possible. En d'autres termes, ce n'est pas le consensus qui fait la raison, mais au contraire la raison qui fait le consensus. L'accord de tous sur une même chose nous met ainsi en présence d'un élément qui *transcende* la simple convergence des sentiments et qui, en même temps, la *fonde*. Un consensus sur le juste, fut-il unanime, n'a donc de valeur que *dans la mesure où il participe* de la vérité sur le juste par essence qu'est le droit naturel. Or, il est radicalement impossible de décider quel est le degré de participation de cette opinion commune à la vérité unique si l'on s'en tient à la seule constatation de l'existence d'un consensus. Celui-ci en effet, exprime seulement des volontés dont, dans le meilleur des cas, il est possible de *présumer* qu'elles ont raison, qu'elles correspondent à une opinion mûrement réfléchie. Mais pour déterminer dans quelle mesure elles ont raison, il faut délibérément s'affranchir de l'ordre du *quantitatif* (le nombre d'opinions émises), pour aborder celui du *qualitatif* (la valeur desdites opinions). L'appréciation (= donner du prix) de la solution la plus juste n'est pas affaire de statistique mais de *sagesse*. Mieux vaut dès lors s'appuyer sur la raison d'un seul dont la sagesse est *éprouvée* que sur l'accord d'une multitude qui ne peut alléguer pour elle qu'une raison présumée. "Un homme vaut à mes yeux dix mille personnes s'il est le meilleur", disait Héraclite (36). L'humilité, qui pousse à rechercher l'avis des autres, doit s'accompagner de lucidité : seul l'avis d'un plus sage que soi mérite d'être entendu. Sage entre les sages, Socrate fixait ainsi sa propre règle de conduite : "J'ai toujours eu l'habitude, quand quelqu'un dit quelque chose, d'y prêter attention, surtout lorsque celui qui parle me paraît être savant (...) Mais si celui qui parle me paraît commun, je ne fais pas de questions et je ne me soucie pas de ce qu'il dit" (37).

Qui nous montrera le sage ? L'expérience commune le prouve : la sagesse est généralement concentrée chez le petit nombre. C'est qu'elle n'implique pas seulement la lucidité, mais aussi, et surtout, la droiture morale, l'absence de parti-pris, le goût de la vérité pour la vérité, serait-ce au prix du sacrifice de sa vie. Nous laissons au lecteur le soin de trouver des exemples. Mais il ne nous en voudra sûrement pas de rappeler ici les conseils d'un expert : "Si tu le veux, mon fils, tu seras instruit. Si

(36) Fragments, 49.
(37) Platon, Hippias mineur, XII, 369 d.

tu aimes écouter, tu apprendras. Et si tu inclines ton oreille tu seras sage. Tiens toi dans la compagnie des vieillards ; quelqu'un est-il sage ? Attache-toi à lui. Aime à écouter tout ce qui se dit de divin et que les maximes intelligentes ne t'échappent point. Si tu vois quelqu'un d'intelligent, dès le matin vas vers lui, et de ton pied use le seuil de sa porte. Médite sur les commandements du Seigneur et appliques-toi en toutes choses à ses préceptes. Lui-même affermira ton coeur et la sagesse désirée te sera donnée" (38).

(38) Ecclésiastique, 6, 32-37.

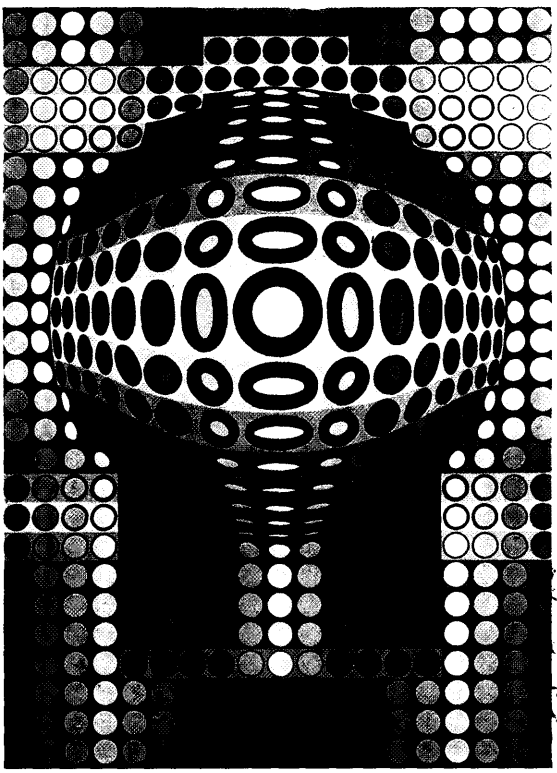
DEPOT LEGAL 1ème Trimestre 1988

N° I S S N 0249-8731

Couverture : Imprimerie Paul Roubaud - Aix-en-Provence

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



NANCY

A voir notamment :

M. ASSMANN :

LES PROBLÈMES DE CAUSALITÉ DANS LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE POUR LES DOMMAGES CAUSÉS A L'ENVIRONNEMENT EN DROIT ALLEMAND

E. PUTMAN :

LA LOI DU 5 JANVIER 1988 SUR L'ACTION EN JUSTICE DES ASSOCIATIONS AGRÉÉES DE CONSOMMATEURS

G. MEMETEAU :

LA PLACE DES NORMES ÉTHIQUES EN DROIT MÉDICAL

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1988 - 2

La Direction de la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

(C) PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1988

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1988-2

Publiée par la FACULTE DE DROIT et de SCIENCE POLITIQUE
d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIII - 33 (13ème année - 33e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
V.VASARELY : "HOOR" P. 1049 - 1976

COMITE DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

*_*_*_*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Directeur J.-L. BERGEL
M. le Directeur D. BERRA
M. le Doyen F. BOULAN
M. le Directeur J. BOURDON
M. le Professeur J.-Y. CHEROT
M. le Professeur Y. DAUDET
M. le Président Ch. DEBBASCH
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE
M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur C. MOULY
M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Doyen F. BOULAN
M. le Président L. FAVOREU
M. M. GARCIN
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros pas an - Tarif 1988

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 270 F
Abonnement étranger : 330 F
Numéro (France) : 85 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
C. C. P. 9404 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12,Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL 283

I - ETUDES

DROIT DES OBLIGATIONS

- Heinz-Dieter ASSMANN, **Les problèmes de causalité dans la responsabilité délictuelle pour des dommages causés à l'environnement en droit allemand** 289

- Christian BOLZE, **L'unité du lien de connexité en droit des obligations** 303

DROIT DE LA CONSOMMATION

- Emmanuel PUTMAN, **La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs** 341

DROIT INTERNATIONAL

- Wolfgang GRAF VITZHUM, **Le transfert de technologie, les espaces non-nationaux et l'ordre économique international** 365

II - PHILOSOPHIE DU DROIT

- Gérard MEMETEAU, **La place des normes éthiques en droit médical** 391

- Jean-Marc TRIGEAUD, **Métaphysique de la culture et discours du droit** 425

III - ACTUALITES DOCTRINALES

- Jean-Pierre SCHOUPPE, **Le réalisme juridique** (Présentation par Alain SERIAUX) 447

IV - COLLOQUES

- Table Ronde du Club Epistémologie de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, à l'occasion du Centenaire de la naissance de Gaston BACHELARD (suite) 451

EDITORIAL

Le présent numéro de la Revue de la Recherche Juridique illustre parfaitement l'objectif que se sont assigné les fondateurs de celle-ci, savoir offrir un large panorama de l'actualité des réflexions juridiques.

Permanence et innovation dans le droit des obligations qui aura tant subi les effets d'une évolution multiforme des activités humaines comme des fins qu'elles sont censées poursuivre, sont attestées par les études de MM. Assmann et Bolze.

Continuité du droit de la consommation qui s'oriente de plus en plus vers une sorte de droit public supplétif, à preuve la loi du 5 janvier 1988 que commente savamment M. Putman.

Rupture ou remise en ordre ? Tel est le dilemme posé à tous les acteurs du jeu social par le progrès (médical) ou la permanence (culturelle) qui conduisent à s'interroger sur l'énoncé même du "juridique" (cf. l'article de M. Trigeaud) ou sur sa relation (ou non relation) à l'éthique (cf. l'étude de M. Memeteau).

Nova et Vetera telle pourrait la devise de la présente revue d'actualité doctrinale qu'anime, ici, A. Seriaux.

Le couronnement de ce numéro, consacré ainsi à la permanence et/ou au changement des problèmes et des solutions juridiques, étant constitué par la poursuite de la publication du Colloque G. Bachelard qui aura joint à la démonstration de l'évidence de l'interdisciplinarité des questions de droit, la mise en lumière de l'absolue nécessité d'édifier une épistémologie juridique.

L'ensemble ainsi formé permet de saisir l'invariant juridique à travers le foisonnement de la vie sociale, l'apparente nouveauté des questions et l'instantané des difficultés humaines. Il met encore plus en valeur l'irremplaçable spécificité du droit qui est le moyen privilégié sinon exclusif d'instaurer le juste dans les rapports humains.

En ces jours ou renaît le printemps de la nature, il n'est ni fortuit ni indifférent de constater que toutes les "végétations" qui composent la vie sociale sont nourries d'une unique sève juridique qui tend invariablement aux mêmes fins, selon une démarche elle-même remarquablement constante.

Jean-Claude RICCI

R. R. J. 1988

Pages 285 à 387

- I -

ETUDES

DROIT DES OBLIGATIONS

* _ * _ * _ *

LES PROBLEMES DE CAUSALITE DANS LA RESPONSABILITE DELICTUELLE POUR DES DOMMAGES CAUSES A L'ENVIRONNEMENT EN DROIT ALLEMAND

Par
Heinz-Dieter ASSMANN

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Tübingen, R.F.A.

I - LES DONNEES

Dans le domaine du droit de la responsabilité civile, c'est la mise au point d'un système d'indemnisation pour les dommages causés à l'environnement qui met au mieux en évidence les limites imposées aux réglementations nationales (1). Récemment la Cour de cassation allemande ("Bundesgerichtshof/BGH") a rejeté une demande en dommages-intérêts émanant de quelques propriétaires de forêts allemandes pour les préjudices subis soi-disant par la pollution de l'air et la pluie acide. Ceci en remarquant qu'environ 50 % des substances nocives provenaient de l'étranger. Il s'agirait donc là d'un problème supranational (2). L'expérience montre, surtout en Europe, que la création de réglementations supranationales ne réussit dans la plupart des cas, que par voie d'harmonisation du droit et sur la base d'ordres juridiques nationaux bien développés. Car ces projets supranationaux supposent au préalable la prise de conscience

(1) Pour la R.F.A. v. p. ex. Jayme, Haftung aus grenzüberschreitenden Umweltbelastungen, dans : Nicklisch (éd.), Prävention im Umweltrecht, 1988 ; Rest, Zeitschrift für Versicherungsrecht 1986, p. 609 s et 933 s.
(2) V. BGH, déc. du 10 décembre 1987, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1988, p. 96s.

"interne" quant à la nécessité d'apporter des solutions juridiques internationales à un problème donné. Les considérations suivantes -qui ne sont pas de droit comparé- semblent concerner à première vue qu'un point très particulier d'une telle prise de conscience. Elles nous conduiront pourtant très rapidement au coeur du problème de la responsabilité. Peut-être sont-elles aptes à faciliter la comparaison entre les problèmes tels qu'ils se posent respectivement en France et en R.F.A. et les solutions que nous leur trouvons. Selon le philosophe Kierkegaard la comparaison signifie la fin du bonheur et le commencement du mécontentement.

Mais le mécontentement n'est qu'un faible euphémisme de l'état d'esprit qui doit accompagner notre sujet : la catastrophe à Bâle causée par l'incendie qui s'est produit à la société Sandoz et la terrible pollution du Rhin qui en a résulté (3), l'agonie de la forêt ("Waldsterben") et les dommages qui en suivent pour la sylviculture, la pollution de l'air par des substances nocives qui nuisent à notre santé, il ne s'agit là que de quelques exemples qui ont abouti à vouloir rendre plus strict le droit de l'environnement. Si un tel droit s'est formé en République fédérale, c'est en puisant surtout dans les sources du droit public ou du droit pénal (4). Mais dans une période plus récente on réclame de plus en plus l'intervention du droit privé afin d'obtenir une protection de l'environnement plus effective. Ainsi, lors de la session en 1986 à Berlin du 56^{e} "Deutscher Juristentag" (l'Association des juristes allemands) l'on s'est préoccupé de la question de l'extension de la protection de l'individu contre les effets nocifs résultant de la pollution, en se servant entre autres du droit civil (5). La pollution du Rhin à la suite de l'incendie de Sandoz, que nous venons de mentionner, a provoqué la mise en place d'une commission. Elle a été chargée par le Ministère de l'Environnement et le Ministère de la Justice d'étudier l'utilisation et l'amélioration du droit de la responsabilité civile, d'un côté en vue de prévenir les dommages à l'environnement et de l'autre côté pour fonder des actions en dommages-intérêts en cas de préjudices causés par la pollution. Ce dernier temps des questions identiques font le thème de différentes réunions de spécialistes et

(3) V. Rest, Umwelt- und Planungsrecht 1987, p. 363 s. ; au sujet d'une action en dommages-intérêts de la part de demandeurs néerlandais contre les Mines de Potasse d'Alsace en France à cause de la pollution du Rhin, v. Rest, 12 Environmental Policy and Law 1984, p. 37 s.

(4) V. p. ex. Salzwedel (éd.), Grundzüge des Umweltrechts, 1982.

(5) V. Marburger, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts, Gutachten C zum 56. Deutschen Juristentag, 1986 ; Diederichsen, Referat, dans : Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentags, vol. 2, 1987, p. L48 s.

le thème de nombreuses prises de position dans la littérature juridique allemande.

Les espérances sont différentes quant à l'utilisation accrue du droit de la responsabilité civile, et notamment de la responsabilité délictuelle. Le régime de la responsabilité délictuelle présente avant tout l'avantage décisif de confronter l'auteur du dommage, par le truchement des dommages-intérêts à payer, directement aux coûts impliqués par son comportement. Ainsi il sera amené à prévoir des mesures effectives en vue de la prévention de tels dommages (6). La liberté individuelle ne sera restreinte que là où elle porte atteinte aux droits spécialement protégés de tierces personnes. L'action en dommages-intérêts devient ainsi un instrument de la politique de protection de l'environnement qui, comparé aux mesures de droit administratif, est moins coûteux et comporte moins de restrictions. De cette façon l'on veut associer la prévention du dommage au dédommagement. Et même celui qui de toute manière est sceptique quant à la possibilité de substituer aux normes de droit public le droit de la responsabilité civile, n'en sous-estimera pas la signification pour le droit de l'environnement et soutiendra dans ce but l'élargissement des règles de la responsabilité civile.

Mais face aux avantages évidents que comporte l'utilisation des moyens de droit privé et notamment de ceux de la responsabilité délictuelle pour la protection de l'environnement, on constate aussi quelques nettes déficiences. Semblable à la conception française le droit allemand de la responsabilité délictuelle a un caractère individualiste. Cela signifie que seules les nuisances qui représentent la violation d'un droit individuel d'un sujet de droit précis peuvent être prises en compte. On est obligé ici de préciser que la clause générale de responsabilité délictuelle contenue dans l'art. 823 al. 1er du Code civil allemand ("BGB") ne protège exclusivement que les droits individuels qui y sont énumérés et accorde des dommages-intérêts en cas de leur violation. Par conséquent, lesdits dommages pour la communauté ou les coûts sociaux ne peuvent être imputés à l'auteur du dommage. Le caractère individualiste de la responsabilité civile réside également en ce qu'elle suppose en principe la provocation individuelle d'un dommage individuel. Par contre les nuisances à l'environnement résultent principalement de l'action conjointe mais non concertée d'émissions différentes qui isolées seraient peut-être non-novices. Enfin la victime doit elle-même prendre l'initiative de faire valoir ses dommages et même être prête à agir en justice. Dans ce contexte, il est déjà parfois difficile de chiffrer le dommage ou de prouver la faute. Concernant la faute

(6) V. pour d'autres indications : Assmann, Möglichkeiten und Grenzen der Fortentwicklung des Umwelthaftungsrechts, dans : Nicklisch (éd.), op. cit. note 1.

délictuelle on propose une utilisation accrue de dispositions qui fondent une responsabilité objective (7). Cependant la responsabilité fondée sur la faute de même que la responsabilité fondée sur le risque ne déchargent pas la victime de l'obligation de prouver que le dommage a été matériellement engendré par le ou les défendeurs. Et c'est en fait à ce moment que la plupart des actions en dommages-intérêts échouent. Un des meilleurs spécialistes dans la matière parvient ainsi à la conclusion que la cause principale de l'échec des règles de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la protection de l'environnement réside en la difficulté pour la victime de prouver des rapports de causalité entre le dommage survenu et l'activité comportant un risque potentiel du défendeur (8). Ces mêmes difficultés resurgissent d'ailleurs également dans les conflits de voisinage où -semblable au droit français (9)- l'on a largement substitué aux droits de demander l'arrêt d'activités qui troublent le voisinage des droits à des dommages-intérêts : mais de toute façon la victime doit d'abord prouver que l'entreprise qui se trouve dans son voisinage est la cause de l'atteinte à ses droits.

A titre d'exemple, on peut citer les espèces typiques suivantes qui montrent la difficulté de prouver les rapports de causalité : en 1985 certains propriétaires de forêts de la région de "Heilbronn" tentaient d'agir en justice en vue d'obtenir un dédommagement pour les dégâts causés à leurs forêts par une entreprise de production d'énergie électrique. Leur seul moyen de preuve pour la causalité entre l'activité de cette entreprise et les dégâts consistait à reprendre les estimations de certains organismes publics selon lesquelles cette entreprise et ses cheminées de 70 mètres de hauteur seraient responsables pour deux tiers des substances nocives flottant dans l'air : le tribunal exigeait pourtant l'établissement d'un rapport direct et clair de causalité, ce dont les demandeurs étaient incapables.

Dans un autre cas des voitures étaient garées sur le parking d'une entreprise qui se trouvait près d'une autre usine. Les propriétaires de ces voitures prétendaient que la détérioration de leur peinture provenait de l'émission par cette usine de substances nocives. La Cour de cassation allemande a concédé ici d'importantes facilités de preuve et ainsi les demandeurs ont eu

(7) De telles dispositions se trouvent p. ex. dans les lois allemandes suivantes citées selon leur plus récente version : "Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren" (AtomG ; Bundesgesetzblatt I/1985, p. 1565 ; "Loi fédérale sur l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire et sur la protection contre ses dangers") ; "Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts" (WHG ; Bundesgesetzblatt I/1986, p. 1529 ; "Loi fédérale sur l'approvisionnement en eau et sa protection").

(8) V. Diederichsen, Referat, op. cit. note 5, p. L79.

(9) Loi du 19 juillet 1976 (loi relative aux installations classées pour la protection de l'environnement).

gain de cause (10). Dans d'autres espèces le problème était pour les demandeurs de cerner plusieurs auteurs potentiels du dommage : ainsi la pollution de bassins de pisciculture pouvait provenir de deux entreprises ; la Cour de cassation allemande jugeait responsable chacune des entreprises puisque les substances nocives qui émanaient de chacune des installations étaient susceptibles d'avoir causé le dommage survenu (11). Dans encore un autre cas deux entreprises minières travaillant à l'aide d'explosions artificielles étaient supposées avoir causé les dommages survenus à des maisons d'habitation : la Cour de cassation allemande confirmait que les tribunaux inférieurs étaient d'abord en droit d'estimer la part effective de chaque entreprise au dommage, puis de tenir entièrement responsable chacune des entreprises pour les dommages où une telle répartition graduelle n'était pas possible (12).

Mais pour les cas véritablement problématiques, il n'existe pas de précédent dans la jurisprudence. Il s'agit là des dommages causés par accumulation ou à distance et dans les cas pouvant se montrer sous des constellations très variées. Cela signifie que les émissions qui causent le dommage sont le produit de nombreuses substances nocives provenant de sources diverses (13). A cela s'ajoute la difficulté, notamment en ce qui concerne les atteintes à la santé, d'isoler clairement de ces causes extérieures les risques liés aux aléas de la vie en général et la prédisposition du malade. Dans d'autres situations, la particularité réside en ce que le danger apparaît seulement avec l'accumulation d'émissions nocives, qui, si elles étaient isolées, resteraient inoffensives. C'est le cas par exemple des gaz d'échappement des voitures ou des chauffages individuels. Enfin l'on peut encore indiquer les occasions où les substances nocives ne se sont formées qu'à la suite de l'action synergique de plusieurs émissions qui, quant à elles, ont été soit autorisées soit permises.

Dans tous ces cas, la condition indispensable du droit au dédommagement reste la preuve des rapports de causalité. Si l'on veut être précis, l'endommagé devra prouver que l'auteur du dommage cause des émissions dont il est responsable et qui peuvent en principe provoquer de tels dégâts. Puis il devra prouver que ces émissions l'ont agressé personnellement et ont

(10) V. BGH, BGHZ 92, p. 143.
(11) V. BGH, BGHZ 52, p. 257.
(12) V. BGH, BGHZ 66, p. 70.
(13) Dans cette mesure se manifeste le problème plus général de la responsabilité pour des dommages reposant sur des causes multiples, v. à ce sujet et du point de vue du droit comparé les contributions écrites par Assmann, Cigoj, Elliot, Kramer et Posch dans : Fenyves/Weyers (éd.), Multikausale Schäden in mondernen Haftungsrechten, 1988.

ainsi impliqué la violation du droit subjectif (14). Il est évident que, lors de la poursuite judiciaire pour des dommages causés à l'environnement, cette preuve ne pourra être fournie qu'en cas de conditions extrêmement favorables. Le nombre peu élevé d'actions en dommages-intérêts dans ce domaine confirme cette situation. Cela signifie également que de nombreuses installations qui causent des dommages, ne sont pas acculées aux coûts de leurs activités. La "stratégie des cheminées hautes" s'avère être payant pour ces entreprises. Les frais sont supportés par les victimes et - dans la mesure où s'interposent de leur côté des organismes collectifs comme par exemple des assurances- la communauté. Il est clair que cette situation ne pouvait que difficilement être tolérée et cela déjà bien longtemps avant d'y avoir trouvé des remèdes. Cependant, les possibilités sont très restreintes pour renforcer l'efficacité du droit de la responsabilité délictuelle au sujet de l'indemnisation pour des dommages causés à l'environnement. D'un côté il dépend surtout des juges de faire évoluer le droit de la responsabilité délictuelle dans le sens d'un droit de responsabilité pour l'environnement ; d'un autre côté, "la protection de l'environnement par le biais du droit privé... ne doit pas aboutir à l'éclatement du droit privé" (15). Donc il s'agit avant tout de répondre à la question de savoir quelles marges de manoeuvre nous donne la réglementation de la responsabilité délictuelle et les quelques dispositions s'y référant dans le traitement de la causalité. Ou autrement dit : qui doit prouver et que doit-on prouver lors de la poursuite pour des dommages causés à l'environnement et avec quel degré de certitude doit-on le prouver ?

II - LES SOLUTIONS

Pour éviter la pléthore de détails dans cette présentation générale, on n'étudiera que quatre propositions susceptibles d'apporter une solution aux problèmes que l'on vient d'aborder. La plupart de ces différentes idées partent d'un niveau d'abstraction tel qu'elles pourront également être intéressantes pour d'autres ordres juridiques.

(14) V. Diederichsen, Referat, op. cit. note 5, p. L79.
(15) V. Diederichsen, Referat, op. cit. note 5, p. L70.

1. Il faut faire mention en premier lieu de la proposition qui consisterait à revoir la notion de causalité et les théories traditionnelles élaborées à ce sujet et à développer une théorie spéciale de la causalité pour le droit de responsabilité dans les dommages causés à l'environnement. Mais ce n'est en aucun cas dans la notion de causalité que l'on pêchera les arguments pour ou contre cette solution. Il n'est pas question de reprendre ici le débat sur la notion de causalité qui est mené depuis des décennies dans le domaine des sciences juridiques, des sciences naturelles et de la théorie de la science (16). Il est plus judicieux de partir d'un point de vue fonctionnel. Car l'idée que le juriste se faisait de la "causalité" n'était à aucun moment identique à la notion de causalité selon les lois naturelles. Les formules d'usage employées dans les sciences juridiques, comme par exemple "conditio sine qua non", n'ont jamais remplacé la connaissance réelle mais sont parties d'une "connaissance fondée sur l'expérience". Dans une multitude de causes les juristes ont toujours considéré responsable celle qui selon l'expérience et les buts poursuivis se prêtait le mieux à une manipulation ; c'est-à-dire celle qui permettrait d'aboutir à l'éviction du dommage. A ce sujet l'Américain Calabresi constate que la fonction de la notion de "causalité" a toujours été : "to identify those pressure points that are most amenable to the social goals we wish to accomplish" (17). C'est donc la connaissance que nous acquérons de l'expérience, qui nous amène à rendre responsable d'un dommage précis une activité précise. Mais si l'on veut considérer un agissement précis et illicite qui aura été cause d'un préjudice, nous ne devons pas être amenés à nous contenter seulement d'une probabilité statistique sous prétexte d'incertitude de notre savoir et d'inexactitude de la notion de causalité. Pour cette raison les débats qui ont lieu en Allemagne fédérale portent toujours à tort sur une notion de causalité basée sur la probabilité. Une seule entreprise n'aura pas pour autant à craindre d'être tenue pour responsable même si depuis son implantation les statistiques peuvent prouver une augmentation des cas de maladies cancéreuses. Pour réellement arriver à une responsabilité pour des dommages dont la cause serait seulement probable, il faudra créer des nouvelles normes de responsabilité délictuelle qui nous permettent de présumer qu'une relation existe entre l'agissement décrit par la norme et la survenance du dommage. Faire jouer la responsabilité plus tôt est donc la devise d'une telle façon de procéder. Par exemple : un médecin d'une clinique soigne un patient qui, à la suite de son traitement, subit de graves atteintes à sa santé. Mais on ne peut pas établir avec certitude, si les

(16) Mais v. à ce sujet Hart/Honoré, Causation in the Law, 1985, 2e éd.
(17) V. Calabresi, 69 U. Chi. L. Rev. 1975/76, p. 105/106.

atteintes ont été causées par une erreur dans le traitement ou par la défaillance d'un appareil technique. Les tribunaux ont maîtrisé ces incertitudes en se basant sur une étape qui précédait le traitement, c'est-à-dire l'information du malade. L'obligation pour un médecin d'informer ses patients ne repose qu'en partie sur l'idée de vouloir leur garantir un droit à l'autodétermination ; il était encore plus important de créer ainsi un dispositif de secours pour ne pas délaisser les victimes à cause de difficultés de preuve typiques. Il va de soi que l'on ne retrouvera pas une telle explication dans les motifs d'un jugement. Mais il est vrai que le droit allemand reste très ouvert à cette technique déjà mentionnée qui consiste à faire jouer la responsabilité plus tôt et ceci face aux difficultés de preuve. Les tribunaux ont de plus en plus concrétisé la clause générale de responsabilité délictuelle du Code civil allemand (art. 823 "BGB") en créant des devoirs de conduite personnelle et des devoirs de prévention pour ceux qui exposent le public à une source de danger. Cette technique s'avère également la plus prometteuse quand on a affaire à des dommages causés à l'environnement. Et la mesure dans laquelle on fera intervenir plus tôt la responsabilité dépend alors des théories de la responsabilité délictuelle et des buts de politique juridique. La réponse ne pourra être tirée de la notion de causalité. Personne ne pourra prétendre que la violation des devoirs d'information puisse empêcher des erreurs dans le traitement ou des défaillances des appareils techniques. Toujours est-il que le médecin, par l'observation de ses devoirs d'information envers le patient, peut se soustraire aux risques qui lui seraient imputés. Mais plus ces devoirs deviennent stricts, plus on se rapproche de la responsabilité objective. Pour cette raison, il faudra utiliser avec précaution cette technique de faire jouer plus tôt la responsabilité, si l'on veut non seulement une diminution mais également une prévention des dommages. En se basant sur la connaissance tirée de l'expérience, il faudra formuler uniquement des devoirs aptes à prévenir les dommages avec une assez grande probabilité. Il faut en conclure qu'il ne s'agit pas de revoir les théories juridiques sur la causalité mais de porter un regard fonctionnel sur les faits délictuels.

2. En ce qui concerne la deuxième proposition, on vient en fait d'en décrire l'idée essentielle, c'est-à-dire celle d'avancer le moment où la responsabilité commence par la création de devoirs de prévention pour ceux qui exposent le public à une source de danger (18). Ces devoirs de prévention ont tout d'abord pour fonction, dans le droit allemand de la responsabilité délictuelle,

(18) V. l'ouvrage fondamental de v. Bar, Verkehrspflichten, 1980.

de fonder une responsabilité dans la défaillance à ces devoirs. A côté des lois et des conventions, ils ont formé une catégorie supplémentaire destinée à fonder des devoirs. Ces devoirs deviennent plus importants dans la mesure où une activité précise -et non seulement celle d'omettre de prendre des mesures préventives- augmente les dangers et les risques menaçant des tiers. Ils contiennent donc un élément relativisant qui rend un peu plus souple la preuve de causalité. Ces devoirs de prévention sont, pour la plus grande partie, l'oeuvre de la jurisprudence ; face aux dispositions légales ils ont l'avantage de pouvoir plus facilement s'adapter aux changements de situation.

Cependant, les devoirs de prévention et l'anticipation du moment où la responsabilité joue ne résolvent pas entièrement le problème de la preuve de causalité : personne ne voudra tenir entièrement responsable une entreprise à Hambourg qui n'aurait pas régulièrement contrôlé ses filtres à air, pour des dégâts de récolte survenus en Bavière. Par contre, il est plus compréhensible de rendre responsable pour des préjudices d'autrui, à la suite de la pollution des eaux, les entreprises implantées au long d'une rivière et qui auraient omis de contrôler et de documenter par écrit ce qu'elles ont déversé dans les eaux fluviales. Le choix de ces devoirs de prévention doit donc être fait de manière à ce qu'ils servent de médiateurs entre le but de la simple indemnisation et celui de la stricte prévention des dommages. Simultanément, cela signifie que l'élimination des difficultés de preuve pour la victime ne peut constituer le seul aspect sous lequel on formule de tels devoirs de prévention : et cela vaut pour le droit de l'environnement et pour tout autre secteur. C'est précisément parce que ces devoirs de prévention influencent le comportement individuel qu'il faut étudier leur rapport au fait dommageable. Récemment s'est imposée l'idée selon laquelle les considérations du législateur au sujet d'une juste répartition des dommages doivent tenir compte des possibilités pour l'individu de les réaliser par voie judiciaire (19). Et dans le cas où l'on ne peut déterminer lequel de plusieurs auteurs potentiels a réellement causé le dommage, il n'est certainement pas incorrect de leur imputer ces difficultés de preuve. Ils en seraient par exemple responsables s'ils avaient omis de documenter par écrit et de contrôler les émissions réellement faites (20).

On voit donc que l'on ne pourra établir que des règles très abstraites lorsqu'on veut rédiger des devoirs de prévention pour

(19) V. par ex. Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 52, p. 131, 154 ; Münchener Kommentar-Mertens, Bürgerliches Gesetzbuch, vol. 3, 2e fascicule, 2e éd. 1986, Vor para. 823, n° 7 et s. ; id., ibid., para. 823, n° 48.

(20) A ce sujet l'on peut se référer à la décision de la Cour de cassation fédérale ("BGH") dans BGHZ 92, p. 143.

les cas où la preuve de causalité se heurte à des difficultés. Car la situation particulière de chaque espèce doit être analysée. En illustration des possibilités et des limites propres à la méthode des devoirs préventifs, il faut encore présenter une telle situation particulière : de nombreuses émissions à elles-seules ne peuvent pas causer des dommages importants ; pourtant combinées à d'autres émissions, elles présentent un danger pour la propriété ou la santé de tierces personnes. Dans ce cas, il faut se poser la question de savoir s'il est sensé, par le moyen des devoirs de prévention, de rendre chacun des auteurs des émissions responsable de celles des autres (21). Ce devoir de prévention pourrait avoir le contenu suivant : chacun doit observer la situation réelle et y adapter la quantité et la qualité de ses émissions afin de prévenir ainsi les dommages prévisibles des tiers. Il est évident qu'une telle solution aux problèmes soulevés par les dommages causés par l'accumulation de différentes émissions d'agents nocifs comporte de très grands désavantages. Les coûts de ce type d'observation permanente seraient énormes et particulièrement durs à supporter par les petites et moyennes entreprises. De combien faudra-t-il réduire les émanations produites pour obtenir une réduction suffisante lorsqu'il y a encore d'autres producteurs d'émissions ? Est-ce que les entreprises vont rester elles-mêmes inactives à ce sujet et attendre que les autres changent leur comportement ? Un grand handicap résulterait de cette proposition pour les entreprises qui débuteraient, car elles courraient alors le risque d'être la goutte d'eau faisant déborder le vase par des émissions minimes et ainsi tenues responsables pour le total du dommage. Pour cette raison, ces devoirs de prévention qui conduisent à tenir responsable les uns pour les actes des autres et vice-versa, ne sont promis au succès que si le nombre des sources productrices d'émissions et la quantité des substances nocives sont peu élevés. De plus, on devra pouvoir les confiner régionalement.

3. La catégorie des dommages causés par l'accumulation d'émissions nocives et la proposition d'imputer mutuellement des activités isolées par le biais de devoirs de prévention conduisent à un troisième point de vue. Mais il ne concerne que le cas particulier dans lequel on est en face de nombreux auteurs potentiels sans pouvoir déterminer celui qui a réellement provoqué le dommage. Il s'agit là également d'un des problèmes majeurs de la preuve de causalité en cas de dommages à l'environnement. Le droit allemand fournit pour ce cas d'espèce une réglementation curieuse :

(21) V. pour des propositions allant dans cette direction : Köndgen, Umwelt- und Planungsrecht 1983, p. 345 s.

Art. 830 :

1) Si plusieurs personnes ont causé un dommage par un acte délictuel commun, chacune d'elles en est responsable. Il en est de même pour le cas où l'on ne peut pas déterminer laquelle des personnes participantes a par son action causé le dommage.

2) Les complices ont la même qualité que le coauteur.

Il semble qu'il n'existe pas de réglementation comparable en droit français (22). Il ne fait pas état de la notion du "coauteur subjectif ou moral" ("subjektive Mittäterschaft") et il me semble que la responsabilité du coauteur n'est établie que si l'on peut prouver la causalité entre ses actes et le préjudice survenu. Mais on peut ici négliger ce cas, puisqu'il est peu probable de rencontrer dans le droit de l'environnement des situations où différentes entreprises causent en commun et intentionnellement des dommages à des tiers. Ce qui nous intéresse dans cette disposition du Code civil allemand est qu'elle donne la possibilité de désigner alternativement comme responsables des auteurs différents (23). Cela est également, semble-t-il, sans précédent dans le Code Napoléon et la jurisprudence française. Ayant l'avantage de pouvoir disposer d'une telle réglementation, la littérature juridique allemande a tenté de l'élargir et de l'adapter aux problèmes de preuve typiques en cas de dommages causés à l'environnement (24). Dans un premier temps la jurisprudence allemande a soutenu cette tentative en renonçant de fait, presque totalement, à l'établissement d'un lien étroit dans le temps et dans l'espace entre les acteurs. Enfin, en quittant les limites du champ d'application fixées par son texte, cette disposition a été appliquée dans les espèces où l'on n'arrivait pas à établir la part précise d'un des auteurs dans le total du dommage. Mais c'est d'un autre point de vue que résulte une limitation nette à cette réglementation de causalité alternative : chacun des différents actes individuels aurait pu causer *l'ensemble* du dommage. Cela a justement pour conséquence d'éliminer du champ d'application de l'art. 830, al. 1er, phrase 2 du Code civil allemand les cas où le dommage se produit à la suite de l'accumulation de nombreuses émissions de polluants dont chacune est individuellement

(22) Mais v. les travaux de droit comparé incluant le droit français de W. Buxbaum, Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, 1965.

(23) V. à ce sujet les publications assez récentes de : Weckerle, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, 1974 ; Bodewig, 185 Archiv für die civilistische Praxis 1985, p. 505 s ; Bydlinski, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, Festschrift für Beitzke, 1979, p. 3 s.

(24) V. pour des informations plus détaillées : Assmann dans Fenyves/Weyers (éd.), op. cit. note 13, B III.

inoffensive. Cette disposition ne possède donc qu'une valeur restreinte pour leur dédommagement.

C'est pourquoi l'on a tenté de compenser la défaillance de l'art. 830, al. 1er, phrase 2 du Code civil allemand en faisant appel à la disposition de l'art. 22 de la Loi fédérale sur l'approvisionnement en eau et sa protection du 27 juillet 1957 ("Wasserhaushaltsgesetz/WHG") (25) - une disposition qui fait partie du droit de l'environnement. La nature juridique de cette norme et sa justification font l'objet de vives discussions. Mais c'est un autre aspect qui est ici important : plusieurs pollueurs d'eau peuvent être tenus responsables selon l'interprétation de la Cour de cassation allemande au sujet de cette disposition, même si chacun d'eux, pris individuellement n'aurait pas pu causer l'ensemble du dommage (26). Il suffit donc que chacun ait été capable de ne causer qu'une partie du dommage total. Néanmoins il n'y a que peu d'espoir de voir la jurisprudence transposer cette norme et l'interprétation qu'elle en fait, dans un autre domaine que la protection des eaux. Il en est de même pour le législateur. Car la responsabilité à caractère solidaire que prévoit l'art. 22 de la Loi du 27 juillet 1957 est fondée sur l'étroite communauté de risques que forment les utilisateurs des eaux. Et déjà dans les cas de pollution de l'air, ce type de responsabilité solidaire perd sa base légitime.

4. Toutes les réflexions que nous venons de faire, ont montré qu'il est impossible de résoudre d'un coup en disposant d'un seul instrument les difficultés dans la preuve de causalité, de laquelle dépend toute indemnisation lors de dommages faits à l'environnement. De plus les remèdes qui sont susceptibles de résoudre ces problèmes contiennent des incertitudes et des lacunes. Il n'est donc pas étonnant que la majorité des auteurs essaye de venir à bout de ces difficultés par le moyen classique et universel de la simplification dans l'administration de la preuve (27). Avec beaucoup d'insistance on demande ces derniers temps d'introduire un renversement de la charge de la preuve en vue d'actions en dommages-intérêts pour des dégâts causés à l'environnement. Et puisque cette proposition concerne des questions de procédure au sujet du droit de la responsabilité délictuelle et ne modifie ostensiblement pas ses dispositions de fond, elle semble la plus apte à pouvoir créer un consensus. Pourtant cette apparence est trompeuse, car les facilités de preuve modifient tout à fait les dispositions de fond et peuvent par

(25) V. ci-dessus note 7.
(26) V. BGH, BGHZ 57, p. 257, 262 s.
(27) V. pour des informations et des références plus détaillées : Assmann dans Fenyves/Weyers (éd.), op. cit. note 13, C.

exemple changer la responsabilité fondée sur la faute en une nette responsabilité objective ou sans faute. Et la responsabilité objective peut facilement être transformée en une responsabilité fondée sur le seul soupçon. De tous les moyens en vue de faciliter la preuve, le renversement de la charge de la preuve représente le moyen le plus radical. Ce procédé influence de la façon la plus forte les dispositions légales de la responsabilité délictuelle. Dans la littérature juridique, des auteurs préfèrent cet outil, car on en attend des solutions claires et non-équivoques. Cela est juste si l'on prend en considération le fait que l'utilisation d'autres moyens pour faciliter la preuve dépend de la conviction du juge ; pour cette raison il sera difficile de la rendre efficace. Cependant, le renversement du fardeau de la preuve ne peut pas remédier à nos problèmes de savoir (au sujet des différentes substances ou agissements et leur effet sur l'environnement). Le danger est plutôt que nous imputions les coûts à quelqu'un qui ne les a pas occasionnés et qui n'aurait également pas pu les empêcher.

C'est donc à juste titre que les tribunaux refusent d'appliquer de façon indifférenciée ce renversement de la charge de la preuve dans le cas de dégâts causés par la pollution. Ils préfèrent utiliser selon l'espèce et de manière flexible des facilités de preuve sous les différents aspects du champ d'application de la norme violée, du devoir de prévention ou celui du partage du risque (28). L'application flexible de ces allégements dans la preuve a déjà été approuvée par la Cour constitutionnelle fédérale ("Bundesverfassungsgericht/BVerfG"). Elle précisait à ce sujet qu'il est légitime et même nécessaire de manoeuvrer à l'aide des règles de preuve afin de constituer lors d'un procès une "égalité des armes" entre les plaideurs (29).

On ajoutera quelques remarques pour présenter plus clairement l'éventail des possibilités dont dispose le droit allemand pour faciliter l'apport de la preuve. Tout d'abord l'ensemble des preuves offertes est soumis à la libre appréciation par le juge. Lors de cette appréciation le juge peut utiliser les données qui résultent de l'expérience générale, en vue d'atteindre ainsi un degré de certitude suffisant. Face à ceci, la présomption de preuve et ses règles apportent déjà un degré d'objectivité plus élevé à l'appréciation par le juge. Au sujet de la causalité, on opère pour la présomption de preuve de la manière suivante. On compare le déroulement typique d'un événement, tel qu'il ressort de l'expérience, aux comportements qui ont été prouvés ; le cas échéant, on peut en déduire les agissements qui ont dû causer le

(28) V. par ex. BGH, BGHZ 61, p. 120 ; id., BGHZ 72, p. 132, 136 ; id., BGHZ 85, p. 212, 215 ; id., Neue Juristische Wochenschrift 1986, p. 432, 433.
(29) V. ci-dessus note 19.

dommage survenu. C'est là un des points faibles de cet instrument, notamment pour se défendre contre les dégâts causés à l'environnement, car nous avons ici régulièrement affaire à une suite d'événements uniques. Par conséquent notre expérience à leur sujet est assez restreinte. Et là où les tribunaux parlent d'une présomption de preuve, il ne s'agit souvent que d'une preuve par indices, donc de la libre appréciation par le juge. Mais aujourd'hui l'unanimité est largement faite sur l'application de la présomption de causalité dans les cas de la violation de lois de sauvegarde ou de devoirs de prévention qui justement veulent empêcher les dommages qui résultent typiquement de la disposition enfreinte. Il en est de même en particulier pour le dépassement des normes d'émission (30). Mais encore faut-il dans ce cas certifier que le dommage en question est la conséquence typique de ces émanations et que le bien protégé par la disposition légale y ait exposé "intensément".

Dans ses effets pratiques l'instrument plus radical du renversement de la charge de la preuve est comparable à la présomption de preuve. Ceci est particulièrement valable pour les espèces où l'on ne respecte pas les seuils limites des normes d'émission. Mais la présomption de preuve possède l'avantage de pouvoir être appliquée de façon flexible selon les particularités de chaque espèce.

Tout ceci est suffisant pour justifier la conclusion selon laquelle certaines modalités ont été formées dans le droit allemand de la responsabilité délictuelle et qui peuvent amener à une amélioration du droit de l'environnement. Vu la complexité de cette problématique il n'existe pas de solution claire et nette. Même la création de fonds (de solidarité) pour le dédommagement ne peut l'apporter. Car pour chaque mesure à prendre on se heurte en effet au problème de savoir comment répartir les risques de notre savoir restreint et ceux des incertitudes de chaque cas individuel. Comme pour toutes les questions de répartition, il y a à la base des conceptions différentes de justice et de raison. En tout cas il faut que l'on évite le prolongement, au moyen de coûts importants, d'une situation ressentie comme insupportable : c'est-à-dire le transfert des dommages survenus chez ceux qui ne les ont pas créés, à ceux qui ne sont pas capables de les empêcher. Celui qui n'envisage qu'une pulvérisation ou une compensation des dommages, préfèrera évidemment la solution des fonds (de solidarité) pour l'indemnisation. Mais aujourd'hui il entre bien plus en jeu dans le droit de la responsabilité délictuelle.

(30) V. Köndgen, Umwelt- und Planungsrecht 1983, p. 345 s., p. 352 s. ; v. également Marburger/Herrmann, Juristische Schulung 1986, p. 354 s. et p. 357 s.

L'UNITE DU LIEN DE CONNEXITE
EN
DROIT DES OBLIGATIONS

Par

Christian BOLZE
Professeur de droit privé à l'Université de Toulon et du Var

Introduction

I - L'UNITE DE LA NOTION DE CONNEXITE

A - Un statut cohérent
- Une origine judiciaire
- Une nature juridique

B - Des caractères communs
- Caractère d'intérêt privé
- Caractère autonome
- Caractère auxiliaire

II - L'UNITE DU REGIME DE LA CONNEXITE

A - Un mécanisme de garantie
- Aspect actif de l'obligation
- Aspect passif de l'obligation

B - Un gage de bonne justice
- Quant aux fondements
- Quant aux objectifs

Conclusion

Il en va de quelques concepts juridiques comme de certains mythes, tout le monde en parle mais rares sont ceux qui peuvent se targuer d'en avoir exactement saisi le sens et mesuré la portée ; la connexité est du nombre. Notion floue, nul ne se soucie de lui trouver un contour plus net, puisant dans l'imprécision même du terme un argument commode en raison de sa grande plasticité. Certes, l'unanimité des auteurs s'accorde à penser que le mot désigne une qualité, propre à certains rapports juridiques, dont l'effet est de rendre ces derniers plus homogènes, plus stables. En revanche, lorsqu'il s'agit de définir la connexité, de justifier les conséquences qu'en tire la jurisprudence, de montrer le fondement sur lequel elle repose, en somme, si l'on cherche à en démonter le mécanisme, on rencontre d'importantes divergences d'opinions. D'aucuns se réfèrent à l'idée de compte (1), d'autres à une qualité conventionnelle (2) ou naturelle (3), les derniers enfin proposent une explication dualiste (4)... Bref, c'est le règne de la confusion.

Force est de reconnaître toutefois que la majorité des commentaires intervient à propos de telle ou telle institution (et pour une large part du droit de rétention) et qu'il existe fort peu (5) de tentative de synthèse. Est-ce à dire que le lien de connexité recouvre des réalités différentes et varie en fonction de chacun des domaines où la formule apparaît ? Il est vrai qu'on peut s'interroger sur les corrélations susceptibles d'exister entre le droit de rétention (6), la compensation intervenant après le

(1) Cf. une jurisprudence déjà ancienne : Req. 7 février 1928, D.P. 28.1.71 ; très critiquée en doctrine, notamment par Lablé, dans une note in S. 1879.2.145 et Cassin : "De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution", Thèse, Paris 1914 ; pour une discussion plus récente, cf. J.-F. Pillebout : "Recherches sur l'exception d'inexécution", Thèse, Paris 1969, publiée à la L.G.D.J., 1971, n° 137 et s., p. 131 qui parle à ce propos de "connexité artificielle".

(2) La "connexité intellectuelle" ou "subjective" ; cf. Req. 26 avril 1900, S. 1901.1.193, note Ferron ; Aubry et Rau : "Cours de droit civil français", 6e Ed. par Bartin, 1938, t. III, parag. 256 bis, p. 156 et s. ; Josserand : Cours de Droit civil positif français, Sirey, 2e Ed. Paris, 1933, n° 1466 et 1471, qui critique cette idée n° 1473, p. 799-800.

(3) La "connexité matérielle" ou "objective" ; dans ce sens cf. J. Mande-Djapou : "La notion étroite du droit de rétention", in J.C.P. 1976.I.2760.

(4) C'est la thèse actuellement retenue par la doctrine dominante qui estime que la position de la jurisprudence s'explique par l'utilisation des deux formes de connexité, matérielle et intellectuelle ; cf. Mazeaud : Leçons de Droit Civil, Ed. Montchrestien, 4e Ed. par M. de Juglart, t. III, n° 110 et s. spéc. n° 113, p. 103 et s. ; J. Cl. Civ., art. 2092 à 2094. Privilèges-Droit de Rétention (Fasc. A2) par R. Nerson et J. Frossard ; D. Enc. V° Rétention par F. Derrida, n° 51 à 66.

(5) C. Gabet-Sabatier, La connexité dans le droit des obligations, Thèse dactylographiée, Paris I : 1977 ; ibidem, "Le rôle de la connexité dans le droit des obligations", R. Dr. Civ. 1980.39 ; M. Gobert, "La connexité dans la procédure pénale française", J.C.P. 1961.I.1607.

(6) Où l'on exige un lien de connexité entre la créance garantie et la chose -ou la détention de la chose- retenue ; cf. les auteurs cités supra ad notas (2) et (3) ; adde F. Derrida : "Recherche sur le fondement du droit de rétention", Thèse, Alger 1940 ;

jugement déclaratif ou -désormais- ouvrant la procédure de redressement ou liquidation judiciaires d'une entreprise (7), la responsabilité civile des commettants du fait de leur préposé (8), voire la solidarité pénale (9). Mais le but de cette étude est justement, en découvrant au-delà de la dispersion apparente de la connexité une série de traits communs, de montrer qu'en dépit d'une grande diversité d'espèces on a toujours affaire au même type de lien.

L'entreprise est-elle bien utile ? A en croire la plupart des auteurs, la présence -ou l'absence- d'un lien de connexité serait une question de pur fait dont l'appréciation relèverait de la seule logique judiciaire (10). Pour certains mêmes, tout lien, aussi lâche soit-il, semble constituer la connexité envisagée (11). Le point de savoir s'il y a connexité dépendrait donc des seuls magistrats du fait... Mais reste à préciser, en admettant la justesse d'une telle conclusion, sur la base de quels critères ces derniers vont former leur opinion. Auront-ils égard au seul raisonnement ? Au contraire, trancheront-ils le problème en fonction d'une politique

---

N. Catala-Franjou : "De la nature juridique du droit de rétention", R.T.D.C. 1967.9 ; Marty et Raynaud : Traité de droit civil, t. III (Sûretés), n° 16 et s.

(7) Où, lorsque les créances sont connexes, la compensation s'opère nonobstant le principe d'égalité entre les créanciers ; cf. M. Pedamon et O. Carmet : "La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif" in D. 1976. Chron. 123. spéc., p. 127 et s. ; R. Mendegris : "De la nature juridique de la compensation", Thèse, Paris 1967, Publiée par la L.G.D.J. 1969, n° 103 et s., p. 137 ; ibidem, D. Enc. V° Compensation, n° 194 et s. (spéc. n° 195).

(8) Où la connexité entre un acte dommageable commis hors de l'exercice des fonctions et ce dernier permet à la victime d'engager la responsabilité du commettant ; cf. Civ. 2ème, 1er juillet 1954. (2 espèces). D. 54. 628 ; J.C.P. 54.II.8352 ; Gaz. Pal. 52.2.232 ; Mazeaud et de Juglart : Leçons de Droit Civil, t. II Obligations ; Librairies Techniques, Paris, 1972, n° 612 et s., p. 225 ; Ph. Le Tourneau : "La Responsabilité Civile", 2e Ed. Dalloz, Paris 1976, n° 1736 et s., p. 602.

(9) Où la jurisprudence étend aux auteurs d'infractions connexes la solidarité prévue entre co-auteurs ou auteur et complice d'une même infraction ; cf. D. Enc. V° Solidarité Pénale par P.-F. Ryziger, n° 4 à 6 ; Gobert, op. cit., n° 27 ; Merle et Vitu, op. cit., t. I, n° 604 et s.

(10) A telle enseigne qu'on chercherait vainement une définition de la connexité présentant quelque rigueur ; cf. Derrida, D. Enc., op. cit., n° 51 et s., qui se contente d'exiger qu'"un lien de connexité... existe entre la créance et "le bien détenu" sans préciser comment établir l'existence de ce lien ; de même Mazeaud, op. cit., n° 113 et s. ; surtout N. Catala-Franjou : "Il est malaisé "de préciser le contenu (de la) notion (de connexité) que la loi "ne définit pas et dont, en dehors d'elle, il appartient au juge "d'apprécier l'existence", op. cit., n° 4, p. 17 ; dans le même sens Gobert, op. cit., n° 12 parlant de la procédure civile.

(11) La meilleure illustration de cette opinion réside dans les commentaires qui ont émaillé la longue procession des arrêts divergents rendus respectivement par la chambre criminelle et les chambres civiles de la Cour de cassation dans l'application de l'art. 1384, al. 5 au dommage causé par le préposé en dehors de ses fonctions ; cf. notamment note Rodière, ss. ch. Réun. 9 mars 1960, J.C.P. 60.II.11559 qui estime "au sens lâche des mots, il y avait connexité, "mais cette connexité ne suffit pas" ; dans le même sens Larroumet, ss. Crim. 2 novembre 1971, D. 73.21 : "Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'un lien de causalité entre l'exercice des fonctions et l'acte du préposé, mais bien d'une simple connexité, aussi lâche soit-elle" !...

juridique ? Et encore faut-il s'efforcer de connaître la démarche intellectuelle suivie par eux, que ce soit pour en mesurer la rigueur ou pour évaluer les options sur lesquelles elle repose. En résumé, quelle que soit le statut réel de la notion en droit positif, le juriste a le devoir d'en saisir le sens. Les efforts de précision sont toujours finalement utiles, car la clarification qu'ils apportent permet de mieux comprendre l'économie de la matière, donc de mieux appliquer -voire de modifier- les règles qui la gouvernent. Tout travail scientifique a pour objectif la découverte de la vérité ; il projette la lumière de la connaissance sur les régions hantées par d'obscurs concepts. Il faut exorciser les idées toutes faites !

Le mot *connexité* exprime l'idée d'un rapport intime entre deux ou plusieurs choses (12). A s'en tenir à cette définition, l'expression *lien de connexité* serait tautologique. En fait une telle constatation conduit plutôt l'interprète à conférer une signification propre à chacun des termes : la formule viserait, à l'instar du "lien de causalité", un type particulier de relation ; la *connexité* prend alors un sens technique, différent de celui qu'elle revêt dans la langue vulgaire. La pratique d'autres disciplines scientifiques peut se révéler intéressante à cet égard. Les botanistes nomment "connexes" les feuilles dans lesquelles les pétioles opposés se soudent par la base. Les mathématiciens surtout, qui, à partir de la constatation intuitive que certaines figures étaient formées de la disjonction d'autres figures, ont élaboré une notion formelle -la connexité- pour rendre compte des relations existant entre les divers morceaux disjoints, laquelle sert aujourd'hui de fondement à tout un secteur de la topologie algébrique (13). Dans ces deux exemples, la propriété qualifiée de "connexe" réside dans la structure des objets (feuilles, figures) étudiés. Bien qu'étant physiquement distincts, ils possèdent une partie commune où ils sont confondus, participant ainsi chacun de l'identité de l'autre (14). En somme, on retrouve le sens primitif du mot latin *connexus*, avec un noeud commun (15).

Dans le domaine juridique, en revanche la doctrine n'a guère proposé, semble-t-il, de définition globale de la connexité. Seuls quelques auteurs (16) ont exprimé leur opinion, à l'occasion

(12) Selon la définition de Littre : Dictionnaire de la langue française, t. I, Edition du Cap, Monte-Carlo, 1962.

(13) Cf. Encyclopaedia Universalis, vol. 16, V° Topologie Algébrique, 4, 166.

(14) En topologie algébrique, on démontre précisément que lorsque les points de deux figures connexes sont voisins, ils existent dans chacune des deux figures simultanément.

(15) Selon la définition du dictionnaire Gaffiot.

(16) Généralement on se contente de signaler la nécessité d'un lien de connexité, sans autre analyse ; cf. Josserand, Cours de Droit Civil, op. cit., n° 1473, 3° ; ou bien d'énumérer une liste d'hypothèses où la jurisprudence admet la connexité ; cf. Pedamon et Carmet, op. cit., p. 127 ; Mendegris, op. cit., n° 103-104, p. 131 et s. ;

de telle décision, sur le contenu et la portée du terme. Dans le domaine contractuel, on a fait valoir que toutes les obligations "dépendant d'un même contrat, et plus généralement d'un "même rapport juridique sont unies par un lien de connexité" (17) ; la généralisation proposée amène toutefois la question de la connexité dans le domaine extra-contractuel. Aussi bien estime-t-on qu'outre la connexité résultant d'une "origine contractuelle commune" existe une connexité matérielle lorsque la créance est en rapport étroit avec une chose (18). Plus récemment, Rodière a pu soutenir, à propos du droit de rétention, qu'il "se meut sur le terrain extra-contractuel" (19), conduisant à reconsidérer le problème de la connexité dans une perspective différente (20), en le détachant de la volonté des parties. Du même coup la distinction fondamentale entre les deux formes de connexité a tendance à s'estomper, le caractère légal du lien apparaissant comme général.

La connexité est une idée à vocation universelle, inhérente au fonctionnement de la pensée humaine qui cherche à établir des liens entre les choses (matérielles ou intellectuelles) auxquelles elle est confrontée. L'exemple des mathématiques - où, du sentiment intuitif que certaines figures résultaient de la disjonction ou de la jonction d'autres figures on est arrivé à un système formel très rigoureux - montre toutefois que l'assimilation du concept par une science débouche sur une réduction de son domaine d'existence en vue d'une utilisation spécifique. La réception, par le droit, de la notion doit donc se manifester par une spécialisation du terme ; la connexité, au sens juridique, va désigner un type particulier de relation entre obligations (ou demandes) ou entre obligés (ou plaideurs), leur conférant un statut original. Il est impossible de conserver au mot une signification élastique, tantôt lâche, tantôt étroite, sauf à abandonner toute prétention à la rigueur technique. Deux remarques vont nous permettre de proposer une définition du lien de connexité.

---

voir pour une analyse globale de la connexité dans le cadre de l'exception d'inexécution Pillebout, op. cit.

(17) R. Houin, note sous Civ., 13 juillet 1942, J.C.P. 43.II.2157.

(18) Encore appelé "debitum cum re junctum" ; d'où la controverse sur la nature juridique du droit de rétention, pour les uns droit réel (Marty et Raynaud, op. cit. ; Rodière, note sous Civ. 1ère, 22 mai 1962, D. 65.58, spécialement n° 5, p. 60), pour les autres modalités d'une obligation de livrer (Catala-Franjou, op. cit.).

(19) Note sous Com., 23 juin 1964, D. 65.79.

(20) La même évolution anime la doctrine s'agissant de la compensation des dettes connexes, cf. Ghestin, note sous Com. 2 juillet 1973, D. 74.427.

En premier lieu, la connexité résulte d'un constat portant sur la genèse des obligations (ou des demandes) liées ; elles "dérivent" (21) d'un même rapport ou d'une même "situation" juridique.

Ensuite, l'observation méthodique du droit positif permet de se convaincre que l'activité intellectuelle du juriste consiste à repérer la chaîne des événements (et, celle-ci une fois reconstituée, à appliquer à l'espèce les effets prévus par la règle idoine). La relation de conséquence peut être établie sur un plan mythique - on parle d'imputation - ou sur un plan rationnel - on parle alors de causalité. Bref, la *science* juridique se déploie dans le temps ; elle utilise le véhicule de la causalité. Tels sont ses traits essentiels. Partant de ces prémisses, le lien de connexité peut être défini comme étant *le rapport qui unit deux obligations (ou deux demandes) ayant leur cause dans un même ensemble contractuel.* Il y a également connexité *entre plusieurs faits lorsqu'ils sont la cause d'une même obligation.* Dans le premier cas, on parlera de *connexité d'origine*, dans le second, de *connexité récurrente.*

Pour éviter toute confusion, deux précisions sont nécessaires :

1°) La connexité d'origine ne correspond pas aux rapports synallagmatiques ; alors que ceux-ci supposent une relation directe entre deux obligations issues d'un même contrat, chacune servant de cause à l'autre, le lien de connexité introduit la médiation de l'ensemble contractuel.

2°) La connexité récurrente ne correspond pas à l'obligation in solidum ; alors que celle-ci suppose que chacun des co-obligés a concouru, par son fait, à la réalisation de tout le dommage, le lien de connexité introduit un tiers dans le rapport de responsabilité.

Le lien de connexité, s'il se nourrit des schémas logiques dont procède la théorie de la causalité, n'en est pas moins distinct juridiquement. En effet, du point de vue des règles qui gouvernent le lien de causalité, la connexité constitue une relation indirecte ; à ce titre elle ne saurait être considérée comme le fondement des obligations considérées, car elle est située à un

(21) Verbe fréquemment utilisé en jurisprudence ; cf. notamment : civ. 16 mars 1942, D.P. 44.1., note Cheron ; Civ. 1ère, 25 octobre 1972, Bull. I, n° 220, p. 192, J.C.P. 73.II.17498, note Ghestin (Compensation) ; il existe des formules fort voisines, ainsi "se rattache à" : Req. 26 avril 1900 S. 1901.193, note Ferron ; Cass. Soc., 9 janvier 1958, D. 58.270 (Rétention) ; Civ. 2ème, 1er juil. 1954, déjà cité ; Civ. 2ème, 14 juin 1957, D. 58.53, note Savatier (Commettants) ; ou encore "nées" ou "ayant pris naissance à l'occasion" : Com. 2 juillet 1973, déjà cité ; Com. 20 février 1978, D. 79.IR.184, note Honorat ; Com. 24 octobre 1978, Bull. IV, n° 235, p. 197 ; Com. 20 nov. 1978, Bull. IV, n° 269, p. 222 (Compensation).

niveau différent. Elle ne participe pas de l'essence du rapport juridique concerné, seulement de son existence.

On pourrait trouver des arguments textuels en faveur de la définition proposée. Dans certains arrêts, la Cour de cassation souligne que "les deux dettes étaient connexes comme ayant leur cause" - ou "leur source" (22) - "dans un même contrat" (23). De fait, la jurisprudence n'a jamais "méconnu la nécessaire *connexité*..." et les arrêts "n'assimilent nullement, en général, un lien *fortuit* à un lien *adéquat*..." (24). Cependant, une véritable confirmation de l'hypothèse émise ne saurait résulter de quelques citations glanées çà et là ; il appartient donc à son auteur de l'éprouver au feu du droit positif.

Il ne s'agit pas de nier les traits propres à chaque secteur où la notion intervient - il tombe sous le sens que, par exemple, les dispositions du nouveau code de procédure civile réglementant l'exception de connexité ne sont pas transposables au droit de rétention ou à la compensation. Simplement, il paraît possible de démontrer qu'existe, au-delà du particularisme de chaque institution, un fondement commun - le lien de connexité - gouverné par des principes constants quelle que soit la nature de la question juridique soulevée. De même que le moteur à explosion fonctionne suivant des lois physiques immuables, peu important qu'il propulse un véhicule terrestre, aquatique ou aérien (lesquels conservent évidemment leur spécificité), de même la connexité comporte sa propre identité, nonobstant son point d'application.

Historiquement, la connexité apparaît comme une exception de procédure issue du fond du droit. Aujourd'hui encore, les deux aspects demeurent liés : d'une part lorsqu'il faut déterminer si le lien qui unit les affaires en litige est suffisant pour admettre l'exception et ordonner leur jonction, d'autre part, lorsque la connexité doit être appliquée au fond, son mécanisme implique la reconstitution du contentieux global pour pouvoir jouer. Néanmoins, il est possible de distinguer les questions de fond de l'exception de procédure et tel est le choix opéré par l'auteur de ces lignes. Les difficultés relevant du droit judiciaire ne seront donc pas étudiées ; toutefois, dans la mesure où les solutions de la procédure éclairent les problèmes de fond, elles seront brièvement évoquées pour la clarté de l'exposé. Par ailleurs, le mécanisme de la transmission des obligations contractuelles ne relève nullement (25) du jeu de la connexité : il repose soit sur la convention des parties soit sur la loi qui

(22) Com. 4 juillet 1973, déjà cité.
(23) Com. 18 mars 1974, Bull. IV, n° 94, p. 76 (Compensation).
(24) R. Savatier, note sous Civ. 2ème, 14 juin 1957, D. 58.54.
(25) Contra, voir C. Gabet-Sabatier, Le rôle de la connexité..., op. cit., p. 48 et s.

l'organise de manière automatique en fonction de l'intérêt général ; les questions relatives à cette transmission seront donc laissées de côté car non pertinentes.

Le propos de cette étude est de démontrer que la connexité joue en droit des obligations un rôle analogue à celui qui est le sien en procédure. Il s'agit d'une règle unique - non pas d'un simple concept - dont les tenants et les aboutissants sont constants quel que soit son point d'application. Après avoir établi *l'unité de la notion de connexité* (I) il conviendra donc de décrire *l'unité du régime de la connexité* (II).

I - L'UNITE DE LA NOTION DE CONNEXITE

Encore une fois, il ne s'agit pas de revenir sur les particularités propres à chaque hypothèse de connexité - droit de rétention, compensation survenant après le jugement ouvrant la procédure de "redressement" de l'entreprise en cessation de paiements ; responsabilité des commettants et solidarité pénale - ; au contraire on veut établir, en faisant ressortir les éléments qui leur sont communs, qu'elles reposent toutes sur une notion identique. L'unité de cette notion est manifeste lorsqu'on examine *le statut* (A) et *les caractères* (B) de la connexité.

A - Un statut cohérent

Cette cohérence apparaît à deux points de vue : en ce qui concerne l'origine judiciaire de la règle, d'une part, et sa nature de règle juridique, d'autre part.

L'origine judiciaire de la connexité ne fait guère de doute. Certes, en procédure il existe des textes qui concernent la connexité : le nouveau Code de Procédure Civile prévoit dans le détail le fonctionnement de l'exception, le Code de Procédure Pénale définit les cas de connexité. Néanmoins les interventions du législateur, outre le fait qu'elles ont, pour l'essentiel, consacré la jurisprudence antérieure, ne saurait effacer le caractère prétorien de la règle.

En matière civile, la définition contenue à l'article 101 du N.C.P.C. (26) est davantage une reconnaissance de la compétence judiciaire qu'une tentative de normalisation de la matière. L'exigence d'une "bonne administration de la justice" laisse entière la question de savoir quand le péril est suffisant pour

(26) Le texte de l'article est le suivant : "S'il existe entre des affaires portées devant des juridictions différentes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se désaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction".

justifier la jonction des instances et seul le juge a pouvoir d'y répondre ; de même, en matière pénale, les quatre cas de connexité visés à l'article 203 C.P.P. (27) n'ont jamais interdit à la Cour de cassation de déclarer connexes des infractions qui ne correspondaient pas aux hypothèses légales (28).

Bref, alors même qu'elle fait l'objet d'une réglementation, la connexité dépend de l'appréciation des magistrats.

Ce constat est tout à fait évident s'agissant des règles de fond (art. 1384 al. 5 du Code civil, art. 55 du Code pénal, droit de rétention et compensation après le prononcé du jugement déclaratif de faillite) où c'est la jurisprudence qui a conféré, en l'absence de tout texte, une véritable garantie au créancier invoquant l'existence d'un lien de connexité.

La consécration de la connexité est donc le fait des tribunaux. Ce ne serait cependant pas une condition suffisante pour que la notion acquière la qualité de règle ou principe juridique. Nombreux sont les concepts abstraits utilisés par les magistrats qui n'accèdent pas au rang de règles mais demeurent de simples techniques de raisonnement. On trouve d'ailleurs fréquemment en doctrine l'assertion que l'existence d'un tel lien est du domaine des questions de fait et relève de la seule opportunité. En examinant scrupuleusement la position de la Cour de cassation sur ce point il est cependant possible d'écarter cette opinion comme mal fondée et de démontrer la nature juridique de la question de connexité.

En procédure tout d'abord, il est admis que la question de savoir si plusieurs affaires ou demandes sont connexes est soumise au contrôle de la Cour de cassation.

En droit des obligations, la même constatation peut être opérée : la connexité est également une question de droit.

Dans le cadre de l'article 1384, al. 5, C. civ., la longue controverse qui a divisé la Cour de cassation (29) (jointe aux deux arrêts rendus en formation solennelle) (30) sur la question

(27) Ces quatres cas sont les suivants : unités de temps et de lieu, unité de dessein, relation de cause à effet, recel de chose avec l'infraction ayant permis de se procurer la chose.

(28) Crim. 7 août 1971, Bull. 71, n° 245, p. 607, qui reprend la formule traditionnelle selon laquelle "les dispositions non limitatives de l'art. 203 C.C.P. s'étendent aux cas dans lesquels... il existe entre les faits des rapports étroits, analogues à ceux que la loi a spécialement prévus".

(29) Pour les chambres civiles : Civ. 2ème, 1er juil. 1954 ; ibid., 14 juin 1957, déjà cités ; Civ. 1ère, 1er juin 1960, Bull. 1960.I., n° 308, p. 254 ; ibid. 6 fév. 1974 (2ème moyen), D. 74.409, note Le Tourneau ; ibid. 15 déc. 1975, Bull. II, n° 346, p. 279 ; Pour la Chambre criminelle : 28 fév. 1967, Bull. 1967, n° 81, p. 191 ; 16 juil. 1969, Bull. 1969, n° 229, p. 553 ; 9 juin 1970, Bull. 1970, n° 92, p. 459 ; 27 janv. 1971, Bull. 1971, n° 31, p. 71 ; 15 mars 1978, D. 78.412.

(30) Ch. Réunies, 9 mars 1960, D. 60.329, note Savatier ; J.C.P. 1960.II.11559, note Rodière ; Gaz. Pal. 1960.1.313 ; Ass. Plén. 11 juin 1977, D. 77.465, note Larroumet ; J.C.P. 1977.II.18730, conclusions Gulphe ; Gaz. Pal. 77.2.441 ; Th. Hassler, "La

de savoir si un lien suffisant existait - dans le cas d'espèce où un employé cause un dommage en utilisant en dehors de toute mission un véhicule appartenant à son patron - pour relier la faute et les fonctions du préposé et retenir la responsabilité du commettant en est la preuve. Cette attitude se retrouve d'ailleurs dans tous les secteurs du droit des obligations où joue la connexité.

Ainsi, l'exercice du droit de rétention et la compensation après l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire ne sont possibles que s'il existe un lien de connexité entre les deux créances. Bien souvent les commentateurs estiment que les magistrats apprécient souverainement l'existence de ce lien, tout en reconnaissant que la Cour de cassation censure les décisions hérétiques. L'ambiguïté de tels propos doit être éliminée ! De deux choses l'une en effet : ou bien la question est de pur fait et elle échappe totalement à la Haute Juridiction, ou bien elle fait l'objet d'un contrôle et doit être considérée comme un point de droit. L'examen des arrêts intervenus permet de trancher l'alternative en faveur de la deuxième proposition :

- d'une part, la Cour censure les décisions qui ont accordé la prérogative sollicitée en l'absence de toute connexité (31) ;
- d'autre part, elle casse celles qui en ont refusé le bénéfice alors qu'il y avait connexité (32) ;
- en outre, certaines décisions se prononcent directement sur l'existence d'un lien de connexité (33), admettant ipso facto que la question relève de la compétence de la Cour suprême.

Une telle conclusion paraît cependant se heurter aux nombreux arrêts dans lesquels la Cour affirme que l'existence (ou

---

jurisprudence de la Chambre criminelle après l'arrêt du 10 juin 1977", DS. 1980, Chron. 125.

(31) Cf. en matière de rétention : Civ. 1ère, 25 avril 1967, Bull. 67.I., n° 145, p. 105 ; adde Civ. 2ème, 28 fév. 1957, précité ; en matière de compensation : Cass. Com., 11 mars 1974, Bull. 74.IV, n° 84, p. 68 ; Cass. civ. 3ème, 12 mars 1974, Bull. 74.III, n° 112, p. 86.

(32) Cf. en matière de rétention : Cass. soc., 9 janv. 1958, D. 58.270 (cassation d'un arrêt qui avait refusé à un façonnier le droit de retenir les machines à lui confiées par le maître de l'ouvrage aux motifs que les travaux n'ont pas porté sur les machines) ; en matière de compensation : Cass. com., 25 avril 1974, Bull. 1974.IV, n° 132, p. 105 ; ibid. 24 oct. 1978, Bull. 1978.IV, n° 235, p. 197 ; ibid. 20 nov. 1978, Bull. 778.IV, n° 269, p. 222 ; plus clairement encore, Com. 5 oct. 1983, DS. 1984.IR.130, observations A. Honorat.

(33) Cf. Civ. 1ère, 25 oct. 1972, Bull. 72.I, n° 220, p. 192, où il est dit : "Une Cour d'appel, qui relève que la venderesse d'un terrain a toléré la destruction d'un mur de clôture du terrain vendu, annonce à bon droit que les créances réciproques - pour l'acquéreur l'accompte du prix versé, pour la venderesse la réparation du préjudice causé par la destruction du mur - dérivent toutes deux de la défaillance de la condition suspensive prévue au contrat de vente" et sont donc connexes ; également Com., 4 juil. 1974, D. 74.426, note Ghestin : "En l'état de la résolution d'une vente la créance (de l'acheteur) en restitution des acomptes qu'il a versé et celle du vendeur en réparation du préjudice que lui a causé la dépréciation de la chose vendue, ... nées de la résolution du même contrat, sont connexes".

l'absence) de connexité relève du pouvoir souverain des magistrats du fond (34), formule rencontrée également en procédure civile s'agissant de l'exception d'incompétence (35). En réalité, la contradiction n'est qu'apparente. L'analyse de la démarche suivie par le juge pour établir un tel lien permet de déceler deux opérations intellectuelles successives : en premier lieu, il constate un certain nombre de faits propres à créer une certaine interdépendance entre deux obligations (ou demandes) ; ensuite, il compare cette relation avec le modèle abstrait que constitue la connexité et décide si oui ou non il s'agit du même type de lien. La première étape ne comprend que l'appréciation des éléments de l'espèce et échappe à toute critique ; la seconde, en revanche, constitue une *qualification* et suppose, par conséquent, la résolution d'un problème de droit. A ce titre, elle relève de la compétence de la Cour de cassation qui doit contrôler la justesse du raisonnement juridique (36).

La division de l'activité du juge en deux séquences d'importance différente explique la grande marge de manoeuvre dont jouissent les juridictions inférieures.

Elle permet aussi de concilier des décisions qui semblaient incompatibles. Voici un garagiste qui effectue, à plusieurs reprises, des travaux de réparation et d'entretien sur un véhicule automobile ; lassé de réclamer en vain le paiement de ses interventions il oppose, à l'occasion d'une nouvelle panne, son droit de rétention à la demande en restitution du propriétaire et réclame le paiement de tout son dû (37). Le bien-fondé d'une telle prétention dépend de la conception que l'on se fait de la connexité. Dès lors, dit-on, s'il s'agissait d'une notion juridique, la Cour de cassation devrait toujours adopter la même position : ou bien admettre systématiquement que le droit de rétention s'étend aux créances antérieures à la dernière réparation, ou bien en limiter l'exercice au recouvrement de l'ultime facture. Or il

(34) Cf. Cass. com., 23 juin 1964, D. 65.79 (Rétention) ; ibid., 5 fév. 1974, Bull. 74.IV, n° 49, p. 39, et Civ. 3ème, 12 mars 1974, déjà cité (Compensation).

(35) Cf. Cass. civ., 31 juil. 1952, Bull. civ. 52., n° 257, p. 210 ; Civ. 2ème, 12 fév. 1959, Bull. 59.II, n° 145, p. 94 ; Civ. 2ème, 21 mai 1959, D. 59.453.

(36) L'exemple d'un tel raisonnement se retrouve à propos d'autres notions juridiques, notamment celle de faute dans l'application de l'art. 1382 C. civ., et pourtant personne ne s'avise d'y voir alors une question de pur fait, livrée à l'arbitraire des juges du fond ! Cf. dans le même sens Solus et Perrot, n° 544, déjà cité.

(37) Cf. sur cette question : Rodière, note sous Cass. com., 23 juin 1964, déjà cité ; Catala-Franjou, op. cit., n° 9, p. 23-24 ; Ph. Bihr : L'opposabilité aux tiers du gage constitué sur un véhicule automobile, D. 1977. Chron. 69 ; F. Chabas et P.-J. Claux : Disparition puis renaissance du droit de rétention en cas de remise après restitution de la chose, D. 1972. Chron. 19 ; El Hakim : Le conflit du titulaire d'un gage sur une automobile avec le réparateur de la voiture : D. 1971. Chron. 177.

n'en est rien (38), donc la question est de pur fait. En réalité l'objection tombe d'elle-même si l'on analyse les espèces critiquées à la lumière de la distinction proposée. Alors, la divergence de solution découle d'une appréciation différente des circonstances de l'espèce par les juges du fond. Dans deux cas, ils ont estimé qu'il y avait eu "autant de conventions distinctes que de remises au réparateur" (39), et rejeté la prétention du garagiste (40) ; dans le troisième, après avoir "constaté que, dans le cadre d'un accord général passé pour l'entretien de son parc automobile, une société de transport a confié à un garagiste un autocar à réparer et que ce garagiste, créancier d'une somme importante, a interrompu les travaux sans restituer le véhicule en dépit d'un versement partiel effectué par la société sans imputation", ils ont admis, au bénéfice du réparateur, le droit "d'opposer à son co-contractant un refus d'exécuter son obligation de restituer l'autocar" (41). La notion de connexité n'est donc pas en cause, mais simplement celle d'ensemble contractuel. Dans les premières espèces, l'homogénéité économique entre les diverses réparations n'est pas suffisante pour qu'elles puissent être considérées comme dérivant d'une seule convention ; dans le troisième, elle l'est. Or, les éléments susceptibles d'établir une telle unité relèvent en principe du pouvoir souverain des magistrats du fait. Dans la troisième affaire commentée, un accord-cadre existait entre les parties conférant au garagiste l'exclusivité des travaux d'entretien sur les véhicules du transporteur et, en outre, les factures, établies globalement, étaient portées au débit d'un compte général périodiquement crédité de sommes qui ne correspondaient pas exactement à leur montant. La Cour d'appel a donc pu estimer à bon droit que l'événement générateur de l'obligation de restituer n'était pas la dernière réparation mais le contrat d'entretien initial (42).

En définitive, la Cour suprême intervient si les circonstances qui ont donné naissance aux obligations déclarées connexes ont été ignorées ou dénaturées par les juges du fond ; ou encore,

(38) Cf. par exemple Com., 23 juin 1964, précité, Civ. 1ère, 25 avril 1967, Bull. 67.I, n° 145, p. 105 (refus d'étendre la garantie de la rétention aux créances anciennes) et Com., 20 novembre 1967, Bull. 67.IV, n° 372, p. 351 (acceptation).

(39) Com. 23 juin 1964, et Civ. 1ère, 25 avril 1967, précitée.

(40) Cf. cependant Civ. 1ère, 25 avril 1967, précité, cassation d'un arrêt qui avait omis de rechercher "si ces opérations forment... un tout non susceptible de division" (mêmes faits que les deux affaires précitées).

(41) Com. 20 nov. 1967, précité.

(42) Com. 20 nov. 1967, précité ; dans le même sens, Com. 9 nov. 1982, DS 1983 J. 466, note A. Honorat, qui casse un arrêt de la Cour d'appel de Douai qui n'a pas tenu compte de la connexité unissant des contrats de ventes de porcins intervenant en exécution d'une convention-cadre de fournitures/livraisons réciproques.

le lien une fois établi, lorsque les conséquences qui en découlent pour le créancier ou le plaideur ont été écartées par eux (43).

La nature juridique de la connexité entraîne une autre conséquence : sa prise en considération relève du pouvoir judiciaire et échappe à la volonté des particuliers.

1°) L'application de la règle, tout d'abord, ne saurait intervenir hors du prétoire.

S'agissant de l'exception de procédure, le trait est inhérent à l'institution ; de même pour ce qui concerne la jonction des poursuites pénales et, partant, la solidarité des sanctions pécuniaires.

Dans le cadre de l'article 1384, al. 5, la garantie du commettant ne peut être obtenue, en raison de la connexité existant entre la faute du préposé et les fonctions qu'il exerce, que sur décision du Tribunal saisi de l'action en responsabilité.

Dans l'hypothèse où deux obligations de donner ont leur cause dans une même opération économique (44), le créancier-débiteur qui souhaite bénéficier de la connexité ne peut le faire qu'en réponse à une demande de payement du co-obligé. Il va vouloir se soustraire temporairement à l'exécution sollicitée, jusqu'à ce que son adversaire s'acquitte de la prestation correspondante. Une telle prétention (sauf exécution volontaire de part et d'autre) aboutit inévitablement au Tribunal où la réalité du lien allégué va (ou ne va pas) être constatée par le juge.

2°) La connexité, ensuite, ne saurait résulter d'une simple manifestation de volonté.

En ce qui concerne la relation susceptible d'exister entre deux instances ou plusieurs infractions, il appartient au juge d'en apprécier l'étroitesse eu égard aux circonstances de fait qui ont donné lieu aux demandes ou aux poursuites. Certes, l'intention des parties ou des délinquants peut avoir été à l'origine de l'unité, mais celle-ci ne devient un lien de connexité que par la qualification opérée objectivement par le juge.

Le lien entre la faute du préposé et les fonctions qu'il exerce résulte également d'une constatation figurant dans la

(43) Cf. par exemple, Civ. 2ème, 5 juil. 1978, Bull. 78.II, n° 177, p. 137 où il est dit qu'une juridiction "se contredit et ne déduit pas toutes les conséquences légales de la situation qu'elle constate lorsqu'elle affirme l'existence d'un lien de connexité entre deux instances mais conserve la connaissance de l'instance portée devant elle tout en laissant celle de l'autre instance à l'autre Tribunal".

(44) Il peut s'agir de dettes fongibles entre elles, dans ce cas le mécanisme de la connexité aboutit à la compensation ; d'une obligation de livrer un corps certain liée à une créance portant sur une somme d'argent, dans ce cas le mécanisme de la connexité permet l'exercice du droit de rétention.

décision judiciaire (45). L'existence d'une connexité d'origine conventionnelle (droit de rétention ou compensation intervenant après le jugement déclaratif de faillite) a parfois été soutenue. Puisqu'on est dans le domaine contractuel, ou à sa frontière, la volonté des intéressés doit pouvoir produire tous les effets souhaités par eux, y compris déclarer les obligations connexes. Plusieurs arguments peuvent être avancés contre une telle opinion.

Tout d'abord il est faux de dire que le droit de rétention ou même la compensation se situe dans le domaine contractuel : il s'agit dans les deux cas d'institutions légales qui trouvent à s'appliquer aussi bien dans le cadre de rapports extra-contractuels. Ensuite la relation de connexité résulte de la prise en considération, par le juge, d'une qualité génétique commune aux deux obligations, à savoir qu'elles dérivent d'un même ensemble d'opérations.

Un arrêt, assez ancien il est vrai, semblait pourtant avoir admis la validité d'une convention créant une connexité artificielle. En l'espèce, un entrepreneur de maçonnerie avait été chargé de certains travaux par le Crédit Lyonnais dont il était client ; le compte-courant de l'entrepreneur enregistrait, à son crédit, les accomptes versés et, à son débit, les avances faites par la banque ; dans le même temps un deuxième compte fut ouvert où vinrent s'inscrire les factures des travaux effectués au profit de la banque. Par la suite, une convention prévut de fusionner les deux comptes, les avances du Crédit Lyonnais garantissant le payement de la créance de l'entrepreneur et réciproquement ; ultérieurement, ce dernier fut déclaré en état de faillite. La banque prétendit alors imputer le montant des avances consenties sur le prix des travaux encore dûs. La Cour de cassation (46) a approuvé la Cour d'appel d'avoir fait droit à cette demande car les créances réciproques étaient connexes.

En dépit de la formulation utilisée (47), la décision peut se justifier par les seuls usages de la pratique bancaire. On se trouve en présence d'une opération commerciale que les parties ont, dès le début, considérée comme formant un tout mais qui, pour des raisons d'ordre comptable, a fait l'objet d'écritures distinctes. La "lettre de fusion" intervenue après coup ne fait que restituer aux obligations réciproques leur unité initiale, en permettant aux parties "d'imputer le solde créditeur d'un compte

(45) Cf. Civ. 1ère, 1er juin 1960, Bull. 1960.I, n° 308, p. 254, où la C. de cass. a censuré, pour manque de motifs, un arrêt qui avait omis d'établir que "le fait du préposé se rattach(ait) par un lien ...de connexité à l'exercice des fonctions".

(46) Dans ce sens, Houin, note sous Civ. 13 juil. 1942, J.C.P. 1943.II.2157.

(47) Selon la Cour, la convention "manifestait la commune intention des parties de créer, à partir de la date de leur accord, une connexité entre les avances que le Crédit Lyonnais ferait à (l'entrepreneur) et la créance que celui-ci était appelé à avoir contre cette Société lorsque les travaux effectués par lui seraient terminés".

sur celui d'un autre compte" (48). En l'absence de toute fraude, la validité d'un tel accord ne saurait être contestée (49) dès lors qu'il repose sur une réelle intimité des créances liées (50).

Au contraire, la Cour de cassation refuse de reconnaître la connexité des dettes, alors même que les parties ont prévu un paiement par compensation et soutiennent que "la connexité des créances réciproques résult(e) de la convention", chaque fois que les deux engagements sont intervenus à des époques différentes et concernent des opérations totalement hétérogènes (51).

Dans l'arrêt de 1942, la fusion des comptes correspondait à une connexité naturelle (52) et il n'est point besoin de faire appel à une convention pour en expliquer l'existence. Dans l'arrêt de 1974, l'accord des parties a été impuissant, malgré une clause expresse, à créer un lien entre des obligations originellement étrangères.

La règle de la connexité ayant pour objet de conférer une véritable sûreté au créancier qui en bénéficie, et ce de manière occulte, il semble logique que sa mise en oeuvre soit assortie de certaines garanties. L'une est que seul le juge a le pouvoir de constater l'existence de la relation alléguée ; l'autre qu'il doit le faire en fonction des seules relations objectives existant entre les obligations. Il n'est pas question de nier la possibilité d'une connexité "juridique" mais simplement de montrer qu'elle ne présente aucune spécificité par rapport à celle dite "matérielle". *Toutes deux naissent d'une situation de fait légale.* Bien sûr, la volonté des parties peut, lorsque les obligations liées sont toutes deux d'origine contractuelle, leur conférer une certaine interdépendance susceptible d'être ultérieurement qualifiée de connexité. Mais elle doit le faire réellement et au moment où la convention se forme et, de toute façon, le juge analysera non pas l'intention des parties mais les rapports qu'entretiennent leurs obligations réciproques pour déceler l'existence d'une éventuelle connexité. A cet égard celle-ci constitue toujours un lien objectif.

Une dernière conséquence concerne les tiers. Puisque la connexité est une situation de fait consacrée par la loi, elle est opposable à tous. Là aussi, le seul doute qui pourrait s'élever concerne le lien d'origine conventionnelle. Heureusement pour la simplicité de la discussion, la jurisprudence a confirmé que le

(48) Pillebout, op. cit., n° 143, p. 138.
(49) Cf. Cass. com., 5 janv. 1965, J.C.P. 65.II.14177, note Nectoux.
(50) Cf. dans ce sens, Bernadeau : L'évolution de la compensation en droit commercial, Thèse, Paris, 1963.
(51) Civ. 3ème, 12 mars 1974, déjà cité, adde R.T.D. Com. 75. 362-363, obs. Houin et Le Gall.
(52) Cf. pour une application récente de cette jurisprudence à la fusion d'un C.C.M.C. avec un compte courant : Trib. Comm. Belfort, 5 oct. 1976, D. 77. 168, note M. Vasseur.

droit de rétention pouvait être opposé au propriétaire non débiteur (53) et, en matière de compensation, que la connexité des créances s'imposait à la masse des créanciers, sous réserve d'une collusion frauduleuse entre les co-obligés naturellement.

Sous le bénéfice de cette démonstration, il est possible d'affirmer que la connexité obéit à un statut cohérent, quelle que soit la multiplicité de ses manifestations. Reste à démontrer que l'unité de la notion se vérifie aussi quant à ses caractères.

B - Des caractères communs

Il paraît précisément possible de définir de tels caractères communs, c'est-à-dire qui se retrouvent quelle que soit l'hypothèse de connexité envisagée. A ce titre, on peut dire qu'ils sont inhérents au lien lui-même. Ces traits "essentiels" (au sens ontologique du terme) sont au nombre de trois : la connexité protège l'intérêt d'un particulier (a), elle est autonome (b) et auxiliaire (c).

a) Caractère d'intérêt privé

La première caractéristique du lien est qu'il protège l'intérêt privé ; plusieurs conséquences en découlent.

1°) Les intéressés doivent l'invoquer pour pouvoir bénéficier de ses effets. En procédure civile, la doctrine est unanime qui refuse aux juges le pouvoir de soulever d'office l'exception. En droit des obligations, une solution comparable est retenue par la jurisprudence. La compensation ne peut, après le jugement déclaratif de faillite, être ordonnée que si le créancier de l'insolvable le demande (54) et invoque à l'appui de sa prétention le lien qui unit les deux dettes (55). De même "tout créancier impayé doit, pour invoquer utilement le droit de rétention, établir l'existence d'un 'lien de connexité'" (56) ; la perte de ce droit par la remise volontaire de la chose détenue peut également être expliquée par le caractère privé de la connexité ; en effet, le rétenteur non désintéressé qui accepte malgré tout de restituer le bien qui est en son pouvoir renonce à se prévaloir de la connexité

(53) Cass. civ. 1ère, 22 mai 1962, D. 65. 58, note Rodière.
(54) Cf. Cass. com., 15 janv. 1973, D. 73. 473, note Ghestin qui casse un arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence pour avoir admis une compensation entre dettes connexes au motif qu'elle n'était pas demandée.
(55) Cf. Cass. com., 11 mars 1974, Bull. IV. 1974, n° 84, p. 68 qui censure un arrêt ayant admis "la compensation entre d'une part la créance du prix d'un portefeuille de représentation sur la société cessionnaire en règleemnt judiciaire et d'autre part la dette de dommages-intérêts du cédant" alors qu'il n'était pas soutenu que ces créances fussent connexes.
(56) Cass. com, 19 juin 1978, Bull. 78 IV, n° 171, p. 146.

qui existe entre celui-ci et sa créance ; il ne l'invoque pas, dès lors elle disparaît (57).

2°) Lorsque la connexité entraîne une conséquence contraire à une règle impérative, cette dernière doit l'emporter. Tel est le sens du refus opposé par la Chambre Sociale de la Cour de cassation à une prorogation de compétence qui jouerait au préjudice des juridictions prud'homales. L'hypothèse est généralement la suivante : un ancien salarié, tenu de ne pas concurrencer son ex-employeur aux termes de son contrat de travail, loue ses services à une entreprise exerçant le même type d'activités. Le premier employeur engage alors une double action :
- premièrement, il attrait le salarié devant le Conseil des Prud'hommes pour violation de son obligation de non concurrence ;
- deuxièmement, il attaque le second employeur devant le Tribunal de Commerce pour concurrence déloyale.

Les deux demandes sont connexes puisqu'elles trouvent leur cause dans l'embauche illicite du salarié ; de là la tentation de reconstituer un "contentieux global" en confiant à un seul juge le pouvoir d'en connaître (58). Une telle solution se heurte à une double objection. D'abord, il est admis que le Tribunal de Grande Instance ne dispose pas de ce qu'on a coutume d'appeler "la plénitude de juridiction" (59) et, par conséquent, il semble difficile de lui soumettre un litige qui ne relève aucunement de ses attributions (60). Surtout, une telle prorogation est contraire aux principes qui gouvernent la compétence des juridictions prud'homales. Celles-ci sont en effet "seul(e)s compétent(e)s pour connaître en premier ressort de(s)... différends... pouvant s'élever à l'occasion du contrat de travail..., peu important leur connexité avec un autre litige non susceptible de leur être soumis" (61). Cet argument, qui semble avoir les faveurs de la Cour de cassation, se fonde implicitement sur le caractère privé de la connexité,

(57) Cf. sur la question de la renaissance éventuelle du droit de rétention au cas où la chose reviendrait entre les mains du créancier : Cass. com., 23 juin 1964, D. 65. 78, note Rodière ; Catala-Franjou, op. cit., n° 9, p. 23-24 ; F. Chabas et P.J. Claux : Disparition puis renaissance du droit de rétention, D. 1972, Chron. 19 ; Ph. Bihr : L'opposabilité aux tiers du gage constitué sur un véhicule automobile, D. 1970, Chron. 69.

(58) Telle fut la solution retenue par le T.G.I. de Paris dans un jugement en date du 4 juil. 1972, D. 1974. 205, note Serra ; Gaz. Pal. 64.1.68, R.T.D.C. 1964. 369, obs. Hebraud.

(59) Cf. Solus et Perrot, op. cit., n° 15 à 17, p. 21 à 26 ; adde R.T.D.C. 1979. 186 et les auteurs cités.

(60) Pour une telle argumentation, cf. Lyon 25 mai 1978, J.C.P. 79.II.19026, note J.A.

(61) Cass. Soc., 15 mai 1974, D. 74. 709, note Y. Serra ; ibid. 31 janv. 1977, D. 78.9, note Y. Serra ; Cass. Civ. 2ème, 12 oct. 1978, J.C.P. 78.IV.343 ; adde R.T.D.C. 78.415, obs. Vincent.

laquelle doit céder lorsque se présente une demande relevant à titre exclusif d'une certaine juridiction.

La même idée justifie que le droit de rétention soit refusé dans certains cas. Cependant, il ne faudrait pas conclure trop rapidement à l'inefficacité de la connexité dans de telles hypothèses : il arrive que l'intérêt protégé par elle puisse être concilié avec les impératifs de l'ordre public. Ainsi, en matière de rétention, le refus de ce droit par la loi ou la jurisprudence s'accompagne souvent d'une réglementation ou d'une jurisprudence aboutissant à des résultats très supérieurs à ceux du droit de rétention. En réalité, pour bien saisir les limites résultant du caractère privé, une distinction doit être opérée entre deux séries de conflits : ou bien le résultat consécutif à la prise en compte de la connexité est diamétralement opposé à celui voulu par la disposition d'intérêt général, auquel cas il faut l'écarter définitivement. Ou bien la contradiction porte sur certaines modalités d'application mais il n'y a pas d'incompatibilité irrémédiable entre la mise en oeuvre de la connexité et le respect de la réglementation ; auquel cas un aménagement reste possible.

L'exemple de la compensation des dettes connexes après l'ouverture d'une procédure collective contre l'entreprise insolvable permet de mieux saisir les éléments du débat. Lorsqu'un créancier de l'entreprise insolvable est également son débiteur, il peut invoquer la compensation pour obtenir le règlement automatique de son dû à concurrence de sa dette. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, cette compensation pouvait même intervenir postérieurement au jugement déclaratif, qui entraînait la déchéance du terme, dans la mesure où les dettes à compenser étaient connexes.

Sous l'empire de la nouvelle législation issue de la loi du 25 janvier 1985, le maintien de cette solution n'est pas certain (62). Avant toute chose, il faut bien délimiter la question : elle ne se pose que pour les créances connexes et qui deviennent compensables par déchéance du terme ; la nouvelle législation restreint donc le domaine potentiel de cette connexité dans la mesure où cette déchéance du terme n'est plus un effet inéluctable du jugement constatant la cessation du paiement ; l'exigibilité des dettes non-échues ne réapparaît qu'en cas de liquidation judiciaire ou de cession totale de l'entreprise.

Ces nouvelles dispositions sont impératives et soulèvent donc la question de leur conciliation avec la solution traditionnelle fondée sur la connexité : va-t-on conserver le

(62) Voir : Ripert et Roblot, Traité élémentaire de Droit Commercial, II, L.G.D.J. 10ème éd., Paris : 1986, n° 3040, p. 840 à 842 ; F. Derrida, P. Gode et J.P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, DS. Numéro spécial hors-série, 2ème éd., Paris : 1986, n° 285, p. 97-98.

mécanisme de paiement préférentiel de ces créances connexes ou doit-on admettre que l'entreprise qui poursuit son exploitation est en droit d'exiger paiement de ses créances tout en différant le règlement de ses dettes ? Faut-il sacrifier les intérêts du créancier aux besoins de trésorerie de l'entreprise en redressement judiciaire ? Il semble que non, dans la mesure où le législateur lui-même consacre le maintien du "privilège de connexité" dans deux textes : l'article 37, al. 4, qui permet -en cas de résolution d'un contrat à exécution successive- au contractant de différer la restitution des acomptes jusqu'à la liquidation de sa créance de dommages intérêts ; l'article 159 qui consacre le report du droit de rétention du gagiste sur le prix du gage en cas de vente forcée par le liquidateur. Ces dispositions paraissent indiquer que la connexité doit permettre de retenir la créance pour permettre sa compensation dans la mesure où l'intérêt protégé par elle se concilie avec les impératifs de la loi nouvelle.

On peut s'interroger sur l'opportunité qu'il y aurait d'étendre cette solution à d'autres situations où plusieurs juridictions sont exclusivement compétentes pour connaître des demandes connexes. Dans le cas envisagé précédemment, pourquoi ne pas admettre que le Tribunal de Commerce surseoit à statuer jusqu'à la décision du Conseil des Prud'hommes, puisque la question de savoir s'il y a concurrence déloyale dépend du caractère illicite du comportement du salarié que seul ledit Conseil est habilité à constater ? La généralisation du sursis permettrait sans doute d'éviter la coexistence de décisions inconciliables, donc d'aboutir à une meilleure administration de la justice, finalité reconnue par la loi à l'exception de connexité. Elle serait possible toutes les fois que la solution d'un litige -du ressort exclusif d'une juridiction (comme c'est le cas pour le Tribunal de Commerce s'agissant de l'admission des créances, ou du Conseil des Prud'hommes s'agissant de la violation du contrat de travail)-, serait le préalable logique à celle d'un autre litige (déclenchement du mécanisme compensatoire ou existence d'actes de concurrence déloyale).

b) Caractère autonome

Il est possible d'affirmer, ensuite, que la connexité est une notion autonome. Cette indépendance est souvent passée sous silence au profit de comparaisons avec des mécanismes voisins, spécialement l'indivisibilité des demandes ou l'exception d'inexécution. De tels rapprochements doivent être accueillis avec énormément de réserves et il semble préférable de bien distinguer les diverses institutions.

- En procédure, l'utilité de séparer la connexité de l'indivisibilité a été soulignée avec force tant au civil qu'au pénal car, dans le premier cas, le juge conserve une certaine liberté alors que, dans le second, la jonction des procédures s'impose à lui.
- En droit des obligations on a longtemps soutenu que la connexité n'était qu'une forme particulière de l'exception d'inexécution ; cette opinion est vivement combattue par la doctrine la plus récente. En effet, si les deux moyens de défense supposent une corrélation entre les créances, la ressemblance s'arrête là. L'exception se meut essentiellement sur le terrain contractuel et n'existe que dans le cadre de rapports synallagmatiques ; la connexité se développe en dehors de tels rapports et a pour domaine de prédilection la procédure et les relations extra-contractuelles.

Bref, l'étude de la connexité doit être menée pour elle-même car elle diffère, tant par son domaine que par ses effets, aussi bien de l'exception d'inexécution que de l'indivisibilité des demandes.

c) Caractère auxiliaire

Auxiliaire, la connexité l'est tout d'abord par nature. Elle résulte d'un lien entre rapports juridiques et, du point de vue de celui qui l'invoque, ne peut être détachée de la demande ou du droit auquel elle s'applique. Elle l'est ensuite de par son utilité : alléguer l'existence d'un lien de connexité ne devient nécessaire que lorsque d'autres mécanismes font défaut. Par exemple, en procédure, la connexité de deux litiges permet de suppléer l'absence de la litispendance ou de l'indivisibilité afin de reconstituer le contentieux global. Elle représente le "remède ultime" (63) entre les mains de celui qui l'utilise. Toutefois, il ne s'agit pas d'une institution subsidiaire : il est possible de trouver des situations où elle coexiste avec les armes dont elle pallie, en général, la défaillance.

L'exemple du droit de rétention dans les rapports synallagmatiques suffit à illustrer cette affirmation. Si l'on adopte la thèse de la subsidiarité (64), il faut refuser ce droit dans la vente, l'échange..., au débiteur de l'obligation de livrer car il dispose déjà de l'exception d'inexécution pour assurer sa protection. Celle-ci se traduira d'ailleurs par la faculté de suspendre la livraison, donc de retenir la chose. Il existe cependant une différence entre les deux moyens défensifs :

(63) Selon la formule de M. Rodière, in note ss Cass. com., 23 juin 1964, déjà cité.
(64) Formulée par Rodière dans la note précitée et développée par M. Mande-Djapou, in "La notion étroite du Droit de Rétention", op. cit.

l'excipiens fonde son refus sur l'absence de cause de son obligation contractuelle (65) et peut être contraint à l'exécuter en tout ou en partie s'il a déjà été partiellement payé ; le rétenteur bénéficie d'une prérogative indivisible qui l'autorise à conserver la chose jusqu'à complet désintéressement. Il est par conséquent intéressant de pouvoir cumuler les deux mécanismes. La solution semble rallier la majorité des suffrages lorsque la question se pose dans le cadre de rapports synallagmatiques imparfaits ou que la délivrance de la chose n'est qu'une obligation accessoire à l'objet de la convention, car alors les conséquences de l'exception se distinguent de celles de la connexité. Toutefois, aucune objection déterminante semble pouvoir être opposée à une juxtaposition systématique des deux institutions, une fois admis le principe de leur autonomie respective. Certes, la plupart du temps les protections accordées par la loi au contractant seront plus efficaces que celles résultant de la connexité et le débat purement académique ; il n'en demeure pas moins que le droit de rétention trouve sa source dans un lien qui ne coïncide pas avec la relation synallagmatique et constitue dès lors un mécanisme indépendant par rapport à l'exception d'inexécution.

La connexité procède donc bien d'une notion homogène, dont le statut et les caractères peuvent être décrits de manière générique, malgré la diversité de ses manifestations. Il reste à établir qu'à l'unité de la notion correspond l'unité du régime.

II - L'UNITE DU REGIME DE LA CONNEXITE

L'unité du régime de la connexité se manifeste à deux niveaux, au niveau de la technique juridique, tout d'abord, où le lien constitue un mécanisme de garantie ; au niveau de la politique judiciaire ensuite, où il apparaît comme un gage de bonne justice.

A - Un mécanisme de garantie

En procédure, lorsque deux affaires sont connexes, l'une des juridictions saisies se voit généralement retirer le dossier au profit de l'autre. En matière civile c'est le juge de droit commun qui bénéficie de la prorogation de compétence dès lors qu'il a naturellement à connaître de l'une des demandes. Au pénal "la compétence appartient à la juridiction du degré le "plus élevé" lorsque les faits relèvent de juges différents. Bref, la connexité aboutit à confier à un tribunal la connaissance d'éléments qu'il n'aurait pas dû juger eu égard aux règles normales de

(65) Cf. dans ce sens Rodière, note ss Civ. 2ème, 22 mai 1962, précitée.

compétence. Elle a donc pour effet de prolonger de manière dérogatoire une prérogative juridique en dehors de son domaine d'existence habituel.

La technique juridique par laquelle la connexité agit est toujours identique, quelle que soit l'institution concernée.

- Le droit de rétention n'est que la faculté de détenir une chose nonobstant l'absence de titre. Or tous les auteurs s'accordent pour dire qu'il n'existe que si la détention de la chose est connexe à la créance impayée : le lien sert de fondement au pouvoir du créancier rétenteur en même temps qu'il explique pourquoi la détention se prolonge, de manière dérogatoire, au-delà du délai prévu.

- La compensation, qui, normalement, ne peut plus s'opérer une fois intervenu le jugement prononçant le règlement collectif du passif de l'insolvable, se produit néanmoins si les créances sont connexes : elle joue alors en dehors de son cadre habituel.

- Le procédé se retrouve encore dans la jurisprudence relative à la responsabilité délictuelle des commettants du fait de leurs préposés (66). On sait qu'aux termes de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil cette responsabilité, qui en principe n'est encourue que pour les fautes commises dans l'exercice des fonctions, peut également être retenue "plus exceptionnellement... lorsque le préposé a utilisé dans un but étranger les moyens mis à sa disposition par le commettant..., toutefois à la condition que le fait dommageable se rattache par *un lien* de causalité ou *de connexité* à (cet) exercice" (67). Sans rouvrir un débat qui semble désormais dépassé (68) on doit remarquer que la question de savoir si la responsabilité du commettant peut être engagée en dehors du domaine prévu par la loi reçoit une réponse positive dès lors qu'existe entre l'acte générateur et l'exercice des fonctions un lien de connexité (69).

(66) Jurisprudence inaugurée par la 2ème chambre civile de la Cour de cassation le 1er juillet 1954 (2 esp.), D. 54. 628 ; poursuivie depuis lors en dépit de l'opposition de la chambre criminelle, cf. Civ. 2ème, 14 juin 1957, D. 58. 53, note Savatier ; Ch. Réunies, 9 mars 1960, D. 60. 329, note Savatier, J.C.P. 60.II.11559, note Rodière ; Civ. 1ère, 1er juin 1960, Bull. 1960. I, n° 308, p. 254 ; Ass. Plén., 10 juin 1977, J.C.P. 77.II.18730, concl. Gulphe ; D. 77. 465, note Larroumet.

(67) Civ. 2ème, 1er juillet 1954, déjà cité.

(68) Depuis l'arrêt de l'Assemblée Plénière précité, lequel a été suivi par la Chambre Criminelle le 15 mars 1978, D. 78. 412 (Comp. Civ. 2ème, 20 décembre 1977, D. 78 IR 203) ; voir Th. Hassler.

(69) La confusion qui a régné en doctrine sur le sens de cette jurisprudence vient de ce que l'on a omis de distinguer les diverses situations visées par la Haute Juridiction ; outre le cas où l'activité dommageable s'exerce "vers le but fixé" au préposé par le commettant (et n'est donc pas étrangère aux fonctions, que ce soit pour les chambres civiles, cf. Civ. 2ème, 9 février 1967, G.P. 67. 1. 224 ; ibidem 6 février 1974, D. 74. 409, note Ph. Le Tourneau ; 15 décembre 1975, Bull. 1975 II, n° 346, p. 279, ou la Chambre Criminelle, cf. 10 juillet 1968, Bull. n° 220, p. 257 ; ibidem 25 février 1977, Bull. n° 75, p. 173) il faut distinguer deux hypothèses : celle où le dommage est la conséquence directe de l'activité du commettant (lien de

- Enfin, la solidarité pénale est, de manière exorbitante, étendue, en faveur de la victime d'un crime ou d'un délit, aux auteurs des infractions connexes qui sont tous tenus de l'indemniser intégralement.

Bref, dans tous les cas où l'existence d'un lien de connexité est pris en considération par la jurisprudence on assiste au même phénomène : *la prorogation d'un mécanisme juridique au profit du créancier (ou du plaideur).*

Cette prorogation a pour résultat de conférer une garantie à celui qui invoque la connexité. De ce point de vue, il est assez remarquable de noter qu'en procédure civile déjà, les premières demandes incidentes (exception faite des demandes reconventionnelles dont la double nature avait très tôt suscité la compétence du juge saisi de la demande principale) auxquelles fut étendu le champ de la prorogation légale, ont été les demandes en garantie. Par delà les circonstances historiques, on admet aujourd'hui que la prorogation légale de compétence participe de la connexité et permet au juge, sous certaines conditions, de connaître de la totalité du contentieux. Tout en concourant à une bonne administration de la justice, rendue dans un temps plus court et à moindre frais, elle assure au justiciable la certitude que son affaire sera examinée dans les meilleures conditions et à la lumière de tous les éléments qui la constituent.

La garantie résultant de la connexité apparaît de façon éclatante en ce qui concerne les obligations de donner. En effet, le lien va alors jouer au bénéfice du titulaire d'une créance et lui conférer un avantage par rapport aux autres créanciers qui ne peuvent s'en prévaloir. A cet égard une distinction doit être opérée suivant la structure des relations en cause.

1°) Lorsque le lien de connexité unit deux obligations réciproques, le créancier qui s'en réclame se trouve détenir un bien appartenant à son débiteur : il va pouvoir affecter ce bien à la garantie de sa créance. Cette faculté naît du fait qu'existent deux obligations en sens inverse reliées entre elles par une communauté d'origine (hypothèse de connexité originaire), circonstance qui justifie la prorogation indéfinie de la détention du bien en son pouvoir par le créancier insatisfait. Telle est bien la solution de la jurisprudence lorsque la chose détenue est un

causalité) et celle où existe entre le fait générateur et l'exercice des fonctions un lien de connexité : seule cette dernière éventualité met en cause le critère de la connexité. Il s'agit d'un cas de connexité récurrente puisqu'on est en présence d'un seul dommage relié directement à deux faits juridiques : la faute du préposé et les fonctions qu'il assume pour le compte du commettant (cf. par ex. : Crim., 20 novembre 1974, Bull. n° 343, p. 868, et Cass. Com., 2 juillet 1973, précité) ; toutefois, à la différence du lien de causalité, il n'y a pas de lien direct entre l'activité du commettant et le dommage subi par la victime.

corps certain : le créancier-détenteur verra son pouvoir sur la chose de son débiteur prorogé jusqu'à complet désintéressement ; on a reconnu le droit de rétention.

Lorsque le bien détenu par le créancier est fongible avec celui qui lui est dû, la compensation légale doit jouer et cela même si les obligations réciproques ne sont pas connexes. Le double payement s'opère automatiquement du seul fait qu'existent des dettes certaines, liquides, exigibles et fongibles entre elles, peu important qu'elles trouvent leur source dans un même événement ou non. Dans la plupart des cas l'existence d'un lien de connexité sera sans influence sur l'exécution des obligations unies, et c'est bien normal puisqu'après tout le besoin d'une garantie ne se fait sentir qu'en période de crise. Or la crise ne naît que si un obstacle vient empêcher le déclenchement du mécanisme légal en interdisant à l'un des obligés d'honorer ses paiements. L'hypothèse est celle de l'ouverture d'une procédure collective contre l'entreprise co-contractante (ancienne législation). Une fois le jugement déclaratif prononcé, les paiements de l'insolvable se font au marc le franc et après que les créances aient fait l'objet d'une vérification par le juge-commissaire ; dans le même temps le syndic, chargé de la réalisation de l'actif, peut exiger des débiteurs de l'insolvable le paiement de leur dû. Le créancier-débiteur risque donc de devoir exécuter sa prestation et de ne recevoir en contrepartie que monnaie de faillite... c'est alors que la connexité retrouve son utilité. Sur son fondement le créancier-débiteur de l'insolvable va pouvoir opposer un refus de paiement à la demande du syndic (70) ; l'existence du lien originaire l'autorise à conserver les fonds en sa possession (71) jusqu'au moment où la compensation pourra à nouveau jouer.

Ainsi, contrairement à l'opinion de certains auteurs, les effets de la connexité ne sont pas différés jusqu'à l'arrêté de l'état des créances (72) mais permettent au créancier-débiteur de suspendre l'action du syndic (73) en prolongeant sa mainmise sur les sommes dues jusqu'à cette date, après quoi le paiement peut à nouveau s'opérer par compensation judiciaire. La prorogation joue donc de la même façon dans les deux situations avec cette différence que, lorsque les obligations connexes sont fongibles

(70) Cf. dans ce sens Com., 2 juillet 1973, Bull. 1973. IV, n° 229, p. 207, D. 74. 427, note Ghestin ; Com., 4 juillet 1973, D. 74 (1ère esp.) p. 425, (2ème esp.) p. 426, notes Ghestin ; Civ. 2ème, 12 mars 1974, Bull. 1974 II, n° 112, p. 86 ; Com., 25 avril 1974, Bull. 1974 IV, n° 132, p. 105 ; adde R.T.D. Com. 1975, 361, obs. Houin et Le Gall.

(71) Cf. Pedamon et Carmet qui analysent la compensation intervenant après le prononcé du jugement déclaratif comme un "mode de non-paiement", in La compensation..., op. cit., D. 76, p. 127 et s. ; Mendegris, La nature juridique de la compensation, op. cit., n° 106, p. 141-142.

(72) Ibidem, loc. cit., p. 128.

(73) Cf. Com., 20 février 1978, D. 79 IR 184, obs. A. Honorat.

entre elles, vient se juxtaposer à la garantie spécifique celle qui résulte du mécanisme compensatoire, conférant au créancier un véritable droit de préférence.

2°) Lorsque la connexité unit l'événement générateur d'une seule obligation à plusieurs faits juridiques, le créancier est en droit d'obtenir, si la prorogation d'une règle protectrice est possible, la garantie de l'acteur indirect pour le payement de l'indemnité due par l'auteur du préjudice ; on se souvient que, dans ce cas de figure, la relation de connexité se situe en amont de l'événement juridique (connexité récurrente). Deux situations correspondent à une telle hypothèse.

- Premièrement, s'agissant de l'article 1384, al. 5, la responsabilité du commettant peut être engagée pour un dommage totalement indépendant des fonctions du préposé dès lors que celui-ci a trouvé dans leur exercice les moyens indispensables à sa faute.
- Deuxièmement, les auteurs de crimes ou délits connexes sont solidairement tenus d'indemniser la ou les victimes des infractions liées, quand bien même ils n'auraient pris aucune part à celle qui a provoqué le dommage.

Pas de doute que les dettes en question sont exceptionnelles au regard des règles qui gouvernent ordinairement la responsabilité des commettants ou la solidarité pénale. Ces deux institutions sont étendues, en raison de la connexité, au bénéfice du titulaire de l'action en réparation.

La garantie qui en résulte ne concerne plus l'exécution de l'obligation proprement dite ; elle protège la victime contre l'insolvabilité de l'auteur du préjudice, soit en lui offrant la possibilité d'agir contre un débiteur présumé plus solvable (74), soit en lui permettant d'avoir plusieurs co-obligés au paiement de toute la dette (75). Cette action n'étant possible que si le garant dispose d'un recours contre l'auteur du préjudice (76), il s'agit

(74) La responsabilité des commettants est "spécialement" destinée à "garantir" les victimes "contre l'insolvabilité de l'auteur du préjudice en leur permettant de recourir contre son employeur", selon les termes même de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation, 6 février 1974 (1er moyen), D. 74. 409, note Ph. Le Tourneau.

(75) Rappelons que le fondement logique de la solidarité pénale est la théorie de la causalité et son domaine naturel d'application les co-auteurs ou complices d'une seule infraction, non les auteurs d'infractions connexes ; une illustration de cet effet de garantie peut être trouvée dans un arrêt récent, Cass. Crim. 30 mars 1985, Bull. 120 qui considère que le receleur d'une partie du butin est solidairement responsable avec le voleur de la totalité des dommages-intérêts.

(76) Pour ce qui concerne l'art. 1384, al. 5, la faute du préposé (en tout cas sa responsabilité personnelle) est nécessaire pour pouvoir engager la garantie du commettant ; de même, s'agissant de la solidarité des sanctions pécuniaires, celle-ci "ne s'applique pas, en cas de connexité, quand il n'a été prononcé de condamnation que contre l'auteur de l'un des délits" (les auteurs étant demeurés inconnus), Paris, 10 novembre 1927, D.P. 1929, 99, note G. Holleaux.

bien d'une protection contre l'insolvabilité de ce dernier, non d'une responsabilité autonome.

Observée du côté passif de l'obligation, du point de vue du débiteur tenu d'exécuter, la connexité présente également un aspect intéressant.

Dans les hypothèses où la dette liée correspond à une valeur effectivement entrée dans le patrimoine du débiteur (connexité originaire), elle joue au détriment de ses autres créanciers et apparaît comme une sûreté (incomplète dans le cas du droit de rétention ; parfaite dans celui de la compensation après l'ouverture d'une procédure collective de règlement du passif).

Dans les hypothèses où cette contrepartie n'existe pas (connexité récurrente), elle entraîne un appauvrissement du débiteur et s'apparente ainsi à une peine privée. On remarquera que cette idée de peine privée suppose une faute de la part de celui qu'elle atteint ; or précisément, le domaine d'élection de la connexité récurrente est la responsabilité. S'agissant de celle des commettants, il semble bien que la jurisprudence relève une négligence coupable dans la surveillance du préposé lorsqu'elle retient, en raison d'un lien de connexité, la responsabilité du commettant (77). En tout cas il y aurait là un critère solide permettant de savoir à coup sûr, quand le caractère direct du lien entre les fonctions et la faute du préposé prête à discussion, si oui ou non il y a connexité. Cette considération rejoint d'ailleurs l'aspect primitif de la responsabilité délictuelle, aspect qui s'exprime tout spécialement lorsque la demande de réparation est portée devant les juridictions répressives qui apprécient les éléments du litige de manière autonome, en fonction des principes qui gouvernent le droit criminel.

Une première illustration de cette autonomie du droit criminel peut précisément être trouvée dans le conflit qui a divisé la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'application de l'art. 1384, al. 5. Spécialement, l'opposition s'est manifestée dans l'hypothèse où un préposé causait un accident avec un véhicule qu'il avait "emprunté" (78) à son commettant sans aucune autorisation et en dehors de toute mission. La position (plus ou moins large) adoptée sur la nature du rapport qui doit exister entre la faute et les fonctions du préposé, conduit à admettre ou à écarter la responsabilité du commettant, c'est-à-dire à considérer le fait dommageable comme connexe ou non à l'exercice desdites fonctions. Les formules utilisées par les magistrats ne laissent

(77) Cf. par ex. Cass. Com., 22 mai 1970, déjà cité ; Cass. Crim., 16 juillet 1969, Bull. 69, n° 229, p. 553 ;ibid. 2 novembre 1971, D. 73. 21, note Larroumet ; ibid., 28 mars 1973, D. 74. 77, note M.-F. Jaubert.

(78) Cf. J. Defrenois : Abus de fonction et Vol d'usage, D. 72. Chron. 227.

guère de doute sur la raison de cette divergence. La Chambre Criminelle retenait la responsabilité du commettant dès que le préjudice résultant des blessures (ou de l'homicide) involontaire "n'était pas indépendant des fonctions" (79), ou encore lorsque celles-ci avaient procuré au préposé "l'occasion et les moyens de sa faute" (80) ; en revanche, les Chambres Civiles ont toujours exigé la preuve d'un "lien adéquat" (81). Elles censurent également, pour manque de base légale, les arrêts d'Appel qui écartent la responsabilité sollicitée alors que les "circonstances (de l'espèce) impliquent que le fait (du "chauffeur) n'est pas étranger (à ses) fonctions... et indépendant du rapport de préposition qui le li(e) à son employeur" (82) et ceux qui l'ont retenue sans rechercher "si la collision ne s'(est) pas produite après que (le chauffeur), ayant terminé sa tâche sur le chantier, (ait) pris la camionnette pour effectuer une course personnelle, étrangère au travail" (83). La comparaison des attendus cités met l'accent sur ce qui sépare les deux conceptions en présence. La divergence concerne davantage la relation qui structure le lien de connexité que la définition proprement dite de celui-ci.

Les criminalistes exigent, pour considérer deux infractions comme connexes, la preuve d'une certaine communauté d'origine ou d'action, mais il n'est pas indispensable que le lien qui unit chaque infraction à l'élément qui leur est commun soit immédiat, direct et adéquat au sens où les juridictions civiles l'entendent : une simple coïncidence d'action ou une relation de causalité fortuite peuvent suffire. Cette singularité du droit pénal résulte d'une approche spécifique de la théorie de la causalité. Tandis qu'en droit civil la relation causale suppose une circonstance nécessaire à l'obtention du résultat, les pénalistes se satisfont de tout événement y ayant concouru, même occasionnellement, spécialement en matière d'infractions involontaires.

(79) Crim., 16 juillet 1969, précité (un chauffeur-livreur ayant terminé sa tournée ne ramène pas, comme il en avait reçu l'ordre, le véhicule qui lui avait été confié au garage mais part faire une "promenade" (sic) au cours de laquelle il provoque un accident) ; ibid. 28 février 1967, précité (un chauffeur-routier parisien effectuant un déplacement en province utilise, après avoir livré les marchandises transportées et contrairement aux instructions reçues, le véhicule pour se rendre dans une localité voisine avec des amis de rencontre ; il provoque un accident au cours du voyage).
(80) Crim., 9 juin 1970, précité (un jour de fête légale chômée, un conducteur de travaux quitte, sans autorisation, le chantier où il est affecté au volant d'un tracteur dont il avait habituellement la garde pour se rendre à la ville la plus proche afin de s'approvisionner en vivres ; il cause un accident pendant le trajet).
(81) Selon la formule de M. Savatier, ss. Civ. 2ème, 14 juin 1957, précité.
(82) Civ. 2ème, 6 février 1974, précité ; un chauffeur, après une dernière livraison effectuée sur l'ordre de son patron, à peu de distance de son domicile, s'était rendu au garage pour remplacer, au frais de l'employeur, l'ampoule nécessaire au véhicule ; au retour, il provoque un accident alors qu'il se trouvait sur son chemin normal.
(83) Civ. 2ème, 15 décembre 1975, précité.

La notion de connexité, si elle ne recouvre pas celle de causalité, s'inspire du même matériel logique ; par conséquent l'utilisation d'un critère autonome de la relation causale entraîne l'apparition d'une notion autonome du lien de connexité. Il faut cependant strictement limiter cette indépendance au domaine où elle se justifie, à savoir la sanction (ou la prévention) des infractions. En revanche, lorsque les tribunaux répressifs sont amenés à appliquer des règles civiles ils doivent revenir au concept de droit commun. C'est pourquoi le différend à propos de la responsabilité des commettants a finalement été tranché en faveur de l'interprétation prônée par les Chambres civiles. Désormais, il semble acquis que le lien entre le comportement dommageable du préposé et les fonctions qu'il exerce doit être "adéquat", même pour la Chambre Criminelle (84).

La distinction entre les deux ordres de questions peut toutefois soulever des difficultés et rendre délicat le choix entre l'une et l'autre notion. L'exemple de la solidarité pécuniaire des sanctions est très significatif à cet égard. Si l'on voit dans l'article 55 du Code pénal une peine accessoire (85), l'utilisation de la notion pénale s'impose ; si l'on y voit une application de la théorie civile de l'obligation *in solidum*, il faut opter pour la notion de droit commun. En réalité la solidarité en question semble bien constituer une institution répressive où s'exprime pleinement le principe d'autonomie.

- Elle s'applique à un domaine plus vaste que ne le voudrait la simple obligation *in solidum* ; elle s'étend en effet aux amendes (86) d'une part, et aux auteurs d'infractions connexes d'autre part. Dans le premier cas, elle garantit le paiement d'une peine (non d'une indemnité) ; dans le second, elle atteint quelqu'un qui n'a pas participé à la réalisation de tout le préjudice.
- Elle se fonde sur la connexité des infractions, laquelle résulte d'un texte spécifiquement répressif.
- Elle est prévue par l'article 55 du Code pénal, ce qui lui confère une certaine spécificité par rapport à la garantie civile dont elle s'inspire.

Toutes ces raisons conduisent à penser que la solidarité des sanctions pécuniaires appartient au système du droit criminel et doit être fondée, le cas échéant, sur la notion pénale du lien de

(84) Cf. Crim., 15 mars 1978, précité : cassation d'un arrêt qui avait retenu la responsabilité du commettant pour un dommage causé par son préposé ayant "emprunté", dans le garage où il travaillait, un véhicule alors que l'accident était survenu dans la nuit du samedi au dimanche et que le préposé se rendait à un bal en compagnie d'une amie à qui il venait de confier le volant.

(85) Perret : Le rôle pénal de la solidarité entre les condamnés à une peine d'amende, R.S. Crim. 1941.77.

(86) Sous réserve d'une décision spécialement motivée du Tribunal, conformément aux dispositions de l'article 55, al. 2, C. pén.

connexité où domine le châtiment du délinquant-débiteur qui supplante la garantie d'indemnisation des victimes-créancières.

Cette idée de châtiment n'est d'ailleurs pas totalement étrangère à la pratique judiciaire de la connexité. Cette dernière comporte toujours un aspect punitif et n'intervient que comme gage de bonne justice.

B - Un gage de bonne justice

Un gage de bonne justice *quant à ses fondements*, tout d'abord.

Le point de départ de l'évolution qui devait conduire à la théorie moderne de la connexité doit être recherché dans l'exception du dol. Fait acquis pour le droit de rétention et la compensation, il paraît possible de généraliser l'hypothèse de tous les cas rencontrés ici.

A Rome, l'exception de dol reposait sur l'existence d'une relation d'interdépendance entre deux obligations (et deux actions) ; une fois le lien établi, le magistrat autorisait le plaideur qui l'invoquait à réunir les demandes correspondantes malgré leur autonomie procédurale. Cette dérogation aux règles qui gouvernaient le déroulement du litige se justifiait par la déloyauté de l'adversaire qui prétendait obtenir satisfaction sans acquitter sa propre dette ou répondre de sa faute. Seul le prêteur pouvait décider de faire jouer l'exception et apprécier la réalité du *dolus* allégué.

De nos jours, la connexité permet également de subordonner la solution d'une question à celle de l'autre ; pour ce faire, le juge s'écarte aussi du droit commun. La justification de cette position exorbitante réside toujours dans l'idée d'équité : il serait injuste, compte tenu du lien constaté, de laisser les mécanismes juridiques jouer normalement, car le débiteur s'est montré déloyal envers le créancier. Il est donc équitable de suspendre l'exécution sollicitée (connexité originaire), ou d'accroître les chances d'indemnisation de la victime (connexité récurrente), en prorogeant, au profit du créancier et au détriment du débiteur concerné, un droit ou une action.

Deux observations corroborent cette analyse :

- En premier lieu, les exemples étudiés impliquent tous, pour que le principe puisse s'appliquer, une certaine déloyauté du débiteur vis-à-vis du créancier, laquelle s'aggrave au fur et à mesure qu'on s'éloigne du domaine contractuel (compensation, rétention) pour entrer dans le domaine répressif (solidarité pénale).
- En second lieu, lorsque le créancier est de mauvaise foi, les tribunaux refusent de faire produire à la connexité invoquée

les conséquences qui y sont habituellement attachées (87). Ce point, généralement critiqué en doctrine mais certain en jurisprudence, établit manifestement que la décision du juge se fonde sur des considérations d'équité puisque la règle ne s'applique plus lorsque la déloyauté est partagée.

Enfin cette origine historique permet de mieux comprendre le caractère prétorien de la règle dans notre droit positif, ainsi que les pouvoirs laissés au juge du fond pour apprécier les circonstances dont découlent la connexité. On remarquera d'ailleurs que le législateur, comme la jurisprudence, ont tempéré la rigueur logique du lien de connexité par des critères (finalistes ou analogiques) laissant une certaine latitude aux tribunaux pour ordonner la jonction des instances ou des poursuites. Il est naturel qu'une liberté équivalente soit accordée au juge saisi d'une question de fond, car la prise en compte du lien implique inévitablement un choix entre deux intérêts légitimes ; une telle décision ne saurait être totalement étrangère à des considérations de politique juridique. Dans le domaine procédural la bonne administration de la Justice doit être facilitée par la jonction sollicitée ; s'agissant d'une obligation, le désagrément infligé au débiteur doit se justifier par un comportement déloyal de sa part à l'égard du créancier. Au demeurant, il faut noter que la pratique se retrouve chaque fois qu'on a affaire à une question qui met en cause le caractère direct d'une relation de cause à effet ; entre les espèces où l'existence du lien ne fait pas de doute et celles où son absence est certaine prend place une zone frontière où la seule logique est impuissante à trancher. Les magistrats ont alors recours à d'autres critères pour asseoir leur jugement.

Les idées fondamentales qui animent la jurisprudence actuelle s'inspirent donc d'une tradition très ancienne qui remonte jusqu'à l'*exceptio doli*. Cependant, ce moyen de procédure antique n'a pas été introduit tel quel dans notre droit positif ; au contraire, toute l'évolution historique a eu pour effet de faire éclater l'exception de dol en plusieurs mécanismes, distincts les uns des autres.

Aujourd'hui, l'apport intellectuel de la doctrine aboutit à conférer des domaines autonomes à l'exception d'inexécution,

(87) Le droit de rétention est refusé au créancier de mauvaise foi, cf. Mazeaud, op. cit., n° 123 ; Derrida, op. cit., n° 48-50 ; la compensation des créances après le prononcé du jugement déclaratif de faillite ne se produira pas en cas de fraude du créancier qui invoque la connexité, cf. Pédamon et Carmet, op. cit., p. 127 ; la responsabilité du commettant en cas de faute extérieure (et connexe) aux fonctions ne garantit pas, en principe, la victime complice du préposé : cf. note Larroumet ss. Ass. Plén., 10 juin 1977, D. 77. 467 et les auteurs cités ; la solidarité pénale enfin est écartée lorsque "les condamnés sont à la fois respectivement auteurs et victimes des infractions" connexes, Ryziger, op. cit., n° 6.

d'une part, et à la connexité telle qu'elle est envisagée ici, d'autre part. Cette dernière constitue une protection plus primitive et apparaît comme une ultime planche de salut tendue au créancier par le juge. Par là, elle présente certaines ressemblances avec l'enrichissement sans cause bien que située au stade de l'exécution d'une obligation (sous réserve du fait que, dans les cas de connexité récurrente, le garant n'aurait pas été obligé en l'absence de tout lien), non de sa création.

En définitive, la connexité se situe entre ces deux institutions (chacune conservant sa spécificité) du point de vue de son degré d'élaboration. Toutes trois sont des règles jurisprudentielles reposant sur l'équité, mais qui diffèrent par leurs fondement techniques : l'exception d'inexécution concerne les rapports synallagmatiques, l'action *de in rem verso* suppose l'enrichissement injuste du débiteur et l'appauvrissement corrélatif du créancier, la connexité implique un lien direct entre deux obligations ou deux faits.

Un gage de bonne justice *quant aux objectifs* qu'elle permet d'atteindre, ensuite, puisque reconnaître la connexité qui unit deux obligations ou deux obligés justifie que les questions y relatives soient jointes pour être jugées ensemble, globalement. Dès lors que plusieurs obligations résultent d'une même opération économique, constituent un ensemble contractuel homogène, dès lors qu'un sinistre ou un dommage peut être relié à l'activité de plusieurs agents, le lien de connexité permet de restituer son unité naturelle ou économique à la situation initiale et d'appréhender les rapports juridiques dans leur contexte en vue d'une meilleure administration de la justice.

C'est surtout dans le domaine contractuel que se manifeste, notamment en raison de l'homogénéité économique qui la cimente, l'unité de l'ensemble dont découle le lien de connexité.

Ainsi, les relations d'affaires entre un client et un prestataire de services peuvent être considérées comme suffisamment étroites pour constituer une convention unique dont les diverses prestations de services ne sont que les exécutions successives (rétention) (88). Résultent de même d'un événement unique la créance de la banque qui a consenti un C.C.M.C. à un client et la créance de ce dernier contre ladite banque au titre du mandat de recouvrement des effets remis à l'encaissement (89). Ou bien la créance d'une Caisse de congés payés du bâtiment pour des cotisations dues antérieurement au règlement judiciaire du débiteur et la créance de la masse contre ladite caisse pour le

(88) Com., 20 novembre 1967, précité ; Toulouse, 11 février 1977, D. 78. 206, note J. Mestre ; J.C.P. 78.OO.18898, note J.-P. Verchaeve.
(89) T.G.I. Belfort, 5 octobre 1976, précité.

remboursement d'indemnités versées aux salariés postérieurement audit règlement (90). Ou encore la créance pour indemnités de retard avec celle du solde du prix des travaux (91), la créance de l'acheteur d'un immeuble en restitution de l'accompte versé et la créance en dommages-intérêts du vendeur pour la réparation du préjudice que lui cause la résolution du contrat (92), voire la créance de l'entrepreneur en paiement du solde des travaux et la créance du maître de l'ouvrage contre ledit entrepreneur en indemnisation du préjudice qu'il subit à la suite des vols perpétrés sur le chantier par les préposés de l'entreprise (93) (Compensation).

Dans tous ces exemples, les juges considèrent l'opération économique dans son ensemble et font abstraction de la cause des créances (exécution, inexécution et résolution d'un contrat, responsabilité contractuelle et délictuelle) ou des sujets de l'obligation pour décider de la connexité.

Plus récemment, il semble bien que la reconstitution du contentieux global ait conduit les tribunaux à élargir encore les effets de la connexité, comme l'indiquent deux séries de décisions.

1°) Le maintien de la solution apportée à une espèce malgré les transformations que peut subir l'objet constitutif de la garantie suppose un degré de plus dans l'appréhension et la résolution du litige en fonction de tous ses éléments.

L'hypothèse est celle d'un lien existant entre la détention d'un corps certain et une créance portant sur une somme d'argent (rétention). Si le bien détenu vient à être détruit et est remplacé, entre les mains du rétenteur, par une somme d'argent, la connexité subsiste et produit son effet : elle permet à l'ancien rétenteur de s'opposer à la demande en payement du syndic de son créancier-débiteur, devenu insolvable, et de conserver les fonds jusqu'au moment où la compensation judiciaire peut intervenir (94). La justification de cette jurisprudence doit être recherchée dans une utilisation très compréhensive du concept d'ensemble contractuel. C'est bien la même opération économique qui est à l'origine des détentions successives ; dès lors, les vicissitudes qui affectent la chose détenue ne sauraient faire disparaître le lien qui unit détention et créance : la garantie est

(90) Com., 25 avril 1974, Bull. 74.IV., n° 182, p. 105.
(91) Civ. 1ère, 18 janvier 1967, J.C.P. 67.II.15005 bis, note signée J.A. ; D. 67. 358, note Mazeaud.
(92) Com., 29 janvier 1975, Bull. 75.IV, n° 25, p. 20.
(93) Com., 2 juillet 1973, précité.
(94) Civ. 1ère, 10 avril 1973, J.C.P. 74.II.17605, note Ghestin ; Soc., 2 décembre 1970, Bull. 70.V., n° 681, p. 555.

reportée sur les fonds du détenteur. Il y a subrogation réelle (95) de l'indemnité du bien détruit.

Ce schéma permet d'ailleurs d'expliquer pourquoi, dans le cadre d'une procédure collective de règlement du passif, l'exercice du droit de rétention est reporté par les tribunaux sur le prix de la chose lorsque le rétenteur en est dessaisi, contre son gré, par le syndic (solution qu'a consacrée dans son article 159 la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises) : il y a subrogation réelle et, la connexité subsistant puisque le créancier dépossédé n'a pas renoncé à s'en prévaloir, les deux dettes se compensent.

2°) Plus encore, la possibilité de combiner plusieurs liens de connexité traduit la tendance des tribunaux à envisager les litiges dans une perspective unitaire. Il faut supposer une espèce où la même situation sert de fondement à deux liens distincts. Soit le cas de vols commis par des préposés sur le chantier où ils travaillent et rendus possibles grâce "à l'existence des relations contractuelles nouées entre" le commettant (entrepreneur) et le maître de l'ouvrage (volé) ; il faut en outre que l'entrepreneur ait été déclaré en état de cessation des paiements avant que l'indemnité due en réparation du dommage causé par les larcins ait été liquidée (96). Voici donc un créancier potentiel (le maître de l'ouvrage) sommé par le syndic représentant son créancier et débiteur potentiel (insolvable) de régler le solde du prix des travaux effectués sur le chantier. S'il ne veut pas payer et recevoir en retour un simple dividende, il lui faut invoquer le lien qui existe entre sa dette et la créance en réparation qu'il est susceptible de posséder contre l'insolvable afin de faire obstacle à la demande du syndic jusqu'au moment où la compensation pourra à nouveau se produire. Le succès d'une telle défense exige une double connexité.

- Pour que la créance invoquée soit imputable à l'entrepreneur-commettant, on doit admettre que la faute des préposés (extérieure à leur mission) est connexe aux fonctions qu'ils exerçaient sur le chantier.
- Pour que le paiement de la dette puisse être différé jusqu'à ce que la compensation opère à nouveau, on doit admettre que le prix des travaux est connexe à l'indemnisation des vols.

Précisément, pour la Cour d'appel de Colmar les vols commis étaient unis doublement à l'exécution du contrat d'entreprise : en amont du chantier (connexité récurrente) ; en aval des rapports juridiques des parties, l'indemnité due au maître de l'ouvrage au prix des travaux effectués par l'entrepreneur

(95) Art. 37 L. 13 juillet 1930 ; devenu l'article L. 121-13 du C. assur.
(96) Cass. Com., 2 juillet 1973, D. 74. 427.

(connexité originaire). La Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé cette solution dans un arrêt longuement motivé : dans un premier temps, elle constate que l'ensemble des travaux résulte d'"un accord général verbal" ; dans un deuxième temps, elle estime que "la créance de dommages-intérêts dont pouvait... se prévaloir (le maître d'ouvrage), née à l'occasion du contrat susvisé, qui en a été la *condition nécessaire*, était connexe à celle (de l'entrepreneur)" (97). Bref, elle considère les relations des intéressés de manière globale.

Le cumul des deux formes de connexité dans la même affaire justifie une décision qui a suscité des hésitations en doctrine (98). Pour reprendre la formule de M. Ghestin, ce n'est pas "uniquement l'appréciation du juge qui déterminera si les dettes réciproques" (99) ont un lien suffisant, mais surtout l'analyse successive des circonstances qui ont concouru à la réalisation du dommage, d'une part, et de l'origine des créances réciproques des parties d'autre part, les rapports juridiques en cause étant perçus de manière synthétique.

En dernière analyse, la pratique judiciaire cherche à saisir le litige dans son ensemble, d'abord pour en connaître et ensuite, chaque fois que c'est possible, pour le résoudre à la lumière de toutes ses composantes : alors seulement on assiste à une véritable reconstitution du contentieux global.

* _ * _ * _ *

Deux remarques, nées au fil des réflexions qui ont nourri ce travail, peuvent maintenant être présentées en guise de conclusion.

- La première exprime un souci d'ordre méthodologique. La recherche entreprise ici s'est très vite heurtée à des problèmes de terminologie qu'il a fallu tenter de résoudre avant de continuer. Il semble donc que fasse encore partiellement défaut l'existence d'un langage unique accessible à tous les juristes ; or, le développement d'une authentique science juridique exige un vocabulaire commun à toutes les branches du droit. Les notions de "dommage", "situation juridique", "fait générateur d'obligation", "relation causale"... forment certes un lexique de base mais qui demeure incomplet. Cette étude n'a eu d'autre but que de conférer une signification technique précise à la formule "lien de connexité", permettant ainsi aux chercheurs de disposer d'un

(97) Com., 2 juillet 1973, précité ; c'est nous qui soulignons.
(98) Cf. observations Houin et Le Gall in R.T.D. Com. 1975. 362.
(99) In la note figurant sous l'arrêt précité.

instrument supplémentaire pour conduire leurs investigations dans le droit positif.

- La seconde remarque est d'ordre prospectif. Le principe qui a été dégagé de la jurisprudence présente pour intérêt essentiel de garantir au créancier l'exécution de sa créance : il est donc source de crédit. Il se fonde sur l'idée qu'une situation homogène -spécialement un ensemble contractuel- doit faire l'objet d'un règlement global. Dès lors, en élargissant la notion de connexité il est possible d'embrasser de nouvelles situations, et d'augmenter du même coup le crédit disponible. Une telle évolution pourrait bien être en germe dans la position récemment adoptée par les tribunaux à l'égard du lien nécessaire à l'exercice du droit de rétention ou à la survenance de la compensation après le prononcé du règlement collectif du passif du créancier-débiteur insolvable. Si elle se poursuivait, on arriverait à ce que l'existence de relations suivies entre deux personnes suffise à faire considérer comme connexes leurs obligations respectives, spécialement entre commerçants. L'avènement de cette solution rapprocherait indiscutablement notre droit des systèmes en vigueur dans les pays voisins.

DROIT DE LA CONSOMMATION

* _ * _ * _ *

LA LOI DU 5 JANVIER 1988 SUR L'ACTION EN JUSTICE DES ASSOCIATIONS AGREEES DE CONSOMMATEURS

Par

Emmanuel PUTMAN
Docteur en Droit

INTRODUCTION

1. Les associations agréées de consommateurs viennent d'être dotées d'une nouvelle charte en ce qui concerne leurs possibilités d'action en justice (1).

La *loi n° 88-14 du 5 janvier 1988*, abroge par son article 9, l'article 46 de la *loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973*, dite "loi Royer".

Ce texte avait autorisé les associations agréées, à "exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs" (2).

On sait que la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 janvier 1985 (D. 1986, 317, note J.-L. Aubert), avait interprété strictement cette disposition, en limitant l'action en justice des associations de consommateurs, à la seule *action civile*, devant les juridictions répressives et civiles.

A la vérité, le litige tranché était tout à fait marginal en contentieux. Une étude statistique a montré que l'action civile des

(1) V. sur l'action en justice des personnes morales en général, L. Coupet, "L'action en justice des personnes morales", Th. Aix, 1974 ; M. Capeletti, "La protection des intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil", Rev. Int. Droit Comparé, 1975, p. 573.

(2) Sur ce texte, cf. J. Calais Auloy, "La loi Royer et les consommateurs", D. 1974, Chron. 91.

associations de consommateurs était relativement peu utilisée (2405 actions de 1973 à 1981, soit environ 300 par an) et qu'elle était portée, à 97,4 %, devant les juridictions répressives (3).

Néanmoins, le projet gouvernemental qui a abouti au texte nouveau, s'est expressément présenté comme un "remède" à la jurisprudence de la Cour de cassation. La loi du 5 janvier 1988 a voulu ouvrir aux associations, non seulement l'action civile, mais aussi des actions étrangères à toute infraction pénale, des *actions purement civiles* en quelque sorte. La réforme n'a pas eu pour ambition d'"adapter le droit au fait", mais plutôt de développer une pratique qui n'existait guère, de créer le fait lui-même (4).

2. La loi n° 88-14 comporte, outre ses dispositions consacrées aux associations de consommateurs, un article 10, relatif à l'information du consommateur. Nous n'étudierons pas ce texte, d'ailleurs un peu anecdotique, puisque prohibant l'utilisation du mot sucre dans l'étiquetage de certaines substances...

Nous ne développerons pas davantage, les conditions, évoquées dans les deux premiers articles de la loi, concernant l'agrément des associations de consommateurs, en fonction de leur représentativité au plan national ou local, et selon des modalités à préciser par décret. Nous nous en tiendrons à l'aspect essentiel : le nouveau pouvoir d'agir des associations de consommateurs.

3. L'action associationnelle qui avait pu être perçue (5), dans le passé, comme une "auxiliaire de l'action publique", représentant "une part éclatée de l'intérêt général", change de visage. Les associations agréées de consommateurs vont désormais pouvoir, non seulement "exercer les droits reconnus à la partie civile" (art. 1) devant les juridictions répressives ou civiles (art. 3), mais également saisir le juge, par voie d'intervention (art. 5) ou même par voie d'action (art. 6), à l'occasion de "faits non constitutifs d'une infraction pénale". Leur est reconnue, outre la possibilité de demander la répartition du "préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs" (art. 1), la faculté d'intervenir aux côtés d'un ou plusieurs consommateurs ayant subi (individuellement) des préjudices (art. 5). Elles pourront solliciter une indemnisation, mais aussi la suppression de clauses illicites ou abusives, dans les contrats, ou les contrats-types, proposés par les professionnels aux consommateurs (art. 3, 5 et 6).

(3) Rapport Haenel, Commission des lois Sénat, J.O n° 128, 2 déc. 1987, p. 7. Ces chiffres proviennent d'une enquête réalisée par le Cerjudico de l'Université de Dijon et de l'INC.

(4) On a pu parler du "mythe de l'adaptation du droit aux faits", C. Atias et Linotte, D. 1977, Chron. 252.

(5) V. R. et J. Martin, "L'action collective", J.C.P. 1984, I, 3162, spéc. n° 6.

4. La comparaison avec le défunt article 46 de la loi Royer montre combien l'éventail des prérogatives offertes aux associations s'est élargi.

Comme parfois dans la législation récente, cette extension se réalise à partir de choix doctrinaux qui restent, fondamentalement, assez classiques. Des exemples étrangers, et des travaux français les plus modernes, le législateur retient ce qui ne bouleverse pas les techniques juridiques connues (6).

Aussi la loi du 5 janvier 1988 n'a-t-elle pas succombé aux séductions de certains précédents d'Outre Atlantique. On sait que, depuis une loi du 8 juin 1978, le Code de procédure civile de la Province du Québec consacre ses articles 999 et suivants au "recours collectif", forme de "class action", qui donne "le droit pour un membre d'un groupe de poursuivre pour tous, sans avoir le consentement de chacun" (7). Un consommateur peut agir sans mandat, pour le compte de plusieurs, moyennant l'autorisation préalable du tribunal, sollicitée par la voie d'une requête qui indique la nature des recours et décrit le groupe pour le compte duquel il entend agir (art. 1002, C. proc. civ. Prov. du Québec). Ainsi les consommateurs plaident-ils par procureur. Le jugement obtenu n'aura pas l'autorité de chose jugée "erga omnes", mais une autorité collective à l'égard des membres du groupe (8).

5. Malgré d'intéressantes suggestions doctrinales (9), cette sorte d'action "ut universi" n'a pas été retenue par la loi du 5 janvier 1988. Le nouveau texte préfère la défense d'un intérêt collectif à l'exercice d'un recours collectif.

La nuance paraît mince, mais elle correspond à une réalité tangible. C'est en fait le système instauré par la loi Royer qui perdure, simplement adapté aux potentialités de développement de l'action associative. Une chose est de donner à une association, un droit propre à se porter partie civile ou à agir sur un fondement purement civil pour la défense d'intérêts collectifs ; tout autre chose est de permettre à un individu d'exercer les

(6) On pense en particulier à la loi du 11 juillet 1985 qui, pour créer l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, a eu recours à la technique sociétaire plutôt qu'à celle du patrimoine d'affectation.
(7) R. et J. Martin, art. cit., loc. cit.
(8) Cf. R. Martin, "Le recours collectif au Québec et perspective pour la France", J.C.P. 1986, I, 3255 ; N. J. Mazen, "Le recours collectif : réalité québécoise et projet français", Rev. Intern. Droit Comparé 1987, 373 (qui fait également la comparaison avec le droit des Etats Unis d'Amérique).
(9) V. F. Caballero, "Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe", R.T.D. Civ. 1985, 247 et s. ; comp. J. Calais-Auloy, "Vers un nouveau droit de la consommation", rapport de la Commission de refonte du droit de la consommation au Secrétariat d'Etat auprès du Ministre de l'économie, des finances et du budget, La Documentation française, juin 1984.

actions en justice d'un groupe. L'individu en question, d'ailleurs, ne serait pas nécessairement un consommateur, mais pourrait être un professionnel du droit, par exemple un avocat. De même, rien n'interdirait l'exercice du recours collectif par une association. Elle rechercherait alors, non la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, mais celle de préjudices subis individuellement par des consommateurs. Comme le souligne un auteur, le recours collectif "n'est en aucune façon une action collective dont le titulaire serait l'association. Le groupement n'est pas en lui-même titulaire d'un droit d'action" mais exerce collectivement des actions individuelles, sans avoir à justifier d'un mandat, ou en justifiant d'une présomption de mandat. La Commission de refonte du droit de la consommation avait, du reste, estimé qu'il aurait fallu "prévoir deux sortes d'actions bien distinctes : l'une exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs, l'autre exercée dans l'intérêt d'un groupe de consommateurs (10).

Quoiqu'il en soit, cette solution n'a pas prévalu. La loi du 5 janvier 1988 est, en conséquence, moins novatrice en ce qui concerne la nature juridique de l'action des associations, que relativement aux pouvoirs des juridictions appelées à en connaître.

6. Certains de ces pouvoirs ne sont que des applications de techniques juridiques bien connues. Ainsi l'article 8 de la loi permet la *publicité du jugement*, aux frais de la partie qui succombe, ou du condamné, ou de l'association qui s'est constituée partie civile lorsque les poursuites engagées à son initiative ont donné lieu à une décision de relaxe (11). La loi n'exclut d'ailleurs pas la possibilité d'une condamnation de l'association perdante à des dommages-intérêts pour procédure abusive (art. 32-1 N.C.P.C.), ou pour constitution de partie civile ayant débouché sur un non lieu (art. 91 C. Proc. pénale). Même les associations de consommateurs peuvent abuser de leur droit d'agir en justice...

7. Plus original apparaît le rôle dévolu au *ministère public*. L'article 7 de la loi dispose qu'il "peut produire devant la juridiction saisie, nonobstant les dispositions législatives contraires, les procès-verbaux ou rapports d'enquête qu'il détient,

(10) Sur la nature juridique du recours collectif V. N.J. Mazen, art. préc. spec. n° 7, p. 377 et s. Sur les suggestions de la Commission de refonte du droit de la consom. Cf. Calais-Auloy, rapp. préc., p. 89. Sur l'exercice de l'action de groupe par l'intermédiaire d'un avocat, comp. R. Martin (art. préc. au J.C.P. 1986, I, 3255, spéc. n° 12) qui y est hostile.

(11) Voir pour un autre exemple, art. 10 de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs.

dont la production est utile à la solution du litige".

Cela ne fait pas de tous les litiges de la consommation des "causes communicables" au ministère public. La communication obligatoire n'a pas été prévue, et, devant la juridiction saisie, le parquet se contente d'apporter des informations, il ne lui appartient pas de présenter des observations.

L'initiative lui appartient entièrement. Le principe d'indépendance de la magistrature debout par rapport aux magistrats du siège, ne permet pas à ces derniers "d'enjoindre" au parquet de communiquer ses informations. L'article 11 N.C.P.C. ne nous paraît pas pouvoir jouer dans ce cas précis.

8. Une incidente de l'article 7 suscite l'inquiétude. Les pouvoirs du parquet, précise le texte, s'exercent "nonobstant les dispositions législatives contraires". N'est-ce pas une entorse au *secret de l'instruction* qui s'introduit ainsi dans notre droit ? La loi paraît autoriser le ministère public à transmettre à une juridiction répressive ou civile, des éléments d'information dont il aurait connaissance à l'occasion d'une affaire concernant un même professionnel, pour des faits identiques ou voisins, et faisant parallèlement l'objet d'une instruction.

On se doit d'être vigilant, devant tout risque d'atteinte au principe posé par l'article 11 du Code de procédure pénale, même si celui-ci a prévu le secret de l'instruction "sauf dans les cas où la loi en dispose autrement". Nous pensons donc que l'article 7 de la loi de 1988 doit être d'interprétation stricte. Il constitue une exception au *secret de l'enquête* également visé par l'article 11 du Code de procédure pénale : les procès verbaux et rapports d'*enquête* peuvent être produits. En revanche, dès lors que l'*instruction* est ouverte, les pièces ne sont plus "détenues" par le ministère public mais par le juge d'instruction, qui, lui, n'est pas visé par l'article 7 précité. Le ministère public conserve sa liberté de produire les P.V. et rapports d'enquête, jusqu'au réquisitoire introductif exclusivement.

Au-delà des particularités de l'article 7, l'essentiel de la réforme nous paraît cependant être l'office des magistrats du siège, des "juges qui jugent". Les nouvelles règles d'action en justice des associations agréées entraînent pour eux, corrélativement, de nouvelles attributions. Le phénomène, déjà assez remarquable lorsqu'il s'agit de l'action civile devant les juridictions répressives ou civiles (I) s'amplifie à travers les actions étrangères à une infraction pénale (II).

I - ACTION CIVILE DEVANT LES JURIDICTIONS REPRESSIVES OU CIVILES

9. *L'article 1 du projet initial* disposait que les associations agréées pourraient "agir en justice devant toutes les juridictions, *même par voie de constitution de partie civile*, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs". Il se contentait donc d'évoquer l'*action civile* comme une action parmi d'autres.

Aux yeux de Monsieur le Ministre Balladur, l'expression même "d'action civile" paraissait inappropriée. En réaction contre l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1985, il aurait souhaité ne plus faire la distinction entre l'action civile proprement dite, qui repose sur une incrimination, et les actions étrangères à une infraction pénale et portée devant les juridictions civiles (12).

Néanmoins, le projet risquait de provoquer des ambiguïtés. Certes, puisque les associations pouvaient agir "*même*" par voie de constitution de partie civile, elles pouvaient donc "*aussi*" agir par d'autres voies. Encore fallait-il préciser lesquelles, et devant quelles juridictions.

10. C'est pourquoi, à la suite d'un amendement sénatorial, le texte finalement adopté distingue deux catégories d'actions.

La classique *action civile* est visée par les articles 1 et 3 de la loi. Comme sous l'empire de l'article 46 de la loi Royer, elle consiste pour l'association agréée, à exercer les droits de la partie civile, devant la juridiction répressive ou la juridiction civile (13).

En revanche, les articles 5 et 6 ont trait aux actions que les associations pourront exercer devant les juridictions civiles, pour des faits non constitutifs d'une infraction pénale (cf. infra 20 et s.).

11. Quant à l'action civile proprement dite, aux termes de l'*article 1 alinéa 1 de la loi du 5 janvier 1988*, les associations agréées peuvent : "exercer les droits reconnus à la partie civile

(12) J.O. Déb. Sénat, 17 juin 1987, n° 291, p. 2-3.

(13) Sur l'action civile en général comp. Boulan, "Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive", J.C.P. 1973, I, 2563, et Vouin, "L'unique action civile", D. 1973, Chron. 265. Sur l'action civile des associations, v. L. Bihl, "L'action "syndicale" des associations", G.P. 1973, 2, doctr. 523. Sur l'action civile des associations de consommateurs, v. entre autres, Harteman, "L'action civile et les infractions à la législation économique après la loi Royer", Rev. Sc. Crim. 1976, 329 ; Salingardes, "L'action civile des groupements de consommateurs", Mél. Gaudin de Lagrange, 1978, p. 181 ; B. Bouloc, "L'action civile en matière d'infraction de concurrence",, Rev. Jur. Comm., déc. 1980, p. 37.

relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs".

Mais surtout, en vertu de l'*article 3*, les associations "peuvent demander à la juridiction civile statuant sur l'action civile ou à la juridiction répressive statuant sur l'action civile d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite".

Ce n'est pas tant le *pouvoir d'agir* des associations qui constitue l'innovation, mais plutôt, on le voit, l'*office du juge*. Celui-ci reçoit de *nouveaux pouvoirs*, assortis de *nouvelles sanctions*.

A - Nouveaux pouvoirs

Les prérogatives que l'article 3 précité confère à la *juridiction civile ou répressive statuant sur l'action civile* retiennent l'attention par leur originalité.

12. 1°) Ce sont des *pouvoirs visant à faire cesser un comportement illicite*. Les associations peuvent demander la *réparation du préjudice*, sous forme de dommages-intérêts. Mais la faculté qui leur est à présent donnée, de réclamer l'*exécution en nature* des obligations transgressées par le professionnel, pourrait être plus efficace.

Par exemple, une association pourra obtenir une injonction de livraison ou de fourniture de service, en cas de refus de vente ou de prestation dans des conditions injustifiées. On sait que l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 a dépénalisé le refus de vente entre professionnels, alors que son article 30 lui conserve une qualification pénale entre professionnels et consommateurs. Alors que l'article 36 permet au juge des référés d'enjoindre la cessation des agissements en cause, l'article 30 ne le prévoyait pas. Par l'intermédiaire de la loi du 5 janvier 1988, cette lacune se trouve comblée (14).

(14) Sur l'ordonnance v. J. Calais-Auloy, "L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs", D. 1987, Chron. 137 et s. Sur la jurisprudence antérieure à la loi de 1988, v. en matière de référés, Grenoble, 30 oct. 1986, G.P. 29 nov - 1er déc. 1987, p. 19 (pouvoir de faire cesser une vente en solde illégale) ; mais les demandes n'avaient pas été formées par des associations. Sur l'art. 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et notamment la question de son éventuelle autonomie par rapport au droit commun des référés commerciaux (A. 872-873 N.C.P.C.), v. Tgi Paris, 2 déc. 1987 ; Tce Nanterre, 17 déc. 1987, Paris 18 déc. 1987, G.P. 4-5 mars 1988, p. 8 et p. 14 à 20.

Une association de consommateur pourra ainsi demander la véritable *formation forcée d'un contrat*, comme elle pourra solliciter la *suppression d'une clause illicite*.

Il est remarquable que de tels pouvoirs soient conférés aussi à la *juridiction pénale statuant sur l'action civile*. Au même titre que le juge civil, le juge répressif reçoit une faculté d'émondage et de réfaction des contrats illicites ; il devient *un juge du contrat*.

13. La loi du 5 janvier 1988 s'inscrit ainsi dans un mouvement récent d'*accroissement des pouvoirs "civils" de la juridiction répressive*.

Peut-être même aurait-elle dû l'accentuer davantage. Dans un domaine fort différent, depuis la loi du 8 juillet 1983, l'article 470-1 du Code de procédure pénale permet que le tribunal, saisi à l'initiative du ministère public ou sur renvoi de la juridiction d'instruction, pour homicide ou blessures involontaires, et qui prononce une relaxe, demeure compétent, sur la demande de la partie civile ou de son assureur, pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation des dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite.

"Mutatis mutandis", le législateur aurait pu autoriser le consommateur ou l'association agréée, à demander à la juridiction de jugement, en cas de relaxe, de sanctionner néanmoins civilement les faits poursuivis. Lorsqu'une qualification pénale d'interprétation stricte ne permet pas d'entrer en voie de condamnation, cela aurait permis un recours vivifiant à la théorie générale des obligations, à travers des notions comme l'abus de droit ou les vices du consentement (15).

Le législateur n'a pas souhaité s'engager dans cette voie. Si étendus que soient les pouvoirs juridictionnels qu'il crée, ils reçoivent tout de même certaines limites.

14. 2°) En effet *ce sont des pouvoirs ne visant qu'à faire cesser un comportement illicite*, ou à réparer un préjudice.

En revanche une association de consommateurs ne pourrait solliciter de la juridiction répressive des délais de grâce sur le fondement des articles 8 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978,

(15) Comp. Ghestin, "Le contrat", n° 588 ; Berlioz, "Droit de la consommation et droit des contrats", J.C.P. 1979, I, 1954 ; Rouhette, "Droit de la consommation et théorie générale du contrat", Mél. Rodière, p. 249 ; A. Rieg, "La protection du consommateur en France. Approches de droit privé", Journées de la Soc. de législ. comparée, 1979, p. 631 et s., spéc. n° 3 et s. ; I. de Lamberterie, A. Rieg et D. Tallon, rapport général sur les clauses abusives et le consommateur, Rev. Int. Droit Comp. 1982, p. 1059 et s., spéc. n° 8 à 14 ; I. de Lamberterie et C. Wallaert, rapport français, ibid. p. 673 et s. spéc. n° 4 à 6 ; A. Sinay Citermann, "La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations", R.T.D.Civ. 1985, p. 471 et s., spéc. n° 75 et s.

ou 14 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979. D'une part, il s'agit d'une demande étrangère à l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction (16). D'autre part, elle se fonde sur l'*intérêt individuel* du consommateur et non sur un *intérêt collectif*.

Faut-il regretter que le texte nouveau ne comporte pas une disposition comparable à celle de l'article L. 135-4 C. Travail, qui permet aux syndicats d'exercer les actions de leurs membres nées du chef des conventions collectives, sans avoir à justifier d'un mandat ? Sans doute pas. L'action des syndicats conserve sa justification tirée de l'intérêt collectif de la profession, alors qu'une action des associations aux fins de présenter les demandes de délais de grâce nées du chef de leurs membres, ne serait guère compatible avec le caractère intimement personnel de ces prétentions qui reposent sur l'examen de la situation du débiteur.

Telle quelle, la loi du 5 janvier 1988 est déjà largement novatrice en ce qui concerne les *pouvoirs* du juge. Mais l'originalité du texte s'accentue peut-être encore, du point de vue des *sanctions*.

B - Nouvelles sanctions.

15. Les articles 3 et 4 de la loi réservent une place importante à l'astreinte.

Selon **l'article 3**, la juridiction civile ou pénale qui se prononce sur l'action civile, peut, lorsqu'elle ordonne la cessation des agissements illicites ou la suppression des clauses illicites, le faire sous astreinte.

Selon **l'article 4**, la juridiction répressive peut, après avoir déclaré le prévenu coupable, ajourner le prononcé de la peine, en lui enjoignant sous astreinte de faire cesser l'agissement ou de supprimer la clause, la décision d'injonction pouvant être assortie de l'exécution provisoire. L'ajournement peut être décidé même si le prévenu ne comparait pas en personne, mais ne peut être prévu qu'une fois et pour une durée d'un an.

L'astreinte, qui est provisoire, est liquidée à l'audience de renvoi, où le juge répressif se prononce sur la peine. Elle peut être réduite ou supprimée.

16. a) *L'astreinte de l'article 4* est-elle une *astreinte pénale* ?

On sait que, selon une partie de la doctrine, il faudrait distinguer l'astreinte, moyen d'obtenir l'exécution de l'obligation

(16) En ce sens, Crim. 3 déc. 1981, Bull. Crim. n° 322.

civile de réparation née de l'infraction, qui est une sanction civile, et l'astreinte, moyen d'obtenir l'exécution d'une obligation pénale, qui serait plutôt une mesure de sûreté (17). L'astreinte de l'article 4 se situe à mi-chemin entre ces deux catégories. Certes, elle est recouvrée par le comptable du Trésor "comme une amende pénale". Mais l'analogie concerne le régime de recouvrement plutôt que la nature de l'astreinte (18). Celle-ci se rattache à un mécanisme original de combinaison entre sanction civile et sanction pénale. L'ajournement de la peine est subordonné au prononcé de l'injonction de cessation de l'agissement illicite. Si au terme du délai d'un an, le prévenu n'a pas supprimé les clauses ou cessé les agissements illégaux, il devra supporter, outre la sanction pénale, l'astreinte. La sanction civile tient en quelque sorte la sanction pénale en état. L'astreinte de l'article 4 paraît devoir s'analyser comme une astreinte "*en matière pénale*" mais "*à caractère civil*".

17. La loi a prévu une véritable *prime à l'exécution en nature.* Selon l'art. 4 alinéa 4, l'astreinte est de plein droit supprimée chaque fois qu'il est établi que la personne concernée s'est confrontée à une injonction sous astreinte prononcée par un autre juge répressif ayant ordonné de faire cesser une infraction identique à celle qui fonde les poursuites. Remarquons-le, c'est l'astreinte seule qui est supprimée, ce n'est ni l'injonction de faire, ni la peine. Le prévenu n'aura donc qu'à conclure dans ce sens en produisant la décision d'injonction de l'autre juridiction répressive, et la justification qu'il s'y est conformé. L'astreinte devant cesser automatiquement, il aurait été préférable de prévoir que le greffe de la juridiction se chargerait lui-même d'en aviser le comptable du Trésor. Dans le doute, le prévenu sera prudent en accomplissant cette démarche. La cessation de l'astreinte ne nécessite pas une audience particulière ni le prononcé d'une décision de justice pour constater sa suppression. Au risque d'alourdir la procédure, il aurait, là encore, été souhaitable de se munir de cette garantie formelle. Quoiqu'il en soit, la suppression de l'astreinte ne préjuge pas du résultat de l'audience de renvoi sur la peine.

Bien des questions surgissent, à l'examen de ce curieux processus. Par exemple, que faut-il entendre par "*infraction identique à celle qui fonde les poursuites*" ? Doit-elle concerner le *même consommateur* ? Le texte n'ayant prévu que l'identité

(17) V. R. Gassin, "Remarques sur l'astreinte en matière pénale", Mélanges Kayser, vol. I, p. 447 et s.

(18) Comp. pour une autre astreinte recouvrée, "comme une amende pénale" celle de l'article 42 de l'ord. n° 45-1454 du 30 juin 1945 sur la non communication de documents en matière économique, Crim. 5 juin 1979, Bull. crim. p. 533, qui y voit une sanction civile.

d'infraction, sans doute doit-il être compris comme exigeant une *identité de qualification* seulement.

18. b) Si l'astreinte de l'article 4 a son mystère, l'*astreinte de l'article 3* ne livre pas non plus tous ses secrets.

Sagit-il *de la même astreinte* ? On peut tout d'abord le penser. L'article 3 dont le domaine est un peu plus large que l'article 4, permettrait simplement à la *juridiction civile* statuant sur l'action civile de prendre une injonction sous astreinte de faire cesser l'agissement illicite, comme l'article 4 le prévoit pour la seule *juridiction répressive*.

Mais, à la réflexion, des *différences de régime* apparaissent entre les deux astreintes. L'injonction de l'article 3 ne paraît pas enfermée dans le délai maximum d'exécution de un an prévu à l'article 4, puisqu'elle n'est pas liée à l'ajournement d'une peine. On peut aussi se demander si la suppression de plein droit de l'astreinte prévue par l'article 4 alinéa 4 concerne l'astreinte prononcée par la juridiction civile sur le fondement de l'article 3. C'est la réponse négative qui paraît la plus conforme à la lettre du texte : l'alinéa 4 est partie intégrante de l'article 4 dont il ne saurait être isolé, et surtout, la formulation adoptée par le législateur suppose que l'on soit en présence d'astreintes prononcées par deux juges répressifs ("à chaque fois qu'il est établi que la personne concernée s'est conformée à une injonction sous astreinte prononcée par un *autre juge répressif*...).

Ne faut-il pas voir dans ces différences de régime l'indice d'une plus profonde *différence de nature* ?

19. Si les deux astreintes étaient de même nature, l'astreinte de l'article 3 devrait être recouvrée par le comptable du Trésor, au profit, non du créancier, mais de l'Etat. Elle n'aurait pas pour but d'assurer une meilleure effectivité des droits du consommateur en incitant le professionnel à s'exécuter, mais serait, à l'état pur, une manifestation de *l'imperium* du juge.

C'est, dira-t-on, un peu le cas de toute astreinte, puisque le juge possède en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Mais l'astreinte, tout en étant indépendante des dommages-intérêts, est tout de même une mesure de protection du créancier. Accessoire d'une condamnation, elle est aussi l'accessoire d'une obligation (19).

Ne faudrait-il pas analyser l'astreinte de l'article 3 comme une astreinte "de droit commun", protectrice du créancier ? Elle

(19) Sur l'astreinte en général, v. entre autres Starck par Roland et Boyer, Obligations, vol. 2, n° 2277 et 2278. Sur l'astreinte comme mécanisme concourant à l'effectivité des droits du créancier, v. S. Cimamonti, "L'effectivité des droits du créancier chirographaire", Th. Aix, en préparation.

serait dans ce cas régie par la loi du 5 juillet 1972. Cela aurait de multiples conséquences : recouvrement, non par le comptable du Trésor, mais aux diligences du consommateur créancier ; possibilité pour le juge civil de prononcer une astreinte définitive, conformément à l'article 6 de la loi de 1972, alors que l'astreinte de l'article 4 de la loi de 1988 paraît devoir être toujours provisoire... On peut même s'interroger sur la possibilité d'un éventuel cumul des deux astreintes.

Ces difficultés mériteront d'être tranchées au contentieux. D'autant que la loi du 5 janvier 1988 prévoit le prononcé d'astreintes, non dans deux cas seulement, mais dans trois. Selon l'article 5 de la loi, la juridiction civile, saisie de la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs, à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale, peut décider "l'application des mesures prévues à l'article 3".

Or, il serait inopportun que l'astreinte soit dans ce cas recouvrée comme une amende pénale, car il s'agit plutôt d'une *astreinte "en matière civile"*. Elle est en effet prononcée à l'occasion *d'actions étrangères* à une infraction pénale (20).

II - ACTIONS ETRANGERES A UNE INFRACTION PENALE

20. C'est dans ce domaine que la *loi diffère le plus sensiblement du projet gouvernemental* (21).

L'article 2 du projet prévoyait que les associations pourraient "demander à la juridiction saisie, le cas échéant sous astreinte, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, toute mesure destinée à assurer le respect des lois et règlements, notamment de cesser des agissements illicites, ou de supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite".

Ce texte englobait les actions étrangères à une infraction pénale et l'action civile devant les juridictions répressives et civiles, et permettait aux associations agréées de demander par voie d'action toute sorte de mesures sanctionnant les agissements illicites des professionnels. Erigées en gardiennes de la légalité, les associations seraient devenues de véritables forces créatrices du droit de la consommation, collaborant avec le juge.

21. Le texte définitif, dans ses *articles 5 et 6*, introduit au contraire un mécanisme "*à double détente*", par voie d'intervention

(20) V. récemment en matière de refus de vente ou de prestation de service de l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (dépénalisé), T.G.I. Paris, 2 déc. 1987 et T.Co. Nanterre, 23 déc. 1987, G.P. 4-5 mars 1988, p. 18 et 21.
(21) Cf. J.O. Déb. Sénat, 17 juin 1987, n° 291, p. 3.

et par voie d'action. L'article 5 permet aux associations, par voie *d'intervention*, de solliciter du juge civil diverses mesures, notamment la suppression de *clauses illicites*. L'article 6 leur donne un pouvoir *d'action*, mais à seule fin d'obtenir la suppression de *clauses abusives* (22).

A - L'intervention.

Aux termes de l'article 5 de la loi 88-14, les associations agréées "peuvent intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article 3, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale".

22. L'intervention (qui semble ne pouvoir être que volontaire) n'a été prévue que pour les actions étrangères à une infraction. Il aurait sans doute été bon d'autoriser l'*action civile* des associations agréées par voie d'intervention. Certes le Code de procédure pénale a prévu la constitution de partie civile par voie d'intervention, devant la juridiction d'instruction (art. 87 al. 1, C. proc. pén.) ou de jugement (art. 418 et s., C. proc. pén.) lorsque le parquet a exercé l'action publique. Cependant, il ne s'agirait pas seulement ici de ce type d'intervention, mais aussi d'une intervention *sur l'action civile exercée par le consommateur lui-même*. Il faudrait l'admettre par analogie avec les solutions dégagées par la Chambre criminelle, pour l'intervention des Caisses de sécurité sociale devant la juridiction répressive (23).

23. Quant aux "mesures de l'article 3" qui peuvent être réclamées par l'intervention, on a vu qu'elles recouvrent tout ce qui permet de faire cesser des agissements illicites ou de supprimer des clauses illicites, c'est-à-dire une grande variété de sanctions :
- obligation, en cas de publicité pour des opérations de crédit relevant des lois "Scrivener", d'insérer les mentions imposées par ce texte ;
- obligation, pour le vendeur de meubles qui offre au client de prendre à sa charge une partie des frais d'un crédit Scrivener, de réduire la partie du prix payé comptant si elle dépasse les maxima autorisés (art. 4-1 loi du 10 janvier 1978) ;

(22) Sur la distinction entre "clauses illicites" et "clauses abusives", rappr. Berlioz, "Droit de la consommation et droit des contrats", J.C.P. 1979, I, n° 2954, et Marty et Raynaud, "Les obligations", t. I, "Les sources", n° 79, v. le rapport de J. Ghestin, J.O. doc. admin., 4 avril 1982.
(23) Sur cette jurisprudence, v. Amzalac, J.C.P. 1969, I, 2289 bis, et Stefani, Levasseur et Bouloc, Procédure pénale, n° 196.

- obligation, si le contrat de vente proposé au consommateur démarché à domicile ne contient pas les stipulations imposées par la loi du 22 décembre 1972, de compléter les clauses manquantes...

24. 1°) Le juge reçoit un très large *pouvoir de réfaction du contrat*.

En dehors de la protection des consommateurs, le droit positif en offrait déjà des exemples :
- pouvoir de réduction des pénalités (art. 1152 C. civ.) ;
- pouvoir de réduction (art. 1644, 1722 C. civ., et ventes commerciales) et même de fixation (jurisprudence sur le louage d'ouvrage) du prix ;
- pouvoir de modification de l'activité d'une des parties (déspécialisation, art. 34 et s., décret 30 sept. 1953 sur les baux commerciaux)...

En outre, le juge trouve, dans des textes largement sollicités (art. 1135 C. civ.) *le pouvoir de combler les lacunes du contrat*. Parfois même, la loi l'autorise à imposer le contrat (art. 1751, al. 2 C. civ.) (24).

Mais avec la loi du 5 janvier 1988, le juge reçoit des prérogatives bien plus considérables, d'ailleurs, pas seulement sanctionnatrices. En imposant au professionnel l'insertion des clauses obligatoires omises, il pourra éviter la nullité qui s'attache au non-respect des mentions informatives. Ainsi s'offrent à lui de nouvelles possibilités de *sauvetage du contrat en danger d'annulation* (25).

25. 2°) Le juge dispose aussi d'un pouvoir de *suppression d'une clause illicite*. Diverses dispositions de droit civil, commercial ou de la consommation comportaient déjà la prérogative de tenir pour non écrites des clauses illégales : art. 1152, al. 2 C. civ. écartant les clauses qui feraient échec au pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales ; art. 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 annulant certaines clauses d'indexation ; clauses réputées non écrites dans les baux d'habitation (art. 27, loi du 22 juin 1982, art. 4 loi du 23 déc. 1986) ; clauses limitatives de responsabilité dans le contrat d'entreprise (art. 1792-5 C. civ.) ; clauses léonines (art. 1844-1 C.

(24) Sur l'ensemble de la question, v. Ghestin, "Le contrat", n° 153 et 154 ; sur la jurisprudence en matière de prix du louage d'ouvrage, Ghestin, n° 523 ; sur le pouvoir de réfaction judiciaire du prix de la vente commerciale, v. Ripert et Roblot, II, n° 2537 ; sur le contrat imposé, v. Marty et Raynaud, "Les obligations", t. 1, "Les sources, n° 80.

(25) Sur la tendance du juge à sauver le lien contractuel, v. J. Mestre, obs. à la R.T.D.Civ. 1986, 105 et s., et 1987, 99 et 100, et M. Tian-Pancrazi, "La protection judiciaire du lien contractuel", Th. Aix en préparation.

civ.) ; art. 37 loi du 25 janv. 1985 écartant les clauses de résiliation automatique d'un contrat pour cause de redressement judiciaire ; clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, art. 35 (26). Mais, en inscrivant parmi les dispositions législatives ce pouvoir d'élision des clauses illicites, on lui a donné une portée des plus générales. Il s'agit d'ouvrir la chasse aux "*clauses illicites*" et pas seulement aux "*clauses abusives*". La nuance, on va le voir, est importante. Comme le montrait, peut-être plus clairement, le projet initial, toute stipulation contraire aux "lois et règlements" pourra être pourchassée.

26. Cela risque de modifier profondément la jurisprudence sur le *choix entre la nullité totale et la nullité partielle des contrats.* Selon celle-ci, on le sait, la nullité d'une clause illicite entraîne, ou pas, celle de l'entière convention, selon qu'elle constitue ou non sa cause impulsive et déterminante (27). Mais, dans la mesure où une association agréée se contenterait de demander la suppression de la clause illicite, le juge ne pourrait-il se contenter, répondant à ce qui est demandé, d'éradiquer la clause tout en maintenant en vie le contrat ? "Non ultra petita" : en se plaçant sous l'égide des articles 4 et 5 du Nouveau Code de Procédure Civile, le juge éviterait de rechercher la commune intention des parties, cette "bonne à tout faire du droit", comme disait Josserand.

27. Le double pouvoir (de réfaction, d'émondage) que l'article 5 consent au juge, tranche sur les habitudes législatives. Usuellement, c'étaient les pouvoirs législatif et réglementaire qui se réservaient des prérogatives ici dévolues au judiciaire : éliminer une clause en la réputant non écrite, voire remplacer dans le contrat les clauses nulles par les dispositions légales impératives (cf. par ex. le plancher d'indemnisation prévu par l'art. 1953 al. 3 C. civ. en matière de dépôt hôtelier", à l'exclusion de toute limitation conventionnelle inférieure"). par un travail d'interprétation, le juge s'était parfois arrogé ce pouvoir. Ainsi entre professionnels, la Cour de cassation, appliquant l'article 1 de la loi du 14 octobre 1943 qui limite à dix ans les clauses d'exclusivité, a considéré que la durée conventionnelle supérieure

(26) Pour un exemple de clause considérée comme non écrite au sens de ce texte, v. Civ. I, 16 juillet 1987, D. 1987, 456, Obs. J.-L. Aubert.

(27) Cf. Simler, "La nullité partielle des actes juridiques", L.G.D.J. 1969 ; Teyssié, "Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat", D. 1976, Chron. 281 ; Ghestin, "Le contrat", n° 885.

devait être purement et simplement ramenée au maximum légal (28). Désormais, avec la bénédiction du législateur, de telles attitudes jurisprudentielles pourraient se multiplier.

28. Il n'est pas sans intérêt de rappeler qu'à l'occasion de la discussion parlementaire, le pouvoir de suppression des clauses illicites par le juge avait été suspecté d'attenter à l'autorité relative de la chose jugée et à l'interdiction des arrêts de règlement (29). En effet, le juge aura la possibilité de supprimer les clauses illicites, non seulement dans tel contrat particulier passé entre un professionnel et un consommateur, mais également dans les "types de contrat" proposés par les professionnels aux consommateurs. Par "*type de contrat*", la loi du 5 janvier 1988 vise les contrats-types et les conditions générales de contrats.

On a pu exprimer le regret que le droit français ne se soit pas doté, à l'instar du droit allemand, d'une grande loi sur les conditions générales (30). La loi et le règlement se contentaient, au coup par coup, d'imposer des "clauses-types" ou des "modèles-types" (31). A défaut de fabriquer des modèles de contrats, les associations de consommateurs et les juridictions vont maintenant collaborer à la rectitude de ceux élaborés par les professionnels.

29. Outre une entorse à l'interdiction des arrêts de règlement, il est curieux que l'on n'ait guère reproché à la loi de 1988 l'atteinte portée à l'interdiction, également classique, des *actions préventives* alors que les associations peuvent attaquer les contrats-types simplement "proposés" aux consommateurs. Certes, dans le cadre de leur pouvoir *d'intervention*, les associations n'exercent pas à proprement parler une action préventive, puisque la demande initiale a pour objet un "préjudice subi" par un ou des consommateurs. L'intérêt pour agir est donc né et actuel. Mais il peut en aller tout différemment, dans le cadre du pouvoir *d'action* des associations agréées.

(28) V. entre autres, Com. 19 juin 1972, J.C.P. 1972, IV, 204. Pour un refus de substitution de plein droit des dispositions légales aux engagements des parties, cf. en revanche Paris 25 oct. 1985, D. 1986.IR 53 (sur l'art. 3 de la loi Quilliot).

(29) Rapport Hyest, Commission des loi, Ass. Nat. J.O. Ass. Nat., n° 1144, 16 déc. 1987.

(30) Sur la loi allemande, v. D. von Breitenstein, G.P. 1978, I, doct., 110.

(31) V. par ex. art. 5, al. 3 loi n° 78-22 du 10 janv. 1978, prévoyant des modèles types d'offre préalable de crédit, ou décret n° 87-1045 du 22 déc. 1987 et arrêté du même jour, relatifs à la présentation des contrats de garantie et de service après-vente de certains appareils et pris en application de l'art. 35 in fine de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978.

B - L'action.

Selon l'article 6 de la loi du 5 janvier 1988, les associations "peuvent demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression des *clauses abusives* dans les *modèles de conventions* habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs".

Le grief d'atteinte à l'interdiction des arrêts de règlement formulé à propos de l'article précédent, pourrait l'être d'autant plus pour ce texte. La *portée* des pouvoirs donnés au juge devient en effet plus grande, quoique leur *domaine* se rétrécisse.

1°) *Domaine*

30. Il ne s'agit, dans l'article 6, que de s'attaquer aux conditions générales et contrats-types, alors que l'article 5 vise aussi les contrats individuels. De surcroît, il ne s'agit que des *clauses abusives* (32), et non plus de clauses illicites.

Les clauses abusives sont celles de la loi "Scrivener", n° 78-23 du 10 janvier 1978, comme les travaux préparatoires le révèlent (33). Mais on sait que la jurisprudence a refusé d'appliquer les dispositions de l'article 35 de cette loi à des clauses non expressément réglementées par le décret du 24 mars 1978 (34). On s'interroge donc, sur un point que les travaux préparatoires de la loi du 5 janvier 1988 n'éclairent pas. Les "clauses abusives" sont-elles, celles de la loi Scrivener, du décret, voire des recommandations de la Commission des clauses abusives ?

31. L'interprétation la plus large nous paraît soutenable. Elle aurait l'avantage de ne plus faire apparaître la loi comme une "loi de papier", et les recommandations de la Commission des clauses abusives comme de peu de portée. En refusant, sous prétexte de l'absence de sanction par voie de décret, d'éliminer des clauses, visées par l'article 35 et susceptibles de réaliser un abus de

(32) Sur les clauses abusives, cf. entre autres Ghestin, "Le contrat", n° 588 et s., H. Bricks, "Les clauses abusives", L.G.D.J. 1982 ; L. Bihl, "La loi n° 78-23 du 10 janv. 1978...", J.C.P. 1978, I, 2909 ; A. Rieg, "La luttre contre les clauses abusives dans les contrats...", Mélanges Rodière, p. 221 et s. ; O. Carmet, "Réflexions sur les clauses abusives...", R.T.D. Com. 1982, I et s. Sur le droit comparé, v. l'ensemble d'études parues à la Rev. Intern. de droit comparé, 1982, not. rapport général par I. de Lamberterie, A. Rieg et Tallon, p. 1060 et s.

(33) Rapport Hyest, Commission des lois, Ass. Nat. J.O. Ass. Nat. n° 1144 du 16 déc. 1987, p. 21-22.

(34) V. Aix, 20 mars 1980, D. 1982, 131 et Paris 22 mai 1986, D. 1986, 563, notes P. Delebecque ; T.G.I. Angers, 11 mars 1986, R.T.D.Civ. 1986, 589, obs. J. Mestre ; adde Paisant, "De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives", D. 1986, Chron. 299.

puissance économique et un avantage excessif, on vide la loi Scrivener d'une partie de sa substance. Pourquoi ne pas puiser des indications de clauses suspectes dans le fonds, largement inexploité des recommandations de la Commission ? Certes, purement consultatives, ces recommandations n'ont pas valeur de norme. Mais il serait heureux que la jurisprudence y vît une "autorité", une source d'inspiration (35).

32. A titre d'exemple, une jurisprudence constante décide que la clause par laquelle une partie non commerçante opte en faveur de la juridiction commerciale de son domicile n'est pas contraire à l'article 48 N.C.P.C., parce qu'elle ne déroge pas aux règles de compétence territoriale, mais constitue simplement une renonciation à l'option dont dispose, dans les actes mixtes, la partie non-commerçante, en faveur de la juridiction civile ou commerciale. Alors qu'une recommandation de la Commission des clauses abusives préconise la suppression de ces clauses, une récente réponse ministérielle se borne à rappeler la jurisprudence. N'est-on pas en présence de clauses sinon "illicites" aux yeux de la jurisprudence, du moins "abusives" ? (36).

Quoiqu'il en soit, même dans une optique "maximaliste", le domaine de l'article 6 demeure circonscrit à la loi Scrivener, donc tout de même relativement limité. Sa portée, en revanche, apparaît considérable.

2°) *Portée*

33. Les parlementaires n'ont guère été sensibles au reproche d'atteinte à l'interdiction des *arrêts de règlement* (37). Le reproche était pourtant sérieux.

Le pouvoir du juge de supprimer des clauses abusives dans toute une série de contrats-types est déjà plus énergique que celui consultatif de la Commission. S'il s'emparait des recommandations, conçues jusqu'ici comme des préliminaires aux

(35) Comp. Ghestin, "La notion de clauses abusives et le rôle de la Commission des clauses abusives à l'égard des clauses illicites ou illégales" (annexe II au rapport d'activité pour l'année 1981 de la Commission des clauses abusives, J.O. n° 1546, 1982) ; J.P. Gridel, "Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978...", D. 1984, Chron. 153 ; A. Sinay Citermann, "La Commission des clauses abusives et le droit commun des obligations", R.T.D. Civ. 1985, 471 et s.

(36) V. Civ. 8 oct. 1958, G.P. 1958, 2, 281 ; Com. 20 juillet 1965, D. 1965, 581 ; Paris, 1 déc. 1972, Rev. jur. comm. 1972, 125 ; Reims, 22 janv. 1976, idem 1977, 448 ; Aix, 3 avril 1979, Bull. Aix 1979, 2, p. 61 ; recommandation des clauses abusives sur les clauses relatives au recours en justice, BOSP 13 juin 1979 ; rép. min. quest. écrite n° 17213, J.O. Déb. Ass. Nat. 18 mai 1987, p. 2938.

(37) Sur ceux-ci, v. entre autres Sinay, "La résurgence des arrêts de règlement", D. 1958, Chron. 85 ; A. Audinet, "Faut-il ressusciter les arrêts de règlement", Mél. Brèthe de la Gressaye, 104.

décrets en Conseil d'Etat, pour annuler des clauses sur leur base, ne s'approprierait-il pas une parcelle du pouvoir réglementaire ?

A la réflexion, ce grief peut être écarté. Selon l'article 5 du Code civil, rendre un arrêt de règlement, c'est "prononcer par voie de disposition générale et réglementaire". Or ici la "disposition" prise par le juge ne serait pas absolument "générale". Les décisions juridictionnelles rendues sur le fondement de l'article 6 de la loi de 1988 supprimeront, à l'occasion de chaque espèce particulière, des catégories de clauses dans des catégories de contrats. Leur *autorité de chose jugée* sera une *autorité relative à effet collectif*, intermédiaire entre l'autorité relative et l'autorité absolue. le jugement rendu sera invocable par tout consommateur, en raison de la représentativité reconnue aux associations agréées. En revanche, il n'aura d'autorité qu'à l'égard du professionnel défendeur, pour les contrats-types et les conditions générales qu'il propose à ses clients. Il y aurait peut-être lieu de distinguer "l'invocabilité" du jugement par tout consommateur, et "l'opposabilité" au seul professionnel partie à la décision (38).

34. Plus riche de virtualités encore, apparaît la référence aux modèles de conventions habituellement "proposés" aux consommateurs. Contrairement à l'article 5, l'article 6 ne fait aucune allusion à l'exigence d'un préjudice *subi* par le consommateur. Les associations recevraient-elles vocation à agir en présence d'un préjudice simplement éventuel, résultant de la seule proposition de conditions générales non encore signées ? *La légitimité* de l'intérêt prendrait alors le pas sur son *actualité* (cf. art. 31 N.C.P.C., "l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention...").

Sans doute l'intention du législateur n'a-t-elle pas été aussi loin. On peut considérer que la loi de 1988 permet surtout aux associations d'intervenir dès la *phase précontractuelle*, au stade des pourparlers. En présence de contrats d'adhésion, non librement négociés par le consommateur, et de contrats-types, objets d'une négociation collective encore insuffisante entre les organismes professionnels et les associations, l'intervention judiciaire permettra (et c'est déjà beaucoup) de compléter la normalisation entreprise dans certains secteurs par les pouvoirs publics (39).

(38) Sur l'autorité de la chose jugée, v. no. D. Tomasin, L.G.D.J. 1975, et Perrot, v. Chose jugée, Rép. Dalloz Proc.

(39) Sur le contrat d'adhésion, v. Berlioz, L.G.D.J. 1973, et Marty et Raynaud, "Les obligations", t. 1, "Les sources", spéc. n° 130. Sur les efforts de concertation entre professionnels et consommateurs, à l'intérieur d'organismes communs, en rapport avec les pouvoirs publics, v. les rôles de l'INC et de l'AFNOR : Ghestin, "Le contrat", n° 72 ; Ripert et Roblot, II, n° 2499.

CONCLUSION

Avec un appareil de dispositions, apparemment moins audacieux que celui du projet initial, la loi du 5 janvier 1988, révèle des possibilités dont on ne peut dresser aujourd'hui qu'un inventaire, incomplet et imparfait. Elle n'apparaît pas simplement comme une *loi sur les associations* et une *loi sur l'action en justice*, mais aussi comme une *loi sur le juge* et une *loi sur le contrat*.

35. *Une loi sur les associations.* Reprenant sur ce point la formule de l'article 46 de la loi Royer, mais en l'assortissant de moyens nouveaux de mise en oeuvre, la loi de 1988 se situe dans un mouvement du droit positif qui tend de plus en plus à promouvoir la *défense des intérêts collectifs*. L'expression se retrouve, non seulement à propos des syndicats et des associations, mais aussi pour le représentant des créanciers dans la procédure de redressement judiciaire (40). Le droit reconnaît de plus en plus d'entités, non dotées de personnalité morale, mais pourvues d'un intérêt collectif : la profession, le groupe social des consommateurs, la collectivité (qui n'est plus la "masse") des créanciers. En même temps, on passe d'une notion stricte de "représentation" en justice (qui sert encore à définir les prérogatives du représentant des créanciers) à une notion large de "représentativité", pour les syndicats mais aussi pour les associations. On ne peut "représenter" que des personnes juridiques, mais on peut être "représentatif" d'une entité ou d'un groupe social, pour les besoins de l'action en justice... (41).

36. *Une loi sur l'action en justice.* L'action en justice des associations agréées de consommateurs, apparaît plus comme une *action d'intérêt collectif* que comme une *action de groupe*. L'association agréée n'est pas le porte parole d'une somme d'intérêts individuels (comme l'est, quoi qu'on ait pu dire, le représentant des créanciers), mais plutôt d'une sorte "d'intérêt général spécialisé", d'intérêt catégoriel. En revanche, l'association n'exerce pas les actions individuelles des consommateurs, elle n'est pas ici leur mandataire, son action est une action personnelle, et ses droits sont des droits propres de solliciter l'intervention du juge...

(40) Cf. sur les syndicats, art. 411-11 C. Trav. et H. Dupeyron, "L'action collective", D. 1952, Chron. 153 ; sur le représentant des créanciers, art. 46 loi du 25 janv. 1985, bien que la formule d'intérêt "collectif" ne soit pas employée.

(41) Il faut tout de même, que le groupement représentatif soit, lui, doté de la personnalité juridique.

37. *Une loi sur le juge.* C'est à ce titre, sans doute, que la loi du 5 janvier 1988 suscitera le plus de difficulté. Elle est inséparable du mouvement législatif qui élargit aujourd'hui l'office du juge. Et elle laisse quelques questions en suspens. Par exemple, une association agréée de consommateurs pourra-t-elle demander au juge des référés la cessation des agissements illicites ou la suppression des clauses illicites ? Depuis 1985 existe, dans le cadre de l'article 809 al. 2 N.C.P.C., un référé injonction de faire (42) qui y paraît propice. Encore demeure-t-il subordonné à la constatation d'une "obligation non sérieusement contestable". Mais depuis 1987, et cette fois sur le fondement de l'article 809 al. 1 N.C.P.C. (43), la cessation d'un trouble manifestement illicite peut être ordonnée en référé, même en présence d'une contestation sérieuse. Faut-il admettre que le juge des référés dispose désormais du pouvoir d'accorder, non seulement des satisfactions pécuniaires en allouant des provisions, mais aussi celui d'élaguer le contrat de clauses "manifestement" illicites ? Il est permis de penser que la suppression ou l'annulation d'une clause est une question de fond ; mais à tout le moins, pourrait-il suspendre les effets de la clause litigieuse jusqu'à la décision définitive (44).

On peut également imaginer une association saisissant le juge civil par la voie des référés, alors qu'une instruction pénale est ouverte, puis seulement, se portant partie civile. On ne doit pas en effet négliger la possible combinaison de la loi du 5 janvier et des dispositions du Code de procédure pénale. Depuis la loi du 8 juillet 1983, l'article 5-1 de ce Code, dispose que "même si le demandeur s'est constitué partie civile devant la juridiction répressive, la juridiction civile, saisie en référé, demeure compétente pour ordonner toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet des poursuites, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable" (45). Les moyens sont décidément nombreux, de consacrer l'intervention du juge, y compris dans la sphère contractuelle...

(42) Décret n° 85-1330 du 17 déc. 1985, sur lequel, v. Bertin, G.P. 23 janv. 1986, Doc ; Le Ninivin, J.C.P. 1986, I, 3226.

(43) Décret n° 87-1330 434 du 17 juin 1987, sur lequel v. Bertin, G.P. 22-23 juillet 1987, p. 2.

(44) V. cependant, Civ. 1, 1er déc. 1987, J.C.P. 1988, IV, 57, qui affirme la possibilité de principe, pour les associations agréées, de demander en référé la cessation d'un trouble manifestement illicite ; retrait du catalogue d'une agence de voyages dont certaines mentions étaient contraires à l'arrêté du 14 juin 1982 (mesure refusée en l'espèce parce que le trouble n'apparaissait pas réel). Mais ce qui vaut pour un catalogue, vaudrait-il pour un contrat ?

(45) Sur ce texte, v. Pradel, "Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions", D. 1983, Chron. 24 ; Aynes, Jurisclasseur Procédure pénale, art. 5-1.

38. *Une loi sur le contrat.* Il est devenu courant de relever l'influence que peut exercer le droit de la consommation sur la théorie générale du contrat. La loi du 5 janvier 1988 nous en fournit une illustration supplémentaire ; ce texte de droit processuel aura assurément des incidences en droit substantiel.

A certains égards, la loi nouvelle ne touche au contrat qu'indirectement. Elle institue en effet, avant tout, des procédés de *réparation.* Déjà de ce point de vue, son originalité est notable, puisque, consacrant, sans doute involontairement, une distinction doctrinale, le législateur ajoute, à l'arsenal classique de réparation du préjudice subi par les consommateurs, des techniques visant moins la réparation proprement dite que la *suppression de l'illicéité* (46).

Mais la loi du 5 janvier 1988 touche aussi, directement, au *contrat* lui-même, à son contenu, et ce, probablement, on l'a vu, dès sa formation. Phénomène de balancier ; on avait pu regretter, au lendemain de la loi Scrivener, n° 78-23 du 10 janv. 1978, un *"glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges"* (47). Inversement, pourrait-on aujourd'hui s'inquiéter d'un possible *gouvernement du droit des contrats par les juges.* Danger (pour la force obligatoire du contrat), ou souhait (pour la justice contractuelle) ?

Sans prétendre trancher d'un mot, on voudrait faire valoir que, si se développe, dans le droit contemporain des contrats, une exigence de collaboration des parties, elle ne peut souvent être dans le droit de la consommation, qu'une "collaboration antagoniste" (48).

Et celle-ci a grand besoin d'un départiteur (49).

(46) C'est particulièrement l'idée que développe Mme M. E. Roujou de Boubée ("Essai sur la notion de réparation" Th. Toulouse, 1973, spéc. 195 ets). Sur la notion d'illicéité, v. M. Puech, "L'illicéité dans la responsabilité extracontractuelle", L.G.D.J. 1973.

(47) La formule est de MM. Calais-Auloy et Bihl, J.C.P. éd. C.1.1980, 8405. Fallait-il le regretter ou l'approuver ? Comp. l'opinion de J. Mestre, R.T.D.Civ. 1986, 589, ni 1 et 745 n° 4.

(48) La formule est du Doyen Carbonnier, "Les obligations", n° 51. Sur l'idée de collaboration dans les contrats, v. J. Mestre, obs. R.T.D.Civ. 1986, p. 101 et s. et, "L'évolution du contrat en droit privé français", in "L'évolution contemporaine du droit des contrats", P.U.F. 1986, spéc. p. 51 à 55 ; adde Y. Picod, "Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat", Th. Dijon 1987, et "L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat", J.C.P. 1988, I, 3318.

(49) Aux références citées dans cet article, aj. Viney, "La responsabilité, effets", L.G.D.J. 1988, spéc., sur l'astreinte, n° 6 ; sur l'action préventive n° 8 et 10 ; sur la loi du 5 janvier 1988, n° 13, 22, 24, 31, 217 ; sur l'idée de suppression de l'illicéité, n° 52 à 55.

DROIT INTERNATIONAL

* _ * _ * _ *

LE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE, LES ESPACES NON-NATIONAUX ET L'ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL

Par

Wolfgang GRAF VITZTHUM
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Tübingen, R.F.A.

INTRODUCTION

La réforme de l'ordre économique international entreprise dès les années 70 (1) concerne parallèlement les différents secteurs individuels (matières premières, droit de la mer (2),

(1) V. Touscoz, Transferts de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international, Paris, 1978 ; Martin, Le nouvel ordre économique international, R.G.D.I.P., 1976, p.502 s.; Nguyen Quoc et autres, Droit International Public, 3e édit., Paris,1987, p. 893: "D'un point de vue juridique, un ordre économique se définit comme l'ensemble des normes et institutions réglementant les comportements et les activités des opérations économiques, et correspondant à quelques principes directeurs ou standards jugés complémentaires par un "modèle" économique" ; M. Flory, Droit international du développement, Paris, 1977, p. 209 s. ; Progressive Development of Principles and Norms of International Law Relating to the New International Economic Order, N.U., A/39/504/Add. 1, 23 octobre 1984 ; Oppermann et Petersmann (éditeurs), Reforming the International Economic Order - German Legal Comments, Berlin, 1987.

(2) Le régime traditionnel de la liberté des mers, édictée en 1609 par Grotius, garantit à chacun le droit à la participation libre et égale ; mais la condition pour l'acquisition d'un profit réside dans la participation active à l'exploitation de la mer. Cet ordre traditionnel -protégeant le principe "Premier arrivé, premier servi"- n'a que peu de points communs avec les exigences récentes des pays en voie de développement pour une nouvelle répartition au niveau de la politique économique mondiale. La liberté des mers correspond au système d'une libre concurrence. Le principe de concurrence est assuré et par là-même le pouvoir de disposition de ceux qui sont capables de l'utiliser avec efficacité : une liberté de fait pour ceux qui peuvent et veulent utiliser cette liberté juridique.

système monétaire international, transfert technologique (3), espace extra-atmosphérique, sociétés transnationales, l'Antarctique, etc.) et la création d'un nouvel ordre global. Les consultations et résolutions *globales* -p. ex. celles prises lors des sessions extraordinaires de l'Assemblée générale de l'O.N.U.- servent de point d'orientation pour les différents régimes sectoriels, p. ex. le droit de la mer. En même temps, ces négociations sectorielles pourront devenir le promoteur d'un accord plus général dépassant les seuls secteurs. De plus, leurs résultats individuels constitueront les éléments de ce futur ordre global (4).

La stratégie du Tiers Monde au sujet de la réforme de l'ordre économique mondial se présente donc clairement. Dans un premier temps, on procède -agissant directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales appropriées- à la formation de secteurs tellement réduits (protection de brevets, transfert de technologie, l'Antarctique, etc.) qu'ils ne semblent à l'origine intéressants que pour les spécialistes - stratégie de déglobalisation. Partant, les négociations diplomatiques sont menées, du côté des pays développés à économie de marché, que par des experts. Mais les différents objets et résultats de ces négociations font de plus en plus figure de précédent pour la réforme de l'ordre global, c'est-à-dire pour les problèmes généraux du développement. Néanmoins, ces négociations sectorielles ne deviennent sujet de réflexions politiques plus générales (p. ex. au sein des Conseils des ministres) dans les capitales du Nord (5) qu'au moment où le dialogue substantiel à leur égard est pratiquement clos.

(3) V. Résolution 89 (IV) de la C.N.U.C.E.D. à Nairobi ; cf. Transfert de technologie et développement, sous la direction de Judet et al., Paris, 1977. L'expression "transfert de technologie" (ou "de technique") vise les arrangements concernant l'attribution, la vente, la concession sous licence, la cession de savoir-faire, les services en rapport avec la production, la gestion, la commercialisation et les services de caractère technique. L'expression "transfert international de technologie" s'applique au transfert de la technologie, par-delà les frontières nationales, de la partie fournisseur à la partie acquéreur.

(4) Graf Vitzthum, The Search for Sectoral World Orders, dans : id. (éditeur), Aspekte der Seerechtsentwicklung, München, 1980, p. 273 s. On ne peut plus aujourd'hui s'imaginer la création d'un ensemble de règles uniforme et presque complet, telle qu'elle a été encore possible après 1945 et telle qu'elle a été lancé par le Tiers Monde dans les années 70 sous le sigle "nouvel ordre économique international". Bien trop de différences se sont créées au niveau des idées économiques et politiques fondamentales. Aussi, dans le domaine économique, il n'existe plus aucune "grande puissance", qui, en vertu de son autorité de fait, pourrait imposer ses idées concernant l'ordre international. Pour cette raison les exigences de réforme en faveur des pays en développement se concentrent moins sur le système global que sur les différents secteurs individuels.

(5) La structure des échanges par produits est globalement du type Ouest-Sud. Les relations Est-Sud ne représentent que 1 % des échanges mondiaux.

De manière générale, le "Sud" tente ainsi de réaliser d'abord dans les secteurs individuels ce qu'il ne peut réaliser à l'échelle globale. Après avoir négocié un ordre sectoriel "plus juste", c'est-à-dire après avoir obtenu un traitement spécial aux pays en développement (un "double standard") dans un domaine partiel, le Groupe des 77 se dirige vers le prochain secteur individuel et utilise ce qui a déjà été acquis comme précédent. De cette manière on essaie d'arriver graduellement, et quasiment "en partant par le bas", à créer les esquisses d'un "nouvel ordre économique international", que l'on n'aurait pas pu imposer en tant que concept global. Les négociations dans les secteurs "transfert de technologie" (Section I) et "ordre juridique des espaces non-nationaux" (Section II) (6) étudiés ci-après, en fournissent l'illustration.

I - TRANSFERT DE TECHNOLOGIE ET ORDRE ECONOMIQUE INTERNATIONAL

1 - Le droit économique et l'ordre économique

Les échanges économiques internationaux demeurent en premier lieu une affaire de droit national. Le droit économique international se compose donc d'abord des réglementations nationales. L'effectif des normes de droit international public ne peut pas faire face aux exigences d'une interdépendance économique mondiale ; qu'il s'agisse de la coutume ou des conventions.

Au premier plan de *la coutume internationale* se situe la souveraineté des Etats dans le domaine économique, plus précisément : la liberté des Etats de conclure des traités internationaux ou non, qui constitue en fait la "Grundnorm" de l'ordre économique international actuel (7). Les règles de la coutume internationale qui s'y rapportent font partie du "minimum standard". S'il est vrai que l'étranger n'est pas protégé contre l'expropriation, il a néanmoins droit à une indemnisation adéquate. Un droit de l'homme à la participation à la vie

(6) Certains espaces échappent à toute appropriation nationale et font l'objet d'une réglementation avant tout internationale. V. Nguyen Quoc, op. cit., p. 953 : "Pour rendre compte de ce phénomène on a parfois recours à la notion du "domaine public", afin de traduire l'idée d'affectation de ces espaces à l'usage de tous. L'expression est cependant trompeuse ... Les règles applicables à ces espaces sont, en réalité, extrêmement diversifiées ...".

(7) V. Oppermann, Über die Grundlagen der heutigen Weltwirtschaftsordnung, dans : Bryde/Kunig/Oppermann (éditeurs), Neuordnung der Weltwirtschaft ?, Baden-Baden, 1986, p. 11, 23.

économique n'existe pas. Moins encore existe-t-il un droit au transfert de technologie ou un droit à une égalité économique réelle entre les Etats (8).

Le droit international conventionnel est d'une quantité et d'une qualité tout autre, particulièrement le système de traités dans le domaine de la protection des investissements et du commerce. Parmi les conventions internationales classiques il convient plus particulièrement de mentionner, dans le contexte de technologie au sens le plus large, la Convention de Paris du 20 Mars 1883 sur la propriété industrielle ainsi que la Convention de Berne de 1886 sur la protection de la propriété littéraire et artistique (9). Après la Deuxième Guerre mondiale se sont formés le système de "Bretton-Woods" et le système du GATT d'orientation néo-libérale et en évolution permanente (v. simplement sa nouvelle Partie IV) (10), sans parler des nombreuses conventions bilatérales qui complètent ces systèmes.

Les pays pauvres demandent l'accroissement du transfert de technologie et l'utilisation "d'instruments plus proches des mécanismes de la planification" (11). Ils se fondent entre autre sur le principe de l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes (art. 1er al. 2 de la Charte des N.U.), sur le principe de l'égalité des Etats ainsi que sur l'obligation à la coopération internationale (12) dans la résolution de problèmes

(8) V. Ballreich, Technologie als Völkerrechtsproblem, German Yearbook of International Law 24 (1981), p. 329, 341 s. ; Kewenig, Technologietransfer aus völkerrechtlicher Sicht, dans : id. (éditeur), Völkerrecht und internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit, Berlin, 1978, p. 71 s. Il n'existe pas une obligation de la part des pays développés d'accorder un régime spécial aux pays en développement dans leurs transactions qui portent sur un transfert de technologie. Par contre, le Tiers Monde "veut dépasser le principe de l'égalité souveraine des Etats qui dissimule leur inégalité de fait", Martin, op. cit., p. 508 ; Progressive Development, op. cit., paragraphes 162-174.

(9) V. Kunz-Hallstein, The Revision of the International System of Patent Protection in the Interest of Developing Countries, 10 International Review of Industrial Property and Copyright Law 1979, p. 649 s. ; Fikentscher et Lamb, The Principles of Free and Fair Trading and of Intellectual Property Protection in the Legal Framework of a New International Economic Order, dans : Oppermann et Petersmann, op. cit., p. 81 s.

(10) V. Long, GATT, the Multilateral Trade Negociations and the Developing Countries, 29 Pakistan Horizon 1976, p. 22 s. Les organes des N.U. se sont de plus en plus saisis des problèmes juridiques économiques. Ils ont aidé dans certains secteurs (droit de la mer, ordre nucléaire, etc.) à développer des modèles de coopération dans le domaine technologique. Ces modèles individuels n'ont pas seulement été inspirés par la discussion générale au sein des N.U., de la C.N.U.C.E.D. etc., mais ont aussi fini par servir d'exemple pour les travaux de ces mêmes institutions au sujet du "nouvel ordre économique international".

(11) Le monde en devenir - Réflexions sur le nouvel ordre international, Paris (U.N.E.S.C.O.), 1976, p. 37.

(12) Le Groupe des 77 estime que la technologie fait partie du "patrimoine commun de l'humanité". Et tous les pays auraient un droit d'accès à la technologie afin d'améliorer le niveau de vie de leurs populations. V. en général le Rapport R.I.O. (Reshaping International Order), chapitre "Le nouvel ordre international", sous-section "Souveraineté et patrimoine commun de l'humanité" ; v. aussi Fikentscher,

économiques (art. 2 n° 1 et art. 1er al. 3 de la Charte des N.U.). Les pays occidentaux, par contre, soutiennent la thèse selon laquelle le droit international public a pour but d'assurer la protection du domaine de souveraineté par des "Unterlassungsgebote", c'est-à-dire par un système édictant des devoirs d'abstention. Il ne résulte également pas du principe de l'égalité de droits positifs. Du point de vue des pays riches la création d'un état d'égalité réelle supposerait la conclusion de nouvelles conventions internationales (13).

2 - Les buts et les formes du transfert de technologie

Inspirée par le thème d'un "nouvel" ordre économique international, la majorité de l'Assemblée générale des N.U. tranchait pour une "Charte des Droits et des Devoirs Economiques des Etats" (14). Son idée essentielle est que chaque Etat possède le droit souverain et inaliénable de définir son système économique et social sans aucune pression venant de l'extérieur. A côté de ces activités plutôt générales, les pays technologiquement en retard poursuivaient leur désir plus particulier d'une intensification du transfert de technologie. Dans le cadre de la C.N.U.C.E.D. on discutait d'une refonte du droit international des brevets (15).

Au début des années 70, on commençait au sein de la C.N.U.C.E.D. à élaborer le projet d'un code international de conduite sur le transfert de la technologie (C.C.T.T.) (16) qui n'a actuellement pas encore abouti. En 1979 une conférence des N.U. décidait le programme d'action de Vienne de la science et de la technologie au service du développement (17), lequel devenait en

---

The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology, München, 1980, p. 5 s. ; Yusuf, L'élaboration d'un code international de conduite pour le transfert de technologie : Bilan et perspectives, R.G.D.I.P., 1984, p. 781 s. ; Flory, op. cit., p. 238 f.

(13) Considérée en tant qu'aspect de l'instauration d'un "nouvel ordre économique international", l'augmentation par contrainte du transfert de technologie toucherait les fondements mêmes du droit international public : les principes de la réciprocité et de la liberté de conclure ou non des traités. Dans cette optique, la politique qui est menée par les pays en voie de développement -politique de la dualité des normes- n'est que peu fructueuse. Si cette politique ne tient pas compte des idées fondamentales concernant la réciprocité, la répartition équitable et la procédure équitable, les inégalités des situations présentes engendreront de nouvelles formes de dépendance internationale.

(14) Résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974. Cf. Feuer, Réflexion sur la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats, R.G.D.I.P. 1975, p. 273 s.

(15) Le but d'une telle réforme - v. résolution A/1713 (XVI)- est censé être la restriction des droits des titulaires de brevet ressortissants des pays industrialisés en faveur des autres pays.

(16) UN Doc. E/C. 10/79 du 26 juin 1981 ; TD/Code/TOT/14 du 28 mars 1979 ; reproduits chez Fikentscher, Wirtschaftrecht, vol. I, München, 1983, p. 151 s. ; UN Doc. TD/Code/TOT/25 du 6 mai 1986 ; C.N.U.C.E.D., Le code de conduite du transfert de technologie, TD/AC. 1/4, 11, 13, 15 (1976-1979).

(17) Du point de vue de la politique du développement, un problème principal réside

1980 partie intégrante de la Stratégie internationale du développement pour la Troisième Décennie des N.U. Dans le même contexte l'Assemblée générale des N.U. adoptait le "Restricted Business Practice Code", la continuation de l'idée "anti-trust" au niveau du droit international (18).

La "Charte" (l'art. 13) et le C.C.T.T. -conscients de la "position dominante de la partie fournisseur"- envisagent un traitement profitable aux pays en voie de développement. Dans la mesure où l'on veut permettre à ces Etats d'acquérir des techniques à des conditions meilleures que celles du marché, on suscite des conflits avec le différents droits nationaux ; en règle générale ceux-ci garantissent son statut juridique au propriétaire d'un droit corporel ou incorporel. Pour aboutir à un consensus, le droit du transfert de technologie doit réglementer plus que le seul processus du transfert même. Il doit tenir compte de l'idée du "juste retour" : pas de gratuité du transfert. Et puisqu'un grand nombre des pays du Tiers Monde n'accepte pas cette corrélation (19), le blocage presque total du dialogue dans le domaine de la technologie survenu dans les dernières années -le Code est encore en état de projet- n'est pas étonnant (20).

En ce qui concerne les *formes* du transfert, il convient de mentionner d'abord la coopération dans le domaine de la recherche. Cela n'occasionne que peu de problèmes, déjà pour la simple raison que cette coopération est réalisée dans les faits et par conséquent ne nécessite pas de cadre conventionnel. De plus les résultats des recherches ne sont en général pas encore assez concrets pour avoir une valeur économique précise. En général, la question d'un paiement du transfert ne se pose donc pas.

Peu de problèmes suscite le transfert indirect de technologie qui s'effectue par la fourniture de produits de haute qualité. Le fournisseur de la technologie reçoit par le prix de

---

en l'adaptation de la technologie aux capacités de celui qui l'accueille. Selon les pays du Sud l'on transfère souvent une technologie inapte ou inadaptée. Des problèmes d'information, d'adaptation et de résorption existent également dans le commerce Est-Ouest.

(18) UN Doc. TD/RBP/CONF/10/Rev. 1 du 2 mai 1980 ; v. Fikentscher, op. cit. (supra note 12), p. 14 s., p. 64 s. : v. en particulier la Rés. Ass. gén. 35/63 du 6 décembre 1980. Même le C.C.T.T. contient un chapitre au sujet des pratiques entravant la libre concurrence. - On ne peut traiter ici de l'étroite liaison entre le droit "anti-trust" et l'idée du transfert de technologie.

(19) V. Fikentscher, op. cit. (supra note 12), p. 145 s.

(20) Les mécanismes selon lesquels s'opèrera le transfert de technologie ne seront pas obligatoirement, dans leur plus grande partie, issus du droit international public. Le transfert n'est pas en premier lieu une tâche internationale des Etats. Souvent la transmission de technologie se fera de la façon la plus efficace et la plus rapide au moyen d'une coopération entre entreprises et de l'acquisition de licences. Dans ces cas la réglementation se trouvera dans des contrats de droit privé, p. ex. dans des contrats de concession. Un besoin de création normative n'existe primairement qu'au moment où l'on veut concéder à certains pays acquéreurs des conditions particulières ou des droits à la technologie par le moyen du droit international public.

vente une compensation pour le bien économique et le transfert indirect de technologie qu'il représente. Il en est de même pour les licences, les contrats de cession de brevets et des transferts de "savoir-faire". La coopération dans le cadre d'un "joint venture" est une procédure effective et fréquemment utilisée pour le transfert, même si elle connaît également des difficultés.

Au niveau du droit international public, des problèmes ne surgissent en général qu'à partir du moment où le transfert devra se faire *par voie de contrainte* ; c'est-à-dire p. ex. si un Etat devait faire respecter son obligation internationale de transfert à l'intérieur en imposant de force un contrat de licence à un détenteur privé de technologie. Dans ce cas l'on empièterait sur des droits protégés (21).

3 - Le projet de Code sur les transferts de technologie

Ces idées et expériences récentes ne font pas encore partie du Code de 1981 (C.C.T.T.), lequel est l'exemple le plus net pour l'esprit des années 70 quant à ce sujet. Tout en étant dès le début d'accord sur le principe d'un tel Code, on restait en désaccord sur les méthodes propres à la réalisation de ce but. Dans ce sens, le C.C.T.T. représente un document de dissension. Le texte proposé par le Groupe des 77 ("texte A") diffère dans ses idées essentielles de celui du Groupe B ("texte B"), c'est-à-dire des pays industrialisés occidentaux.

Le *premier* point litigieux concerne la nature juridique de ce Code (22). Pour le Groupe des 77 il importe de pouvoir disposer d'un instrument juridiquement contraignant. A l'inverse les pays occidentaux insistent sur le simple caractère de recommandation du C.C.T.T. ("non-legally binding guidelines", "principes directeurs" - une nouvelle source du droit international ?). En faveur de leur position -le Code ne pourra représenter qu'un document indicatif-, il faut remarquer entre autres que ce Code ne se limite pas exclusivement aux obligations des Etats mais veut également obliger des sujets de droit privé (art. 1.4), en s'adressant à l'individu et aux entreprises (23).

---

(21) A ce sujet la Constitution de la R.F.A. ("Grundgesetz") pose des limites étroites. Normalement, celles-ci rendent un transfert imposé et sans "juste retour" inconcevable (v. art. 14).

(22) "... Convaincues qu'un instrument international à caractère obligatoire est le seul moyen d'aboutir à une régulation effective du transfert de technologie" (texte proposé par le Groupe de 77) ; "... Enoncent le Code de conduite ci-après, qui consiste en principes directeurs applicables au transfert international de technologie" (texte proposé par les pays occidentaux). Cf. Yusuf, op. cit., p. 794 s. ; Langlois, Les Nations Unies et le transfert de technologie, Paris, 1980, p. 111 s.

(23) "... Affirmant que le code ... doit être universellement applicable et que, par conséquent, tous les pays doivent faire en sorte que leurs entreprises, privées ou publiques, se conforment à tous égards aux dispositions du présent Code" (texte

Le mouvement général en faveur de la création des codes de conduite dans de nombreux domaines (p. ex. un code sur les sociétés transnationales) qui était encore très florissant il y a dix ans, n'a pas réussi à contourner cet obstacle de la nature juridique des codes.

Le *deuxième* point litigieux concerne le droit applicable et le règlement des différends (chapitre 9) lors du transfert de technologie. A ce sujet, la proposition des pays riches s'exprime en faveur de l'autonomie privée -la faculté de choisir librement le droit régissant la formation, la validité, l'exécution et l'interprétation de l'accord- et des règles de droit international privé. Par contre, le texte du Groupe des 77 précise : "Les accords de transfert de technologie sont régis par le droit du pays acquéreur de technologie. Les clauses relatives au choix de la législation applicable sont nulles de plein droit". De plus, le recours à une juridiction internationale doit pouvoir être exclu (24).

Ainsi les pays pauvres poursuivent également dans le domaine du transfert de technologie leur but rempli d'antinomies qui est celui de la préservation de leur souveraineté (et d'une "self reliance" collective). D'un côté, les pays du tiers Monde exigent une souveraineté ("permanente") de plein droit sur leurs ressources naturelles ; d'un autre côté, la plupart des pays peu industrialisés ne veulent garantir aux fournisseurs de technologie pour ce qui est de leurs ressources -c'est-à-dire justement la technologie- qu'une protection réduite (25).

Les règles du C.C.T.T. retarderaient le transfert de technologie au lieu de le stimuler et cela surtout si elles étaient revalorisées dans leur qualité normative. S'il manque la confiance en des règles *durables*, la propension à prendre les risques d'investir fera défaut. La preuve en est donnée par la modification, dans les années 70, de la répartition des investissements internationaux (26) dans le domaine de l'industrie minière : une diminution dans le Tiers Monde jugé comme "peu sûr", une augmentation relative dans l'Occident industrialisé "sûr".

---

proposé par le Groupe des 77).

(24) C.C.T.T. appendice 1. V. Yusuf, op. cit., p. 809 s.

(25) V. Martin, op. cit., p. 525 : "Les pays en voie de développement recherchent les avantages de la souveraineté tout en répudiant ses inconvénients ; dans le nouvel ordre économique international, ils cherchent à obtenir des pays industrialisés un certain nombre de privilèges sans renoncer, en échange, à la moindre parcelle de souveraineté". V. aussi Langlois, op. cit., p. 164 s.

(26) V. Martin, op. cit., p. 525 s. : "Peu d'investisseurs seront volontaires pour s'installer dans les Etats où les risques de nationalisation sans indemnisation et sans recours international sont trop élevés. Le danger pour les pays en voie de développement, c'est que ... d'autres accordent un traitement privilégié aux investisseurs et drainent chez eux la plus grande part des capitaux".

Un *troisième* point de critique concerne le mécanisme institutionnel prévue par le C.C.T.T. (art. 8.3), le "machinery". Cette institution, composée de représentants gouvernementaux, a pour tâche de veiller au respect du Code, de promouvoir son évolution et de donner des recommandations. Suite à une proposition des pays industrialisés, cette section du C.C.T.T. a été complétée par une disposition selon laquelle le "machinery" ne constitue ni une instance de caractère judiciaire, ni une instance de caractère arbitral.

Donc, lors de cette question institutionnelle on a reconnu à temps le dangereux effet qui pourraient provoquer des organes internationaux trop indépendants et s'éloignant ainsi du consensus, qui les a créés. Une institution refusant la "protection aux minorités", n'aura pas de légitimation juridique durable. Malheureusement une grande partie de ces points critiques n'a pas pu être évincé lors des négociations au sujet des espaces non-nationaux.

II - ESPACES NON-NATIONAUX ET TRANSFERT DE TECHNOLOGIE

1 - Technologie marine et droit de la mer

Le droit international de la mer (codifié ou non par les Conventions de 1958) est un domaine juridique au sein duquel le transfert de technologie et les décisions sur l'ordre économique international sont extrêmement liées. Six ans après la clôture de la Troisième Conférence de l'O.N.U. sur le droit de la mer (1973-1982) (27), l'on ne peut aujourd'hui évaluer l'état actuel et l'évolution du droit de la mer sans se prononcer sur la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (28). Quoi qu'en soient les différentes appréciations faites sur ce traité, la nouvelle Convention représente en tout cas un fait international dont il faudra même tenir compte dans les discussions plus générales au sujet du "nouvel ordre économique international". Dans l'état présent de 33 ratifications (il en faut au moins 60) l'on ne peut

(27) de Lacharrière, La réforme du droit de la mer et le rôle de la Conférence des Nations Unies, dans : Le nouveau droit de la mer, Paris, 1983, p. 1 s.

(28) V. pour le contexte le document A/CONF. 62/122, 6 octobre 1982 ; n'ayant pu faire l'objet d'un consensus, la Convention a dû être soumise au vote. Lors de ce vote, la Convention fut adoptée par 130 voix contre 4 (Etats-Unis, Israël, Turquie, Vénézuela), avec 17 abstentions (entre autres la R.F.A.). V. Lévy, La Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Paris, 1983 ; Jaenicke, The Law of the Sea Convention and the Development of a New International Economic Order, dans : Oppermann et Petersmann, op. cit., p. 147 s.

pas encore dire si ou quand la "Convention de Montego Bay" entrera en vigueur. Jusqu'à maintenant, aucun pays riche n'a adhéré à la Convention (29).

Mais d'un autre côté est déjà évident l'influence qu'exerce la Convention sur la pratique des Etats et l'évolution juridique. Non seulement on cite continuellement ses dispositions pour fonder des arguments juridiques ; mais aussi la plupart des Etats basent leur propre politique juridique concernant le droit de la mer sur ses articles, du moins dans les zones maritimes soumises à leur juridiction nationale (entre autres le plateau continental, la zone économique exclusive de 200 milles) (30). Parallèlement cette Convention incite de nombreux Etats à développer des activités politiques dans le domaine du droit de la mer. Et parfois l'on peut observer une tendance à utiliser la Convention simplement comme une sorte de mine dont on retirerait les pierres appropriées.

Dans ces circonstances c'est à la pratique juridique que revient une importance particulière afin de faire respecter ces règles. En tant qu'Etat non signataire, la R.F.A. ne peut cependant se servir de la nouvelle Convention aussi efficacement que le font les Etats signataires en l'utilisant comme base d'argumentation contre p. ex. la tendance à la "Terranisierung des Meeres", c'est-à-dire la tendance de soumettre des zones maritimes toujours grandissantes à un régime analogue de celui du territoire national (31).

Mais si, d'un côté, la R.F.A. considère que les parties "générales" et traditionnelles de la Convention (concernant notamment la mer territoriale et la haute mer) servent presque sans restriction de mesure et de point d'orientation pour sa propre action ou réaction politique dans ce domaine, elle refuse néanmoins la partie qui traite de l'exploitation minière des fonds marins riches en nodules (32). Bonn a indiqué plusieurs fois des

(29) Le nouveau droit de la mer, op. cit., préface, p. VIII : "Il n'est pas acquis que l'objectif d'universalité inscrit à son article 305 soit jamais atteint". de Lacharrière, ibid., p. 32 : "... si l'on tient essentiellement à la participation de certains Etats à une Convention, il est contradictoire de rédiger celle-ci de telle sorte que cette participation soit refusée".

(30) En général, on affirme que le principe d'une zone économique exclusive a acquis valeur coutumière, en raison de la multiplication des législations nationales. V. de Lacharrière, op. cit., p. 30 : "... on peut normalement espérer que la convention elle-même constituera un "texte de référence" ... En conséquence, l'homogénéité substantielle du droit coutumier et du droit conventionnel diminuera l'importance de la diversité de leurs origines".

(31) Le phénomène bien connu de la "creeping juridiction". V. Graf Vitzthum, The Terranisation of the Ocean, dans : Law and State, 1977, p. 124 s.

(32) de Lacharrière, op. cit., p. 14 : "L'idée d'une appropriation collective des fonds marins internationaux et de leur gestion par une sorte de quasi-gouvernement mondial de la communauté internationale est expressément motivée par le fait que ce régime d'égalité dans l'appropriation sera en pratique aussi favorable aux pays en voie de développement que le régime d'égalité dans le droit de libre exploitation sera

améliorations qui devraient y être apportées. Cette critique concerne avant tout le complexe du transfert de technologie (mais on critique de même cette mégalomanie dans la politique d'organisation), c'est-à-dire le droit de la future Autorité internationale des fonds marins d'édicter des dispositions réglementaires dans le domaine du transfert de technologie.

A la fin des années 60, ce sujet n'occupait encore qu'une place subordonnée ; mais dans la deuxième moitié des années 70, il se développait de plus en plus en un point de litige principal au sein de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Et c'est entre autres à cause des dispositions du transfert de technologie que la réglementation de la "Zone" (c'est-à-dire les grands fonds marins) de la nouvelle Convention n'a pas été acceptée par les Etats occidentaux principaux.

Relativement au transfert de technologie, le groupe des pays pauvres pensait pouvoir statuer, dans le secteur du droit de la mer, l'exemple d'un "nouvel ordre économique international" et arriver ainsi à promouvoir par étapes la reconstruction sectorielle d'un ordre global (33). La participation en commun au "fond marin, patrimoine commun de l'humanité" -l'idée d'un domaine public international affecté à une gestion collective- ne semblait guère possible dans la perspective du Groupe des 77 sans que même les pays les plus pauvres puissent *directement* prendre part à l'exploitation des fonds marins (donc pas seulement financièrement) (34).

Mais ici s'impose une différenciation détaillée. Les dispositions de la Convention de 1982 qui n'ont pas trait à l'exploitation des fonds marins (navigation, protection du milieu marin, pêche, recherche scientifique marine) ne prévoient aucune obligation d'opérer un transfert de technologie. Il en est de même quant aux secteurs du plateau continental. On parle plutôt de façon générale de coopération, d'échange d'informations

avantageux pour les pays puissants. Entre deux sortes d'égalité, toute deux avantageuses mais pour des groupes d'Etats différents, le Tiers monde a très normalement choisi la version de cette égalité qui sert ses intérêts". V. aussi Bennounh, Les droits d'exploitation des ressources minérales des océans, dans : Le nouveau droit de la mer, op. cit., p. 117 s. ; Declaration Adopted by the Preparatory Commission on 30 August 1985 (LOS/PCN/72) ; Progressive Development, op. cit., paragraphs 196 s. V. aussi Graf Vitzthum, The European Economic Community, the Law of the Sea Development and a New International Economic Order, dans : Oppermann et Petersmann, op. cit., p. 243 s.

(33) V. Prill, Technologie und Meeresnutzung, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 38 (1978), p. 801 s. ; de Lacharrière, op. cit., p. 2 ; Dupuy, L'Océan partagé, Paris, 1979, p. 242 s.

(34) de Lacharrière, op. cit., p. 16 : "Les plus fervents adeptes du "patrimoine commun de l'humanité", ne vont pas jusqu'à lui permettre de s'élargir à leurs propres dépens et se montrent fort acharnés à soustraire à l'action de l'Autorité internationale ... toute portion de ces fonds qu'ils pensent pouvoir revendiquer pour eux-mêmes. Autrement dit, on n'internationalise que ce que l'on ne peut pas s'approprier ...".

scientifiques etc. (35). Le transfert doit être réalisé soit au moyen d'une coopération bilatérale ou multilatérale soit en passant par des organisations internationales.

Dans le domaine de la protection du milieu marin, l'art. 202 de la Convention de 1982 prévoit des aides techniques aux pays pauvres. Un accord général était rapidement trouvé au sujet de ces dispositions selon lesquelles les Etats détenteurs de technologie ne doivent que fournir des efforts en vue d'une amélioration du transfert (36). A un autre niveau, l'on peut supposer que le transfert de résultats de recherche - vraisemblablement beaucoup plus intéressant- se fera à partir de zones soumises à la juridiction nationale. La plupart de la recherche scientifique sera soumise dans l'avenir à la permission préalable des Etats riverains concernés (37). Les conditions de transfert des Etats pourront être réglées dans le cadre de la permission accordée : le transfert des résultats posé comme condition de permission.

D'autre part, les dispositions fondamentales relatives au transfert de technologie pour l'exploitation des fonds marins sont énoncées -en termes assez vagues- par l'art. 144 de la Convention de 1982 et l'art. 5 de l'annexe III. Le transfert n'y semble également pas revêtir de forme obligatoire ; du moins on n'y trouve à première vue aucune obligation juridique ou restriction de la liberté contractuelle qui pourraient y correspondre. La portée de ces dispositions ne se laisse pourtant évaluer que si l'on se rend compte du fait que, selon le schéma de la Convention, l'accès aux régions non-nationales du fond marin ("area", la "Zone") est soumis à un accord préalable avec la future Autorité internationale. L'octroi, sous forme contractuelle, d'une concession peut être juridiquement assorti d'une obligation de transfert de technologie ; mais en réalité, on pose ici le principe du "quid pro quo" : *l'accès aux ressources en échange de technologie* (y compris la technologie mise à disposition par les sous-traitants) et cela à des conditions aujourd'hui peu prévisibles (38).

A cause de ce mécanisme dirigiste, des entreprises peuvent se voir contraintes de céder en-dessous du prix du marché des

(35) V. p. ex. art. 119, 200, 242, 244 de la Convention de 1982 et sa partie XIV (art. 266-278). V. Dupuy et Vignes, Traité du nouveau droit de la mer, Paris/Bruxelles, 1985, p. 975 s.

(36) G. Himmler-Kleber, Technologietransfer und neuere Seerechtsentwicklung, Ebenhausen, 1982, p. 11.

(37) V. art. 246 de la Convention de 1982.

(38) Les destinataires potentiels des technologies sont des entreprises minières transnationales, l'"Enterprise", ainsi que (annexe III, art. 5.3 e) des Etats tiers. En tout cas et jusqu'à l'expiration d'un délai de dix ans suivant le début de production commerciale par l'Enterprise, des clauses de transfert de technique font nécessairement partie de tout contrat d'exploitation minière (art. 2.7, annexe III). V. p. ex. Dupuy et Vignes, op. cit., p. 574 s.

technologies à des firmes concurrentes, p. ex. celles des pays au seuil de l'industrialisation ou celles du bloc socialiste. A cela s'ajoute le fait supplémentaire aggravant que la Convention de 1982 (et annexe III, art. 5) prévoit une procédure arbitrale peu convaincante pour le règlement des litiges. Celle-ci ne peut guère garantir un contrôle effectif des mesures que l'Autorité internationale des fonds marins prendra (ou pourra omettre de prendre) face aux concessionnaires (39). Comme on l'a déjà mentionné, il manque jusqu'à présent des réglementations qui assurent une compensation économique adéquate pour la prestation du transfert.

Pourtant, la "Commission préparatoire à la création de l'Autorité internationale des fonds marins et du Tribunal international du droit de la mer" créée par la Résolution I de la Conférence (la Résolution II, aussi importante, traite des investissements préparatoires dans les activités préliminaires), peut y apporter les améliorations indispensables. Car, quand la Convention -tout comme des textes de la C.N.U.C.E.D.- parle de "fair and reasonable commercial terms and conditions" (40), elle laisse trop de place à des interprétations divergentes.

Dans leur ensemble, les dispositions concernant le transfert ne sont pas acceptables pour les pays riches (41). Cela également en raison de l'effet préjudiciel que pourrait produire ce droit au transfert de technologie (pour les fonds marins) sur l'ensemble des décisions à prendre au sujet du "nouvel ordre économique international". Il faut empêcher que l'on crée ou concède ici, en partant d'un point "isolé", c'est-à-dire à partir du transfert de technologie pour l'exploitation des fonds marins, les premiers éléments d'un ordre dirigiste ; ce que l'on ne pourrait réaliser en partant d'un concept général.

Les Etats occidentaux désirent une solution internationale en vue de compléter et de protéger leurs *législations nationales* (42) au sujet de l'exploitation des fonds marins -avec lesquelles

(39) V. dans la Convention les art. 188 al. 2, 189, 190 et l'art. 5 al. 4 de l'annexe III. Selon Himmler-Kleber, op. cit., p. 121, les modalités du transfert de technologie ne sont pas justiciables. Pour les litiges résultant du régime de l'exploitation des fonds marins la Chambre marine de la C.I.J. pour le droit de la mer (à instituer à Hambourg) serait compétente. V. aussi Dupuy, op. cit., p. 248 s.

(40) Un point positif mais limité est représenté par la déclaration interprétative au sujet de cette notion que Bonn a pu obtenir en 1980. Selon celle-ci seuls les coûts de recherche et de mise au point du produit transféré doivent être restitués.

(41) La France et le Japon ont préféré ne pas s'isoler de l'écrasante majorité des Etats signataires et ont également signé la Convention de Montego Bay.

(42) Pour la R.F.A. : Gesetz zur vorläufigen Regelung des Tiefseebergbaus (loi du 16 août 1980, dans la version du 12 février 1982), BGBl. 1980 I, p. 1457, et BGBl. 1982 I, p. 136 ; I.L.M. 1980, p. 1217 et 1982, p. 551. Übereinkommen über vorläufige Regelungen für polymetallische Knollen des Tiefseebodens, BGBl. 1982 II, p. 93 = I.L.M. 1982, p. 950. Cf. Orrego-Vicuna, Les législations nationales pour l'exploitation des fonds des mers et leur comptabilité avec le droit international,

ils sont en train de construire un système alternatif (des pays industrialisés)- laquelle assurerait une protection aux investissements et comprendrait entre autres des règles (néo)- "libérales" pour le transfert de technologie (43). Les dispositions de la Convention de Montego Bay concernant la transmission de technologie dans le domaine de la protection de l'environnement pourraient servir de modèle.

Les conditions propices à une négociation nouvelle au sujet de la réglementation de l'exploitation des fonds marins au sein de la Convention de 1982 ne sont pas encore apparues. Primairement, cela vaut pour les E.U., et sans eux, rien ne va. De plus devra encore progresser le processus partiel de désillusion chez les pays pauvres. En dernier lieu, des incertitudes supplémentaires s'ajoutent à cause de la crise financière des N.U. Les 33 parties contractantes actuelles de la Convention ne couvriraient que 3 % des coûts qu'engendrerait le régime des fonds marins de la Convention (y compris la C.I.J. pour le droit de la mer).

En tout, *deux "régimes"* se forment actuellement pour l'exploitation des fonds marins. D'une part, la *Convention de Montego Bay* qui accélère le transfert technologique, qui n'est pas encore en vigueur mais qui prend de plus en plus forme, en particulier depuis un compromis récent (44) au sein de la Commission préparatoire au sujet des conflits territoriaux entre l'U.R.S.S., la France, le Japon et l'Inde. D'autre part, émerge l'esquisse d'*un "régime" des fonds marins fournie par les pays industrialisés* importants. Elle représentera non seulement le "vouloir" mais aussi le "pouvoir" et le "savoir-faire". Pourtant, cette esquisse ne met pas l'accent sur le transfert de technologie.

En dépit des différences fondamentales entre la philosophie respective de ces deux régimes, on peut y observer déjà aujourd'hui une certaine convergence (45).

A.F.D.J. 1978, p. 810-826. Pour la loi française n° 81-1135 du 23 décembre 1981 v. Apollis, La loi française sur les fonds marins internationaux, R.G.D.I.P. 1983, p. 105-144. La date du 1er janvier 1988 a été retenue pour la délivrance des permis d'exploiter. V. Nguyen Quoc, op. cit., p. 1029.

(43) Dans la deuxième moitié des années 80, des licences nationales pour l'exploitation ont été accordées par Washington, Londres et Bonn. Au sein de différents comités des N.U., toutes les activités concernant les ressources des grands fonds marins qui ne reposaient pas sur la Convention de 1982 étaient injustement déclarées contraires au droit international public.

(44) V. Understanding for Proceeding with Deep Sea-Bed Mining Applications and Resolving Disputes of Overlapping Claims of Mine Sites, I.L.M. 1986, p. 1326 s.

(45) V. p. ex. UN Chronicle, août 1986, vol. XXIII, p. 107. La communauté internationale est déjà habituée à vivre avec des conventions sur le droit de la mer qui ne lient qu'une partie des Etats : c'est le régime sous lequel elle vit depuis 1958.

2 - Transfert de technologie et négociations au sujet de l'Antarctique

Des problèmes parallèles résultent des négociations confidentielles dans le contexte d'un régime pour les ressources naturelles de l'Antarctique. Les "Etats en consultation", parmi lesquels la R.F.A. (46), ont décidé de créer un régime pour l'exploitation. Avertis par la dynamique propre des conférences internationales difficilement maîtrisable, ces Etats (47) ont pris l'initiative afin de prévenir les tentatives de certains Etats du Tiers Monde en vue de faire de l'exploitation de l'Antarctique le thème permanent des N.U. et de continuer ainsi leur stratégie du découpage en secteurs : la déglobalisation.

Le Traité sur l'Antarctique (48) ne réglemente pas les questions de l'extraction de ressources minérales - et non plus le transfert des technologies correspondantes. Des intérêts contradictoires font jour sur quatre plans au sujet d'un régime pour l'exploitation des ressources minérales (49) :

- Entre les Etats qui se prévalent de droits de "souveraineté territoriale" et ceux qui ne le font pas ; des 18 "Etats en consultations", 7 font valoir sur l'Antarctique des droits de souveraineté, qui se recoupent en partie ; parfois on demande des droits plus importants dans "ses" territoires ;
- Entre les "Etats en consultation" et ceux qui ne font pas partie des consultations ; ces derniers -donc le grand nombre des pays en voie de développement- veulent également prendre part à ce régime futur ;
- Entre l'Ouest et l'Est ; ainsi l'U.R.S.S. aspire à obtenir des garanties de participation au sujet de "joint ventures" et (de façon semblable pour d'autres secteurs et déjà pour le régime concernant les grands fonds marins) dans la plus large mesure l'application de la règle de l'unanimité ou de consensus (de cette manière toutes les activités dépendraient en dernier essor de l'approbation par Moscou) ;
- Entre le Nord et le Sud ; certains pays en voie de développement cherchent à recevoir une garantie pour occuper

(46) Elle a investi depuis 1979 350 millions de Marks allemands en vue de l'Antarctique (v. l'art. IX al. 2 du Traité sur l'Antarctique).

(47) Lors de la Troisième Conférence des N.U. sur le droit de la mer, ces Etats ont réussi à exclure de ces négociations le sujet de l'Antarctique. V. Dupuy et Vignes, op. cit., p. 463 s.

(48) V. UNTS 402, p. 71. Ce Traité est entré en vigueur pour la R.F.A. le 5 février 1979 (BGBl. 1979 II, p. 420).

(49) Contrairement aux conventions déjà existantes pour la protection des ressources marines vivantes, la question de l'utilisation des ressources minérales de l'Antarctique reste jusqu'à maintenant sans réglementation ; Lagoni, Antarctica's Mineral Ressources and International Law, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 39 (1979), p. 1, 7 s.

des sièges dans les organes futurs du "régime" ; de plus les "pays du Sud" veulent participer non seulement aux profits financiers éventuels mais également aux activités mêmes ; c'est ici que repose comme déjà pour l'exploitation des fonds marins, le point de départ le plus concret pour demander le transfert de technologie, mais aussi pour introduire la question particulière concernant l'Antarctique aux débats généraux sur l'ordre économique international (50).

3 - Transfert de technologie et droit de l'espace extra-atmosphérique

Contrairement, p. ex., à la Convention de Montego Bay, le droit de l'espace (51) ne contient pas de dispositions spéciales au sujet du transfert de technologie. Cependant, cela ne signifie pas que la technologie spatiale joue un rôle moins important pour "les 77". Au contraire, dans certains domaines cette technologie déjà réalisée et très spécialisée (p. ex. l'exploration de la terre par voie de satellite) est d'une importance encore plus grande pour les pays en développement que celle qui toucherait à l'exploitation minière -encore non réalisée- du fond des océans ou de l'Antarctique.

Ceci est particulièrement valable pour les télécommunications et la télédétection. Ainsi il y a déjà environ 140 satellites qui se trouvent en orbite géostationnaire, parmi lesquels plus de 80 satellites de communication. Et apparemment, il y aurait encore assez d'"aires de stationnement" pour les nouveaux venus du Tiers Monde. Mais d'un autre côté, la technologie spatiale est si compliquée et si coûteuse qu'il n'y a que peu de pays en voie de développement qui peuvent l'acquérir par leurs propres moyens. Néanmoins, la Chine, le Brésil, l'Inde, et l'Indonésie ont pu entrer dans ce "club", dans ce "terrain d'affaires". Pourtant beaucoup d'autres n'auront guère de chance d'y participer (52).

---

(50) Comme dans le secteur du fond des océans, la R.F.A. cherche à obtenir dans le contexte de l'Antarctique une réglementation correspondant à ses idées pour une politique fondée sur les règles de l'économie du marché. Ces idées sont p. ex. l'absence d'un transfert obligatoire de technologie. L'aspect particulier de l'aide au développement se trouve à un niveau tout autre. Le transfert d'une "technologie pour l'Antarctique" et la mise à disposition de biens d'équipement pour l'exploration et le cas échéant l'exploitation de l'Antarctique feront de plus en plus partie de l'aide technique aux pays pauvres.

(51) Sources juridiques : Weltraumvertrag vom 21. Januar 1967 (BGBl. 1969 II, p. 1969 = UNTS 610, p. 205) ; Rettungsabkommen vom 22. April 1968 (BGBl. 1971 II, p. 238) ; Haftungsabkommen vom 39 März 1972 (BGBl. 1975 II, p. 1210 = I.L.M. 1971, p. 965) ; Registrierungsabkommen vom 14 Januar 1975 (BGBl. 1979 II, p. 651 = I.L.M. 1975, p. 43) ; Mondvertrag vom 18 Dezember 1979 (I.L.M. 1979, p. 1434) ; ITU, Final Acts of the World Administrative Radio Conference, Geneva 1977 (1980). V. aussi Nguyen Quoc, op. cit., p. 1064 s.

(52) C'est-à-dire ces Etats n'y arriveront pas tous seuls, dans cette mesure ils ne

Dans le domaine des *télécommunications* (53), les satellites permettent, pour la communication individuelle ou de masse, de réaliser des améliorations substantielles face aux liaisons purement terrestres. Non seulement des Etats insulaires comme l'Indonésie peuvent mettre en place de manière plus simple, plus rapide et moins coûteuse un système appuyé sur satellite, une fois qu'ils auront acquis la connaissance et le savoir-faire techniques. Une communication en bon état de fonctionnement constitue la condition élémentaire du développement économique. De plus les satellites rendent possible une amélioration qualitative de la communication de masse à travers de plus grandes distances. Désormais les images par satellites peuvent être captées directement par des postes de télévision individuels. Ceci n'est pas seulement important pour l'information politique ; plus importante encore est la possibilité de pouvoir augmenter ainsi le niveau de formation et en particulier d'améliorer l'alphabétisation (54).

Dans le domaine du droit international public, le litige porte surtout sur un aspect partiel du problème qui est soumis aux discussions à l'Assemblée générale des N.U. et à l'Union Internationale des Télécommunications (U.I.T.) : à savoir *la télévision par satellite captée directement* ("D.B.S.") allant au-delà des frontières nationales (55). Plus généralement, la matière des télécommunications spatiales est dominée par une donnée technique : les fréquences utilisables sont une "ressource limitée" dont la gestion et la répartition sont confiées à l'U.I.T.

Sur d'autres terrains la coopération internationale fonctionne dans son essentiel depuis des années. Ceci est d'abord valable pour le domaine bilatéral. Ici Bonn dispose au niveau scientifique et technique de relations excellentes avec le Tiers Monde - en partie avec les mêmes pays qui prennent des positions complètement opposées dans la Commission des N.U. pour l'espace extra-atmosphérique (p. ex. l'Inde). Ces derniers

---

deviendront jamais des nations spatiales. Mais à cause d'une coopération régionale (p. ex. dans Arabsat) ou internationale (p. ex. dans Inmarsat) moins coûteuse les chances ont considérablement augmenté. Le cercle des Etats membres de l'Inmarsat peut en être un indice.

(53) V. pour les particularités techniques Engelhard, Satellitendirektfernsehen - neue Technologie für einen besseren internationalen Informationsfluss, Frankfurt/M. 1978, p. 21 s. ; Matte, Aerospace Law - Telecommunications Satellites, RdC 166 (1980-I), p. 119 s.

(54) "La télévision scolaire" - ce qui est très litigieux du point de vue de la politique d'aide au développement. Le projet en Inde a été un échec.

(55) V. p. ex., Engel, Das Völkerrecht des Telekommunikationsvorgangs, Rabels Zeitschrift für ausländisches un internationales Privatrecht 1985, p. 90 s.. Rudolph/Abmeier, Satellitendirektfunk und Informationsfreiheit, Archiv des Völkerrechts 21 (1983), p. 1 ; Bueckling, Grenzüberschreitendes Direktfernsehen durch Satelliten rechtlich gesehen, Neue Juristische Wochenschrift 1981, p. 1113 s. ; Rudolf, Informationsfreiheit und Satellitenrundfunk im Völkerrecht, dans : Festschrift Zeidler, Berlin 1987, p. 1869 s.

savent profiter de ce que la composition personnelle varie entre les comités bilatéraux et multilatéraux et qu'il n'y a que peu d'harmonisation entre ces comités (l'on se sert de l'un pour déjouer l'autre).

Puis il faut mentionner que l'Inmarsat (56) représente la seule organisation où l'Occident et l'Est cohabitent en bonne intelligence. Ensuite, il faut mentionner *l'Intelsat* (57), une organisation regroupant 112 Etats en vue de l'utilisation de satellites, dont les 16 satellites de communication et les 850 stations au sol servent déjà 160 Etats au moins (58). Au niveau régional il convient de mentionner Eumetsat, Interspoutnik et surtout Arabsat, une organisation d'Etats arabes qui possède non seulement son propre satellite de communication, mais de plus envisage comme une tâche principale de soutenir financièrement et techniquement l'aménagement de stations terriennes. L'Australie, le Brésil, l'Inde, l'Indonésie et le Mexique ont déjà "leur" satellite de communication ; les E.U. à eux seuls ont environ 25 satellites (59).

Au total on peut remarquer que jusqu'à maintenant tous les Etats ayant ce désir et pouvant le financer, étaient capables d'utiliser cette technologie. De même, il existe un certain nombre de pays pauvres qui se sont procuré aujourd'hui ces connaissances et savoir-faire réels - avec l'aide technique des Etats riches occidentaux et sans que l'on ait dû suivre de vives discussions sur le "transfert de technologie" dans le sens d'un "nouvel ordre international de l'information".

A l'initiative de pays en voie de développement, l'on a en partie remplacé vers la fin de l'été 1985 la règle générale (et "libérale") de distribution -le premier arrivé occupera la meilleure place, c'est-à-dire utilisera le vecteur de l'espace qu'il désire, les fréquences dont il aura besoin etc.- par un plan d'attribution qui va être géré par l'U.I.T. (même si cela ne concernera dans l'essentiel que des bandes de fréquence jusqu'à aujourd'hui très

(56) Inmarsat sera largement actif également dans le domaine des communications en cas de catastrophes (haute mer, aviation civile), ce qui permet de sonder sans trop de controverses, vue la tâche, la coopération internationale - surtout entre le Nord et le Sud. Les services d'Inmarsat sont payés par les utilisateurs.

(57) I.L.M. 1971, p. 909 s. ; v. à ce sujet Matte, Droit aérospatial, Montréal/Paris, 1982, p. 146 s.

(58) Le but est "de fournir sur une base commerciale la partie de l'espace nécessaire pour pouvoir mettre à la disposition de toutes les régions du monde des services publics des télécommunications d'une haute qualité et fiabilité sur la base de non-discrimination" (l'art. III lit. a de la Convention Intelsat) ; donc même ceux qui ne sont pas membres de cette Convention peuvent utiliser ces installations. Intelsat est exploité de façon commerciale.

(59) L'Inde qui était entre temps handicapée par les réglementations de l'Intelsat, a acquis un certain niveau de développement technique et coopère maintenant avec succès avec les E.U. et autres Etats.

peu utilisées) (60). Ainsi même, le pays le plus pauvre et le moins avancé dans les technologies aura la certitude de pouvoir disposer en orbite d'au moins une position géostationnaire ; peu importe le moment où il sera prêt à le faire du point de vue technique et financier. Il s'agit d'attendre pour voir si l'on réussit par le moyen de ce plan international à améliorer réellement la participation des pays en voie de développement aux activités spatiales et aux résultats qu'elles donnent. On ne peut pas non plus estimer dès maintenant si le compromis de l'U.I.T. de 1985 aura marqué une date importante pour la codification d'un ordre futur de l'espace extra-atmosphérique (61).

Les efforts en vue d'un régime de l'exploration par satellite sont déjà plus avancés. La *télédétection* est une technique qui donne la possibilité d'étudier la terre à partir de l'espace. Les possibilités d'application sont nombreuses. Des analyses de l'atmosphère permettent p. ex. une meilleure prévision des conditions météorologiques que les moyens terrestres (chutes de pluie, cyclones, etc.). De même, on peut constater de façon plus globale le degré de pollution de l'air. On peut détecter plus tôt des tremblements de terre. Des informations sur l'espèce et la qualité des plantations permettent des prévisions pour le résultat de la récolte et une lutte antiparasite plus effective. S'il est vrai que l'on ne peut en général détecter de cette façon des richesses du sous-sol, il n'en est pas moins vrai que l'on peut ainsi mesurer la qualité, le courant et la température de l'eau (62). Dans l'ensemble, l'exploration à distance sert dans le domaine de la prévention de dangers ainsi qu'à l'amélioration de l'utilisation des terres et dans l'aménagement du territoire. C'est pour ces raisons que la télédétection revêt de l'importance pour le Tiers Monde.

Les pays pauvres se sont longtemps souciés principalement de ce que les résultats de la télédétection puissent être utilisés à leur dépens - ce qui les a amené à exiger des droits d'approbation *préalable* pour les pays explorés ("prior consent"). Mais dans la deuxième moitié des années 70, un changement de position a eu lieu (en substance et quant à la stratégie, mais non quant à la rhétorique). Depuis, "les 77" s'efforcent principalement de tirer le

(60) V. Becker/Cremers, Gleichberechtigter Zugang zum geostationären Orbit, Zeitschrift für das Post- und Fernmeldewesen 1986, p. 57 s. ; Bueckling, Orbitnahme im Weltraum ? Bayerische Verwaltungsblätter 1987, p. 296 s.

(61) Toutefois, le fait que la capacité des "géo-satellites" soit toujours croissante, leur longévité toujours plus grande et la possibilité de les positionner de façon plus précise ne signifie pas pour autant que la tendance de chaque pays en voie de développement soit de vouloir introduire "son" satellite. Il est plus judicieux d'utiliser les canaux nécessaires par voie de "leasing" ou d'exploiter en commun un satellite.

(62) Cela permet de tirer des conclusions pour la pêche ; la télédétection est devenue indispensable dans ce domaine. Du fait des courants etc. on peut déduire l'existence de fonds riches en poissons.

plus grand profit de cette technologie, donc de réaliser un transfert des informations ainsi obtenues. Les données en provenance du Landsat se sont avérées être d'un grand soutien, et on a pu facilement se les procurer (63) ; par contre les dangers que l'on a redoutés ("espionnage des matières premières", mise à profit de mauvaises récoltes, etc.) sont restés dans une large mesure irréels. De plus, un certain nombre d'Etats ont des stations terriennes qui peuvent capter directement les informations des satellites (64).

En novembre 1986 on tombait unanimement d'accord au sein des N.U. sur un catalogue de principes relatifs à la télédétection qui certes prévoit des égards obligatoires mais n'exige toutefois aucune approbation préalable pour l'obtention des données ou leur diffusion (65). Au contraire, il existe selon cette Résolution un droit des Etats ainsi explorés d'accéder librement aux données et de participer aux programmes qui concernent leur territoire ; concernant la protection de l'environnement et celle en cas de catastrophes, il existe même une obligation de transmission des données (66).

La réponse à la question de savoir dans quelle mesure ces principes font déjà partie du droit international public en vigueur doit faire l'objet de différenciation. Le Traité sur l'espace extra-atmosphérique de 1967 est imprégné -du moins à première vue- de l'idée de coopération (67). Son article XI prévoit au sujet de la transmission des données obtenues par l'activité spatiale que les Etats adhérents au Traité informeront le public aussi largement

(63) V. au sujet de cette politique des E.U. p. ex. le rapport de l'Office of Technology Assessment (OTA), Remote Sensing and the Private Sector, Washington D.C., 1984 ; Public Law 98-365, 98 th Congress.

(64) Pour les satellites météorologiques il y a 125 stations terriennes, pour le programme Landsat il y en a 11 réparties à travers le monde entier ; au sujet de la position des pays en développement, v. Dutheil de la Rochère, Attitudes françaises et droit de l'espace, Annals of Air and Space Law 8 (1983), p. 957 s., 963.

(65) Draft Principles Relating to Remote sensing of the Earth from Space (I.L.M. 1986, p. 1334 s.) ; Résolution A/41/65 du 3 décembre 1986.

(66) Naturellement que dans la mesure où l'on reconnaît des données y ayant trait. Le "sensing state" n'est pas obligé de les rechercher dans la masse des données. Sans une étude parallèle au sol, l'Etat qui explore ne peut en général faire grand chose de ces données. Dans ce sens, il dépend de la coopération de l'Etat qui a été exploré ; pour cette raison il ne se plaint pas de l'obligation -de lege ferenda- de transmission des données recueillies. Mais également l'Etat exploré ne souffre pas de l'abandon d'une approbation préalable de sa part, laquelle -de lege lata- n'existe déjà pas. A long terme, la télédétection se détachera de la coopération de l'Etat exploré (la télédétection à des fins militaires remplit ici un rôle pionnier). Dans ce sens, le principe du "do ut des" de la Résolution de 1986 signifie un désavantage pour les Etats explorés ; mais du point de vue de la tactique de négociation et dans les faits, ces Etats n'auraient pas été capables d'imposer le contraire.

(67) Selon l'art. III du Traité de 1967 l'activité spatiale doit entre autres servir à promouvoir la coopération et l'entente internationales ; selon l'art. 1er, elle est effectuée dans l'intérêt et au profit de tous les pays sans considération de leur niveau économique et scientifique, et elle concerne l'Humanité entière.

que possible en vue de promouvoir la coopération internationale. En partie, on en déduit finalement un droit des Etats de décider librement s'ils veulent délivrer des données (68). Selon une opinion différente cette interprétation (néo-)"libérale" ne rendrait pas justice au Traité de 1967. D'après cette opinion "progressive", il faudrait partir de l'idée qu'il existe en principe une obligation de transmettre des données ; exception faite pour les cas où des intérêts particuliers des Etats explorateurs - p. ex. en matière de politique de sécurité (69).

Mais il existe encore une troisième interprétation médiatrice, qui part de l'idée, qu'en cas d'une télédétection par satellite, l'avantage et l'intérêt de chaque Etat ainsi exploré sont d'une importance particulière. Et qu'importe la solution du litige fondamental entre les deux opinions précédentes ; il faudrait reconnaître l'obligation des Etats qui transmettent en principe les données obtenues au moyen de la télédétection à des tiers, de donner l'accès à ces informations également aux Etats qu'ils ont explorés. Dans la mesure où il y aurait déjà un droit au libre accès, il existerait une obligation de transmission -p. ex. dans le domaine de la protection de l'environnement ou de la prévention des catastrophes-, l'on ne pourrait en principe pas cerner d'intérêts susceptibles de s'opposer à une transmission (70).

De toute façon, dans la pratique actuelle, la coopération posait jusqu'à maintenant peu de problèmes. A l'avenir, des difficultés pourraient résulter du fait de la privatisation du programme Landsat au cours de la politique "laisser-faire" de l'Administration Reagan. Mais il se pourrait que la concurrence par le système français Spot, qui possède une capacité exceptionnelle de résolution ou séparation des dates, empêche une montée des prix. Au sujet de la question des coûts, le catalogue des principes de 1986 édicté par les N.U. prévoit une transmission de données à des prix raisonnables. La législation des E.U. (71) protège les données obtenues par la télédétection ; mais elle exige

(68) V. Dolzer, International Cooperation in Outer Space, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 45 (1985), p. 527 s. et 535 s. ; Myers, Remote Sensing and National Sovereignty over Natural Resources, California Western International Law Journal 1984, p. 22 s., 31.

(69) V. Gorove, Studies in Space Law, Leyden, 1977, p. 58 ; Robinson, For a Worldwide Utilization and Dissemination of Data Aquired through Remote Sensing, dans : de Saussure (éditeur), Legal Implication of Remote Sensing from Outer Space, Leyden, 1976, p. 113, 118 s. ; Ogunbanwo, International Law and Outer Space Activities, Den Haag, 1976, p. 63.

(70) V. Kiss, Enterprise d'activités commerciales, dans : Eurospace (éditeur), International Colloquium Librespace, Paris, 1979.

(71) V. Dalbello, United States Law and Space Technology, dans : International Institute of Space Law of the International Astronautical Federation (éditeur), Proceedings of the Twenty-Seventh Colloquium on the Law of the Outer Space, New-York, 1985, p. 71 s.

en principe également une politique de diffusion des données et le respect des obligations existantes au niveau international (72).

Dans son ensemble la coopération scientifique, technique et économique fonctionne dans le secteur spatial pour les relations Nord-Sud. De nombreux Etats du Tiers Monde profitent dans une certaine mesure indirectement de la technologie spatiale des Etats industrialisés. Ils ont en principe la possibilité d'accéder (ce qui est coûteux) à cette technologie spécialisée ; quelquefois cela réussit même par le biais de l'aide au développement (cependant la Chine a au début profité de l'U.R.S.S. et non pas des Etats à économie du marché). Nous savons que le thème de l'espace est beaucoup plus problématique du point de vue de la politique de sécurité, et cela aussi bien dans les relations Ouest-Est ("SDI") que dans les relations Ouest-Ouest (négociation NASA-ESA pour la coopération militaire et civile concernant une station spatiale commune habitée qui est prévue pour 1993/94).

CONCLUSION

Il faut donc étudier la coopération internationale dans le domaine technologique dans un contexte politique global et de long terme. En cela, p. ex. le secteur spatial (73) ne diffère pas en principe du secteur de l'Antarctique ou du droit de la mer. Comme on l'a déjà remarqué, ce contexte politique plus général a trait avant tout à la structure future de l'ordre économique mondial. Il est important, que les secteurs individuels ne deviennent pas le point de départ de la construction d'un "nouvel" ordre économique international. Le régime juridique qui règlera l'attribution et l'exploitation des espaces non-nationaux, lesquels deviennent un enjeu économique de plus en plus important, doit rester imprégné de convictions économiques néo-libérales.

(72) Une des conditions importantes de chaque activité dans l'espace extra-atmosphérique est l'existence d'un système porteur. Avec le soutien d'Etats étrangers, l'Inde s'est p. ex. déjà procuré un tel système qui pourra également jouer un rôle dans un contexte militaire. De plus, les Américains (NASA) et les Européens (ESA) sont disposés à envoyer dans l'espace les satellites d'Etats tiers et ainsi de faire réellement participer ces pays aux vols spatiaux. La Chine est disposée à faire de même.

(73) Il convient de mentionner ici une évolution intéressante dans la Commission de l'espace des N.U. : après le vote des principes pour la télédétection en 1986 un point de l'ordre du jour de la sous-commission juridique est devenu vacant et l'on cherche un nouveau sujet. Le Groupe des 77 s'efforce sous la direction de la délégation du Chili de déposer le thème "Consideration of the Legal Aspects Related to the Access of States to the Benefits Derived from the Exploration and Utilization of Outer Space". Il s'agit ici de la problématique Nord-Sud déjà mentionnée, c'est-à-dire de la question du "nouvel ordre économique international". A ce sujet il n'y a pas de possibilité de trouver un consensus de la part des délégations occidentales.

En dépassant la réglementation concrète de chaque secteur individuel, un régime qui réduirait entre les pays hautement industrialisés et les pays peu industrialisés l'écart technologique dans l'exploration et l'utilisation de ces espaces non-nationaux, serait d'une importance fondamentale pour l'ordre international dans son ensemble. Chaque solution sectorielle influencera fortement la création et le contenu d'un ordre global futur. Chaque solution partielle convaincante donnerait la possibilité de faire porter ses fruits à un autre secteur international semblable. Les expériences faites dans un secteur individuel faciliteront la création juridique et le travail pratique dans un autre secteur similaire . En même temps, ces expériences sectorielles concrètes seront capables d'accélérer la formation d'un consensus universel pour le projet plus global : un Nouvel Ordre Economique International.

R. R. J. 1988

Pages 389 à 444

- II -

PHILOSOPHIE DU DROIT

LA PLACE DES NORMES ETHIQUES EN DROIT MEDICAL (*)

Par
Gérard MEMETEAU

Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Poitiers, chargé d'enseignement de droit médical à la Faculté de Médecine

"Si les juristes acceptent de se départir d'un positivisme appauvri et à courte vue qui les condamne à commenter le droit tel qu'il est, ils peuvent contribuer à éclairer les choix politiques et éthiques de toute législation".
J.-L. Baudoin et
C. Labrusse-Riou

"Depuis le début des années 70 aux Etats-Unis, des années 80 en France, le développement des sciences biologiques et médicales et leur application à l'homme ont suscité de multiples interrogations et même une véritable inquiétude. Ce qui avait pour objectif de porter remède à la souffrance et aux détresses de personnes marquées par la maladie ou des handicaps ne menaçait-il pas, par son essor, de porter atteinte à des valeurs fondamentales et à la dignité de la personne humaine..." (1). La

(*) Ce texte est celui d'une conférence donnée aux étudiants de maîtrise de droit de la santé de la Faculté de Droit de Sherbrooke, le 5 octobre 1987. Nous remercions Madame le Professeur Nootens, responsable de la maîtrise de droit de la santé à Sherbrooke, d'avoir bien voulu en autoriser la publication.
(1) P. Verspieren : Biologie, médecine et éthique (Le Centurion 1987, 1).

médecine ne se contentant plus de soigner, mais devenant soit "prédictive" (J. Dausset), soit prométhéenne, manipulatrice et procréatrice, la liste des réflexions morales que sa pratique suscite s'est indéfiniment allongée. Celui, écrit Mme Fagot-Largeault, qui accroît ses pouvoirs, accroît ses cas de conscience. Ces phénomènes, sur l'étude desquels se multiplient colloques, publications et controverses, ont provoqué l'émergence de ce qu'il convient d'appeler la "bio-éthique" qui, nous explique-t-on, "capture nos incertitudes et l'ensemble de nos dilemmes culturels tout autant qu'elle tente de cerner et d'identifier nos approches concrètes vers le contrôle social d'une révolution scientifico-technologique que nous ne sommes qu'en voie de comprendre" (sic. D.J. Roy (2)). Cette science en voie de développement procède d'une prise de conscience des risques humains et sociaux d'une recherche bio-médicale appliquée à l'être humain, et tente de tracer des règles de bonne conduite. Mais, "ce contrôle repose sur l'autorité morale (des) pairs et constitue, à l'échelle de l'Institution, une autorégulation. L'éthique de la recherche biomédicale de l'autorégulation, celle qu'exprime l'Association médicale mondiale dans les déclarations d'Helsinki et de Tokyo" (3).

En réalité, il ne faut point s'abuser. Ce n'est point d'aujourd'hui que datent ces difficultés (ex. : expérimentation), ni les réflexions des juristes et médecins, depuis qu'il en est, et qui pensent, pour tenter de les résoudre. La morale médicale est contemporaine de la "naissance de la médecine" (H. Ey), et il serait présomptueux de croire qu'en attendant les chercheurs contemporains le Saint-Esprit s'était mis en grève (sic. Mgr Elchinger) ! Simplement, le nombre des difficultés s'est multiplié, tandis que demeurait l'interrogation qui leur est commune : que peut faire sur l'Homme, de l'Homme, le médecin ?

Cette bio-éthique a pour mérite de mettre en relief la gravité des périls menaçant la personne humaine. Les technologies bio-médicales "grignotent" les libertés individuelles (4), les techniques d'intervention sur la procréation affectent "les structures de la parenté" (5), voire les droits de l'homme (6). "La

(2) Promesses et dangers d'un pouvoir nouveau (Cahiers de Bioéthique, Univ. Laval, I, La bioéthique 1979, 81).
(3) F.A. Isambert : Aux sources de la bioéthique (Débat, n° 25, mai 1983, 87) ; v. F.A. Isambert : La bioéthique aux Etats-Unis (Ethique et pratiques symboliques, n° 2, "Enjeux sociaux de la biologie", p. 94).
(4) J.P. Duprat : Technologies bio-médicales et libertés individuelles, aspects juridiques (Mélanges J. Ellul, 469).
(5) G. Cornu : La procréation artificielle et les structures de la parenté (Rev. da Orden dos Advogados, Lisbonne, sept. 1986, 453).
(6) B.M. Knoppers : Modern birth technology and human rights (the Am. J. of Comp. law, 1985-33, 1). V. aussi, B.M. Knoppers : Conception artificielle et responsabilité médicale, une étude de droit comparé (Y. Blais, éd. 1986). Consulter :

nature humaine, qui constituait autrefois le principe normatif de l'homo medicus, devient de plus en plus l'objet de l'homo quaerens, la cible de réalisations méthodiques toujours plus précises, plus approfondies, plus audacieuses" (7). L'importance des valeurs en cause conduit à estimer que "la référence à la conscience de chacun et à l'autodiscipline des chercheurs ne peut suffire au respect des droits personnels et de l'ordre public. Si le législateur, responsable du bien commun, manquait de vigilance, il pourrait être dépouillé de ses prérogatives par des chercheurs qui prétendaient gouverner l'humanité au nom des découvertes biologiques et des prétendus processus d'amélioration qui en dériveraient" (8). Par suite, la règle de droit, support nécessaire des principes éthiques (9), doit affirmer l'impératif et l'interdit, délimiter le champ de l'ordre public (9).

L'activité bio-médicale relève cumulativement de l'ordre éthique et de l'ordre juridique, dont il serait vain et artificiel, en dépit de certaines décisions contestables (10), d'affirmer l'indépendance, voire l'opposition. La règle de droit est-elle, à l'exclusion de la règle éthique, ou déontologique, seule impérative (11) ? Quelle illusion ! Le médecin doit son respect à l'une autant qu'à l'autre, à peine de subir le courroux des institutions professionnelles chargées d'affirmer et de faire respecter la norme morale (structures normatives) ou bien le grief de méconnaître les suggestions des autorités appelées à réfléchir à un affinement des bons usages, eux-mêmes *peut-être* impératifs (structures incitatives). C'est dans ces deux directions que je conduirai une réflexion.

I - LES STRUCTURES NORMATIVES

Pour cette appellation, qui met l'accent sur le pouvoir créateur de droit, c'est bien entendu à l'Ordre des médecins que je fais allusion, car cette Haute Institution détient, en effet, par délégation de l'autorité publique, un pouvoir réglementaire qui ne

Bioéthique dans les années 90, Omega éd. Gent, 1987, 2 vol. ; J.-L. Baudoin et Mme Labrusse-Riou : Produire l'homme, de quel droit ? (P.U.F., 1987).

(7) D.J. Roy et M. de Wachter : Médecine, éthique, anthropologie (in Traité d'anthropologie médicale, sous la direction de J. Dumont, Y. Martin, 1985, P.U. Québec/P.U. Lyon, p. 1191).

(8) Instruction "Donum vitae" du 12 février 1987, chap. III. C'est aussi l'opinion exprimée dans le rapport accompagnant l'Avis du Comité National d'éthique du 15 déc. 1986.

(9) G. Mémeteau : Méthode pour une approche du Droit médical (R.T. Dr. san. et soc. 1981-1).

(10) Exemplaire : Cass. civ. 1, 26 nov. 1981 (Dalloz 1982, 562, note Agostini ; Rev. Dr. san. et soc. 1983, obs. Dubouis).

(11) Voir l'étude importante de Mme Catherine Labrusse-Riou : Biologie, éthique et droit, R.R.J. 1985-2.

peut appartenir aux syndicats professionnels même si l'on reconnaît à ces derniers une certaine autorité sur leurs membres. C'est depuis 1845 que l'idée de la création d'un Ordre des médecins s'était exprimée, reprise plusieurs fois avant la seconde guerre mondiale, au point qu'en 1932 et 1935 le projet fut même discuté devant le Parlement. Il fallut cependant attendre la conjugaison de l'émergence d'une philosophie corporatiste et de la volonté de préserver la médecine française des emprises de l'autorité d'occupation, pour que fût définitivement créé cet organisme professionnel, non isolé, ni en France ni en dehors de nos frontières.

Institué d'abord par les lois des 7 octobre 1940 et 10 septembre 1942, puis par un décret d'Alger du 18 octobre 1943 et enfin par l'ordonnance du 24 septembre 1945 qui en constitue l'actuel support législatif, l'Ordre des médecins rassemble obligatoirement "tous les médecins habilités à exercer leur art en France" (Code de la santé publique, art. L. 381), à l'exception des médecins militaires en situation active et des médecins agents de l'Etat ou des collectivités locales n'exerçant pas l'art médical.

On s'est interrogé sur la nature juridique de l'Ordre des médecins. Dans son célèbre arrêt Bouguen du 2 avril 1943, le Conseil d'Etat a jugé que :

> "Le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de l'exercice de la profession médicale un service public ; si le Conseil Supérieur de l'Ordre des médecins ne constitue pas un établissement public, *il concourt au fonctionnement dudit service* ; qu'il appartient au Conseil d'Etat de connaître des recours formés contre les décisions qu'il est appelé à prendre en cette qualité et notamment contre celles intervenues en application de l'article 4 de la loi (du 7 octobre 1940), qui lui confère la *charge d'assurer le respect des lois et règlements en matière médicale...*".

La Haute Juridiction affirme que l'activité ordinale présente le caractère d'un service public professionnel, mais on sait également qu'un service public peut être géré par une personne privée comme par une personne publique, et, ainsi que l'écrit de M. le Doyen Auby, "L'arrêt Bouguen indique qu'il ne s'agit pas d'établissements publics, mais ne précise pas s'il faut y voir des personnes publiques ou privées". La controverse n'est donc pas close.

Les mouvements de la pensée contemporaine ont poussé certains praticiens et mêmes hommes politiques à souhaiter la modification, voire la suppression de l'Ordre des médecins. Ainsi pouvait-on lire dans le Projet socialiste pour la France des années

80 (p. 330), texte ayant pris, depuis lors, une valeur historique et doctrinale :

> "Pour favoriser le retour à une médecine plus humaine parce que moins bousculée, il faut libérer les médecins des contraintes du paiement à l'acte. Cela implique de nouvelles formes d'exercice de la médecine et la suppression des Ordres des professions de santé".

Il y a là un postulat, et une confusion. On voit mal comment d'une part le paiement à l'acte déshumanise la médecine, ni comment d'autre part sa suppression est liée à celle de l'Ordre des médecins !

L'argumentation porte surtout sur des prises de position ordinales (sur l'avortement, les sociétés civiles professionnelles) jugées par certains déplaisantes : "Il s'agit donc d'une méfiance systématique à l'égard de toute évolution, qui traduit un conservatisme étroit" (12). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence tant civile qu'administrative ne découvre pas dans l'incompatibilité de croyance ou d'humeur entre l'institution et ses assujettis une cause légitime dispensant ces derniers de leurs obligations (13). La contestation porte sur la contrainte exercée sur la liberté des praticiens, obligés pour pratiquer leur profession de s'affilier à l'Ordre. La Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 27 mai 1981, le Compte, Van Leuven, de Meyere, a admis la conformité de l'obligation d'inscription avec les stipulations de la convention du 4 novembre 1950, pourvu qu'elle "n'empêche pas les praticiens de fonder entre eux des associations professionnelles ou d'y adhérer, sans quoi il y aurait violation". La Cour de cassation, pour sa part, estime que "ni le fait que l'Ordre regroupe obligatoirement tous les médecins, ni le caractère obligatoire du paiement des cotisations, ne sont contraires à l'article 9 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou à l'article 18 du "pacte de New York" (14). L'opposition tire enfin argument, plus de quarante ans après l'événement, de la création de l'Ordre par le Gouvernement de Vichy. Mais les signatures figurant au pied de l'ordonnance du 24 septembre 1945 ne devraient-elles pas suffire à évacuer définitivement cette vieille querelle artificiellement entretenue (15) ?

(12) Exposé des motifs de la proposition de loi n° 624 du 17 oct. 1978 de MM. Gau, Bapt et autres.

(13) Cass. civ. I, 2 mai 1978 ; Gaz. Pal. 30 juil. 1978 ; Bull. civ. 368 ; Rev. trim. dr. san. et soc. 1978, 40, note L. Dubouis.

(14) Cass. civ. I, 26 avril 1983 ; J.C.P. 83.4.208 ; Gaz. Pal. 8 nov. 1983, note Dorsner-Dolivet et Scemama ; Rev. trim. dr. san. et soc. 1984, 49 note Dubouis. Cass. civ. I, 29 fév. 1984 ; J.C.P. 84.4.147 ; Gaz. Pal. 11 janv. 1984, sommaires. Paris 11 janv. 1984 ; D. 1984, I.R. 146 ; Cass. Ass. plén. 7 nov. 1986 (J.C.P. 1987, 20750, concl. Gauthier, obs. Penneau).

(15) V. E. Alfandari, Faut-il au nom des droits de l'homme, supprimer l'Ordre des

Le législateur n'est pas intervenu pour donner suite à ces critiques, si ce n'est en effaçant, le 25 juillet 1985, le caractère de faute disciplinaire du non-paiement des cotisations.

On le voit bien : c'est la fonction éthique *de l'Ordre* qui suscite les querelles, son pouvoir et ses tentatives de définir et d'appliquer une morale. En profondeur, est-ce l'institution que l'on vise, ou bien la norme dont elle est instituée défenseur ? Ripert avait vu juste : "Une révolution politique, qui change la nature et les formes du pouvoir, n'entraîne aucun changement du droit. Une révolution sociale condamne nécessairement le droit ancien et oblige le pouvoir politique à en créer un nouveau. Il n'y réussit que dans la mesure où une morale nouvelle parvient à faire oublier l'ancienne" (16). L'Ordre doit affirmer une morale ; c'est ce qu'un auteur contemporain de sa fondation écrivait (17) : "Il édicte les règles et sauvegarde les coutumes garantes de la moralité de la profession".

1°) L'affirmation de la déontologie

Le Dictionnaire Littré définit la déontologie comme étant la science des devoirs, et l'on ajoute généralement que ces devoirs sont ceux du professionnel dans l'exercice de son ministère. La *déontologie* et la *profession* sont deux termes complémentaires. Le Président Villey hésite à distinguer morale et déontologie ; on le comprend. La déontologie est une expression de la morale, dans l'ordre de l'action du professionnel. Cette expression ne peut être que normative. "Une morale du devoir est normative" écrit René Le Senne, dans son "Traité de morale générale". Et, en cela, elle se rapproche du Droit, ce qui va permettre de découvrir une possibilité de sanction.

Voyons en *premier lieu*, la *définition* de la déontologie par l'Ordre. L'article L. 382 du Code de la santé publique dispose :

- l'Ordre des médecins veille au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensable à l'exercice de la médecine, et à l'observation, par tous ses membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le Code de déontologie prévu à l'article L. 366 du présent titre.

Il assure la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale.

Il peut organiser toutes oeuvres d'entraide et de retraite au bénéfice de ses membres et de leurs ayants droit.

médecins ? Rev. trim. dr. san. et soc. 1977,I et bibliographie citée in notre ouvrage "Le droit médical, coll. jurisp. française, LITEC, 1985, n° 179).

(16) G. Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, n° 14.

(17) De Vericourt : L'institution d'un Ordre des médecins, in : Construire : études et croquis, 1941, 138.

Il accomplit sa mission par l'intermédiaire des conseils départementaux, des conseils régionaux et du Conseil national de l'Ordre".

On lit que le pouvoir de vigilance déontologique est conféré à l'Ordre dans son entier, chacune de ses instances internes disposant d'une fonction propre, et l'article L. 409 du même Code présente la mission propre du Conseil national : ce dernier remplit, sur le plan national, la mission définie à l'article L. 382 et veille à l'observation, par tous les membres de l'Ordre, c'est-à-dire par tous les médecins inscrits, des devoirs professionnels et des règles édictées par le Code de déontologie. L'attribution d'un pouvoir *réglementaire* délégué lui permettra d'exercer cette fonction (18), sous le contrôle du juge administratif saisi du recours pour excès de pouvoir. C'est ce que le Conseil d'Etat a reconnu dans l'arrêt Barry du 22 juillet 1977 : le Conseil national "a qualité pour satisfaire aux fins qui lui ont été assignées par le législateur, à mener, dans le respect de la légalité, les actions qu'il juge utiles à la défense des règles de déontologie dont il est le gardien", car "le législateur a donné au Conseil national de l'Ordre des médecins la mission, tout à la fois de donner à ses membres la garantie d'un contrôle officiel de capacité et de moralité professionnelles, de veiller à l'observation par tous ses membres des règles édictées par le Code de déontologie préparé par lui en application de l'article L. 336 du Code, et d'assurer la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale" (19). Seulement, ainsi que le Doyen Auby le fait remarquer, ce pouvoir réglementaire ne peut exister que parce que la loi le prévoit, et dans les limites de cette loi qui en précise les finalités (20).

Dans un arrêt du 29 juillet 1950, "Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables", le Conseil d'Etat avait, de façon générale, jugé que les sujétions imposées par un Ordre professionnel "ne peuvent être tenues pour légales que dans le cas et dans la mesure où les restrictions qu'elles assignent (aux libertés individuelles) dérivent nécessairement des obligations qui incombent à l'Ordre, et des mesures qui impliquent ces obligations".

Or, les textes précités, du Code de la santé publique, sont explicites ; ils font état du maintien "des devoirs professionnels" (art. L. 409 et L. 382), "des principes de moralité, probité et de dévouement..." (art. L. 382), et en dehors de ces lignes tracées par

(18) J.M. Auby : Le pouvoir réglementaire des Ordres professionnels (J.C.P. 1973, 2545).
(19) Cons. Etat, 22 juil. 1977, Rec. trim. dr. san. et soc. 1978, 40 note Dubouis ; R.D.P. 1979, 239, note Auby ; Conc. méd. 26 nov. 1977, 6965, obs. Alméras.
(20) J.M. Auby : Le droit de la santé, p. 49 et 55.

le législateur, une manifestation de pouvoir réglementaire est illicite, tout en même temps que, le long de ces chemins, cette expression peut s'affirmer avec plénitude, au point que, pour reprendre l'arrêt du 12 juillet 1977, il est permis à l'Ordre de prendre position sur les problèmes qui lui sont soumis. C'est, du moins, une lecture possible du considérant suivant : "que le moyen tiré par les requérants de ce que l'Ordre national des médecins se serait, en certaines circonstances, dans l'accomplissement de ses missions, départi de "l'obligation de neutralité" à laquelle il serait tenu, n'est pas au nombre de ceux qui peuvent être utilement invoqués à l'appui de conclusions tendant à contester la légalité d'une décision imposant des cotisations...". Le Conseil d'Etat a ainsi décidé que l'imposition de règles excédant les exigences propres de la déontologie (en l'espèce dans des clauses essentielles de contrats-types -cf. infra) était illégale (21).

Il est utile d'observer les expressions de ce pouvoir réglementaire ordinal.

A l'intérieur même de l'Ordre, la norme déontologique est véhiculée par les circulaires adressées aux Conseils départementaux par le Conseil national. En stricte analyse, ces instructions ne devraient pas être considérées comme immédiatement opposables aux médecins, mais on peut se demander si elles ne leur font pas grief, et, comme telles, ne peuvent pas être déférées au juge de l'excès de pouvoir ? Le Conseil national publie parfois des avis sur certaines questions bio-éthiques, conventionnelles, diffusés par le Bulletin de l'Ordre (et parfois par la "Grande-Presse"). J'avoue que je m'interroge sur l'aspect normatif de ces manifestations d'opinion, même si, en droit administratif, la forme de la décision importe parfois moins que le fond.

Une autre expression du pouvoir réglementaire consiste en la faculté d'édicter des clauses essentielles à l'intérieur de ce que l'on appelle les contrats-types, modèles contractuels comportant des aspects impératifs, des stipulations que les parties doivent ensuite reprendre, du moins dans leur substance, dans leurs conventions particulières. Ces clauses essentielles "présentent le caractère de décisions réglementaires de nature à être déférés au juge de l'excès de pouvoir" (22), alors que les autres clauses demeurent sans force obligatoire. Pour le Doyen Vedel, le juge exerce un contrôle sévère sur le point de savoir si les prescriptions de ces règlements n'empiètent pas sur la compétence

(21) Cons. Etat 14 fév. 1969, A.S.N.M.G., Rec. 96 : J.C.P. 1969, 15849, obs. R. Savatier ; Droit social 1969, 273, concl. Baudoin, note Dubouis.
(22) Conseil d'Etat, 14 fév. 1969, précité, et 17 nov. 1969 (Droit social 1969, 273, concl. Baudoin).

du législateur, et si elles sont nécessaires pour le respect des règles de la profession, mais ceci n'implique pas que ces contrats-types n'ont qu'à reproduire les textes déjà applicables : ils deviendraient superflus, grief que l'on peut adresser au contrat-type de S.C.P.E. qui reproduisait le décret d'application de loi de 1966, en qualifiant d'essentielles ces reproductions ! La loi s'applique déjà au contrat, de par elle-même (art. 1135 Code civil ; sic. art. 1024 Code civil Bas Canada).

Pour J.L. Baudouin, "le terme loi utilisé à l'article 1024 Code civil désigne la loi supplétive de volonté. En cas de silence, les parties sont présumées avoir eu l'intention de se référer implicitement aux dispositions supplétives de volonté édictées par le législateur" (23). Toujours pour M. Vedel, les contrats-types doivent être l'explication, l'application, de ces prescriptions de degré supérieur, non la simple reproduction (24). Jadis, le Traité de Droit médical soutenait (n° 130) l'opinion selon laquelle il ne s'agirait pas de mesures réglementaires, "mais plutôt d'instructions adressées par le Conseil national aux conseils départementaux sur la manière de concevoir le contrôle des contrats professionnels". La jurisprudence du Conseil d'Etat a démenti cette doctrine.

Mais c'est surtout dans la préparation du Code de déontologie qu'intervient le Conseil national, pour affirmer les principes de la déontologie professionnelle. Le Traité de Droit médical (n° 126) reproduit la règle de droit : le rôle de l'Ordre "est seulement préparatoire et consultatif. La loi n'a pas voulu abandonner au pouvoir professionnel la fixation des règles d'exercice de la profession, mais a entendu intégrer ces règles dans l'ordre juridique étatique en les faisant établir par décret pris après avis du Conseil d'Etat". Cela est exact, sans doute, mais l'art. L. 366 Code de la santé publique dispose que ce Code est préparé par le Conseil national de l'Ordre, le Conseil d'Etat vérifiant sa légalité.

Aussi bien, l'Ordre national peut-il légalement introduire dans ce qui deviendra un texte réglementaire sa vision propre de la déontologie, l'Etat déléguant à la profession représentée le pouvoir de rédiger ce règlement dont il se réserve seulement la sanction. L'actuel Code procède du décret du 28 juin 1979, et sa révision ne semble pas exclue, si nous avons bien compris les propos de M. le Président Villey (25), et sa comparaison avec le Code précédent, de 1955, ou avec celui de 1947, permet de suivre l'évolution des questions éthiquement les plus urgentes, la

(23) J.L. Baudoin : Les obligations, éd. 1983, n° 368.
(24) G. Vedel : Les pouvoirs de l'Ordre en matière de contrats (Bull. Ordre, mars 1971, p. 15).
(25) Conférence Fac. Droit, Poitiers, 5 juin 1987 : "La déontologie médicale, son passé, son présent, son avenir".

modification des points sur lesquels la pédagogie ordinale trouve, selon les moments, à s'exercer, le choix des valeurs dont la protection devient plus nécessaire (26). Ces choix, seule la profession peut les effectuer : la déontologie se nourrit des difficultés de la pratique, et par définition elle ne peut être imposée par des tiers. N'est-ce pas également à l'Ordre qu'il appartient d'en garantir le respect par l'infliction des sanctions appropriées ? L'Ordre contribue ainsi à l'édification d'une déontologie internationale par sa participation à la conférence internationale des Ordres et des organismes d'attributions similaires. Celle-ci a adopté le 6 janvier 1987 des "principes d'éthique médicale européenne".

Le pouvoir réglementaire de l'Ordre se double du pouvoir disciplinaire, exercé en première instance par les Conseils régionaux et en appel par la section disciplinaire du Conseil national, sous le contrôle du Conseil d'Etat, juge de cassation (27). Les instances internes à la profession constituent des juridictions de l'ordre administratif (28). Elles ont pour mission de réprimer les comportements contraires à la déontologie, commis par les médecins et il est utile de constater que, s'il n'entre pas dans leurs fonctions ni ne relève de leur nature, d'accorder aux victimes éventuelles de ces agissements des indemnités, elles n'ouvrent pas moins la porte de leurs prétoires à ces victimes, qui ont qualité pour déposer leurs plaintes transmises par le Conseil départemental et pour présenter à l'audience leurs doléances, alors même qu'elles ne possèdent pas la qualité de parties à l'instance (29), ce qui, indirectement, fait participer ces tiers au contrôle de l'application de la déontologie. Pour autant, il ne conviendrait pas de confondre ce contentieux disciplinaire même engagé par des particuliers victimes avec l'instance *civile* : il n'y a pas d'autorité du disciplinaire sur le civil, ni inversement. Pas plus ne faut-il lier abusivement ce procès au procès pénal. Les auteurs du Traité de droit médical écrivaient à ce sujet (30) : "La juridiction disciplinaire demeure donc libre en principe d'acquitter un médecin condamné pénalement, ou de condamner un médecin acquitté par la juridiction répressive. Toutefois, les faits constatés par le juge pénal doivent être tenus pour acquis par le juge disciplinaire, qui n'est maître que de la qualification à leur donner dans son domaine".

(26) G. Mémeteau : Méthode pour une approche du droit médical, Rev. dr. san. et soc., 1981, 1.
(27) Voir B.G. in notre livre "Le droit médical", n° 205, p. 127 et notre Abrégé de droit médical, p. 175 et s.
(28) Cons. Etat 25 janv. 1980 (Rec. 50).
(29) Cons. Etat 22 janv. 1958, 10 déc. 1958, 19 oct. 1979.
(30) n° 135.

Or, le procès disciplinaire présente cette vertu de n'être pas uniquement sanctionnateur, mais également d'être créateur, créateur par la jurisprudence qu'il développe, de la règle déontologique. Pour le Président Villey (31), "Le Code de déontologie médicale est utilisé par la juridiction professionnelle, il éclaire les juges, mais il ne les lie pas nécessairement. Ceux-ci ne jugent pas seulement les manquements à tel ou tel article du Code, mais aussi le comportement du médecin au regard des impératifs moraux de l'exercice de la médecine, et aussi de la probité ou de la dignité professionnelle". C'est pourquoi, d'une part, le Conseil régional peut, sous réserve que soient respectés les droits de la défense, connaître de l'ensemble du comportement professionnel du praticien poursuivi (32), d'autre part et surtout, peut ajouter aux dispositions du Code en cas d'insuffisance de celui-ci, juge le Conseil d'Etat depuis son arrêt "Teyssier" du 16 mai 1947. Découvrons l'équivalent en droit disciplinaire de l'article 4 du Code civil, et enseignons que la déontologie ne s'enferme pas dans les bornes d'un Code. C'est que la morale est assez diversifiée pour avoir besoin de la révélation par les multiplications des espèces. Le Traité de droit médical émettait le voeu que "la jurisprudence de l'Ordre, en matière disciplinaire, (contribuât) à préciser progressivement les règles de la déontologie professionnelle" (33). Ainsi que l'écrivit le Doyen Savatier, "le Conseil d'Etat rappelle d'ailleurs, au besoin, à l'Ordre, qu'il lui appartient d'apprécier l'honneur médical au fond, sans être exclue de la lettre... la juridiction disciplinaire ne doit donc pas considérer le Code de déontologie comme constituant une loi unique..." (34).

C'est donc par la réflexion de la Profession représentée par son Ordre que s'affirme, que s'affine, la déontologie. Mais, c'est une règle interne, qui ne s'impose pas aux tiers.

2°) Les rapports entre la déontologie et le droit civil

"Dans les affaires civiles et pénales (le Code de déontologie) ne lie donc pas les tribunaux judiciaires. A plus forte raison, ceux-ci n'ont-ils pas à surseoir, pour prononcer, en dehors de la juridiction ordinale, leurs décisions civiles ou pénales sur les points que ce Code règle entre médecins" (35). Ce propos exprime ce qu'il est coutume d'appeler l'indépendance du droit civil et de la déontologie.

(31) Déontologie médicale, p. 103.
(32) Cons. Etat, 19 oct. 1956, Princeteau.
(33) R. et J. Savatier, Auby et Pequignot, n° 133 in fine.
(34) R. Savatier : La juridiction disciplinaire médicale, Mélanges Brethe de la Gressaye, p. 742.
(35) R. Savatier, op. et loc. cit., p. 743.

Et cette règle prétendant cantonner chacune des deux disciplines en son strict et étroit domaine est largement affirmée par les tribunaux civils, particulièrement en matière de contrats professionnels des médecins : "Les règles de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires, et n'entraînent pas à elles seules l'annulation des contrats conclus en infraction à leurs dispositions" (36). Cette jurisprudence est considérée comme certaine, et M. le Doyen Auby écrit que l'irrégularité déontologique de la convention n'entraîne pas à elle seule sa nullité (37). Alors que le contrat doit être écrit, pour être communiqué au Conseil départemental de l'Ordre aux fins d'appréciation de sa conformité à la morale professionnelle, le défaut d'écrit n'entraîne aucune conséquence sur la validité de ce contrat (38).

Et ce n'est pas tout : la règle éthique résultant des termes du serment d'Hippocrate et excluant la demande d'honoraires entre confrères (principe constant du droit des professions libérales), est dépourvue de conséquence en droit civil : "il ne s'agit là que d'un usage confraternel qu n'a aucune force légale" (39) ! On ne sait si les juges civils ont assez compris que, jugeant ainsi, ils sapaient les soubassements de la déontologie médicale, et ouvraient la voie à des conflits de jurisprudences, donc à des conflits de devoirs. Cette position, qui méconnaît le caractère normatif du décret constituant formellement le Code de déontologie, ainsi que celui des usages non contraires à l'ordre public, n'est d'ailleurs pas unanimement défendue.

Le droit même des contrats professionnels n'hésite pas à conférer quelque valeur aux règles déontologiques, lorsqu'il dispose que le refus d'établir un contrat conforme à ces normes constitue une faute permettant de mettre à la charge de son auteur la responsabilité de la rupture des accords entre les parties (40).

"Si le Code de déontologie n'a aucune portée légale et ne s'impose pas au titre de critère juridique (sic), il n'en fixe pas moins les principes traditionnels qui s'imposent à tout médecin (Cons. d'Etat 6 janv. 1950, S. 1950, 13) ; qu'à ce titre, il a la valeur d'un usage légitimement constant dont la violation est

(36) Cass. civ. I, 18 avril 1961, Dalloz 1962, som. 9 ; J.C.P. 1961.12.184, obs. J. Savatier, cassant Limoges (and. rel.) 4 mai 1959, J.C.P. 1959.11.154, obs. J. Savatier.
(37) Le droit de la santé, p. 141.
(38) Cass. soc. 15 déc. 1970 (Bull. V, n° 720, p. 588) ; Poitiers, 28 avril 1982 (J.C.P. 1983, 20 068, et J.C.P. (E) 1984, 14 247, nos observations.
(39) Cass. civ. I, 26 nov. 1981 (Bull. I, n° 356, p. 302 ; Dalloz 1982, 562, note Agostini ; Rev. dr. san. et soc. 1983, 41, obs. Dubouis)
(40) Cass. soc. 12 janv. 1966 (Bull. IV, n° 34, p. 28 ; J.C.P. 1966, 14607, obs J. Savatier ; Dalloz 1967, som. 8) ; Cass. civ. I, 27 janv. 1961) Dalloz 1982, I.R. 272, note Penneau ; Gaz. Pal. 20 juil. 1981, Cour de cassation).

susceptible de constituer une faute civile (Savatier, Tr. dr. médical, n° 6)" (41). Rien n'est plus exact : le malade peut se prévaloir à l'encontre du médecin d'un manquement dommageable à une obligation déontologique, constitutif de faute civile, voire pénale (42). On sait qu'il a qualité pour provoquer la poursuite disciplinaire...

L'opposition traditionnellement affirmée ne repose-t-elle pas sur un certain artifice dont la logique imposerait de prétendre que le Conseil d'Etat, statuant comme juge de cassation en matière disciplinaire, ne ferait point de droit ? En réalité, la question est celle, générale, des rapports entre la règle de droit et la morale, diabolica quaestio s'il en est (43). On ne soutiendra pas que le droit médical puisse se passer d'un contenu moral.

Nous avions pensé qu'il avait pour mission de confirmer et de soutenir les valeurs essentielles de la profession, au premier chef la liberté et la dignité du malade et du médecin. Le droit d'une profession libérale dont l'activité s'exerce sur le corps et l'esprit de l'homme, doit être un droit des valeurs, dont l'expression demande à être transcrite dans les termes appropriés à la technique juridique (44), et d'ailleurs le Comité national consultatif d'éthique, dont on ne sait s'il doit exprimer ou non des valeurs identiques à celles prônées par l'Ordre (cf. infra), n'hésite pas à souhaiter que ses avis éthiques inspirent le législateur et les juges (45), tandis que l'O.M.S. doit constater, dans son programme européen de Copenhague, en 1981, le "lien étroit entre la législation sanitaire et la morale". Nous n'hésitons pas à citer le Pape Pie XII en son allocution à l'Assemblée médicale mondiale, le 30 septembre 1954 : "Le droit médical, dans son contenu, doit exprimer la morale médicale, en ceci du moins qu'il ne contienne rien d'opposé à la morale", tandis que l'Instruction Donum Vitae du 22 fév. 1987 souhaitait que la loi civile cessât de conférer une indue légitimation à certaines pratiques contraires aux normes fondamentales de la loi morale pour tout ce qui concerne les droits de l'homme, la vie humaine et l'institution familiale, avant de poser "l'exigence d'une résistance passive à la légitimation de pratiques contraires à la vie et à la dignité de l'homme". C'est le débat de la reconnaissance d'un Droit naturel immanent et s'imposant au législateur et au juge.

(41) Trib. Paix Nice, 25 sept. 1957 (Gaz. Pal. 1957.II.246).
(42) Cass. crim. 17 mai 1983 (G.P. 1983, 14 déc. som.).
(43) J.B. d'Onorio, Biologie, morale et droit, (J.C.P. 1986, 3261 et in Acts 6° Colloque Confédération Jur. Cath. France, Téqui éd. 1986, p. 29 et s.
(44) Notre étude précitée, Méthode pour une approche du droit médical, et G. Mémeteau : Morale e legge civile, Osservatore Romano, 7 mai 1987.
(45) Cf. Ambroselli et Crouzet, in Documents premières journées annuelles d'éthique 6, 7 déc. 1984.

Et c'est pourquoi il est permis de chercher des normes éthiques en dehors des règles d'une déontologie légitimement consacrée et sanctionnée, non pas dans le but ou avec le résultat de contester celle-ci, mais dans l'intention moins perverse de l'enrichir.

II - LES STRUCTURES INCITATIVES

"Le savoir scientifique ne saurait fournir les règles morales de son emploi technique. Il en fait abstraction pour se constituer, et sa norme propre est d'un autre ordre, celui de la seule fécondité scientifique de la recherche. C'est donc des réponses claires aux questions communes des hommes que peut être attendue la réfection d'une éthique médicale. C'est pourquoi le médecin moderne interpelle le philosophe" (46). Cette interrogation ne date pas d'aujourd'hui ! En tout cas, il est certain que la morale médicale s'affine par l'écoute des diverses autorités n'intervenant pas ès qualités de représentants d'institutions légiférantes.

A - Les avis des autorités morales

Lorsque même un Garde des Sceaux se flatte de recueillir l'opinion des "autorités morales", quitte à sélectionner celles-ci selon un dosage savant, il devient évident que la morale est l'âme de la législation, ou de la non-législation, ce qui rassure : n'en est-ce point fini avec l'adaptation du droit au fait (47) ? S'agissant de morale professionnelle, de déontologie, deux questions techniques se posent : qui est habilité -ou reconnu de fait- à exprimer des opinions, et quelle est la valeur juridique de celle-ci ?

1°) Les avis individualisés

Ecartons une hypothèse, celle de la recherche morale par le juge. La première raison de cette exclusion nous paraît résider en ce que le juge ne crée pas, ne définit pas, la règle morale, qui est antécédente à son jugement et s'impose à sa réflexion au même titre que les autres normes. Parfois, il est vrai, les tribunaux se laissent porter par un courant "sociologique" véhiculant une morale inconsistante. En voici un exemple, "pour apprécier le caractère offensant d'un livre pour les moeurs, le

(46) C. Bruaire, (Fayard, 1978, préface Frogé, p. 19).
(47) C. Atias et D. Linotte : Le mythe de l'adaptation du droit au fait (Dalloz 1977, ch. 25).

tribunal, qui a pour mission de refléter l'opinion moyenne, ne saurait prendre pour référence, ni l'esprit de lucre de quelques uns, ni les souhaits d'une minorité tapageuse inspirée par la dépravation et la licence" (48). On découvrira, dans les rapports éthiques accompagnant les avis du Comité national, des références à cette conception moyenne de la morale, d'une morale du plus petit dénominateur commun au nom du pluralisme : "Etant donné le caractère conflictuel d'un débat ouvert dans l'opinion publique, il convient d'en mesurer toutes les données et d'élaborer un avis qui prenne en compte les divergences et qui rende compte du pluralisme des opinions éthiques des français. Ceci doit avoir pour conséquence une analyse et une évaluation des intérêts, contradictoires en jeu afin d'aboutir à un compromis basé sur la hiérarchie de ces intérêts au regard des tiers poursuivis" (49). L'avis du 15 décembre 1986 relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro, et à leur utilisation à des fins médicales et scientifiques témoigne de la même crainte d'imposer des règles morales élevées : "L'élaboration des règles et leur mise en oeuvre implique des compromis que le principe éthique du moindre mal peut rendre tolérables. Ce moindre mal devrait être apprécié au regard des avantages et des règles immédiates, à moyen ou à long terme, qu'ils soient de nature scientifique ou médicale, psychologique ou sociale, culturelle ou philosophique. La difficulté de leur évaluation justifie des attitudes actuelles de prudence". Le vrai problème est celui du choix, par le juge, de ses références. La seconde raison est révélée par la jurisprudence : il n'appartient pas aux tribunaux de déléguer à un expert le soin de rechercher le contenu de la règle de déontologie (50). Ceci suppose que le juge connaît cette règle au même titre que la loi (Jura novit curia) et que, dès lors, la déontologie relève du corpus juridique applicable au procès (art. 12 N.C.P.C.). Elle s'impose donc au magistrat, lequel n'est pas, du reste, par sa fonction, une "autorité morale".

La doctrine, dont on peut constater le rôle créateur en Droit médical, l'influence sur l'évolution de la jurisprudence (les décisions canadiennes s'y réfèrent amplement (51), a-t-elle cette

(48) Trib. Corr. Paris 11 déc. 1972, Dalloz 1973, 469, note Becourt).
(49) Rapport sur "Prélèvement de tissus d'embryons ou de foetus humains morts à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques", in Rapport 1984 du Comité national d'éthique (Doc. française 1985, p. 27). Cf. notre commentaire, J.C.P. 1985, 3191.
(50) v. B. Oppetit : Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé in Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'Administration de la preuve (P.U.F./Fac. Droit de Poitiers 1976, p. 53 et s.)
(51) Pourquoi les juges français citent-ils rarement les auteurs ? MM. Mazeaud répondent : "Les juges ne peuvent fonder leur jugement que sur la loi et sur des raisons d'équité ou d'utilité sociale ; si ces raisons ont été dégagées par un auteur, il leur suffit quelle que soit son autorité, puisque son opinion n'est pas directement

qualité ? Ouvrons les Traités de droit civil. La doctrine, écrivent J. Ghestin et G. Goubeaux, n'est pas une source de droit, mais n'en exerce pas moins une influence certaine sur celui-ci ; pour J.L. Aubert, elle peut influer sur la création de la règle de droit en éclairant le législateur. Le Doyen Carbonnier, qui observe "toute opinion tend à devenir du droit", va plus loin, et écrit plus utilement (pour notre propos) que les auteurs contemporains "ne sont pas des techniciens étroits" et qu'ils veulent concilier" la considération des intérêts sociaux et les postulats de l'humanisme (l'éminente dignité de la personne humaine)". Nous abordons sans complexe les rivages de la moralisation du droit !

Mais, nous avons affaire à une doctrine diversifiée ! Certes, on se réfère immédiatement aux auteurs de droit médical ou de la santé, mais également, bien sûr, aux civilistes prétendus "ordinaires", ceux en particulier qui discutent de et sur la personne humaine. Que soit rassuré Ph. Rémy (52) : même si l'on "enseigne" (généralement sans "attaché-case") le droit de la santé, on écrit aussi que cette discipline n'est point, ni ne doit devenir, autonome (53) ! Il importe encore de se référer aux théologiens (lorsqu'ils font encore de la théologie), aux philosophes de leur état, et, assurément, aux professionnels de la santé : il n'est pas incongru qu'ils aient quelque chose à dire sur la morale de leur profession, les congrès internationaux de morale médicale (Paris 1955 et 1966) en ont, en leur temps, donné des témoignages parmi tant d'autres. Lorsque les Praticiens les plus éminents expriment leurs réflexions sur le devenir de la médecine, on peut estimer que leurs propos recèlent quelque importance éthique.

Une situation particulière est celle des participants à des structures officielles s'exprimant individuellement. Si le Président du Conseil national de l'Ordre des médecins, ou le Président du Comité national d'éthique émettent, en dehors de l'exercice de leur fonction, un avis déontologique (par livre, chronique, conférence), il est autorisé d'y découvrir une opinion particulièrement autorisée. Sans doute les intéressés prendront-ils soin de dire ou d'écrire qu'ils n'entendent pas engager l'institution à laquelle ils appartiennent, mais leur qualité, leur connaissance particulière des questions professionnelles générales, leur devoir et leur souci de ne pas affirmer des thèses incompatibles avec celles adoptées ou adoptables par ladite institution, confèreront un poids singulier à leur propos. L'avis de ces personnalités ne constituerait-il pas même l'opinion *officieuse* du Conseil ou du

source du droit" (Leçons de droit civil,, I, 5è éd. par De Juglart, n° 99).

(52) V. la remarquable conférence : Ph. Rémy : Les civilistes français vont-ils disparaître ? (1986) 32. J. de Droit de McGill 152.

(53) Notre étude : Méthode pour une approche du droit médical (Rev. dr. san. et soc. 1981.1).

Comité, surtout s'il exprime sur les pages d'un bulletin diffusé par l'institution ?

2°) **Les avis organisés**

Nous suggérons une idée, en acceptant par avance qu'elle puisse être contestée : certaines réflexions doctrinales d'ensemble ne sont-elles pas organisées en vue d'émettre une opinion sinon pré-déterminée assurément, mais du moins finalisée ? N'est-il pas à penser que, de certains colloques, on attende un message immédiatement utilisable de lege ferenda, un support doctrinal ou un prétexte pré-législatif ? Osons proposer deux exemples, d'orientations philosophiques et morales différentes.

S'est tenu à Paris les 18 et 19 janvier 1985 le colloque "Génétique, procréation et droit" (54) qui, ainsi qu'on ne l'ignore pas, a rassemblé juristes, moralistes et biologistes pour traiter des principales difficultés de la bioéthique contemporaine. Si, dans son message, le Président de la République s'est contenté d'exposer en termes vagues qu'il attendait "beaucoup de la confrontation de vos savoirs et de vos expériences", en revanche le Garde des Sceaux Badinter a éclairé davantage les intentions ayant présidé à l'organisation du Congrès (55). Il a parlé de la nécessité de préciser la position de la France sur les conséquences du progrès de la bio-technologie, constaté que le gouvernement bénéficiait du "concours précieux du Comité consultatif national d'Ethique..." (pourquoi pas de l'Ordre, de l'Académie de médecine ?), mais a ajouté : "...il fallait donc suivre une voie qui permette au débat de naître et à l'opinion d'être pleinement éclairée, avant que le gouvernement arrête ses propositions, en expose les raisons, et les soumette au Parlement, organe souverain de décision. Telle est la raison pour laquelle le Président de la République nous a demandé de réunir ce colloque... premier acte d'un débat que nous souhaitons aussi large et public que possible...". Ces propos sont fort importants, non seulement parce que le Ministre de la Justice donnait témoignage de la volonté organisatrice du Chef de l'Etat, à l'instar des cardinaux jouissant, selon l'ancien Canon 239, parag. 1, 17, du privilège d'attester et accréditer au for externe une déclaration orale du Pape (mutatis mutandis), mais encore parce que le même Garde des Sceaux devait prononcer à Vienne devant le Comité des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, le 20 mars 1985, un discours considéré comme important et portant sur ces matières discutées à

(54) Actes publiés Nyssen/Actes Sud éd. mars 1985. On note le bref délai d'édition, hélas peu ordinaire...

(55) Actes, p. 15 et s., spéc. 16 et 17. Comparer F.A. Isambert, Révolution biologique ou réveil éthique ? in Ethique et biologie, Cahiers S.T.S. 11, 1986, p. 9 et s.

Paris en janvier. Et, à plusieurs reprises fut posée, lors du colloque, la question de l'intervention du législateur. N'est-il pas évident qu'il y avait là une intention doctrinale non pas spontanée, mais finalisée ? Les 29 et 30 avril, 1er mai 1979 d'une part, 15 et 17 novembre 1985 d'autre part, se sont déroulés, l'un à Versailles, l'autre à Paris, deux colloques nationaux de la Confédération des juristes catholiques de France (56), portant le premier sur les "droits naturels de l'enfant", le second sur "la vie prénatale, biologie, morale et droit". Le 21 novembre 1987 se tiendra le colloque de la même Confédération, sur les aspects moraux et juridiques de la mort, à Paris. Si la Confédération organisatrice se propose pour principes d'action -entre autres- la "défense et protection de la vie humaine, de la conception de la mort" et la "diffusion par tous les moyens appropriés de la doctrine de l'Eglise", ne devait-on pas attendre de ses travaux un rappel des exigences de cette Doctrine dans les domaines de la bio-éthique ? Sans doute, et S. Em. Rme le Cardinal Gagnon, dans son discours d'ouverture, voulait bien dire : "Le Magistère compte beaucoup sur votre travail... (le Pape) vous encourage sûrement à intervenir pour que les principes et les valeurs morales soient soutenues par des lois claires et justes..." (57), tandis que, dans son rapport "Biologie, morale et droit" (58), M. d'Onorio, Président de la Confédération, attestait de la nécessité de revérifier la loi humaine par un enrichissement moral. Il observait aussi que "la fonction sociale de l'homme de droit est en pleine mutation ; il doit être à la fois médiateur de conflits fondamentaux et garant des droits fondamentaux". Il est certain que de telles rencontres procèdent d'une intention pédagogique et pré-législative (au sens d'une volonté de reconstruction de la loi) et qu'un message utile aux législateurs, enseignants et praticiens en était attendu.

On est alors presque en présence d'enseignements institutionnels. Ces formes d'expression de la doctrine se rencontrent également. Certaines organisations non-gouvernementales (par exemple l'Association mondiale de droit médical, l'Association médicale mondiale...) sont susceptibles d'exprimer des opinions éthiques d'un poids considérable équivalent à celui d'une norme dégagée par un organisme officiel. Il est constant que les déclarations de l'A.M.M., telle que celles d'Helsinki/Tokyo/Venise, sont considérées comme participant à la morale médicale commune, et que l'on peut se demander avec M. Belanger, si elles ne contribuent pas à l'établissement progressif

(56) Les actes des colloques sont publiés par les éditions Téqui.
(57) Actes, p. 20. Le Cardinal Gagnon discute aussi, dans ce discours, de l'intervention de M. Badinter à Vienne.
(58) Actes, p. 29 et s. ; J.C.P. 1986, 3261.

de règles de droit nouvelles, ou si elles ne prennent pas la valeur juridique *d'usages* habituellement reconnus. M. le Doyen Auby se montre un peu plus réservé... F.A. Isambert qualifie la déclaration d'Helsinki "de Décalogue, c'est-à-dire d'autorité sacrée, mais un peu lointaine".

D'autres instances, ainsi l'O.M.S. ou le Conseil de l'Europe, l'Organisation des Nations Unies, publient des règles morales essentielles, dont certaines sont intégrées dans notre droit interne après ratification, lorsqu'elles se présentent sous forme de traités internationaux (ex. : pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, de l'O.N.U.). Elles contribuent au développement d'un droit humanitaire (59). Alors même qu'elles ne prendraient pas le caractère de normes juridiques au sens propre, elles pourraient conserver une valeur morale importante.

On ne saurait oublier l'enseignement moral des Eglises, institutions se reconnaissant le droit et le devoir de se prononcer sur les questions mettant en jeu les données morales de l'activité humaine et de l'organisation sociale. C'est, par exemple, ce qu'exprime le Canon 747, parag. 2 : "Il appartient à l'Eglise d'annoncer en tout temps et en tout lieu les principes de la morale, même en ce qui concerne l'ordre social, ainsi que de porter un jugement sur toute réalité humaine, dans la mesure où l'exigent les droits fondamentaux et la personne humaine ou le salut des âmes". Ces enseignements, qui relèvent de la théologie morale, n'ont pas d'autorité directe, en ce sens que le législateur et les juges laïcs ne se sentent pas tenus de les recevoir et de faire observer, mais d'une part ils provoquent à l'interrogation sur les limites de l'obéissance due à la loi positive contraire au droit naturel (ex. : L'Instruction Donum Vitae du 22 février 1987 appelle à l'objection de conscience et à la "résistance passive à la légitimation de pratiques contraires à la vie et à la dignité de l'homme" (60), d'autre part certaines données ont été adoptées en droit médical : règles de la raison proportionnée, théorie de l'acte à double effet, distinction des soins ordinaires et des soins extraordinaires (sic dans affaire Karen Ann Quinlan), et enfin ils lient moralement (sous les peines spirituelles appropriées) les fidèles de ces religions. Les pouvoirs publics en sont assez conscients pour avoir appelé à participer au Comité consultatif national d'éthique, des représentants des "principales familles philosophiques et spirituelles" (catholique, israélite, musulmane,

(59) Le médecin et les droits de l'homme (Berger-Levrault 1983), et : Le droit international humanitaire (Que Sais-je ? n° 221, 1985) ; M. Belanger : Droit international de la santé (Economica 1983).
(60) Nos commentaires : Morale et legge civile. Oss. Romano 7 mai 1987.

protestante) (61). En elle-même cette décision n'est pas sans soulever diverses difficultés dont les deux principales sont les suivantes : légalité de la désignation de représentants de religions par le Chef d'un Etat qui ne reconnaît aucun culte (art. 2, loi 9 décembre 1905), et représentativité des personnalités choisies par le pouvoir civil au lieu d'être nommées par les autorités qualifiées des Religions concernées. De deux choses l'une : ou bien ces représentants développeront des idées personnelles non conformes aux positions officielles de leurs Eglises et alors ces idées n'auront aucune valeur nouvelle ; ou bien elles développeront les idées officielles des Eglises intéressées, et alors leurs paroles risqueront de devenir surabondantes (62). Quoi qu'il en soit, il conviendra de toujours bien distinguer entre les enseignements officiels du Magistère compétent (surtout de l'Eglise catholique) et les opinions de théologiens isolés ou marginaux, à peine de commettre des contre-sens sur la pensée des Eglises en matière de bio-éthique. Des prises de position importantes en morale médicale ont été adoptées par les Eglises (63).

Enfin, l'éthique médicale d'aujourd'hui est enrichie par la réflexion des Comités dits d'Ethique, national et locaux, de création étatique ou spontanée, dont la mission est de "donner (leur) avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société toute entière" (sic. art. 1°, parag. 2, Décret du 23 février 1983 instituant le Comité national), ou bien, plus modestement, d'émettre une opinion sur des protocole de recherche bio-médicale sur l'être humain ou sur l'application des méthodes nouvelles de fécondation et de conservation de l'être

(61) Le courant de pensée marxiste est également représenté, mais ce n'est pas un courant religieux bien au contraire. On note que la pensée maçonique n'est pas officiellement comptée parmi ces "principales familles".

(62) Lire l'intéressante analyse de M. Gelamur, représentant catholique, in Rapport 1984 du Comité national, p. 209.

(63) Enseignements pontificaux (Téqui, 1985), et les Actes déjà cités du colloque de la Confédération des juristes catholiques de France (Téqui éd.). Bien entendu, voir l'essentielle Instruction du 22 fév. 1987 sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation, qui a fait l'objet de commentaires à l'Osservatore Romano (v. Mgr. A. Bovone : L'histoire de l'Instruction, Oss. Romano 17 mars 1987). Et lettre S.E. Rme Cardinal Lustiger du 20 nov. 1986 (L'homme nouveau, n° 913, 7 décembre 1986). Eglises protestantes : v. Biologie et éthique, éléments de réflexion, 19 mars 1987, par la Fédération protestante de France : Déclaration de l'Eglise évangélique en Allemagne sur la question de bio-éthique (Doc. Cath. 16 mars 1986, 325). Religion musulmane M. Rultom : L'Islam et le respect de la vie et de la dignité humaine, de la conception jusqu'après la mort. Problèmes posés par certains aspects de la médecine moderne (Actes 7° Congrès mondial Dr. médical, Gand août 1985, I, 17). Religion Israélite : ex. Y. Shapira : Euthanasia : from the point of view of Halacha (Jus medicum VIII, 493). J.P. Alméras : L'éthique juive de la conception (Conc. méd. 20 juin 1987, 2227).

humain fécondé (64). "Il s'agit donc, a priori et sauf erreur, de comités de type "recherche" et non de type "clinique" selon une classification présentée en Amérique du Nord (65). "L'accroissement considérable du nombre et de la difficulté des recherches cliniques, en particulier thérapeutiques, a conduit de plus en plus de médecins à se pencher sur les problèmes éthiques soulevés par l'expérimentation incluant l'homme. Le besoin de formuler des règles éthiques a alors été perçu comme nécessaire, et a entraîné la publication des Codes éthiques... les textes ont conduit à la création dans de nombreux pays étrangers, et plus récemment en France, en particulier à Lyon, de comités d'éthique" (66). Le 15 décembre 1986, le Président de la République reconnaissait, "C'est cette interrogation qui me semble au coeur de vos débats : la connaissance, le bien-être à venir, l'extension des possibilités de l'homme, justifient-ils certaines recherches effectuées sur le vivant" (67).

Mais à quoi bon proclamer des principes aussi élevés soient-ils s'ils ne présentent qu'une valeur somme toute littéraire ?

B - La valeur juridique de ces avis

Il s'agit donc d'avis moraux qui, a priori, ne peuvent s'imposer juridiquement, ne s'intègrent pas dans l'ensemble des sources du droit. Nous savons du reste que les tribunaux se montrent réservés pour accueillir la norme déontologique, prétexte pris de la distinction entre le droit civil et la déontologie ainsi que l'on peut le constater particulièrement en droit des contrats professionnels des médecins il serait surprenant que des opinions émises par des organismes, ou simple auteur, dépourvus à l'évidence d'un pouvoir réglementaire quelconque fussent dotés d'une valeur juridique. La thèse de l'indifférence juridique est même soutenue par les Comités d'éthique. Toutefois, il n'est pas interdit de penser que ces opinions contribuent à l'édification du

(64) Le livret publié par le Comité national à l'occasion des journées annuelles d'Ethique de déc. 1986, recensait 33 comités locaux. C. Ambroselli : France : a national committee debats the issues (the Hastings Center Report, Déc. 1984, 20).
(65)J.-L. Baudouin : Les comités d'éthique, aspects légaux, questions et réponses (Colloque : Les Comités d'éthique dans les établissements de santé au Canada, 8/9 mai 1986, Centre de bio-éthique, Institut de recherche clinique de Montréal) : Melle Y. Martin : Les comités d'éthique dans les établissements de santé au Québec (Rapport de Maîtrise, Fac Droit Sherbrooke, mars 1987) ; R.M. Veatch : Hospital Ethics Committees : in there a role ? (Hastings Center Report, juin 1977, p. 22) ; C. Levine : Question and (some very tentative) answers about hospital ethier committes (Hastings C.R., juin 1984, p. 9).
(66) J.M. Rouzioux : Le Comité d'éthique de l'Université Claude Bernard et des hospices civils de Lyon, inédit 1984.
(67) Lettre d'information du Comité consultatif national, n° 7, janvier 1987.

droit médical, et que peut-être même elles ont été pensées avec cette arrière pensée.

1°) La thèse de l'indifférence juridique

La doctrine n'est pas autre chose qu'une autorité, et ses opinions n'ont de valeur que par le crédit consenti à chaque auteur dans la communauté scientifique. La doctrine que nous avons appelée "finalisée" serait peut-être dotée d'une force plus importante, surtout lorsque ses rencontres sont provoquées par les autorités publiques, car celles-ci auront tendance à y découvrir des supports à une politique en matière de santé. L'opinion des Eglises appellera des réponses plus nuancées. D'une part, les instructions du Magistère compétent lient moralement les fidèles tenus de s'y conformer, en conscience et sous les sanctions portées par les canons. Dès lors, le biologiste, le médecin, le chercheur, auront l'obligation de conformer leur attitude à ces enseignements : "Le médecin se trouve ici dans l'obligation de respecter la morale médicale, exigence inconditionnée pour le médecin chrétien dans tous les cas où la norme morale est inconditionnée, vraiment claire et certaine... grâce à cette orientation objective de la conscience, le médecin chrétien évitera de tomber dans la forme condamnée de l'éthique de situation... En tout cela (euthanasie) le droit médical n'a aucune autorité et le médecin n'est pas tenu de lui obéir. Il doit bien au contraire ne pas en tenir compte : toute assistance formelle lui est même interdite, tandis que l'assistance matérielle tombe sous les normes générales de la cooperatio materialis. Le droit médical qui ne tient pas compte de la morale ou s'y oppose, renferme une contradiction interne et il est inutile de s'y attarder..." (68). D'autre part, le législateur civil ne peut ignorer, ne serait-ce que pour des motifs politiques, les interventions des principales Eglises gouvernant la conscience de leurs fidèles qui sont aussi ses électeurs, et il est obligé de peser les conséquences de législation par trop contraires à la morale naturelle. A tout le moins doit-il accepter l'insertion de "clauses de conscience" dans ses textes les plus discutables (ex. art. L. 162-8 Code de la santé publique), et devrait-il envisager l'idée d'une objection de conscience *fiscale* que la jurisprudence ne semble pas, en ce qui la concerne, prête à adopter : "il n'appartient pas aux juges de se déterminer par des considérations étrangères au principe de la légalité des délits et des peines et tirés de l'allégation d'un mobile subjectif" (sur poursuites pour fraude fiscale à l'encontre d'un prévenu se

(68) Pie XII, Allocution au 7e Congrès international des médecins catholiques, 11 sept. 1956.

prévalant d'un mobile d'ordre idéologique) (69). N'est-ce pas une question de liberté de conscience ? (70).

Ce qui constitue une des questions de droit médical les plus intéressantes aujourd'hui est, plus spécialement, celle de la valeur juridique des avis des Comités d'éthique. A première vue, il n'est point question de leur reconnaître force de droit, et les documents émanant du Comité national dissiperaient les doutes, s'il en était ! Le livret publié pour les journées nationales d'éthique de décembre 1984 est éclairant : "Les positions du Comité publiées sous forme d'avis, n'ont aucune valeur contraignante...", et ceux de 1985 et 1986 répètent l'avertissement, celui de 1986 précisant : "Les avis rendus par le Comité ne sont en effet pas contraignants, mais ils s'efforcent de dégager outre les principes éthiques essentiels qui fondent sa réflexion des recommandations techniques et réglementaires susceptibles d'aider les Pouvoirs publics dans toute la politique qu'ils voudraient mener". Le Président Jean Bernard confesse, le 16 décembre 1986, que la Haute Instance présente "un caractère" consultatif sans autre pouvoir que celui lié à la sagesse éventuelle de ses avis, consacrés à l'éthique de la recherche, c'est-à-dire très en amont des décisions médicales proprement dites... le Comité consultatif national d'éthique est ainsi un organisme de réflexion, de confrontation. Il n'est en aucune façon un organisme de décision" (71). Ajoutons : "Il a été clairement dit que le Comité avait uniquement un pouvoir moral, que sa force vient de ne pas avoir d'autres pouvoirs... nous ne souhaitons absolument pas que notre avis soit transformé en loi immédiatement" (72). Enfin, le Premier Ministre Fabius mettait, le 6 décembre 1985, les choses au point : "Les avis du Comité national sont consultatifs. C'est, me semble-t-il, la meilleure sauvegarde de leur crédibilité. Il importe en effet que les rôles soient clairement définis. Au Comité, le rôle scientifique et le rôle d'information. Au pouvoir exécutif, le rôle de réglementer quand c'est nécessaire et d'administrer les systèmes de la santé publique. Au législateur le rôle de faire la loi. Au juge, le rôle d'appliquer et de faire vivre le droit. Si le Comité sortait de ses prérogatives, soit en dépassant les limites, de la recherche bio-médicale, soit en allant au-delà de son rôle consultatif, il perdrait probablement une partie de sa légitimité..." (73).

(69) Cass. Crim. 19 mai 1983 (Gaz. Pal. 29 janvier 1984, som.).
(70) Cf. J.C. Verots : Peut-on refuser et contribuer par l'impôt au financement de l'I.V.G. ? (Nice-Matin, 6 mars 1987).
(71) Lettre d'information n° 7, janvier 1987. Comp. S.M. Wolf : Ethics Committees in the Courts (Hastings Center Report, juin 1986, p. 12).
(72) J. Bernard, in Rapport 1984 du Comité national, p. 201.
(73) In Rapport 1985, "Ethique et recherche biomédicale", p. 90-91.

A ces affirmations de modestie juridique s'ajoutent celles montant des comités locaux, auprès desquels nous avons tenté de présenter un questionnaire élémentaire, et dont nous avons reçu les plus courtoises et utiles réponses. Tel président de comité local écrit : "les comités d'éthique locaux ne sont dotés d'aucun pouvoir pratique. Ils n'ont qu'un pouvoir moral tenant à la personnalité des membres qui le composent. Il est impossible de comparer leur pouvoir à celui de l'Ordre des médecins...". Tel autre confirme : "Les comités d'éthique locaux ne sont pas à mon avis dotés d'un pouvoir normatif. D'abord, ils n'ont pas d'existence juridique locale, ils sont nés d'un consensus des médecins pour améliorer la qualité et le travail des expertises et pour s'assurer que sont bien respectées les règles fondamentales de l'Ethique au sujet des essais thérapeutiques". Tel autre encore reconnaît que "les comités d'éthique locaux n'ont aucun pouvoir quel qu'il soit du fait qu'ils ne sont pas reconnus officiellement. D'ailleurs, le comité national porte bien comme titre consultatif national, et en cela il ne peut donner que des conseils...". L'impression qui se dégage de la lecture des réponses obtenues est en effet celle d'une absence de pouvoir normatif de ces institutions, selon les représentants d'icelles.

Il ne pouvait peut-être en aller autrement, nulle loi ne délégant aux comités un pouvoir de décision, soit réglementaire, soit juridictionnel, alors que, inversement, ce pouvoir est reconnu à l'Ordre par les dispositions déjà citées du Code de la santé publique. Il y a deux situations juridiques distinctes, et l'on ne devrait pas pouvoir qualifier les décisions des comités d'éthique, national ou locaux dans les termes appliqués à celles de l'Ordre depuis l'arrêt "Bouguen". Cependant, le décret du 23 février 1983 portant création du comité national institue celui-ci dans le cadre juridique de l'INSERM (ancien art. L. 785 Code de la santé publique et ancien décret du 18 juillet 1964. Depuis lors, décret du 10 novembre 1983 relatif à l'INSERM), et "auprès du ministère chargé de la recherche et du ministre chargé de la santé". Il lui confère une mission de service public, dont le caractère est accentué par la participation des plus hautes autorités de l'Etat aux manifestations annuelles et publiques, la procédure de nomination des membres et les modalités hors saisine. On croira donc légitimement que cette institution constitue un établissement public (74). Quant aux comités locaux, généralement créés par délibérations de Conseils de Faculté de médecine et/ou de commissions médicales d'établissement des hôpitaux concernés (art. 24, loi du 31 décembre 1970 et loi 24

(74) V. développement J.F. Lachaume, in Les grandes décisions du Droit administratif, p. 112 et s., sur la jurisprudence appliquée aux centres de lutte contre le cancer.

juillet 1987), il n'est point évident qu'ils se distinguent juridiquement de ces commissions, lorsque par ailleurs ils ne sont pas constitués sous la forme associative de la loi de 1901. Cette même commission médicale d'établissement ne constitue-t-elle même qu'une structure ou centre hospitalier. La doctrine la définit ainsi : "Le plus important (organe consultatif) est la commission médicale consultative qui exprime les vues du corps médical de l'établissement. Créée en 1943, elle a été organisée par un décret du 6 décembre 1972... Elle constitue ainsi un organe de réflexion et de proposition essentiel pour l'établissement" (75). La loi du 24 juillet 1987 n'a pas prévu la constitution de comités d'éthique. La condition juridique de ces commissions et des comités qu'elles créent n'est pas en harmonie avec la reconnaissance d'un pouvoir de discussion. Un comité local s'annonce comme "groupe de travail indépendant créé par le Conseil de l'Ordre départemental" auquel il ne se différencie pas juridiquement.

"Mais il ne suffit pas de créer des comités. Il faudrait aussi que ces comités conduisent à combler quelque peu la béance qui sépare le monde de la santé où l'éthique a à s'exercer et les lieux où s'élabore et s'approfondit la réflexion morale" (76). Comment mieux combler ce fossé qu'en l'emplissant de directives aux confins de l'obligatoire ?

2°) La thèse de la construction du droit

On pourrait se contenter d'une idée simple, d'un recours aux solutions éprouvées, d'une référence aux sources classiques du droit. Le développement et la concordance des avis émis par les auteurs et les institutions recensées pourrait constituer un faisceau d'usages professionnels, sous les conditions de droit commun de la reconnaissance par le milieu, "consensu utentium approbati". A ce titre, ces avis doctrinaux et consultatifs deviendraient des règles de droit. En droit médical, les juges ne répugnent pas à reconnaître la création d'usages par le corps professionnel (ex. les usages dans les contrats médecins/cliniques). Cette vision simple d'une création de droit presque en dépit de la volonté des intéressés (voire...) n'excluerait pas toutes les difficultés. Ainsi, que faudrait-il juger en présence d'opinions opposées procédant l'une d'avis des comités d'éthique, l'autre de prescriptions de l'Ordre des médecins ? Si ce dernier s'était prononcé dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, il serait délicat de ne pas

(75) Ligneau, Benoteau, Fruchard : Droit de la protection sanitaire et sociale, n° 343.

(76) R. Gil : Réflexions sur la mission des comités d'éthique (REPSA) 1984, 300, 183.

faire prévaloir son opinion, à peine de méconnaître l'autorité des articles L 382 et L 409 du Code de la santé publique.

Mais il y a plus. Les comités d'éthique ne prétendent-ils pas discrètement aller au-delà de leurs attributions simplement consultatives ? Ne les y incite-t-on pas ? Essayons de réunir certains indices en ce sens.

La première question que l'on se pose est de principe : pourquoi avoir créé des comités d'éthique. Le Président Villey suggérait une explication : "l'épidémie des comités d'éthique nous vient des anglo-saxons qui cultivent moins que nous les règles écrites et préfèrent juger un à un les cas particuliers, faire une jurisprudence. Elle coïncide aussi avec une allergie de nos contemporains au concept de morale. On n'ose plus, aujourd'hui, parler de morale ni de devoir : on préfère le langage des droits de l'homme" (77). L'idée pourrait être, si nous comprenons bien, d'un règlement ponctuel des difficultés bio-éthiques, en marge de normes générales et abstraites préétablies.

L'Ordre des médecins est le gardien de l'honneur de l'indépendance et de la moralité de la profession ; il dégage et formule les règles déontologiques professionnelles, veille à sauvegarder l'humanisme médical (78). Or, on a pu constater au début des années 1980 (...) un mouvement de contestation de cette institution, estimée trop conservatrice, trop attachée à une morale que l'on disait dépassée par les évolutions à la fois des idées communes et des techniques bio-médicales. Un ministre de la santé s'inquiétait : "l'éthique ne s'est pas mise à jour comme copartenaire de cette explosion scientifique" (79). Et l'idée, soutenue par des propositions de lois et des chapitres de programmes politiques, se manifestait de réformer, sinon de supprimer, l'Ordre des médecins, porteur d'une idéologie récusée. Il est un peu curieux de constater que le Comité national d'Ethique a été créé début 1983 dans une ambiance de contestation de l'Ordre, et il y aurait lieu de se demander si quelque perfide intention de supplanter l'Ordre, de lui opposer une instance nouvelle ne présidait pas à sa constitution ? Nous croyons n'être pas le seul à avoir imaginé cette explication, même si des relations subtiles ont ensuite échappé aux créateurs du Comité national pour permettre une collaboration pacifique des deux institutions. Faut-il souligner que nul représentant de l'Ordre ne siège ès qualités au Comité national ? Que les avis de ce dernier sont présentés et diffusés avec une importance, une collaboration du Premier de l'Etat, un soutien et une publicité

(77) V. aussi Ethique et morale, in Bull. Ordre juin 1987, 95.
(78) Ch. Blondel : L'expérience française de l'Ordre national des médecins (Actes 1er congrès int. Morale médicale, Paris, 1955, I, p. 11 et s.).
(79) M. Ralite, J.O. Déb. Sénat 12 oct. 1982, 4466.

dont ne bénéficient point les avis du Conseil national de l'Ordre des médecins, émis avec une discrétion peut-être exagérée ? Il n'y a là, certes, que des indices.

L'article L 409 du Code de la santé publique dispose que le Conseil national de l'Ordre "étudie les questions ou projets qui lui sont soumis par le Ministre de la Santé publique et de la population". L'Académie de médecine, pour ce qui la concerne, "est spécialement instituée pour répondre aux demandes du gouvernement sur tout ce qui intéresse la santé publique..." (80). Deux organismes nationaux existaient déjà, qui avaient eu l'occasion, et pouvaient l'avoir encore, de se prononcer sur les difficultés de la bio-éthique. Il fallait que l'on voulût d'autres réponses, sinon on se fût adressé à l'Ordre et à l'Académie. Il est juste, toutefois, de préciser que la Direction de la Santé a interrogé en 1983 le Conseil national de l'Ordre sur les "prêts d'utérus" (avis du 22 octobre 1983) (81). Ne fallait-il pas, à défaut de briser ces vénérables institutions, provoquer l'émergence d'une morale nouvelle ? "Quand le savoir évolue plus vite que le droit et la conscience, il faut partager le savoir pour inventer si nécessaire, de nouvelles règles de droit et peser sur les données de la conscience. Les règles et ces données nouvelles doivent être celles de la communauté des chercheurs, mais elles doivent aussi tenir compte de ce que la société toute entière est prête à accepter comme évolution. Là se rejoignent les problèmes de la recherche et de la cité" (82). C'est là que les mots prennent toute leur importance. L'article L 382 Code de la santé publique parle de "principes de *moralité*..." ; le décret de 1983 crée un comité d'*éthique*. N'est-ce que l'adoption d'un anglicisme ? Il existe, enseigne Marcel de Corte (83) une conception sociologique de l'*éthique* subjectivisant le bien moral, et, pour le Professeur Lejeune : "on dit de nos jours éthique. Et bien que les deux termes (morale/éthique), l'un latin, l'autre grec, aient même valeur sémantique, ils ne recouvrent plus la même marchandise. Celui qui parle de morale entend que les moeurs devraient se conformer à des lois supérieures, alors que celui qui parle d'éthique sous-entend que les lois devraient se conformer aux moeurs" (84). Les remarques d'un Président de Comité local attestent de ces dérives vers la négation même de la morale, sous

(80) J. Cheymol : L'Académie de médecine, pour quoi faire ? in La médecine et notre temps (Flammarion 1980), p. 15.
(81) Bull. Ordre déc. 1983, 583 et 636.
(82) L. Fabius, discours précité, 6 déc. 1985.
(83) M. de Corte : Introduction éthique au droit, Cours 1ère année, Liège 1968-1969, p. 2.
(84) J. Lejeune : Génétique, éthique et manipulations (Rev. des écrivains catholiques, n° 21 mars 1985, p. 4), et rapport, colloque des juristes catholiques précités, 15/17 nov. 1985, actes, p. 57 ; v. également R. Villey : Ethique et morale (Bull. Ordre nat. médecin, juin 1987, p. 95).

couvert d'un vocabulaire "éthique" : "Les problèmes d'éthique posés par cette médecine de pointe sont ceux que vivront demain quotidiennement les médecins. L'application technique suit de très près les réalisations de la recherche et aucune médecine n'acceptera une morale qui lui serait imposée de l'extérieur sans y avoir elle-même participé". M. Villey discernait deux hypothèses de "nouvelle éthique", celle d'un mouvement d'altruisme éclairé, et celle d'un conditionnement des mentalités à une morale non plus individuelle mais communautaire, l'intérêt général passant avant la liberté de chacun (85). A ce point, l'éthique n'est-elle plus qu'un simple alibi ? Il est vrai qu'un autre président nous écrit : "en définitive, je ne fais pas de grande distinction personnellement entre éthique et morale, tout au plus je dirai que l'éthique est la science de la morale...". Il y aurait peut-être une réflexion à développer, même si le Comité national ne s'est pas laissé prendre à ce piège, ainsi qu'en témoigne son avis du 23 octobre 1984 sur les problèmes éthiques nés des techniques de production artificielle (86). Une institution analogue, la Commission présidée par Lady Warnock, aura peut-être moins aisément surmonté les tentations de l'utilitarisme, la logique du sentiment et la logique technique...

Sans doute les Hautes personnalités les mieux informées et les plus compétentes ont-elles écarté l'idée d'une concurrence entre l'Ordre et le Comité national. Que l'on veuille bien nous permettre de reproduire la réponse du Président Jean Bernard à une question à lui posée au cours des débats publiés le 6 décembre 1985 (87) :

Question : "Le Comité d'éthique semble avoir été créé pour se substituer au Conseil de l'Ordre des médecins".

Réponse : "Je voudrais mettre les choses bien au point. Le Conseil de l'Ordre et nous, n'avons pas le même objet. Le Comité national d'éthique a pour objet la recherche biologique et médicale, le Conseil de l'Ordre se situe en aval de nous, il a pour objet la déontologie de la profession. C'est clair, la présence du Docteur René ici et dans certains groupes de travail en témoigne, il y a des régions frontières où il est nécessaire de collaborer". Pour le Président Villey, M. Jean Bernard a délimité son champ d'intervention : c'est l'éthique de la recherche scientifique et de l'expérimentation. Beaucoup de gens ne comprendraient pas, dans le domaine de la recherche scientifique, que les médecins soient seuls à se prononcer - c'est normal. Le Comité national d'éthique

(85) R. Villey : Déontologie des essais thérapeutiques (Bull. Ordre. nat. oct. 1979, 205 et s., spec. 218, note 1).

(86) V. notre rapport : "Le comité national consultatif d'éthique et l'enfant conçu", Colloque juristes catholiques précité, 15/17 nov. 1985, actes p. 67 et s.

(87) V. rapport 1985, Ethique et recherche biomédicales, p. 106.

a fait connaître plusieurs avis qui nous paraissent fort sages" (88). Mais M. Villey envisage aussi les dérivés des discussions du Comité "sur la pratique de la médecine, qui est notre domaine". Les frontières ne seraient-elles donc tracées qu'en pointillés ?

Jetons, pour vérifier l'hypothèse, un regard sur les avis du Comité national intervenus au jour d'écriture de ces lignes (25 juin 1987) (88-1) :

L'avis du 22 mai 1984 sur les prélèvements de tissus d'embryon ou de foetus humains à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques régit certes l'expérimentation, mais vise aussi des actions thérapeutiques, ou des utilisations et prélèvements réalisés dans le but non seulement scientifique, mais encore thérapeutique ou diagnostique et par des "directives déontologiques et médicales" (89).

L'avis du 9 octobre 1984 sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme touche évidemment à l'expérimentation pure, mais susceptible d'être commise par le médecin, et encore aux essais associés aux traitements. Le comité avoue avoir "étendu sa réflexion à l'ensemble des actes à visée curative, préventive ou diagnostique chez l'homme".

L'avis du 23 octobre 1984 porte sur les techniques de reproduction artificielle. Sans doute celles-ci font-elles appel à des techniques (biologistes) ne relevant pas de l'autorité ordinale, mais il est certain qu'elles mettent aussi en cause l'activité du médecin, une des questions étant celle de la qualification de "thérapeutique" (ou non) de la "reproduction artificielle" ou "assistée", qui n'a pas pour effet de traiter une stérilité. Le Comité écrit : "Il ne s'agit plus de soigner. Il s'agit de susciter une naissance".

Prenons l'avis du 6 mars 1985 sur les registres médicaux pour études épidémiologiques et de prévention. Il est évident, et écrit, que les problèmes posés concernent non seulement le chercheur, mais aussi le praticien, le médecin-traitant, auquel une fonction d'information est conférée, dont le rôle protecteur de l'intimité du patient est affirmé.

Faut-il aborder l'avis du 13 mai 1985 sur l'appréciation des risques de SIDA par la recherche d'anticorps spécifiques chez les donneurs de sang, que ce sont plus les médecins des centres de transfusion et les médecins-traitants qui sont destinataires des réflexions du Comité, que les chercheurs !

(88) Bull. Ordre nat. juin 1986, p. 33.

(88-1) Depuis juin 1987, le Comité national a rendu public le 16 décembre 1987 son avis sur l'utilisation de la mifépristone R.U. 486, sur une étude sur volontaires sains en matière de modification cardio-vasculaire, et son important rapport éthique rédigé par L. Sève, document important pour la compréhension de travaux de la Haute instance.

(89) Notre commentaire, J.C.P. 1985, 3191.

L'avis du 13 mai 1985 également sur le diagnostic prénatal périnatal (90) s'adresse à l'évidence aux praticiens autant qu'aux chercheurs, par son objet même.

En ce qui le concerne, l'avis du 24 février 1986 sur les expérimentations sur des malades en état végétatif chronique, est à la frontière de l'essai et de l'expérimentation, l'acte visé ayant été appliqué par un médecin hospitalier. Une certaine actualité vient, courant février 1988, de lui conférer une nouvelle importance ! Nous ne voulons pas lasser le public, mais lisons aussi le très riche avis du 15 décembre 1986 relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro et à leur utilisation à des fins médicales et scientifiques. Sans doute, c'est un texte s'adressant au monde de la recherche incapable de se référer à une morale antécédente et supérieure à son action, mais les opérations de fécondation intéressent encore le médecin praticien. Le Comité discerne des indications *médicales* de la Fivete...

Achevons le tour du panorama par l'avis du 23 février 1987, si discutable, portant sur l'utilisation des cellules humaines et de leurs dérivés. Il mélange les consentements au prélèvement et à l'utilisation, au traitement et à la recherche. Quant à l'avis de décembre 1987 sur l'utilisation de la mifépristone (RU. 486), il consiste en une recommandation de respect de la loi du 17 janvier 1975 au moment de la prescription et de l'emploi de ce produit abortif. Où est la recherche ? Où est la pratique médicale ?

Il serait superflu d'insister. Si le Comité prétend gérer la réflexion en amont en abandonnant à l'Ordre la réflexion en aval, on constate d'autant plus aisément que l'Ordre des médecins qui n'avait pas manqué de longue date d'affronter les problèmes moraux liés à l'expérimentation, n'a pas non plus hésité à affirmer en 1986 des règles *déontologiques* applicables aux techniques de procréation médicalement assistée, et qu'il a vocation à parler des difficultés abordées par le Comité national, dès lors qu'elles peuvent inquiéter des médecins inscrits à un tableau. Le problème est que toutes les difficultés litigieuses ont cette potentialité d'inquiétude. Il n'y a pas de frontière entre les deux domaines de réflexion des instances concernées ; il y a le plus souvent une indivision dont témoignent les propres avis du Conseil de l'Ordre, et, peut-être plus particulièrement, celui sur l'expérimentation de nouveaux médicaments (91) par lequel le Conseil national de l'Ordre affirme reconnaître dans l'avis du Comité d'éthique "les préoccupations, qui sont les siennes, d'assurer aux malades et aux personnes soumises à un essai des

(90) G. Memeteau : Le Comité national consultatif d'éthique et l'enfant conçu (Actes Coll. Juristes catholiques de France, nov. 1985, p. 67 et s.)

(91) Bull. Ordre, juin 1985, 120. Voir : R. Villey : Déontologie des essais thérapeutiques, Bull. Ordre, oct. 1979, 205.

médicaments des garanties, notamment par l'exigence d'une méthodologie rigoureuse des essais". L'ordre a, à ce jour encore, émis des opinions sur les essais thérapeutiques, la fécondation artificielle et l'utilisation des tissus foetaux humains, le secret professionnel et l'épidémiologie, le SIDA, le diagnostic anténatal, l'insémination artificielle et les prêts d'utérus. Mais ce fut sans fanfares médiatiques dont l'harmonie est plus proche de celle de la marche militaire que de la sonate ! Un des aspects du problème tient peut-être à la discrétion dont s'entoure la promulgation des instructions ordinales, dépourvue de support médiatique, de l'appui des journées nationales de réflexion, de la présence ostensible des puissants de ce monde... Un président de Comité local d'éthique en convient en ces termes : "... nouveaux comités dont la finalité est pratiquement identique (à celle des Conseils de l'Ordre) et dont les avis corroborent, et qui sont le plus souvent similaires lorsqu'il s'agit de médecine de pointe".

Les comités locaux, pour autant que nous en ayons reçu les courtoises réponses, souvent amplement argumentées, paraissent avoir été créés et multipliés en conséquence de la Déclaration d'Helsinki de 1964 souhaitant que les protocoles d'expérimentation sur des êtres humains soient "soumis à un comité indépendant désigné spécialement à cet effet, pour avis et conseils". C'est en effet ce qui ressort des réponses, dont l'une précise : "les comités d'éthique constituent un grand progrès car ils évitent la clandestinité, les essais sans consentement éclairé ; ils peuvent avoir un certain rôle sur la qualité scientifique et l'innocuité des projets sur l'avis des spécialistes qu'ils demandent". Une autre réponse : "on crée essentiellement des comités pour assainir et améliorer la qualité des essais cliniques qui sont devenus maintenant absolument indispensables pour les progrès thérapeutiques". Ou encore : "Les comités d'éthique ont été créés dans le domaine de la recherche pour deux raisons : les dérives que l'on voyait survenir dans certaines recherches, surtout la biologie, et d'autre part l'expérimentation des médicaments nécessitait un avis d'un comité d'éthique commun dans les pays anglo-saxons, et font actuellement partie des normes internationales de l'expérimentation". Or, le paradoxe singulier réside en ce que, si l'essai thérapeutique est licite, en revanche l'expérimentation ne l'est pas. Le droit français est sur ce point encore réservé, et par exemple ne contient pas de disposition analogue à l'article 20 du Code civil du Québec. Et pourtant, nous constatons la floraison des comités institués pour moraliser l'illicite, comme si leurs avis pouvaient devenir autant de faits justificatifs, ce qui est impossible puisque leurs auteurs ne disent pas "l'ordre de la loi ou de l'autorité légitime". Ce qui fait que, si les comités n'ont pas pour finalité la reconstruction des normes

juridiques applicables à l'expérimentation, leur existence est inutile. Le droit applicable à la recherche sur l'homme existe, est connu ou devrait l'être, et il y a longtemps que la déontologie médicale est fixée sur des bases stables. Seulement, le comité national, en son avis du 9 octobre 1984, a émis des propositions pour la création et le fonctionnement des comités d'éthique, et il réfléchit à ce jour sur le développement de ces derniers (92). Tout particulièrement, on peut lire : "les avis des comités pourront faire l'objet d'un recours au Comité national". Il faut être clair ! On ne forme de recours qu'à l'encontre d'une discussion faisant grief, et la voie d'appel supposerait d'abord une structuration des comités d'éthique locaux et national sur le modèle de -et en concurrence avec- celle de l'Ordre des médecins, et ensuite la reconnaissance implicite d'un pouvoir de décision à l'encontre des projets, d'un pouvoir de "blocage". Et ceci donnerait déjà valeur juridique à ces avis, constituerait une jurisprudence éthique formalisée, unifiée, pesant plus utilement sur l'intelligence des juges et la pensée du législateur. Du reste, ne peut-on discerner déjà une certaine force des avis rendus par les comités ? Ne peut-on entendre enfin des voeux de contribution à la marche du droit ? Ce seront les deux réflexions finales.

Evidemment, une idée juridique aurait pour objet la traditionnelle référence à l'usage. Nous nous sommes posé cette question, de la novation de l'avis (doctrine) en usage (source de droit). Mais les réponses des comités locaux nous ont appris qu'il y avait chose plus subtile ! A la question que nous avions posée : "quelles sanctions vous paraissent-elles pertinentes pour faire respecter les avis du comité d'éthique ?", nous avons obtenu d'utiles précisions : "ce que l'on peut dire, c'est que, s'il y a ou s'il y avait, un Comité d'éthique qui avait un grand pouvoir, c'est celui de l'INSERM. En effet, en cas d'avis défavorables du Comité d'éthique de l'INSERM, cette instance "fermait les robinets financiers" et la recherche de ce fait, était arrêtée" (93). Ou bien : "je ne vois a priori qu'une seule sanction possible qui peut d'ailleurs être facilement contournée, à savoir une action atteignant les crédits de recherche". Et : "aucune grande entreprise pharmaceutique ne peut raisonnablement développer des recherches et y faire participer les humains sans avoir un avis favorable de ce Comité, et aucune grande publication scientifique n'accepte de présenter un travail qui n'a pas reçu l'aval de comités d'éthique... un avis défavorable implique l'impossibilité

(92) V. J. Michaud : Dialogue avec les comités d'éthique (Lettre d'information du Comité national, avril 1987, n° 8). V. A. Giudicelli : Les structures bioéthiques en France : la nécessité de légiférer sur les comités locaux (conférence inédite, La Rochelle, spet. 1987).

(93) V. expréssement Mme Ambroselli, (op. cit. Hastings Center Report 1984, et obs. J. Bernard, (in Conc. méd. n° 32, 3 oct. 1987, "Ethique hospitalière", p. 3024.

de publier, et l'extrême danger d'engager la responsabilité des confrères. Cela me paraît suffisant pour que nos avis aient d'un certain côté un caractère impératif".

Une autorité interne en milieu scientifique se dessine, qui, en définitive, est assez incontrôlable si elle est effective, et engendre des risques d'arbitraire. Si, en revanche, cette autorité n'est qu'apparente, l'avis ne constitue qu'un alibi, et la situation actuelle ne laisse pas d'être insatisfaisante.

Un comité local estime que "les magistrats pensent que l'avis du comité d'éthique sera pour eux une source d'information pour leur décision en cas d'actions judiciaires, son absence semble également un élément important". Cette opinion rejoint celle maintes fois exprimée, par, ou devant, le comité national : "...dégager progressivement des règles générales. Certaines des dispositions législatives actuellement à l'étude pourraient alors être élaborées ultérieurement en fonction de l'expérience acquise" (94). "Il appartient au parlement, aux autorités gouvernementales, administratives, juridiques responsables d'édicter des lois, décrets, arrêtés, règlements, jugements nécessaires, en tenant compte -au moins nous l'espérons- de nos avis" (95). Pour J.-L. Baudouin, les normes dégagées par les comités dans l'exercice de leur rôle d'élaboration "des politiques d'ensemble pour de nouveaux problèmes (par exemple l'attitude à l'égard des nouveaux-nés malformés) ou des problèmes anciens, mais liés à des phénomènes nouveaux (par exemple l'enfant atteint du SIDA)", "vont avoir un impact juridique potentiellement considérable. Dans l'avenir, en effet, il est probable qu'en cas de litige, pour définir ce qu'est une faute, les tribunaux examinent attentivement la règle de conduite en en faisant donc dépendre les normes de la responsabilité civile. A l'inverse, il est possible aussi que les tribunaux examinent ces règles d'un oeil critique lorsqu'elles ne correspondent pas aux standards minimaux exigés par les lois et qu'elles ne puissent donc être potentiellement source de responsabilité civile" (96). Le comité national se pose en pré-législateur, et le livret des journées d'éthique de décembre 1986 qualifie ses avis de "recommandations techniques et réglementaires susceptibles d'aider les pouvoirs publics dans toute la politique

(94) Préambule au rapport sur les essais de nouveaux traitements chez l'homme.
(95) Alloc. Jean Bernard, 6 décembre 1985.
(96) Rapport précité note 65 ; S.M. Wolf, op. cit., note 71 ; J. Mc Ives Gibson et Th. K. Kushner : Ethics committees ; How and theys going ? (Hastings Center Report, juin 1986, p. 9). La question de la responsabilité des membres du comité, du comité, ou de l'institution hospitalière dans laquelle ledit Comité est intégré, est en elle-même de premier intérêt. Elle ne manquera pas d'être posée aux tribunaux judiciaires ou administratifs dans les années à venir. Son étude outrepasserait cependant les limites imparties au présent travail ; nous y reviendrons peut-être dans une autre recherche consacrée à la force juridique des avis des comités d'éthique.

qu'ils voudraient mener". Ce n'est pas encore l'article L 409 Code de la santé publique, mais on y viendra peut-être... La situation devient paradoxale, à défaut d'être humoristique, lorsque le Comité national recommande l'application du droit existant (avis sur le recours aux modes de procréation).

De son côté, David Roy notait : "La bioéthique, particulièrement la macro-éthique, exige une collaboration étroite avec les législateur. Les décisions juridiques et les projets de loi sont parfois le point de départ et la cible d'une critique et d'une réflexion bio-éthique" (97). Les travaux de la journée annuelle d'éthique du 16 décembre 1987 ont établi l'existence d'une démarche officielle et d'une réflexion avancée, en vue d'une part d'éviter une multiplication non contrôlée des comités locaux, d'autre part de dissuader que les comités ne deviennent des "juridictions", d'autre part encore d'assurer une meilleure compréhension par les pouvoirs publics des avis des Comités. Une autre idée d'importance considérable a été méditée, celle de l'enseignement de l'éthique dès le lycée et le collège. Cette prise en charge des jeunes esprits est, ou serait, un fait important d'éducation et de société. Enfin, un groupe de travail au Conseil d'Etat est saisi pour présenter les mesures nécessaires à une certaine reconnaissance des avis éthiques, en tout cas pour mener une réflexion sur la politique juridique posée par les avis du Comité national. Il devait déposer son rapport courant janvier 1988...

Finalement, ces souhaits d'apports à la législation sont logiques. Comme il n'est point de vide juridique même lorsqu'il n'y a pas de législation spécifique, il ne s'agit pas d'inviter le législateur à combler des lacunes qui n'existent pas. C'est une idée importante. Si donc on lui suggère de légiférer, ce ne peut être que pour modifier le droit positif. Or, ce dernier étant très conservateur et restrictif, une modification ne peut aller que dans un sens libéral. Mais, pourquoi donc les Comités sont-ils institués ? Existe, en effet, un mouvement de pensée présupposant l'insuffisance, voire le caractère dommageable, de la morale classique (98). Mais que devient le Droit, entre les valeurs et les désirs ? Mais que devient l'homme entre la règle et l'utilité ?

5 octobre 1987

(97) Promesses et dangers d'un pouvoir nouveau (Cahiers de bioéthique, I, La Bioéthique, p. 98).

(98) V. par ex. D. Callahan : Minimalist Ethics (Hastings Center Report, Oct. 1981, 19). On peut parler d'un nouveau postulat, d'un "dogme libéral" ! Nous tenterons de poursuivre la discussion in "L'autorité juridique des avis du Comité d'éthique" à paraître Semaine Juridique...

METAPHYSIQUE DE LA CULTURE ET DISCOURS DU DROIT (*)

Par

Jean-Marc TRIGEAUD
Université de Bordeaux

La vérité qui "libère" n'est pas qu'évangélique. Elle est aussi culturelle. Et en adhérant à la première il devrait sembler nécessaire et urgent de promouvoir la seconde : malgré son caractère profane, elle médiatise le Verbe et exprime la *créaturalité* de l'homme à son niveau supérieur (1). Ses effets n'attestent-ils pas au fond cette origine ? La vérité culturelle rattache l'existence à une force de vie *créatrice*, et l'on ne saurait mieux solliciter la réflexion ni soustraire l'esprit à la passivité, au poids de la mémoire et aux acquis de l'expérience. Puis, simplement approchée ou pressentie, elle confère aux actes une justification ultime. Elle leur permet de s'affranchir de critères sociologiques, de se défier des puissances matérielles, de leurs pompes et de leurs intimidations sournoises. Elle délivre le faible de l'oppression du fort. Car elle établit cette *liberté* de la personne par laquelle *elle n'appartient qu'à elle-même* et offre dès lors une résistance invincible. Ainsi, la personne *transcende nella forma universale*, selon le mot de Michel Ange, le regard tourné vers cet *ailleurs* que le *Phédon* laisse déjà apercevoir et que contemple toujours Zarathoustra une fois épuisée sa fureur destructrice...

Il n'est donc pas de *mondanité* de la culture. Elle paraît bien relever d'une métaphysique la transformant en interrogations ou questions, qui survivent à la mutation des symboles sociaux

(*) Article précédemment paru dans le volume "Cultura et Politica" de la Revue "Filosofia Oggi" (Gênes), 1958, 1985 (I), p. 41 s.

(1) Comp. R. Guardini, Unterscheidung des Christlichen, Mains, M. Grünewald, 1938.

comme aux réponses contradictoires et changeantes qui y sont données. L'une de ces questions "éternelles" concerne la justice. Et l'on peut dire de celle-ci en particulier ce que l'on dit de la culture en général, portée au plan sopra-naturel *ou re-créateur* du sens de la nature.

La culture est savoir, savoir poétique ou métaphysique s'opposant à la pure connaissance technique, au plus haut degré de son élévation spirituelle où un principe unificateur est atteint ; savoir, également, intuitif, au moyen de la suggestion esthétique par exemple, puisque la culture n'en appelle pas uniquement à l'intelligence analytique chargée d'une mission d'élaboration systématique et rationnelle : elle fait intervenir l'homme tout entier, l'intégralité de l'homme dans l'histoire étant son horizon propre (2).

Mais sous un autre aspect, négatif et corrélatif, la culture est *non savoir* en tant que notion de la relativité du savoir, appréciatrice des limites formelles de la science, à la manière dont la *paideia* devient juge de l'*épistèmè* chez Aristote (*Pol.* 1282 a 6). Or la justice peut être comprise dans ces deux acceptions, du point de vue de son contenu, comme savoir, et du point de vue de sa fonction d'instance critique, comme *non savoir* visant la certitude du savoir que l'on prétend avoir d'elle-même et la cohérence de cet autre savoir qu'est le droit.

Le droit... est-il cependant un savoir ? Le discours juridique auquel elle s'applique est-il scientifique ? De sa technicité, on conclura aisément à son caractère dianoétique et dérivé. Mais il y a précisément dans cette dérivation la reconnaissance d'une solidarité ou d'une implication entre la justice dans sa dimension culturelle et le droit, et elle fonde la légitimité de l'une à se prononcer sur la valeur et la portée de l'autre. Dans le discours du droit, la science de la justice apparaît dans ses résultats et non dans ses démonstrations, parfois même, et de plus en plus, de façon latente et voilée. D'où la difficulté d'essayer de discerner, à travers ce discours, la présence ou l'absence d'une référence à la justice et à tenter de l'interpréter. Elle suppose que l'on sache éviter les pièges et les mystifications du langage et ne pas demeurer prisonnier de ses grilles conceptuelles ; elle oblige à se placer de *l'extérieur* en retrouvant le mouvement créateur de la justice, en remontant à sa source, quand bien même elle ne manifesterait plus une transcendance ontologique mais divine, au sens biblique de cette *iustitia* qui "regarde du haut des cieux" (*Ps.* 85, 12).

Comment circonscrire le domaine du discours juridique susceptible de proférer la justice dans l'univers de la cité ? Quel

(2) P.P. Ottonello, Cultura e decadenza, Genova 1978, pp. 57 et 65.

est donc ce support logistique et technique ? Sans doute faut-il entendre par là le discours public dont émane le droit et qui l'impose avec une menace de coercition ; discours législatif, dont la structure "indicative" ou "impérative" n'a pas plus ici d'intérêt que son origine parlementaire ou administrative, reliée à l'exécutif. Mais on doit encore élargir la perspective. Une conception de la justice ne s'introduit pas seulement à l'intérieur des lois, dans quelque "exposé des motifs" ; elle pénètre aussi et surtout dans la présentation, souvent politique, d'un texte, qui est destinée à le faire admettre par l'opinion, suivant une forme orale ou écrite ; elle s'immisce enfin dans le commentaire "doctrinal" du juriste, dont le travail ne se borne pas à la glose et à l'explication d'une *ratio legis* saisie selon une méthode de logique argumentative, mais exige une appréciation d'opportunité eu égard à des "principes généraux" et à une philosophie sous-jacente, selon une orientation téléologique... Or les différents discours qui se superposent ainsi n'en font qu'*un*, quand c'est la question de la justice et d'une métaphysique de la culture qu'on soulève. Il en ressort en fait une continuité d'inspiration, une unité de signification globale, que l'on qualifiera de technique, du discours lui-même, en tant qu'il est dirigé vers certains effets pratiques à obtenir.

Pour autant qu'il soit technique, et il n'en saurait être autrement, le discours du droit peut être réceptif au discours culturel sur la justice et il peut accueillir la vérité à laquelle il tend. Il le peut et même il le *doit*, en dépassant le cadre constitutionnel et étatique. Comment assurerait-il, sinon, la liberté de tous les membres de la société civile que la vérité de justice réclame ? Il est le moyen, et "la liberté n'est possible, dit Hegel, que chez un peuple ayant la structure juridique de l'Etat" (3) certes, mais il n'est pas la fin, nécessairement reçue d'ailleurs et de plus haut.

Or on constate, dans le discours du droit, une résistance, voire une hostilité à cette vérité à connotation culturelle. On le vérifie dans la manière dont ce discours traite l'homme et conçoit la "personne juridique". L'intégralité de l'homme y éclate ; son essence est mutilée et sa liberté réduite. Une sensation d'étouffement, d'oppression est désormais liée à la perception d'un tel discours. Elle s'est répandue depuis plus d'un siècle au point de faire apparaître comme péjoratif et méprisable le terme de "droit" lui-même. Le *juridisme* est devenu synonyme d'un *bureaucratisme* qui se développe, selon la prédiction wébérienne, en accord avec le progrès technologique, et qui débouche sur le spectre de *l'absurde*... Et parallèlement, comme l'observait Valéry

(3) Hegel, La Constitution de l'Allemagne, trad. Jacob, Paris, Champ libre, 1974, p. 136.

dans sa conférence sur *La politique de l'esprit. Notre souverain bien* (*Var.* III), s'est accrue la distance qui sépare l'idée philosophique et réelle de l'individu et la notion qu'en propose la législation.

Ceci a préparé la voie à une occultation des consciences. Substitut de la préoccupation culturelle, c'est la préoccupation politique qui exerce son emprise. La domination du politique dissimule ainsi l'éviction du métaphysique, entraînant, outre une dégradation spirituelle si nettement diagnostiquée par Le Senne (4), un lent amenuisement du sens de la vérité confondue avec les représentations que tout pouvoir procure de lui-même dans les *mass media*, avec l'ombre-illusion qu'il projette. L'inférieur, le conditionné a conquis la place laissée vacante par le supérieur, l'inconditionné... Mais, dans le même mouvement d'évolution, le discours politique s'est corrompu. Valeur culturelle, la justice est oubliée comme fin du droit, et si on l'invoque encore, on le verra plus loin, elle est aussitôt trahie ou travestie sous des apparences trompeuses, ce qui est une fatalité de la sacralisation du pouvoir et du culte de l'ordre technique. De même, la "prudence", dans la tradition aristotélitico-thomiste ou rosminienne, est la finalité que le politique a progressivement reniée, comme point d'équilibre entre des exigences absolues d'éthique sociale et la capacité relative de la masse à s'y soumettre ; d'où le goût, à une certaine époque, pour l'autocratisme et l'expansion hégémonique, et, dans la période contemporaine, pour ce nouvel instrument de contrainte qu'est la planification gestionnaire aspirant à un contrôle de l'ensemble des activités et tuant l'imprévisible et l'"anormal", c'est-à-dire la *vie*... L'analogie, la symétrie est frappante entre les deux discours. Les caractéristiques de l'un semblent correspondre à celles de l'autre. Leur tendance à l'*aculturalité* est commune... Si nous limitons donc notre analyse au discours du droit, elle est facilement transposable.

Signe de dévaluation culturelle, l'intérêt exclusif qui s'attache à l'autorité est un fait ancien. Mais on l'écarte souvent par l'idée romantique d'un passé meilleur que le présent. Le mythe d'Hiéron, les doctrines du Prince, du Monarque tout-puissant ou du despote éclairé témoignent du contraire. Il résulte, en fait, de l'essence même de *ce qui s'institutionnalise*. Et il n'est nul besoin d'en saisir les manifestations politiques, d'ailleurs extrêmes. Il apparaît dès la constitution du droit, et dès que l'on discrédite, comme le firent les Sophistes, toute référence à une justice et à une raison universelle en vantant l'ordre *pour l'ordre*, celui d'un *nomos* qui n'est soutenu que par la force majoritaire,

(4) Le Senne, Obstacle et valeur, Paris, Aubier, 1934, p. 263.

par une *physis* ramenée à l'instinct de domination et aux désirs égoïstes.

Juridiquement, il est une attitude de refus culturel typique des temps modernes. Elle vient du positivisme légaliste qu'ont renforcé au XIXe s., dans la France napoléonienne ou dans l'Allemagne à la recherche de son unité, les thèses de la souveraineté de l'Etat et du respect inconditionnel de la loi parlementaire en tant que fondée sur la "volonté générale". Une volonté générale qui sera rapidement confondue, comme pour confirmer les craintes de Rousseau, avec l'intérêt d'un parti politique... Beaucoup de juristes adopteront ce comportement de rejet (par exemple Gaston Jèze) en le rendant plus intolérant que ne le prévoyaient les principes qui le justifient et en dédaignant toute réflexion approfondie sur ces principes. Aussi rigide que sûre d'elle-même, voici que prend forme une véritable *mystique de l'autorité*. Elle est conjointe à cette dictature des "abstractions" que Simone Weil soupçonnera dans l'ascension de tout parti élu. Elle obture désormais toute possibilité d'une appréciation critique. Elle sublime l'*imperium*. Elle convertit les questions de droit, traditionnellement dialectiques et objet de *disputatio*, "choses de raisonnement" disait Montesquieu, en questions de pouvoir et de décision.

Dans le meilleur des cas, on aurait pu penser à interpréter la situation en termes d'opportunité et suivant un précepte de sagesse constante qui fait de la docilité de la volonté à la loi la condition de la liberté (comp. Dante, *Ep.* VI, 5). On aurait pu songer surtout à une comparaison avec Spinoza. Comme chez Spinoza, le droit que l'Etat instaure, dans ce positivisme, perd de vue l'autonomie par rapport à lui d'une *jurisdictio*, et s'il n'est inspiré par aucune conception métaphysique et transcendante, il repose suffisamment sur sa force de contrainte. Mais dans le spinozisme, le philosophe peut encore se soustraire à l'ordre du droit qui ne s'adresse qu'à l'homme des passions et vise à la maîtrise de la sensibilité incontrôlée ; le droit, qui ne prétend pas enfermer la justice dans son discours, se déclare simplement indépendant ; de sorte qu'il n'y a guère de *passivité* à se soumettre à la règle ni de contradiction à estimer que c'est se conduire "selon la raison" et être libre (*Eth.* IV, 73). Dans la perspective positiviste du XIXe s., à l'inverse, l'absence d'une justice au fondement du droit ne signifie pas une distinction de deux mondes, celui de la justice et celui du droit étatisé. S'il y a séparation, elle "n'est pas séparation *de*, mais séparation *contre*" selon la nuance heideggerienne (5), autrement dit *exclusion*. Il n'est dès lors de justice, même si ce mot cesse d'être prononcé,

(5) Heidegger, Chemins qui ne mènent nulle part, trad. Brokmeier, Paris, Gallimard (NFR-Idées), nouv. éd. 1980, p. 353.

que du droit et par le droit, suspendue à un discours dont on concevrait plutôt qu'il en dépende !... "La justice est ce qui est établi ; et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées, puisqu'elles sont établies" : ce jugement d'un Pascal sceptique et désabusé (*Pens.* 312, éd. Brunchvicg) anticipe sur ce qui a pu devenir une mystique à l'envers, car, au lieu de suivre l'élan de la compréhension créatrice des valeurs, elle n'exprime que l'acte de *pâtir* devant l'autorité ; c'est ne se croire libre que pour mieux la servir.

On a beau proclamer que la justice est une chimère et dénoncer le trouble qu'elle jette dans les esprits et le désordre qu'elle provoque dans la société en affectant l'obéissance aux lois, il n'est pas rare que cette justice, telle que la véhicule le discours culturel, ne soit un ornement de style du discours juridique, dans ses finales ou ses péroraisons. La méthode est simple : détacher la vérité de justice du discours qui la soutient et la transplanter artificiellement dans celui qui feint originellement de l'ignorer. Une telle vérité est alors fleur de rhétorique dont tout à la fois l'agrément plaît et rassure. Les mots qui la traduisent sont vidés de leur signification ; pour la retrouver, il leur faudrait être replacés dans le registre linguistique de la culture dont on les prive... On verra le personnage public chargé de présenter ou de défendre un projet de loi parer celui-ci d'une auréole d'emprunt et vouloir lui conférer une légitimité native. C'est la tentation de tout propos subitement conscient de son défaut trop visible d'assise culturelle que de recourir *a posteriori* à un pareil subterfuge. Mais les concepts culturels étant traités comme s'ils étaient de même nature que les catégories techniques du droit, leur réception dans le discours juridique est factice et le prolongement que se donne ainsi ce discours sombre dans le maniement péremptoire de lieux communs et dégénère vite en une parodie qui n'échappe ni à la satire littéraire ni à la dérision du graphisme : c'est le crayon de Daumier.

Tel est le destin d'un vocabulaire qui perd l'esprit qui l'animait, la logique de son discours primitif. Il a été saisi à tort comme *production*, coupée d'une cause productive qui le revivifie sans cesse. La vérité qu'il incarnait s'est dissoute ; le contenu n'a pas suivi l'enveloppe. Avoir envisagé le contraire, c'est avoir imaginé que la raison du droit était d'essence analogue à la raison culturelle et pouvait s'en approprier les fruits ; c'est avouer que la raison... du droit reste un *prius* se déterminant elle-même un fondement et jugeant la raison culturelle : c'est reconnaître que la vérité de justice alléguée n'est donc pas le fondement réel du droit, ce dont il tire sa valeur et son sens. La parodie à laquelle on se livre consiste à masquer ce renversement singulier.

Phénomène qui n'a rien de nouveau, selon Berdiaev : "les valeurs d'un ordre inférieur ont toujours cherché à se subordonner les valeurs d'un ordre supérieur" (6). Cette volonté d'alignement des exigences de la justice sur celles du droit, dans la confusion des rationalités, aboutit à la constitution de ce qui répugne le plus profondément à la culture : une culture *officielle*.

Mais l'apparence est telle qu'il faut une grande perspicacité pour s'apercevoir que la justice du discours juridique positiviste n'est, d'après la formule de Saint-Exupéry, qu'"écorce vide", puisqu'elle n'a aucune antériorité logique et téléologique par rapport au droit. Une antériorité dont pourtant la tradition jusnaturaliste s'efforce de démontrer la nécessaire permanence : de l'image qu'utilise Montesquieu contre Hobbes, quand il prétend que sa négation obligerait à admettre que les rayons n'étaient pas égaux avant qu'on eût tracé le cercle, à l'argumentation phénoménologique d'Adolf Reinach qui assimile la vérité de justice à une structure *a priorique* semblable aux nombres qui précèdent le discours mathématique. L'apparence ne saurait, cependant, induire en erreur au sujet de la consistance de la vérité faussement culturelle. Si l'on peut se méprendre sur son origine, comment ne pas relever le caractère cristallisé, solidifié, quasiment mort, de cette vérité amputée de son substrat culturel et réduite à l'état d'*objet* ? Il s'agit là d'une objectivité aliénante pour l'individu, comparable à celle que stigmatise Berdiaev quand il fait le procès de la société perçue comme institution.

Dans la culture vivante d'une société, le discours du droit n'indique jamais mieux sa conception de la justice qu'à travers la définition qu'il est tenu de donner de l'homme -dès l'instant où le droit doit être "dit" entre hommes et donc préciser quels sont ses destinataires. Classiquement, quand le droit est, à la manière romaine, une activité dialectique de découverte de la justice maintenue dans son milieu culturel, l'homme est *persona* : le "masque" de celui qui intervient sur la scène du droit comme *actor*, avec un certain statut (qui comporte des "droits" - *iura*) en fonction de son rôle social effectif. *Persona* n'est pas un être de raison. Et pour compléter cette notion calquée sur les conduites de fait, les jusnaturalistes modernes y introduisent d'autres données empiriques, ce que favorise l'élaboration médiévale du "droit subjectif". Désormais "titulaire" et non simple sujet d'attribution, la personne incorpore des éléments tirés de la nature physique ou métaphysique de l'homme (instincts et liberté).

Un premier bouleversement s'est opéré lorsque, sur l'impulsion des théories nominalistes, la personne est devenue fiction abstraite, *nomen iuris*. Comme l'a montré Hobbes, elle est

(6) Berdiaev, De l'esclavage et de la liberté de l'homme, trad. S. Jankélévitch, Paris, Aubier-Montaigne, 1963, p. 136.

certes *actor*, mais elle cesse d'être en même temps *auctor* : elle agit sur délégation du Prince qui a seul l'*auctoritas*. Or ce schéma a été exploité par le discours positiviste au XIXe s., dans l'incompréhension de son utilité propre au système de Hobbes quelque peu caricaturé. D'où, la représentation d'une personne totalement uniforme qui rejette la diversité de l'expérience et dont la généralité du modèle est une aliénation pour l'universalité de la volonté concrète, en langage hégélien ; il doit susciter à son encontre un mouvement de dépassement et de *Befreiung*.

Corrélativement, une telle définition a essayé de coïncider avec un type sociologique, celui de l'*homo oecunomicus* de la civilisation industrielle naissante, qui n'est mû que par le sens de son intérêt et la recherche du profit. Entité posée par la raison, trouvant en elle son origine exclusive, la personne juridique s'est tout naturellement appliquée à une fin matérialiste. Dans ce type du "bourgeois" moderne, Marx a vu le représentant d'une classe. Mais toute une philosophie spiritualiste y décèle très tôt le produit engendré par un matérialisme utilitariste unique dont les formes se diversifient, du capitalisme au socialisme. Ce sont les réactions connues de Max Scheler, reprenant de nombreux auteurs allemands et lecteur des pamphlétaires français.

L'*homo oeconomicus* qu'est censé refléter ou auquel est présumé correspondre l'homme du discours juridique présente tous les symptômes d'une anémie culturelle. Son insensibilité métaphysique à la notion même de vérité, sa désaffection à l'égard de la justice, lui font préférer la sécurité des formules pharisaïques et la protection des commandements légaux. A la limite, il adopte un idéal de fraternité qui ne l'engage qu'au respect des convenances, mais l'esprit de communion et de paix véritables, pour lequel, remarque Blondel (7), le législateur a peu de sympathie le rend méfiant et fuyant. Aussi est-il porté à l'"amour des fictions juridiques" (Maritain, *Humanisme intégral*) ; de même qu'il vénère "l'argent-chiffre, l'argent-signe" (Thibon, *Diagnostics*), de même il s'attache à ce cadre vide qu'est la personne-sujet de droit. Il y découvre un appui commode à ses ambitions. Il apprend en l'interprétant les *moyens* d'une action efficace, mais à condition de ne pas le quitter des yeux pour éviter de voir qu'une société existe et que l'autre est un semblable ; à condition de se comporter dans la quotidienneté de la vie comme le touriste sur lequel ironise Bergson : rivé à un guide et n'observant rien de ce qu'il prétend décrire (8), donc s'épargnant la peine d'une confrontation.

C'est ainsi que la mystique de l'autorité prend toute sa

(7) Blondel, Lutte pour la civilisation et philosophie de la paix, Paris, Flammarion (BPS), 1939, p. 74 s.
(8) Bergson, Le bon sens, in Mélanges, Par A. Robinet, Paris, P.U.F., 1972, p. 367.

portée. Le discours juridique est précisément prégnant d'une *mysticité* au sens bergsonien des *Deux sources*... Il implante un habitus moral ; il provoque l'adhésion à un type sociologique de référence. Et il n'est pas étonnant que la parodie culturelle à laquelle il contribue bénéficie d'un accueil complice et satisfait. La sophistique qui pervertit déjà ce discours, comme une certaine "parure", pour renvoyer à l'image du *Gorgias* (464 b), peut corrompre l'effet naturel produit par la gymnastique, réapparaît dans la pratique d'une "culture générale" bornée à l'art d'une synthèse des idées reçues.

Mais "idée" est encore un terme trop fort. Car la culture officielle et d'opinion qui s'ajoute au discours technique est "poudre aux yeux" et "ne donne pas à penser" ; et "l'homme n'a pas véritablement le pouvoir de penser, aussi longtemps que ce qui demande à être pensé se retire", conclut Heidegger (9) : il se soumet aux automatismes de l'appris et tout ce qui pourrait le rattacher à l'élan créateur de la culture l'effraie.

De cette culture du discours positiviste et de ses répercussions sur la conception d'un *homo oeconomicus*, de son effet aliénateur à travers ses rites, est résulté un scepticisme qui n'a jamais été contredit, mais qui a pu prospérer et croître dans l'indifférence. "Décourageante hypocrisie", facteur de doute et ferment de révolte, comme le constatait Camus (10) : elle a entraîné la perte des quelques principes de justice dont le droit pouvait encore se réclamer tout en les figeant et même s'il ne les comprenait plus. Elle a assuré la transition avec un autre âge et le triomphe d'une autre domination, celle de la raison formaliste et de son néant.

Ne regarder la loi, comme source unique du droit, que sous l'aspect de sa validité (*Geltung*) ou de sa cohérence interne, indépendamment de son contenu axiologique, et faire ainsi prévaloir l'exactitude objet de calcul sur la vérité objet de science, telle est l'attitude du néo-positivisme qui se déclare formaliste et donne naissance, dans le premier quart de ce siècle, au normativisme kelsénien. Or ce schéma d'analyse projeté sur le discours du droit parvient à l'altérer de telle façon qu'il tombe mieux sous ses prises. Et si le renvoi à une quelconque vérité de justice y est discret au point de s'effacer, s'il est devenu littéralement *indécent* de désigner un principe culturel, c'est parce qu'il s'est créé dans la structure mentale du juriste un réflexe. Non qu'il mette à l'écart ou simplement "entre parenthèses" les

(9) Heidegger, Qu'appelle-t-on penser ?, trad. Becker & Granel, Paris, P.U.F. (Epiméthée), 1973, p. 25 ; et, antérieurement, p. 102 s. et p. 108 (commentant la parole de Nietzsche : "le désert croît...").
(10) Camus, L'homme révolté, Paris, Gallimard (NFR-Idées), 1963, p. 163.

principes de cette nature, relevant d'un ordre du pensable. Spontanément, instinctivement, il les *refoule* et les censure. Le culturel, le pensable est *l'indésirable* dans le vocabulaire de Freud. Ce qui s'accompagne d'une "répugnance à admettre qu'une activité méta-technique puisse ou doive être considérée", note Marcel (11). Le discours culturel sera perçu comme l'expression inavouable d'une intimité irrationnelle et "subjective".

Il ne s'agit plus d'opposer à l'opinion qui attend d'être convaincue un argument tiré de l'autorité de la loi. Dans l'atmosphère de désacralisation contemporaine, cela pourrait être l'occasion de contester le titre de légitimité de cette autorité. Le discours juridique formaliste ou formalisé s'affirme plutôt comme une *dogmatique*. Il indique d'avance l'exclusion de la culture. Il récuse par anticipation tout jugement qui le réprouverait pour l'avoir voulue et préparée. La présence d'une vérité de justice vicierait la rationalité de ce discours, serait contraire à la scientificité de sa logique.

Pourquoi une disqualification immédiate et définitive de la culture ? Quelle justification en proposer ? Ce sont ces questions mêmes, liées à une conscience métaphysique et nécessairement préoccupée d'un *sens*, que l'on refoule. Comment en serait-il autrement, puisque le discours juridique est l'oeuvre d'une raison incompatible avec l'esprit ou la raison culturelle : il est le produit d'une intelligence, non plus technique, mais *technicienne* et purement opératoire, incapable de saisir d'autres vérités que celle qu'elle fabrique et que lui impose de fabriquer l'utilité matérielle. Son impuissance est telle qu'elle ne peut réfléchir sur elle-même et essayer de comprendre sa relativité, la possibilité d'une autre intelligence tournée vers une vérité *vraie* et non assujettie à un service pratique ; supérieur à ce QI qui fait de la quantité un "signe des temps" (Guénon). En fait, elle ignore son essence et se révèle *inapte à penser l'origine de cette essence* (12).

Il reste à définir l'origine de la raison formaliste. Quel est le fondement du discours juridique qui émane d'elle ? En face de ce qui a prétention à l'autonomie et à une sorte d'*aséité* totale, force est de répondre : il n'y en a pas. Et cet "il n'y en a pas" atteste d'une provenance commune : le néant. Cette raison qui se suffit est "oublieuse" de tout être comme de toute valeur ; elle n'est pas substantielle mais instrumentale sous la tutelle d'une *praxis*. Le discours qu'elle tient est proprement "sans fond" et il traduit une dogmatique de l'*Abgrund*. Ceci est d'ailleurs caractéristique du discours technocratique qui est implicitement

(11) G. Marcel, Le déclin de la sagesse, Paris, Plon, 1954, p. 23 s.
(12) Comp. Heidegger, Chemins..., op. cit., p. 355. C'est, en somme, une inaptitude à ce que Scheler appelait l'ideation déjà présente dans les poèmes védiques et opposée à l'intelligence pratique fondée sur la mémoire et l'expérience.

nihiliste, d'un nihilisme auquel contribue la tendance structuraliste à la systématisation de l'institutionnel (13) et que favorise indirectement l'analyse de langage.

Le paradoxe est que la raison formaliste a l'audace de se faire juge de la raison culturelle et métaphysique, de se poser comme seule raison, et de porter sur la justice, sur sa fonction, sur ses finalités, une appréciation qui les enferme dans sa logique intrinsèque. L'objet du jugement est placé sur un pied d'égalité avec le sujet qui juge et sa rationalité ne peut que correspondre à celle de ce dernier. C'est méconnaître que le discours du droit est plutôt en position d'*être jugé* par le discours culturel qui le domine et le dépasse. C'est nier la différence du Même et de l'Autre.

Pour mériter quelque crédit, l'exclusion de la culture devrait elle-même procéder d'une évaluation culturelle, c'est-à-dire admettant le principe d'altérité et adoptant des motifs culturels et non tirés d'une pure forme. Or une telle exclusion exprime une négation qui s'oppose vainement à ce qu'elle nie, qui est tautologique et vide, non créatrice, *adialectique* et *aculturelle* (14). Conséquence d'une rupture initiale de "l'adéquation réciproque de l'esprit et du réel, condition de toute science" (15). La raison formaliste est par là désavouée dans ses affirmations comme se donnant à elle-même ses critères et la suspicion s'attache à son prétendu savoir.

Mais on conçoit aisément qu'elle n'échappe pas dans ses jugements à l'influence d'éléments extérieurs. La réalité de ces éléments n'empêche pas leur absence de densité ontologique, n'interdit pas de voir métaphysiquement en eux le *néant*. Ils sont l'origine factuelle de la négation qu'il désigne (16). Ils sont l'histoire dans sa contingence ; cette "aveugle nécessité de nature" que Marx reproche à l'idée hégélienne de l'Etat de cacher (17), une idée qui paraît bien n'être qu'un présupposé logique de la raison législative universelle et qui est probablement responsable du vice de méthode, de la pétition de principe dans laquelle la raison formaliste est tombée. N'assumant plus une vérité culturelle qui libère, le discours néo-positiviste *se laisse porter par l'histoire* et subit son aliénation. C'est ce qu'il appelle être "réaliste". Or c'est en cela qu'il est séparé de la réalité des essences, qu'il est

(13) Cfr. successivement, G. Marcel, Les hommes contre l'humain, Paris, Fayard, 1968, p. 197 et H. Lefèvre, L'idéologie structuraliste, Paris, Anthropos (Points), 1971, p. 91.
(14) Comp. Ottonello, op. cit., p. 23 s.
(15) L. Lavelle, Un néo-positivisme, in Chroniques philosophiques, Paris, A. Michel, 1967, p. 256.
(16) Comp. Heidegger, Qu'est-ce que la métaphysique ?, in Questions, I, trad. Corbin et alii, Paris, Gallimard (NFR), nouv. éd. 1979, p. 69 s.
(17) Marx, Critique du droit politique hégélien, trad. Baraquin, Paris, Ed. soc., 1975, p. 103.

non créateur et *adialectique* (18). Sa transparence n'est qu'opacité, et l'on perçoit derrière sa logique calme le "bruit et la fureur" de l'opinion dominante.

Il n'y aurait pas de refoulement s'il ne permettait le retour de l'indésirable mais sous l'aspect le moins culturel qui soit : celui justement de l'opinion et de l'*impensé*. Le discours néo-positiviste s'accommode ainsi d'une pseudo-culture afin de justifier les buts matériels, les fins pratiques qu'il s'assigne.

Culture d'emprunt, importée à l'état de produit et d'*objet*, elle a l'apparence de la culture sophistique du discours positiviste ancien. Artificielle, elle consiste, elle aussi, en une greffe de concepts dénaturés et privés de leur signification culturelle. Et c'est inévitablement l'opinion qui s'engouffre dans ces cadres conceptuels désertés par l'esprit vivant.

Mais en profondeur une différence se manifeste qui accuse la fausseté radicale de cette culture. Le produit culturel externe au discours du droit est accueilli par la raison formaliste dans sa matière, mais il est remodelé dans sa forme, dans sa logique, pour correspondre aux exigences de cette raison. La tentative de falsification s'exerce d'abord sur le terme "culture" ou "justice", avant de s'appliquer aux mots qui en indiquent les composantes et à leurs articulations linguistiques.

Que le discours du droit n'hésite pas à se présenter comme culturel, alors qu'il condamne l'idée d'un savoir, d'une vérité susceptible d'être atteinte grâce à une autre raison que la raison formaliste, est une première mystification. C'est une usurpation de langage, procédé déjà identifié par Hegel quand (au début des *Grundlinien...*) il s'attaquait aux "sciences historiques", empiriques, prenant abusivement le titre de "philosophie du droit" ; on ne peut mieux éluder l'explication de fond, la justification de "la nature de la chose" qu'en se faisant passer pour elle. Il est de même une certaine "culture générale" à laquelle ce discours invite le juriste dans la perspective d'une meilleurs application ou réception. Or elle trahit des défauts analogues. La *généralité* est l'opposé de l'*universalité* de la raison critique, celle que suggère la *paideia* d'Aristote. Ce qui manque à cette culture, c'est de pouvoir se mettre en question et de pénétrer en deçà de sa propre condition (19). Elle se développe en un discours qui n'est pas de dévoilement de quelque vérité, *alèthéia* qui le ferait être libre, parce que l'essence de la vérité est dans l'acte même qui en découvre la clarté, comme le montre Heidegger chez les premiers

(18) Comp. Ottonello, op. cit., p. 68 s.
(19) Cf. E. Lévinas, Totalité et infini. Essai sur l'extériorité, La Haye, Nijhoff, 4e éd., 1971, in initio.

Grecs (20). Elle est vouée à s'enfermer dans le champ clos de l'intellect quantitatif et administrateur de concepts. Son savoir se ramène à donner un ordre à l'*impensé*, d'après les canons classificatoires et stériles de la raison technicienne. La *généralité* n'est que la capacité de la matière reçue à s'*unifier*, à se structurer selon les principes formels de cette raison. Si la culture se caractérise comme activité dialectique de *re-création* par l'homme de la nature et, une fois "libéré", de son histoire, elle ne peut que réprouver cette régression dévitalisante ou cette dégénérescence du discours juridique. Son adialecticité, son aculturalité signifie qu'il s'éloigne de "toute contemplation créatrice des valeurs" ; il glisse dans le "*pathos* de la décadence" (21).

Le vide de la pseudo-culture est surtout évident dans le pouvoir d'organisation qu'elle exalte. Il ne s'entend pas exclusivement d'un art d'agencer les motifs de la décision technocratique de gestion ; il est *mise en ordre* dans le traitement des manifestations de la culture réelle comme produit, comme *objet*. Sous ce dernier avatar, la pseudo-culture est bien "cette manière de 'mettre en ordre' qui nivelle, dans l'uniformité de la production, tout *ordo*, c'est-à-dire tout rang, détruisant par avance le domaine de possible provenance d'un rang et d'une connaissance à partir de l'être" (22) ; de l'être *ou de la justice* (*to on* ou *dikè* enseignaient déjà les Présocratiques). Ce qui correspondra, chez le juriste, à la recherche d'un alibi dans le style de l'"esprit ouvert" : ouvert à la manifestation *objectivante* ou offrant prise au répertoire ; ouvert souvent à ce qui viole les lois de quelque académisme, à une culture qui se veut elle-même désespérément négatrice mais échoue à le devenir et se présente comme l'élément de dépaysement ou d'exotisme confrontant la bonne conscience technicienne et conjurant le vertige devant l'*Abgrund*. Or celui-ci, inexorable, réapparaîtra dans la délectation morose si vite ressentie quand on se complaît à la banalisation culturelle. Elle n'est que "joie de descendre", selon l'expression baudelairienne, de rejoindre le "sans-fond". A moins que ne soit plus pertinente l'image de la "froide cruauté de ce soleil de glace" du *De Profundis clamavi*, qui symbolise, à l'arrière-plan, l'*Abgrund*, avec la sévérité d'un censeur, celui qui interdit l'accès à la question du *sens* ou de l'*origine*.

Mais tout aussi grave que la fuite devant la définition est le phénomène de la combinaison des mots selon une logique qui en neutralise ou en inverse le sens de façon arbitraire. Artifice calculé afin de désarmer toute objection éventuelle. Il suffira d'implanter dans le discours néo-positiviste un ou deux mots

(20) Heidegger, De l'essence de la vérité, in Questions, I, op. cit., p. 161 s.
(21) Ottonello, p. 62 et 55 s.
(22) Heidegger, Chemins..., op. cit., p. 354.

produits par le langage culturel et qui traduisent une composante essentielle de l'idée de justice pour dissimuler l'absence de portée onto-axiologique de leur usage, pour détourner l'attention de l'*Abgrund*. Le discours juridique vise par là, il ne faut guère s'y tromper, "l'opportunité la plus triviale", et, que ce soit en régime capitaliste ou socialiste, il est le même, précise Marcel de Corté, à ne pas s'embarrasser de contradictions en imposant au réel des "schèmes logiques" (23). Marcuse a d'ailleurs relevé ces contradictions, à l'Est comme à l'Ouest, dans le maniement purement formel des concepts de liberté ou de travail : "la parole est un déplacement de synonymes" (24). Les amalgames sont tels que la phrase peut signifier son contraire. Parfois l'adjonction d'un qualificatif voudra faire oublier la réalité que le substantif désigne : la bombe à neutrons n'est "pas chère", la fécondation *in vitro* est "propre", l'euthanasie "indolore"... Le danger est qu'en adoptant de la sorte la contradiction comme "critère de sa vérité", ainsi que l'observe encore Marcuse, ce discours repousse tout autre discours qui n'emprunte pas sa logique et il "se rend imperméable à l'expression de la protestation et du refus" (25). Il est vrai que l'homme face à lui n'existe pas. Pas plus que la raison culturelle et réflexive.

L'inauthenticité du discours formaliste implique l'inauthenticité de la personne juridique qu'il représente. De la personne fictive, on passe à la personne inauthentique qui exprime une inconsistance de l'individualité en même temps qu'un vide d'être, qu'un néant.

La fiction marque un excès de généralisation abstraite, où, malgré son nominalisme de départ, l'individuel se perd, se dissémine, où la vérité universelle ne se retrouve pas et où l'homme pris dans sa volonté libre est aliéné. La personne inauthentique dépasse en l'exacerbant cette aliénation. L'authentique est ce qui indique son origine par soi-même, si bien qu'on n'en doute pas ; or, ici, on parle de la personne, on l'élabore conceptuellement, mais il y a tout lieu d'être sceptique sur son origine dans l'homme réel. Elle est construite d'après les postulats de la raison formaliste, comme un pur mécanisme auquel s'adapteront des fins pratiques. Si la notion de *persona ficta* a pu être calquée à une époque sur un type sociologique, soumis à une idéologie matérialiste, cette idéologie se prolonge : elle profite d'une désincarnation enfin *radicale* de l'homme. Et à la place des

(23) M. de Corte, Philosophie des moeurs contemporains. Homo rationalis, Paris, Médicis, 1944, p. 244. L'A. vise surtout le discours politique.
(24) Marcuse, L'homme unidimensionnel, trad. Witting, Paris, éd. Minuit (Arguments), 1968, p. 113.
(25) Marcuse, ibid., p. 115.

mobiles empiriques, d'un sens spontané de l'intérêt égoïste, apparaît le goût de se conformer à l'opinion du nouvel automate dont le rôle légal compte moins que le jeu suivant lequel il doit s'accomplir.

Le discours du droit promeut alors singulièrement l'image de l'"homme de masse" (26), de l'homme du "On" que sa pseudo-culture réfracte. La personne juridique où rien ne se reflète de la nature intrinsèque de l'homme est cette "non vérité" qui hante la méditation de Kierkegaard sur l'existence et que Heidegger et Buber, à sa suite, rattachent au nihilisme technocratique. Mais il ne suffit pas de remarquer que la personne ainsi comprise, locuteur-locuté du discours structural, ignore la dimension métaphysique de l'homme individuel dans sa profondeur et sa dimension sociale en tant qu'être intersubjectif, en relation de participation avec d'autres (27). Sous ces différents aspects, elle est déjà méconnue par le positivisme légaliste. Le positivisme formaliste va plus loin encore : il supprime la liberté *matérielle*, celle qu'entretenaient les idées capitalistes ou socialistes de profit et de rentabilité. Sujet agissant, l'homme n'est plus par son action au service de son besoin contribuant à la satisfaction de besoins collectifs. Devenu fantomatique (comme les âmes errantes de Dante), il ne saurait qu'être au service de l'*effet global voulu par le système* qui l'enclôt, par le discours ; le discours fonctionne en lui et le traverse et il doit se dévouer à l'utilité de respecter sa structure, l'*ordo* qu'il instaure.

Voilà pourquoi la personne du droit s'identifie à l'homme *fonctionnel*, d'un savoir-faire, lequel en arrive à être pensé -bien que l'on soit en toute rigueur dans le domaine de l'*impensé*- à partir de la raison formaliste et de la production technicienne qui la commande. Le discours juridique nomme l'individu, non en référence à son rôle social ou à une utilité sociale constatée, mais à l'utilité qu'il se donne a priori pour la société. Alors, selon le mot de Jean Grenier, "ce n'est pas tant la matière qui s'oppose à l'esprit que la raison" et ses oeuvres (28). Au lieu et place des père et mère géniteurs, interviennent, par exemple, ceux que le système investit de la fonction d'autorité parentale, etc. Le kelsénisme a habitué à ce genre de raisonnement en présentant les parties à un contrat, tels le vendeur et l'acheteur, comme les

(26) Cet homme est aussi, chez Ortega, "l'homme de science, spécialiste", comme "homme satisfait" qui n'a que mépris pour les "vérités théoriques" et refuse de soumettre son savoir à une "instance supérieure", préférant l'autorité à la discussion qui, seule, est culturelle ; sa liberté dès lors est "négative", elle est noluntad (Ortega y Gasset, La rebelion de las masas - 1930, in Obras, Madrid, Alianza Ed., IV, 1983, p. 186 s.).

(27) Cf. Rosmini, Bergson, Ortega... - C'est à cause de cela que la vérité n'est, comme le dit Lévinas, "corrélative d'une liberté qui est en-deçà de la justice, puisqu'elle est la liberté d'un être seul" (Totalité et infini, op. cit., p. 63).

(28) J. Grenier, Essai sur l'esprit d'orthodoxie, Paris, Gallimard, (NRF) 1967, p. 123.

sujets de l'application "réflexe" de la règle. Et les philosophies du langage, explorant l'infinité des propositions normatives, n'ont analysé que les formes verbales, les "foncteurs déontiques" de liaison entre les sujets, sans s'inquiéter de l'épaisseur qualitative de ces êtres interchangeables.

Il convient, cependant, de reconnaître un contenu matériel à la "fonction" de la personne dans le discours du droit. Il correspond au travail conditionnant la production dont ce discours fixe lui-même le cadre objectif. C'est dire qu'au fond, relié à un discours politique de nature identique, il définit le travail avant de définir la personne qui est son agent d'exécution. Et la pseudo-culture qu'il véhicule se charge de justifier a posteriori cette définition du travail tout en établissant une honorifique du *titre* de travail - nouvel *avoir*. D'où le rejet comme *non travail* et indigne de considération de toute activité qui n'est pas agréée aux fins de l'*ordo*. On ne dira pas de l'homme ce qu'il est en vertu de ce qu'il fait (il est artiste peintre), mais en vertu d'un titre conféré (il est exposant subventionné ou détient une chaire publique d'enseignement). Telle est la "déchirure de l'individu, écrit Eric Weil, entre ce qu'il est pour soi et ce qu'il fait et possède, entre ce qu'il considère comme sa valeur et ce qu'il doit présenter comme valeur aux autres" (29). Le pire est d'être simplement homme et de n'appartenir à aucune des catégories répertoriées ; de n'être donc pas rentable pour la production. "Cette qualité a un cours si bas qu'elle n'est même pas côtée" (30).

Perçu à travers cette grille, l'homme qui a reçu *compétence* est inconsistant, et son activité intellectuelle généralisante est aculturelle. Ce qui le motive et peut flatter son intérêt, ce sera surtout une espèce d'attirance, qu'on lui crée, vers l'émulation de la concurrence et du jeu. Voici l'*homo ludens* que stipule la définition de la loi comme règle de *fair play* (Rawls) ou de compétition. Etre agréable : on ne pouvait imaginer une meilleure méthode pour la raison technicienne d'installer l'homme dans le néant. Au lieu de l'éveiller à la valeur vivante de justice, on l'aide à l'oublier ; sous prétexte de pacifier sa conscience, on la précipite dans le sommeil.

S'il demeure une conscience critique, on lui reprochera, dans cette optique, de "transgresser la structure close du discours" (Marcuse). On refusera au jugement fondé sur un savoir culturel et métaphysique toute rationalité, puisque sa logique n'est pas celle du discours qu'il s'autorise à apprécier ! Très significativement, "contredire" sera : soit une attitude de "propagande", suspecte de partialité idéologique, et l'on classera le

(29) E. Weil, Philosophie politique, Paris, Vrin, 3e dé., 1971, p. 97.
(30) M. Horkheimer, Théorie critique. Essais, trad. Coffin et alii, Paris, Payot (Critique de la politique), 1978, p. 219.

contradicteur sous une *étiquette*, "accusation massive à laquelle il lui est impossible de répondre" (31) ; soit une conduite relevant de l'imaginaire individuel, d'un ensemble psycho-affectif, et l'on qualifiera d'avance de "convictions personnelles" les propos exprimés ; dans les domaines qui intéressent au plus près la philosophie, il est révélateur que le législateur consulte, non des philosophes, mais, aux côtés de savants spécialistes, des personnalités diverses pour émettre des avis en fonction de leurs "convictions"... Les convictions ? Cette intrusion du croire dans le penser prouve la volonté de rabaisser le savoir noétique au niveau le plus grossier de l'opinion. La technocratie culturelle s'assure de n'être pas jugée de l'*extérieur*.

Poussée à cette extrémité, la dogmatique de l'*Abgrund* peut exaspérer l'insatisfaction de l'homme qui, pour avoir été privé de la culture, n'en a pas moins l'intuition des *questions* auxquelles elle répond. Que la valeur culturelle de justice soit évacuée du discours du droit est une provocation à une autre négation impuissante, adialectique, aculturelle et pénétrée de néant : négation par la violence dans l'action terroriste ou l'esthétique sado-masochiste du "jeu de massacre", négation par le refuge dans les "paradis artificiels", tel le retour écologique à la nature sauvage et aux éléments organiques, à l'abri de la Cité et de ses Lois.

Ce que l'on peut espérer du discours du droit, c'est au moins qu'il reconnaisse et respecte un ordre qui le dépasse et dont la compréhension appartient à une autre raison que la sienne ; un ordre dans lequel s'enracine la justice comme réalité qui le précède et le détermine en sa substance et en son devenir.

Quelle utilité peut apporter au droit une telle ouverture ? Si l'on dit qu'il est incapable de se développer sans recevoir au préalable son être propre en le tirant d'une notion prévalente du juste, on considère exclusivement cette utilité dans la perspective de l'élaboration et de l'application de la loi et, en dernier ressort, du service des intérêts sociaux. On n'envisage donc que le discours idéal du droit, *tel qu'il doit être*. Or le fait qu'il existe, et dans une certaine indépendance à l'égard du pouvoir étatique, de l'*imperium*, suggère une interprétation différente du principe d'utilité. Il s'agira surtout de justifier le droit *tel qu'il est*, en le reliant à une cause plus profonde que celle qui explique son efficience, cause culturelle que désigne la justice et à laquelle peut simplement renvoyer son discours sans qu'il soit de son office d'en éclairer la portée méta-technique. En ce sens, l'ouverture est concevable et manifeste son utilité la plus haute.

(31) G. Marcel, Les hommes contre l'humain, op. cit., p. 57.

Elle est ouverture à un *en-deçà* du droit et non à un au-delà ; son utilité est *théorique* et non immédiatement pratique.

La voie souhaitable est ainsi celle d'un retournement du discours du droit sur lui-même, dans le désintéressement "par provision" ou *épochè* de son incidence technico-pratique. Attitude tendue vers une contemplation des valeurs et des fins et qui remonte, selon un mode d'analyse régressive et inductive, à une vérité de justice inconditionnée. L'idée de vérité *inconditionnée* fonde la *theoria* (32) et montre la possibilité de rattacher le discours du droit à une métaphysique de la culture. Ceci évite de se laisser enfermer dans la doctrine kantienne de l'hétéronomie qui fait dépendre la règle de la contrainte ou de la sanction. Le discours juridique est plutôt hypothétique, suspendu à une *thèse*, et cette thèse n'est saisissable que sous l'angle d'une *theoria*. A plus forte raison, il ne saurait être question de référer un tel discours à un code séméiologique permettant d'en déchiffrer la structure : ce type d'approche présuppose le formalisme et un phénoménisme qui exclut tout élément culturel et métaphysique en le réduisant à une réalité "langagière" parmi d'autres, à un *objet* de la production ; il s'inspire du nihilisme inhérent à la technique et incline au matérialisme.

L'ouverture théorétique est l'exigence requise pour restituer au discours du droit sa finalité : la justice. Quand nous invoquons la nécessité d'une theoria, nous ne savons même pas exactement, pour paraphraser Chestov, ce que nous voulons : la préoccupation du contenu est infiniment moins importante que celle de la démarche intellectuelle et d'une certaine ascèse intérieure qui oblige à rompre avec les sollicitations de la *praxis*. Mais nous savons que tel est le moyen de se débarrasser d'une culture parodiée ou d'une pseudo-culture et d'y substituer la réflexion pure sur l'expérience historique des hommes qui *disent* le droit. C'est au prix de cet effort de dépassement enfin dialectique et créateur, car il épouse l'élan dialectique et créateur de la culture à travers le droit, que le discours juridique peut devenir activité de réalisation, de *Wirklichkeit* de la justice se produisant et s'extériorisant dans son essence, de la justice confondue avec l'être et principe de vie et l'existence : *actus essendi*. Et cette reconquête est libératrice.

Elle est en accord, nul n'en doutera, avec les évidences de la conscience. Spontanément, *intentionnellement* dirigée vers la vérité culturelle de justice qui apparaît comme son corrélat (cf. M. Reale), la conscience propre au *Rechtsgefühl*, qu'il prenne la forme d'un "sentiment fondamental", d'une "compréhension",

(32) Comp. Husserl, La crise de l'humanité européenne et la philosophie - 1935, in La crise des sciences européennes et la phénoménologie transcendantale, trad. Granel, Paris, Gallimard (NRF-BPC), 1976, p. 367 s.

d'une "intuition" ou d'une "estimation", est le signe de la fonction médiatrice de l'homme, en qui s'articulent la raison culturelle et métaphysicienne et une raison technique, *nomothétique*. Et par là l'homme est capable de rétrospection. Il peut revenir sur son oeuvre et en découvrir le fondement dynamique et agissant dans la culture comme *Umgreifende* permanent.

Puis, cette vérité imprime une "authenticité" à la définition de la personne. Non qu'elle en épuise la richesse concrète. Elle conduit simplement à une formulation nouvelle qui répugne à toute dévalorisation et à tout schéma appauvrissant. L'intégralité à la fois biologique et spirituelle de l'être humain est préservée, dès l'instant où sont écartés les concepts positivistes de sujet de droit logique et uniforme : dès que la personne juridique s'affirme comme dérivation empirique et non comme *ens rationis*, comme objectivation abstraite du réel à travers laquelle il est toujours possible de percevoir une *particularité* individuelle et donc une *universalité* objet *d'épistèmè* ; dès qu'elle se présente comme un type qui ne supprime pas la diversité des caractères mais les élève à une unité de sens ; dès qu'elle ne saurait plus fournir prétexte à la culture *générale* et *quantitative* du matérialisme technocratique.

Le discours du droit, ouvert théorétiquement à la vérité de justice, assure aussi la liberté de l'homme dont il donne, dans son orientation spécifique, un reflet "authentique" et auquel il procure une condition favorable au déploiement de son existence culturelle. Loin de faire obstacle au mouvement dialectique et créateur de la culture, il situe dans ce mouvement même chaque "droit" qu'il reconnaît et qu'on ne saurait sans déperdition ontologique et sans refus des valeurs assimiler uniquement à un acquis protégé et figé. Ainsi l'homme y voit-il un *bien* qui continue de vivre et de s'épanouir, en solidarité avec une surnature ou *physis* assumée dans sa croissance organique : avec l'univers culturel dont sa substance est issue.

R. R. J. 1988

Pages 445 à 449

- III -

ACTUALITES DOCTRINALES

Jean-Pierre SCHOUPPE

Le réalisme juridique,

Ed. Story-Scientia, 1987, 192 pp.

Rares sont les essais qui se donnent pour but -ambitieux, certes, mais dont la nécessité n'échappera à personne- de découvrir le sens précis de la notion de droit et son appréhension philosophique à travers les siècles. Plus rares encore sont ceux d'où se dégage, après lecture, un irrésistible sentiment de clarté dans l'exposition et de rigueur démonstrative. Ne fût-ce qu'à ce double titre, "le réalisme juridique" de M. Schouppe méritait d'être connu. Empruntant l'essentiel de sa pensée aux philosophes du droit contemporains qui, tels Michel Villey ou Javier Hervada, soutiennent, avec la vigueur que l'on sait, que les principes d'une conception réaliste du droit ont été dégagés, dès le IVème siècle avant notre ère, par Aristote, l'auteur s'efforce dans une première partie de faire un "état (historique) de la question", pour aborder ensuite dans une deuxième partie un "exposé synthétique de la conception réaliste". Des conclusions en forme de rappel des thèses qu'il soutient bouclent cet ouvrage fort bien documenté. La partie historique ne se borne pas seulement à un rappel des doctrines enseignées par les principaux tenants du réalisme (Aristote et, plus tard, Saint Thomas d'Aquin) ; elle aborde aussi, dans un esprit d'exhaustivité, les suites intellectuelles de la pensée aristotélico-thomiste d'abord chez la scolastique espagnole des XIVème et XVème siècles, ensuite chez les moralistes catholiques des XVIIème et XVIIIème siècles, enfin chez les "thomistes" et les canonistes du XIXème siècle à nos jours. Plus brève, la partie synthétique s'attache à présenter un exposé cohérent de la doctrine réaliste en dégageant tout d'abord la notion de droit au sens strict -compris comme la "chose juste"-, puis "les principaux sens dérivés du droit" (le droit subjectif, la norme), pour s'achever sur la mise en valeur de diverses oppositions notamment entre le réalisme (ou objectivisme) et le subjectivisme, entre le

réalisme et le positivisme, entre le réalisme au sens large et le réalisme au sens strict.

A ces efforts louables de mise en situation et de clarification des concepts, nous apporterons cependant quelques réserves. Les premières touchent à la présentation historique de la question. Le clivage qu'opère manifestement l'auteur entre les doctrines d'Aristote et de Saint Thomas d'une part, et de l'autre le subjectivisme plus ou moins latent des doctrines de la seconde scolastique et des thomistes contemporains (à l'exception de quelques uns) nous paraît être de la meilleure teneur. Michel Villey en avait déjà remarquablement posé tous les jalons dans son ouvrage essentiel sur *la formation de la pensée juridique moderne*. En revanche, nous ne comprenons pas pourquoi M. Schouppe limite les développements sur la pensée classique à ces seules "phares" que sont Aristote et Thomas d'Aquin. Pour nous, ces deux auteurs sont tout ensemble les héritiers et les relais éminents de toute une tradition de pensée qui plonge ses racines dans la toute première philosophie grecque (Héraclite, en particulier), acquiert une notable cohérence avec Socrate et Platon, et se prolonge puissamment -avec les ajustements nécessaires- à travers Aristote, le droit romain, la chrétienté médiévale, jusqu'à son apogée avec Saint Thomas d'Aquin. Restituer, par touches successives, la profonde unité de cette pensée classique nous eut sans doute permis de mieux saisir en quoi la perspective moderne, ouverte à partir du XIVème siècle, s'en sépare radicalement. Nous y aurions peut-être vu s'opposer une conception cosmique de l'Univers, d'un ordre universel des choses dont l'ordre des sociétés humaines -et le droit- n'est qu'un élément, et une conception *atomiste* de l'Univers réduit à une pure juxtaposition d'individus revendiquant, s'ils sont des hommes, un droit à des droits (subjectifs) leur conférant une sorte d'autonomie radicale par rapport à autrui. La querelle des universaux est, on le pressent, au coeur d'un tel débat.

Sur le fond, nous partageons volontiers la plupart des affirmations faites par l'auteur quant au sens exact du réalisme d'Aristote et de Saint Thomas. Avec lui, nous pensons que seul un tel réalisme est à même de décrire et d'approfondir philosophiquement le sens vrai de la notion de droit telle que les juristes en font *aujourd'hui encore* quotidiennement l'expérience. Toutefois, nous avouons avoir été déçu par la portée extrêmement étroite et, finalement, appauvrissante que M. Schouppe donne à sa notion de réalisme juridique. Si nous le suivons bien, à ses yeux le réalisme dont il est question repose sur un jeu de mots. Aristote et Saint Thomas sont réalistes parce qu'ils définissent le droit comme "la chose (*res*) juste", la "part de biens" qui revient à chacun. Mais le droit, est-ce "la chose" ou est-ce la chose "juste",

c'est-à-dire la chose *mesurée*, déterminée par une mesure antérieure que le juge (ou, si l'on veut, le législateur) a pour mission d'établir, de dire ? La pensée aristotélico-thomiste nous semble bien davantage mettre l'accent sur "le juste" (la mesure) que sur "la chose" mesurée. Le mot "chose" n'est, en dernière analyse, utilisé par nos auteurs que dans le but de ne pas empiéter sur le travail spécifique des juristes qui consiste justement à dire, dans chaque type de relations humaines où un dû est en cause, quelle est cette chose qui est due en justice à chacun, qu'est-ce qui est juste (*id quod iustum est*). Nous sommes ainsi ramenés au concept de mesure de ce qui revient à chacun. Et c'est seulement à partir d'une réflexion sur la notion de mesure qu'il est possible, pensons-nous, de fonder une distinction entre le droit naturel (mesure dégagée par la raison de l'observation de la nature des choses) et le droit positif (mesure posée par la volonté afin de déterminer de façon précise ce qui est juste). Tel est, à nos yeux, le véritable sens du réalisme juridique professé par Aristote et Saint Thomas (cf. notre "Libre propos sur un avant-propos", cette Revue, 1988-1). La doctrine d'Aristote et de Saint Thomas est réaliste non parce qu'elle affirme que le droit est une chose juste, mais parce que, approfondissant l'essence du juridique, elle réussit à dégager par delà les diverses mesures positives du juste, l'existence de mesures naturelles qui fondent les premières et en délimitent la zone d'influence et de validité.

Ces modestes réserves -qui ne sont après tout qu'une différence de perspectives entre gens qui regardent dans la même direction- ne doivent pas, nous le souhaitons, décourager le lecteur potentiel. Il trouvera dans ce livre plus qu'une somme d'informations : matière à réflexions et, qui sait ?, peut-être matière à conversion.

Alain SERIAUX

R. R. J. 1988

Pages 451 à 558

- IV -

COLLOQUES

TABLE RONDE
DU
CLUB EPISTEMOLOGIE

DE LA FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
D'AIX-MARSEILLE

à l'occasion du CENTENAIRE

de la NAISSANCE de

GASTON BACHELARD

(Lundi 10 décembre 1984,
jeudi 17 janvier 1985,
vendredi 18 janvier 1985)
(suite *)

* Une partie des travaux de la Table Ronde a été publiée dans le numéro 1986-3 de la Revue de la Recherche Juridique, p. 179 à 250.

TABLE DES MATIERES (suite)

- Georges CANGUILHEM, L'histoire des sciences dans l'oeuvre épistémologique de Gaston Bachelard 453

- Dominique LECOURT, Introduction à "L'épistémologie historique de Gaston Bachelard" 463

- François MEYER, La double base d'une anthropologie complète 467

- André-Jean ARNAUD, De la vanité d'un projet épistémologique dans les sciences juridiques 471

- André BERTRAND, Présentation critique, application économique et développement de l'analyse épistémologique spectrale de Bachelard 479

- André BERTRAND, Un "plagiat" de Bachelard à propos de la perspective économique de la notion de prix 505

- Paul CHANIER, Bachelard de l'aventure à la prudence : le thème de l'espace-temps 517

- Jean-Philippe RAVOUX, Bachelard ou le travail du philosophe 543

I. - L'HISTOIRE DES SCIENCES DANS L'OEUVRE EPISTEMOLOGIQUE DE GASTON BACHELARD*

par

Georges CANGUILHEM *

Lorsqu'en novembre 1940, Gaston Bachelard fut appelé à succéder à Abel Rey, décédé, cette succession comportait, à côté de l'enseignement de l'histoire et de la philosophie des sciences à la Faculté des Lettres de la Sorbonne, la Direction de l'Institut d'Histoire des Sciences et des Techniques que l'Université de Paris avait fondé le 28 janvier 1932.

Bien que l'histoire des sciences ne tienne pas en France, dans le cours d'études supérieures, la même place importance qu'elle tient en plusieurs pays étrangers, cet enseignement y connaît une manière de tradition qui l'associe à la philosophie des sciences. Quelque jugement que l'on veuille porter sur cette tradition, au moins n'est-il pas contestable qu'elle tient au fait qu'au XIXe siècle l'histoire des sciences, genre littéraire né au XVIIIe dans les Académies scientifiques, a été introduite dans les moeurs et les institutions françaises de la culture par les lois d'une école philosophique qui déclarait fonder son autorité et faire reposer son crédit sur la nécessité de son propre avènement, en vertu d'une loi de développement historique de l'esprit humain. Il s'agit de l'école positiviste. Bornons-nous à rappeler rapidement qu'une chaire d'histoire générale des sciences, dont Auguste Comte n'avait pu obtenir de Guizot, en 1832, la création à son profit, fut soixante ans plus tard créée au Collège de France et occupée par Pierre Laffitte, président de la Société positiviste ; que la succession de Laffitte fut refusée à Paul Tannery au bénéfice d'un autre positiviste, Wyrouboff. Citons ici Abel Rey : "A l'époque où vivaient en France les Paul Tannery et les Duhem, la chaire d'histoire des sciences au Collège de France fut confiée à des hommes dont l'oeuvre, en ce qui concerne cette histoire, est inexistante ; elle fut rétablie après une interruption de quelques années pour Pierre Boutroux dont l'oeuvre devait être brutalement arrêtée par une mort prématurée" (1). Entre temps la Faculté des Lettres de la Sorbonne créait une chaire d'histoire de la philosophie dans ses rapports avec les sciences, d'abord occupée par Gaston Milhaud, puis par Abel Rey. Le titre de l'enseignement devenait alors : Histoire de Philosophie des Sciences.

*
* *

Gaston Bachelard, venant de Dijon, arrivait à Paris avec un bagage d'oeuvres célèbres : Lautréamont (1939), La formation de l'esprit scientifique (1938), La psychanalyse du feu (1938), La dialectique de la durée (1936), Le Nouvel Esprit scientifique (1934), Les intuitions atomistiques (1933), L'intuition de l'Instant (1932), La valeur inductive de la relativité (1929). Et pourtant, ce sont sans doute les deux thèses de doctorat de 1927 qui avaient destiné -sans, bien entendu, qu'il le pressentît- Gaston Bachelard à l'illustration éclatante de l'alliance entre l'histoire des Sciences et la philosophie des Sciences.

* extrait de Etudes d'histoire et de philosophie des sciences, Paris, Vrin, 1968, 5ème éd. 1983, et reproduit avec l'aimable autorisation de l'auteur et de l'éditeur, pp. 187-207

La thèse principale, **Essai sur la Connaissance approchée**, était une étude épistémologique dans laquelle l'auteur tentait d'exposer "comment les concepts de réalité et de vérité devaient recevoir un sens nouveau d'une philosophie de l'inexact". La thèse complémentaire, **Etude sur l'évolution d'un problème de physique : la propagation thermique dans les solides**, était une étude d'histoire des sciences, mais en un sens vraiment neuf. Dans le premier chapitre : la formation des concepts scientifiques au XVIIIe siècle, Bachelard se propose de montrer que la succession historique des problèmes scientifiques n'est pas ordonnée selon leur complexité croissante. Le phénomène **initial** d'une recherche n'est pas un phénomène **primitivement** simple. C'est "la solution trouvée qui réfléchit sa clarté sur les données" et qui incline à méconnaître le fait que "le problème a été longtemps obscurci par de graves et tenaces erreurs" (2). L'histoire d'un problème de physique connaît deux temps : 1° le temps où la recherche prend pour objet initial des hypothèses, où l'on croit expliquer un phénomène en relayant des analogies les unes par les autres, dès que l'expérience oblige à changer de fil: "Le XVIIIe siècle s'achevait sans que l'on eût tenté une véritable liaison mathématique des phénomènes thermiques" ; 2° temps, qui commence, dans le cas donné, par les travaux de Biot, où un problème physique est mis en équation, où "le calcul s'adapte d'aussi près que possible à l'expérience et conduit insensiblement à une vérification expérimentale, intimement mêlée, elle-même, au calcul" (3). Notons tout de suite que, dès le premier travail, Bachelard considère la physique mathématique comme la science royale. Sans doute, il tient Fourier pour un fondateur en matière de thermologie mathématique, mais non sans quelque nuance restrictive : "Le pouvoir instructif des mathématiques auquel Fourier a donné toute sa confiance doit cependant s'adresser à des éléments physiques" (4). Mais c'est de Lamé que déjà -et pour toujours- Bachelard célèbre et la méthode et la leçon: "Avec Lamé, le calcul doit tout faire. Il doit fournir l'hypothèse, coordonner les domaines, construire de toutes pièces le phénomène. Non pas étudier les lois, mais les découvrir. Jamais un si grand rôle n'a été assigné au raisonnement" (5).

L'histoire d'un problème ainsi reconstitué s'achève en une leçon concernant le rapport de la science et de son histoire -et à plus longue portée, indirectement, concernant la façon de composer l'histoire de la science "Le développement scientifique n'est pas un développement simplement historique ; une force unique le parcourt et l'on peut dire que l'ordre des pensées fécondes est une matière d'ordre naturel" (6). Naturel, et non simplement humain. Une science a son destin et non seulement une chronologie. De l'histoire de la science, philosophiquement questionnée, c'est-à-dire quant à la formation, à la réformation et à la formation des concepts, surgit une philosophie de la science. Il serait trop facile de dire que le philosophe retrouve ici la philosophie qu'il a apportée. Ce n'est pas Bachelard qui est responsable de la succession qu'il étudie, de Biot à Fourier, Poisson et Lamé. Ce n'est pas Bachelard qui est responsable du fait que la lecture de Lamé conduit à lire Fourier autrement que ne l'avait lu Auguste Comte. Le chapitre quatrième de l'étude de Bachelard a pour titre : Auguste Comte et Fourier. Il est équitable et généreux pour Comte, il s'efforce de comprendre l'intention d'attitudes philosophiques ordinairement raillées ou blâmées. Mais la conclusion est aussi peu positiviste que possible. L'évolution du problème de la propagation thermique autorise une conception non positiviste (au sens de Mach, aussi bien qu'au sens de Comte) de la théorie physique. "On pourrait accuser de témérité la prévision qui s'appuie plutôt sur une doctrine que sur des faits. Mais on est bien obligé de convenir que cette prévision qui part d'une mathématique réussit physiquement et qu'elle entre dans l'intimité du phénomène. Il ne s'agit pas d'une généralisation, mais

au contraire en devançant le fait, l'idée découvre le détail et fait surgir des spécifications. C'est l'idée qui voit le particulier dans toute sa richesse, par-delà la sensation qui ne saisissait que le général" (7).

*
* *

La thèse de 1927 illustre une conception de l'histoire des sciences. Dans son rapport à la philosophie des sciences à laquelle manque encore le concept par l'invention duquel Gaston Bachelard s'est révélé, en l'histoire des sciences, comme un novateur génial : le concept **d'obstacle épistémologique.** Sans doute Bachelard, on vient de le voir, a exprimé son dissentiment concernant certaine façon d'écrire l'histoire des sciences en perspective de complication progressive, dans la méconnaissance de la ténacité des erreurs qui ont longtemps obscurci un problème. La racine de ces erreurs, la raison de cette ténacité n'est pas encore indiquée, bien que peut-être déjà soupçonnée. Mais dès le chapitre premier de **La Formation de l'Esprit scientifique** nous apprenons que cette racine doit être cherchée dans la connaissance elle-même et non hors d'elle. Ce que l'esprit scientifique doit surmonter fait obstacle dans l'esprit même. C'est, à la lettre, un instinct de conservation de la pensée (8), une préférence donnée aux réponses plutôt qu'aux questions. L'existence d'obstacles épistémologiques rend différentes les tâches de l'épistémologue et de l'historien des sciences. L'épistémologue doit retracer l'évolution de la pensée scientifique, et pour cela il doit choisir parmi les documents recueillis par l'historien et doit les juger. "L'historien des sciences doit prendre les idées comme des faits. L'épistémologue doit prendre les faits comme des idées, en les insérant dans un système de pensées" (9). Mais, en contrepartie, l'attention aux obstacles épistémologiques va permettre à l'histoire des sciences d'être authentiquement une histoire de la pensée. Elle gardera l'historien de la fausse objectivité qui consisterait à dresser l'inventaire de tous les textes dans lesquels à une époque donnée, ou à des époques différentes, apparaît le même mot, dans lesquels les projets de recherches semblables paraissent s'exprimer dans des termes substituables. Un même mot n'est pas un même concept. Il faut reconstituer la synthèse dans laquelle le concept se trouve inséré, c'est-à-dire à la fois le contexte conceptuel et l'intention directrice des expériences ou observations (10). Alors l'histoire est bien l'histoire de la science, l'histoire d'une évolution valorisée par ses exigences bien mieux que par ses résultats bruts. "L'histoire, dans son principe, est en effet hostile à tout jugement normatif. Et cependant, il faut bien se placer à un point de vue normatif, si l'on veut juger de l'efficacité d'une pensée" (11).

Il faut bien saisir l'originalité de la position de Bachelard, face à l'histoire des sciences. En un sens, il n'en fait jamais. En un autre sens, il ne cesse d'en faire. Si l'histoire des sciences consiste à recenser des variantes dans les éditions successives d'un Traité, Bachelard n'est pas un historien des sciences. Si l'histoire des sciences consiste à rendre sensible -et intelligible à la fois- l'édification difficile, contrariée, reprise et rectifiée, du savoir, alors l'épistémologie de Bachelard est une histoire des sciences toujours en acte. D'où l'intérêt qu'il porte aux erreurs, aux horreurs (12), aux désordres, à tout ce qui représente la frange d'histoire historique non recouverte par l'épistémologie historique. Par exemple, l'histoire de l'électricité fait sa place à Aldini (1762-1834), neveu de Galvani, et à ses expériences de décharge électrique à travers diverses substances organiques (lait, urine, vin, bière, etc.) en vue de déterminer la variation des propriétés du fluide électrique selon les corps traversés (**Essai théorique et expérimental sur le galvanisme,** 1804). Mais, fait remarquer Bachelard, le concept de

résistance formé par Ohm en 1826 (Cf. Die galvanische Kette mathematisch bearbeitet, 1827), épure l'hypothèse quasi sensualiste d'Aldini par abstraction et mathématisation, en formant une sorte de noeud de concepts (13).

En d'autres termes l'historien et l'épistémologue ont en commun (ou du moins devraient avoir en commun) la culture scientifique d'aujourd'hui. Mais la situant différemment dans leurs perspectives, ils lui confèrent une fonction historique différente. L'historien procède des origines vers le présent en sorte que la science d'aujourd'hui est toujours à quelque degré annoncée dans le passé. L'épistémologue procède de l'actuel vers ses commencements en sorte qu'une partie seulement de ce qui se donnait hier pour science se trouve à quelque degré fondée par le présent. Or, en même temps qu'elle fonde -jamais, bien entendu, pour toujours mais incessamment à nouveau- la science d'aujourd'hui détruit aussi, et pour toujours. De l'histoire sensualiste et substantialiste de l'électricité au XVIIIe siècle "il ne reste rien, absolument rien, dans la culture scientifique dûment surveillée par la cité électricienne" (14).

Bref, tant que la philosophie n'a pas fourni à l'histoire des sciences ce concept-clé d'obstacle épistémologique, l'épistémologie risque d'être la victime d'une histoire des sciences trop candide "qui ne restitue presque jamais les obscurités de la pensée" (15) qui fait que "nous prenons pour des lumières toutes les lueurs du passé ". L'épistémologue est alors incliné à une psychologie statique de l'esprit scientifique. Comme E. Meyerson, il caractérise de façon unitaire, par la recherche du réel et de l'identique, une pensée scientifique qui ne cesse pourtant, grâce à des techniques de détection et de mesure toujours plus puissantes et plus précises, de trouver la réalité à des niveaux différents. "Croire que l'état d'esprit d'un chimiste prélavoisien comme Macquer soit semblable à l'état d'esprit d'un chimiste contemporain, c'est précisément se cantonner dans un matérialisme sans dialectique" (16). En dépit de ce que le rapprochement peut avoir pour certains de paradoxal ou de scandaleux, il faut bien dire que Meyerson croit, tout comme Auguste Comte, à la fixité des démarches et des procédés de la raison, à l'unité de la pensée scientifique et du sens commun. Bien entendu, Comte, l'ennemi intime de Meyerson, dit phénomène et loi où son critique dit réalité et cause. Mais l'un et l'autre pensent que le progrès de la connaissance se fait d'une marche inchangée sur un chemin définitif. Bachelard renvoie dos à dos Meyerson et Comte en refusant la continuité des démarches intellectuelles du sens commun et de la raison scientifique. "Comment peut-on proposer de reporter nos intuitions sensibles sur des êtres qui échappent à notre intuition ?... La science contemporaine s'est entièrement dégagée de la préhistoire des données sensibles. Elle pense avec ses appareils, non avec les organes des sens" (17). Dans le Discours d'ouverture du Cours sur l'histoire générale des Sciences (26 mars 1892), Pierre Laffitte définissait, entre autres, les avantages intellectuels de l'histoire des sciences : "La méthode historique constitue un véritable microscope mental ; car ce qui, dans l'exposition courante de la science se présente comme une succession rapide nous apparaît alors séparé par de longs intervalles et avec toutes les difficultés que les grands esprits ont dû vaincre pour trouver et propager". Il est manifeste que Laffitte transpose ici le temps dans l'espace, et le ralentissement dans le grossissement. L'histoire des sciences ralentit un développement qui apparaît alors avec ses temps morts, ses frottements, ses "difficultés". Mais qui dit difficulté ne dit pas obstacle. Le microscope mental ne fait pas de différence entre difficulté et obstacle, entre retard et errance. Pour Bachelard, l'histoire des sciences est une Ecole. On y porte des jugements et on y enseigne à en porter."L'histoire des sciences est, pour le moins, un tissu de jugements implicites sur

la valeur des pensées et des découvertes scientifiques" (18). Un microscope ne juge pas. Un microscope peut déceler un mouvement, mais il ne saurait révéler une dialectique.

*
* *

Gaston Bachelard a largement usé -et cela dès les thèses de 1927, quoique alors discrètement- du terme et du concept de dialectique. Si le terme apparaît, pour la première fois, en 1936, dans un titre d'ouvrage, **La Dialectique de la Durée**, l'exposition du concept et sa naturalisation dans le monde des concepts épistémologiques est l'oeuvre du **Nouvel Esprit scientifique**. Ce concept de conquête dialectique de la pensée vive sur la contre-pensée inerte est un concept assez proche, dans l'**Essai sur la Connaissance approchée** ou le **Nouvel Esprit scientifique** du concept biologique de mutation, du concept psychologique d'animation. "Si l'on savait doubler la culture objective par une culture psychologique, en s'absorbant entièrement dans la recherche scientifique avec toutes les forces de la vie, on sentirait la soudaine animation que donnent à l'âme les synthèses créatrices de la Physique mathématique" (19). C'est dans la **Philosophie du Non**, qui se donne pour une philosophie du nouvel esprit scientifique, que le concept de dialectique apparaît, non certes comme une catégorie, mais comme une norme de la pensée épistémologique de Bachelard. "On devrait toujours se méfier d'un concept qu'on n'a pas encore pu dialectiser. Ce qui empêche sa dialectique c'est une **surcharge** de son contenu. Cette surcharge empêche le concept d'être délicatement sensible à toutes les variations des conditions où il prend ses justes fonctions. A ce concept on donne sûrement **trop** de sens, puisque jamais on ne le pense **formellement**. Mais si on lui donne trop de sens il est à craindre que deux esprits différents ne lui donnent pas le **même** sens" (20). On en revient donc, encore et toujours, à la relation interne, intime, de l'épistémologie et de l'histoire. L'histoire illustre la dialectique de la pensée bien plutôt qu'elle n'est elle-même une dialectique objective. "La philosophie du non n'est pas structurée par la dialectique de l'histoire générale. C'est elle au contraire qui confère à l'histoire des sciences une structuration dialectique : "Nous saisissons toutes les occasions pour insister de page en page sur le caractère novateur de l'esprit scientifique contemporain.Souvent ce caractère novateur sera suffisamment marqué par le simple rapprochement de deux exemples dont l'un sera pris dans la physique du XVIIIe ou du XIXe siècle, et l'autre dans la physique du XXe siècle. De cette manière on verra que dans le détail des connaissances comme dans la structure générale du savoir, la science physique contemporaine se présente avec une incontestable nouveauté" (22).

*
* *

L'usage enfin simultané des trois concepts de dialectique, du nouvel esprit scientifique, d'obstacle épistémologique conduit Bachelard à mettre en forme une doctrine précise, définie, susceptible d'applications, relative aux rapports de l'épistémologie et de l'histoire des sciences. Elle est exposée, au début de 1951, dans le premier chapitre de l'**Activité rationaliste de la physique contemporaine**, et à la fin de la même année dans une Conférence du Palais de la Découverte, l'**Actualité de l'histoire des Sciences**. Elle repose sur un nouveau concept, celui de récurrence historique. Elle applique ce concept au développement historique de la dialectique de l'onde et du corpuscule. Bachelard constate d'abord que les "mécaniques contemporai-

nes : mécanique relativiste, mécanique quantique, mécanique ondulatoire sont des **sciences sans aïeux**" (23). Il y a donc une "rupture historique dans l'évolution des sciences modernes" (24), et, pourtant, synthèse des pensées newtoniennes et des pensées fresnelliennes, la mécanique ondulatoire doit être tenue par une **synthèse historique.** Cette synthèse est un **acte épistémologique.** "La notion d'actes épistémologiques... correspond à des saccades du génie scientifique qui apporte des impulsions inattendues dans le cours du développement scientifique" (25). L'acte épistémologique divise le cours d'une histoire en faisant surgir l'opposition d'un positif et d'un négatif. On reconnaît le positif à ceci qu'il continue d'agir dans la pensée moderne, à ceci qu'il constitue un **passé actuel** (26). Il faut sans cesse former et reformer la dialectique d'histoire périmée et d'histoire sanctionnée par la science actuellement active" (27). C'est cette référence à la science **actuellement** active qui interdit de confondre la conception de l'histoire récurrente soit avec un relativisme historique en sciences, soit avec une esthétique des facettes de l'histoire. Le "scepticisme instruit" de Pierre Duhem prétend ne pouvoir décider entre deux théories comme la théorie corpusculaire et la théorie ondulatoire de la lumière, admet l'équivalence des hypothèses, ne croit pas à l'existence de critères de discrimination (28). Goethe (c'est nous qui l'appelons ici, et non Bachelard) pense que "de temps en temps il faut récrire l'histoire non parce qu'on découvre des faits nouveaux, mais parce qu'on aperçoit des aspects différents, parce que le progrès amène à des points de vue qui laissent apercevoir et juger le passé sous des angles neufs". Mais comment, en science, dissocier le progrès et la découverte de faits nouveaux, comment opposer les faits et les points de vue ? D'ailleurs en s'opposant obstinément à l'optique newtonienne, Goethe a montré qu'il aurait fait un mauvais historien des sciences, incapable de distinguer le périmé du sanctionné. Bachelard prend l'exemple de la théorie du **phlogistique** : son histoire est une histoire périmée. Au contraire, la théorie du **calorique** a inspiré les travaux de Black qui "affleurent dans les expériences positives de la détermination des chaleurs spécifiques" (29). Puisque la notion de chaleur spécifique est une notion scientifique **pour toujours,** les travaux de Black entrent comme éléments dans une histoire de la physique sanctionnée. Voilà donc défendue et illustrée l'**histoire récurrente, l'histoire jugée, l'histoire valorisée.** "L'histoire des sciences apparaîtra alors comme la plus irréversible de toutes les histoires... L'histoire des sciences est l'histoire des défaites de l'irrationalisme" (30). Bachelard a bien le sentiment qu'il risque ici de heurter la conscience de quelques historiens des sciences plus attentifs peut-être à la déontologie usuelle de l'historien (ne pas juger !) qu'à la spécificité de l'objet auquel ils s'appliquent. C'est pourquoi il insiste sur le fait que "l'histoire des sciences ne saurait être une histoire empirique" (31) et que des valeurs rationnelles doivent ordonner l'histoire de la science puisqu'elles polarisent l'activité scientifique elle-même : "Les historiens des sciences sont souvent hostiles à ces déterminations de **valeurs** ; mais sans en faire l'aveu, ils traitent eux-mêmes de la **valorisation humaine** propre au travail scientifique. Ils ne manquent pas en effet de nous décrire les **luttes du génie.** Ces luttes du génie s'analysent souvent dans la simple dialectique des malheurs sociaux et du bonheur spirituel... L'homme de génie échoue socialement et réussit intellectuellement -et l'avenir lui donne raison. Il a pour lui la postérité. La **valeur** d'un homme de génie devient l'apanage de la cité scientifique. Le récit de valorisation se retrouve à toutes les pages de l'histoire des sciences" (32).

Ainsi, qui se proposerait de composer une histoire récurrente complète de la science optique devrait laisser "la physique de Descartes dans sa solitude historique" (33), tandis qu'elle devrait considérer que la construction du

rayon réfracté par Huygens à partir de l'hypothèse de l'ondulation "est un acquis définitif pour la science" (34). Quant à Newton, l'explication du phénomène des anneaux par la théorie des accès suffit à montrer que son optique "est en somme corpusculaire dans son image simple, préondulatoire dans sa théorie savante" et que, même lorsqu'il accorde sa préférence à la théorie corpusculaire, "ses doctrines de la lumière sont d'une réelle sensibilité dialectique" (35). Peu importe alors qu'Euler ait cru pouvoir réfuter Newton, s'il ne l'a fait que sur la base d'analogies phénoménologiques entre la lumière et le son. Si Fresnel a institué le premier ("Enfin Fresnel vint!") l'optique physique sur une base indestructible, c'est dans la mesure où son calcul suscite des applications, des constructions de phénomènes sans précédents ni exemples dans l'expérience commune : les interférences. "Nous sommes ici devant un passé scientifique vivant, toujours actuel... Les travaux de Fresnel sont, à cet égard, des modèles de science active" (36).

*
* *

On conçoit pourquoi et comment la philosophie du nouvel esprit scientifique trouve une de ses premières applications dans un nouvel art d'écrire l'histoire des sciences. Cette histoire ne peut plus être une collection de biographies, ni un tableau des doctrines, à la manière d'une histoire naturelle. Ce doit être une histoire des filiations conceptuelles. Mais cette filiation a un statut de discontinuité, tout comme l'hérédité mendélienne. L'histoire des sciences doit être aussi exigeante, aussi critique que l'est la science elle-même. A vouloir obtenir des filiations sans rupture, on confondrait toutes les valeurs, les rêves et les programmes, les pressentiments et les anticipations ; on trouverait partout des précurseurs pour tout. A vouloir fonder la science contemporaine et non pas sur la cohérence d'axiomes sans prémisses et la cohésion de techniques sans antécédents, mais sur la profondeur de l'enracinement dans le passé de l'intelligence humaine on referait, après Dutens, les **Recherches sur l'origine des découvertes attribuées aux modernes** (1766).

Mais, comme le dit Bachelard, "il est inutile de mettre un faux problème à l'origine d'un vrai problème, absurde même de rapprocher alchimie et physique nucléaire" (37). Les savants contemporains n'ont pas réalisé le rêve des alchimistes. "L'art, la littérature réalisent des rêves, la science non" (38). Puisque la pensée scientifique réforme incessamment son passé, puisqu'il lui est essentiel d'être une révolution continuée, Bachelard peut affirmer : "La science, dans ces conditions, n'a rien à gagner à ce qu'on lui propose de fausses continuités alors qu'il s'agit de franches dialectiques" (39).

Bref l'historien des sciences ne doit pas être victime de la confusion entre la continuité du discours historique et la continuité de l'histoire (40). En fait, plus longtemps l'historien séjourne au lieu des origines, dans la zone des rudiments, et plus il est porté à confondre la lenteur des premiers progrès et la continuité du progrès. "En somme, voici l'axiome d'épistémologie posé par les continuistes : puisque les débuts sont lents les progrès sont continus. Le philosophe ne va pas plus loin. Il croit inutile de vivre les temps nouveaux, les temps où précisément les progrès éclatent de toute part, faisant nécessairement éclater l'épistémologie traditionnelle" (41).

Il semble bien que nous touchions à la genèse de la pensée de Bachelard. Il est le premier épistémologue français qui ait pensé, écrit et publié, au XXe siècle, à la hauteur chronologique et conceptuelle des sciences dont il traitait. Et cela apparaît dès **La valeur inductive de la Relativité**, en

1929 : "Un des caractères extérieurs les plus évidents des doctrines relativistes, c'est leur nouveauté. Elle étonne le philosophe lui-même devenu subitement, en face d'une construction aussi extraordinaire, le champion du sens commun et de la simplicité. Cette nouveauté est ainsi une objection, elle est un problème". Un hommage à Bachelard n'est pas tenu de mentionner les noms des philosophes qui ont cru devoir se faire les champions du sens commun et de la simplicité, non plus d'ailleurs que des philosophes qui ont cru devoir se faire les champions de la mode, en renchérissant sur ce que l'assentiment des physiciens enfermait encore de prudence. De la physique relativiste Bachelard disait, dès 1929, qu'elle est "une doctrine que ses antécédents historiques n'expliquent pas," et qu'elle "n'a de rapport avec l'histoire que sur le rythme d'une dialectique" (42). Bachelard a eu d'abord conscience des ruptures épistémologiques. C'est ensuite qu'il a élaboré les concepts philosophiques aptes à en rendre compte. Cette élaboration l'a conduit à proposer une conception des rapports entre science et histoire de la science qui constituait, elle aussi, une rupture : une conception non positiviste. Le positivisme se fonde sur une loi des trois états qui est une loi de progrès, c'est-à-dire, selon A. Comte, de développement continu dont la fin est au commencement. La philosophie de Gaston Bachelard se fonde sur une norme de rectification qui s'exprime par trois lois des trois états (cf. Discours préliminaire à **La formation de l'Esprit scientifique**), mais sans fermeture du troisième sur le premier, sans méconnaissance du fait qu'en science on ne revient jamais, au fond, sur une négation, quand cette négation s'est traduite par une déformation de concepts primordiaux, soutenue par un nouveau mode de calcul.

Un jeune épistémologue, M. Michel Serres, a parfaitement caractérisé le rôle décisif que l'épistémologie de Bachelard confère à l'histoire des sciences : "Une science parvenue à maturité est une science qui a entièrement consommé la coupure entre son état archaïque et son état actuel. L'histoire des sciences ainsi nommée pourrait alors se réduire à l'exploration de l'intervalle qui les sépare de ce point précis de rupture de récurrence, pour ce qui concerne l'explication génétique. Ce point est facilement assignable dès le moment où le langage utilisé dans cet intervalle rend incompréhensibles les tentatives antérieures. Au-delà de ce point, il s'agit d'archéologie" (43). En renouvelant aussi profondément le sens de l'histoire des sciences, en l'arrachant à sa situation jusqu'alors subalterne, en la promouvant au rang d'une discipline philosophique de premier rang, Gaston Bachelard a fait plus que frayer une voie, il a fixé une tâche. Un hommage à sa mémoire, digne de lui, devrait ne pas consister seulement à faire sentir quel vide succède à sa perte, il consisterait avant tout à pouvoir donner l'assurance que la leçon de cet homme de génie ne sera pas perdue.

NOTES

* Extrait des **Annales de l'Université de Paris**, 1963, nº 1.

1 **L'Histoire des sciences dans l'enseignement** (Publications de l'**Enseignement scientifique**, nº 2), 1933, p. 13.

2 **Op. cit.**, p. 7.

3 **Ibid.**, p. 31.

4 **Ibid.**, p. 54.

5 **Ibid.**, p. 104.

6 **Ibid.**, p. 159.

7 **Ibid.**, p. 159.

8 **Op. cit.**, p. 15.

9 **Ibid.**, p. 17.

10 Nous nous plaisons à reproduire un beau texte de J.B. Biot qui exprime la même règle de critique historique : "Je ne puis quitter cette époque mémorable, sans discuter ici une allégation qui a eu beaucoup de retentissement dans l'histoire de la science chimique d'autant qu'elle me semble très loin de mériter l'importance qu'on lui a donnée. Il ne s'agit rien moins que d'enlever à Lavoisier, et aux chimistes modernes, la découverte fondamentale de la combinaison des métaux avec un des éléments de l'air atmosphérique, pour la reporter aux premières années du XVIIe siècle, et en faire honneur à un médecin français de ce temps, appelé Jean Rey. Lorsqu'un fait nouveau, considérable, fécond en conséquences, vient à se produire dans le monde scientifique, accompagné de preuves qui en établissent la certitude, et d'applications qui en découvrent la portée, c'est une habitude naturelle aux esprits contemporains que de rechercher curieusement s'il n'en existe pas d'anciennes traces. S'ils en trouvent, même d'indécises, ils les saisissent, et les ravivent pour ainsi dire, avec une facilité de conviction remplie d'indulgence. Ce travail critique est fort méritant, quand il est équitable. Car il est toujours à propos de rendre justice aux inventeurs méconnus. Mais, en se reportant au point de vue où ils s'étaient placés en attribuant aux expressions dont ils se sont servis, le sens qu'on y attachait de leur temps ; en donnant à leur idées toute l'étendue qu'ils avaient pu eux-mêmes vouloir embrasser ; il faut ensuite appliquer à leurs productions les règles immuables de la discussion scientifique. On devra donc y faire une juste différence entre les assertions et les preuves, entre les aperçus et les vérités établies ; car il n'y aurait ni utilité, ni équité, ni philosophie, à admettre d'un auteur ancien, comme démontré, ce qu'on refuserait comme hypothétique d'un contemporain. Si l'on apprécie le livre de Jean Rey, d'après ces règles, le compte est facile..." - J.B. Biot **Mélanges scientifiques et littéraires**, Tome II, 1858 (p. 187) : A propos des "Recherches chimiques sur la respiration des animaux", par Regnault et Reiset.

11 **La Formation de l'Esprit scientifique**, p. 17.

12 Cf. **Op. cit.**, p. 21 : "Nous exposerons en vrac notre musée d'horreurs".

13 Ibid., p. 105.

14 Rationalisme appliqué, p. 141.

15 Ibid., p. 9.

16 Rationalisme appliqué, p. 9.

17 Activité rationaliste de la physique contemporaine, p. 34

18 Actualité de l'Histoire des Sciences, p. 8.

19 Le Nouvel Esprit scientifique, p. 179.

20 La Philosophie du Non, p. 134.

21 Ibid., p. 135.

22 Le Nouvel Esprit scientifique, pp. 17-18.

23 Activité rationaliste de la physique contemporaine, p. 23.

24 Ibid.

25 Ibid., p. 25.

26 Ibid.

27 Ibid.

28 Ibid., p. 47

29 Activité rationaliste de la physique contemporaine, p. 26

30 Ibid., p. 27.

31 Actualité de l'histoire des sciences, p. 13.

32 Activité rationaliste de la physique contemporaine, pp. 27-28.

33 Activité rationaliste de la physique contemporaine, p. 35.

34 Ibid., p. 36.

35 Ibid., pp. 38-39.

36 Ibid., pp. 45-46.

37 Matérialisme rationnel, p. 104.

38 Ibid., p. 103.

39 Ibid.

40 Ibid., p. 209.

41 Ibid., p. 210.

42 Valeur inductive de la Relativité, p. 6.

43 Géométrie de la Folie (à propos de l'Histoire de la Folie, de M. Foucault), in Mercure de France, sept. 1962, p. 80, note.

INTRODUCTION A
«L'EPISTEMOLOGIE HISTORIQUE DE GASTON BACHELARD»

par
Dominique LECOURT *

INTRODUCTION

Commentaire d'un commentaire, réflexion sur une réflexion, ce travail relève-til de l'érudition historique -comme l'indiquerait son titre- ou de la ratiocination philosophique, puisqu'il se donne pour "mémoire de philosophie" ? Telle est la question qu'on est en droit de se poser devant une telle entreprise. Autre forme de cette question cruciale : s'agit-il d'exhiber, dans le genre que la tradition a délimité sous le nom d'épistémologie, une variété curieuse, l'espèce historique ? Dans ce cas, on parlerait d'"épistémologie historique" au sens où l'on parle de "géographique". Ou bien s'agit-il d'isoler dans l'histoire de l'épistémologie l'instant qui porte le nom de Gaston Bachelard pour en rappeler le souvenir ? En ce sens, "épistémologie historique" serait à prendre comme "monument historique" : témoin du passé qui, pour révolu qu'il soit, mérite encore de rester dans les mémoires.

Il est question ici de tout autre chose : l'oeuvre de Gaston Bachelard, par une nécessité interne qui lui est propre, échappe aux prises de ces alternatives rebutantes. Ce que nous y découvrons, c'est que l'épistémologie est historique ; son essence est d'être historique. Si nous retenons pour première définition de l'épistémologie ce que nous en dit l'étymologie nous dirons : la discipline qui prend la connaissance scientifique pour objet doit tenir compte de l'historicité de cet objet. Et voici le contre-coup immédiat de cette proposition révolutionnaire : si l'épistémologie est historique, l'histoire des sciences est nécessairement épistémologique. Une fois rejetées les alternatives rebutantes nous sommes pris dans une réciprocité engageante.

Elle nous engage en effet, au-delà du jeu de mots, à penser celui des concepts qui y sont à l'oeuvre : épistémologie et histoire. Soit à répondre à la question: quel mécanisme théorique se dissimule-t-il sous le mystère de cette double inauguration ? ou mieux en vertu de quelle nécessité la problématique instaurée par Bachelard en épistémologie porte-t-elle ses effets hors de son champ dans celui de l'histoire des sciences ? Plus précisément encore : quel système réglé de concepts fonctionne-t-il dans l'épistémologie bachelardienne qui donne lieu à la construction d'un nouveau concept d'histoire des sciences ?

Mais nous y sommes pris : il est clair en effet que dire "épistémologie historique", c'est déjà impliquer dans la définition de la discipline le concept dont elle a pour effet de permettre la construction. L'aporie serait complète si l'on n'avait égard au statut particulier de l'épistémologie : son objet renvoie lui-même à un autre objet. C'est un discours qui s'articule sur un autre discours. A la lettre, c'est un discours second dont le statut dépend donc, en dernière analyse, de la structure du premier.

Or, nous tenterons de démontrer que la découverte de Gaston Bachelard est précisément d'avoir reconnu, puis réfléchi théoriquement, que la science n'a pas d'objet hors de sa propre activité ; qu'elle est elle-même, dans

* extrait de L'épistémologie historique de Gaston Bachelard, Paris, Vrin 5ème éd., 1978, avant-propos de G. CANGUILHEM, coll. Bibl. d'Histoire de la Philosophie, et reproduit avec l'aimable autorisation de l'auteur et de l'éditeur. pp.9-15

sa pratique, productrice de ses propres normes et du critère de son existence. Cette thèse audacieuse produite par un philosophe qui s'est imposé d'être et de rester l'élève modeste des savants contemporains révolutionne le champ de l'épistémologie. Nous nous attacherons à montrer par quel travail théorique Bachelard a pu la produire, dans quel réseau de concepts il a su l'exprimer. Sans anticiper sur le détail de l'analyse, un simple survol de son oeuvre permet d'affirmer que tout s'organise autour d'une réflexion sur la Physique-Mathématique ; exactement sur l'énigme du trait qui les unit et dont la science contemporaine montrait la nécessité de le résoudre en théorie.

Sautons tout de suite aux conclusions : en se donnant pour objet la connaissance scientifique dans son mouvement, c'est à un **processus historique** que l'épistémologie a affaire. Tout un champ de problèmes réels s'ouvre à son enquête ; hors de l'univers tranquille des problèmes idéaux posés par le Philosophe à propos de "La Science", de son fondement, sa méthode, sa réalité, son statut par rapport aux autres formes de la connaissance...

On aperçoit donc dès maintenant que cette thèse heurte les convictions dont a vécu jusque-là la philosophie. Nous nous proposons de montrer qu'elle les heurte de façon très particulière, de façon **non philosophique,** quoique le choc se produise **dans** la philosophie. Nous verrons que sur certaines questions, dont la conjoncture théorique avait fait des "points de sensibilité" -par exemple la question de l'intuition ou celle de la qualité- Bachelard, parti d'ailleurs, rencontre les philosophes. Nous prenons le risque d'affirmer que cette rencontre n'est pas le fait du hasard ; elle tient à ce que les problèmes que se pose la philosophie ont aussi un rapport à la connaissance scientifique, mais sous une autre modalité qu'il nous incombera de déterminer.

Rencontre non-philosophique dans la philosophie : nous espérons en effet démontrer que la discipline théorique inaugurée par Gaston Bachelard pose à propos des sciences d'autres questions sur un autre terrain ; elle invalide les notions de l'épistémologie antérieure, et -ce qui est plus grave- elle disqualifie les problèmes de la philosophie antérieure, mais **ailleurs.** Nous aurions là sans doute la raison ultime, et profonde, du dépaysement que l'on éprouve à lire le texte de Gaston Bachelard : c'est un autre pays que l'on découvre ; un nouveau monde par la grâce d'un style nouveau construit avec de nouveaux concepts.

De fait, on ne peut manquer de remarquer que l'oeuvre de Bachelard est, de part en part, traversée d'une polémique toujours reprise contre les Philosophes. La philosophie y est présente comme une hydre avant d'être pensée comme un spectre. Nous prétendons que la nécessité de cette polémique est inscrite au plus profond de la pensée de Bachelard : en **ouvrant** le champ de l'épistémologie historique, il **découvre** -il met à nu et à vif- ce que la philosophie s'acharne à **recouvrir** : les conditions réelles -historiques- de la production des connaissances scientifiques. Le recouvrement philosophique se manifeste par un **déplacement** systématique des problèmes : l'entreprise de Bachelard est de leur restituer leur juste place, c'est-à-dire leur sens, quitte évidemment à remettre les philosophes à la leur. Il y avait donc un destin dans sa pensée théorique qui devait faire de cet homme pacifique le philosophe qui combat sur tous les fronts.

Mais Gaston Bachelard ne se contente pas de décrire les mécanismes et les effets de l'intervention philosophique dans la connaissance scientifique ; il en cherche le **pourquoi.** Il est clair, à ses yeux, que ce que nous appelons le "déplacement-recouvrement" ne peut se faire sans un intérêt pour l'ordonner. En d'autres termes, non seulement Bachelard exhibe l'impensé du discours philosophique (le recouvrement), mais il nous met sur la voie,

de l'inconscient dont cet impensé est l'effet dans le texte philosophique. Dans ce livre inouï qu'est La Formation de l'Esprit Scientifique, puis de façon continue dans la suite de son oeuvre, il donne à voir les valeurs qui ordonnent -dans tous les sens du terme- le discours philosophique, valeurs idéologiques dont l'intervention dans la pratique scientifique constitue ce que Bachelard désigne d'un nom nouveau : les "obstacles épistémologiques". Ce mot nouveau est un nouveau concept que, pour des raisons qui tiennent, comme on vient de le voir, à sa nature, la philosophie ne pouvait ni produire ni même reconnaître.

C'est ainsi que nous prendrons au sérieux la notion de "psychanalyse" qui figure dans le sous-titre de l'ouvrage. Nous y verrons un projet inédit, souvent plus admiré que compris, dont Bachelard est le premier à avoir pu concevoir la nécessité. On y découvre, peut-être mieux qu'ailleurs, pourquoi selon Gaston Bachelard la détermination spécifique de la philosophie est son rapport aux sciences, comment la philosophie se définit dans et par cette intervention, comment ce sont des valeurs extra-scientifiques qu'elle importe dans l'activité du savant, qu'elle plaque sur les opérations de la connaissance scientifique. Mais s'y révèle aussi la principale victime de cette intervention : le savant lui-même qui, consciemment ou non, emprunte à la philosophie les concepts qu'elle a formés pour réfléchir sa propre pratique. On y voit, en définitive, pourquoi "la science" n'a pas la philosophie qu'elle mérite" ; ce qu'elle y perd ; mais aussi comment elle peut l'acquérir. Ce livre, que Bachelard a voulu d'accès facile, nous introduira sans doute au plus difficile, au plus secret de l'épistémologie bachelardienne.

En effet, des tâches nouvelles peuvent être désormais assignées à l'épistémologue. Il faut une philosophie ouverte et mobile qui respecte les ouvertures toujours nouvelle et inattendues de la pensée scientifique. C'est dire que la philosophie doit renoncer à la forme systématique, au confort de son espace clos, à l'immobilité de la "raison close" pour se risquer, aux côtés des savants, à leur suite, dans des "champs de pensée" non encore défrichés. C'est ce à quoi répond et engage, comme on le verra, l'ensemble des concepts élaborés et retravaillés par Bachelard ; constitutifs de son épistémologie, ils trouvent leur expression la plus remarquable, parce qu'opératoire, dans ses derniers ouvrages : Le Rationalisme Appliqué, l'Activité Rationaliste de la Physique Contemporaine et Le Matérialisme Rationnel.

Il n'est sans doute pas sans intérêt de le constater : c'est au début de L'Activité Rationaliste de la Physique Contemporaine, en 1951 -c'est-à-dire près d'un quart de siècle après ses premiers travaux- que Gaston Bachelard consacre un long chapitre introductif à définir "les tâches d'une philosophie des sciences". Manifestation remarquable de cette ouverture dont il réclamait des autres philosophes qu'ils fassent leur souci majeur, ce fait à une autre portée. Si l'on veut bien attacher quelque importance à son lieu, on en inférera :

- que c'est la réflexion des techniques et des concepts de la nouvelle Physique qui ont mis Bachelard en demeure de concevoir de nouvelles tâches pour la philosophie des sciences ou, ce qui revient au même, de fixer les concepts fondamentaux d'une nouvelle épistémologie. Toute son oeuvre nous le confirme ;

- mais surtout que c'est tardivement, au terme d'un long travail théorique pour dégager la spécificité des concepts de la science nouvelle que cette épistémologie peut être conforme à son propre concept -déjà à l'oeuvre mais non thématisé dans les ouvrages de la période précédente- et formellement engager la pensée philosophique dans une nouvelle problématique.

Il est, à notre sens, très significatif que ce soit le même ouvrage qui, quelques pages plus loin, prenne pour thème les problèmes de l'Histoire des Sciences et les réfléchisse pour eux-mêmes ; non plus incidemment, comme c'était le cas dans les autres ouvrages. La Conférence au Palais de la Découverte sur **L'Actualité de l'Histoire des Sciences** ne fera que reprendre, pour les amplifier, les considérations du livre de 1951.

Nous y voyons la justification de la thèse que nous avons déjà avancée : l'institution d'une problématique nouvelle en Histoire des Sciences est l'effet, hors de son champ, de la révolution épistémologique bachelardienne.

C'est aussi de cette double constatation qu'on s'autorisera pour justifier l'ordre d'exposition ici adopté. Il consiste à montrer d'abord comment Gaston Bachelard, à la faveur d'un bouleversement dans la Physique-Mathématique, **reconnaît** d'un même geste l'objet de la science et celui de la philo - sophie ; ou plutôt, mais en des sens différents, reconnaît que ni l'une ni l'autre n'ont d'objet ; à montrer ensuite que cette double reconnaissance, une fois pensées ses implications théoriques,produit une fondation double et réciproque : celle de l'épistémologie historique et de l'histoire épistémologique.

Il va de soi que ces positions théoriques que nous défendons ne vont pas sans la mise en oeuvre d'un certain nombre de principes de lecture. En particulier, si ce que nous avons dit est juste, il nous apparaît que l'architecture du **texte** de Bachelard est complexe. On peut y distinguer plusieurs niveaux qui d'un chapitre à l'autre, d'un paragraphe à l'autre et même d'une phrase à la suivante peuvent être superposés. Cette intrication, qui n'est pas confusion, tient à la complexité de la situation de l'épistémologie bachelardienne. On pourrait ainsi la schématiser provisoirement :

- le texte nous dit quelque chose de la connaissance scientifique ; à l'état pratique, c'est l'épistémologie qui fonctionne ;

- le texte nous dit quelque chose de la philosophie ; c'est l'épistémologie qui fonctionne sur le rebord polémique ;

- dans le même temps, où on la voit fonctionner, s'élabore, se précise et s'expose une doctrine épistémologique précise, formée d'un "corps de concepts" bien ajustés ;

- nous ajoutons, pour notre part, que le fait de cette élaboration, dans le champ même de la philosophie, peut achever de nous renseigner sur le jeu dont elle se constitue.

En défendant ces thèses et ces principes, nous croyons être fidèle à la pensée de Gaston Bachelard : la fidélité, en l'occurrence, ne nous semble pas être de nous faire le miroir de son oeuvre, ou encore, pour employer une de ses expressions, d'en produire le "pléonasme" ; mais plutôt de montrer par quelles voies difficiles elle a su être une philosophie ouverte, une pensée qui suggère d'autres pensées, une épistémologie qui n'a pas fini de nous livrer ses leçons. La plus haute étant sans doute celle que nous tenterons de dégager pour terminer en montrant comment Bachelard, fidèle à ses principes, a su conformer sa pensée à la rapidité des progrès scientifiques et procéder à l'héroïque re-travail de ses concepts.

L'oeuvre de Gaston Bachelard est telle qu'au terme de son étude, nous voici sommés de nous mettre au travail, à l'école des derniers progrès de la pensée scientifique. Nous tenons cette sommation pour la réponse ultime aux questions que nous posions pour commencer et qui pourraient toutes se résumer en celle-ci : "Pourquoi donc lire Gaston Bachelard en 1963"?

LA DOUBLE BASE D'UNE ANTHROPOLOGIE COMPLETE

par

François MEYER

C'est à l'homme que fut Gaston Bachelard que je voudrais porter témoignage. Mais, à travers l'homme et son oeuvre, c'est bien avant tout d'humanisme qu'il s'agit, et d'une anthropologie philosophique faite de richesse et de subtilité.

Mes premières rencontres avec Bachelard, dans le petit appartement style H.L.M. de la Place Maubert, furent celles d'un candidat au doctorat et de son directeur de thèse. Une pièce encombrée d'un apparent désordre ; sur une patère, la redingote noire préparée par Suzanne Bachelard pour le cours en Sorbonne. Dans l'approche, rien de l'intellectuel de prestige, rien de l'universitaire de profession, soucieux de son image de maître à penser ; une simplicité sans fard. Barbe et chevelure abondantes, un visage à la Karl Marx, un Karl Marx qui serait avant tout bourguignon, avec sa riche sensibilité de terroir. Un regard à la fois attentif et méditatif, tourné vers le dedans et vers le dehors, avec des pointes de malice amusée.

Il y avait dans le tête à tête avec Bachelard tout le sens de la rencontre, de ce face à face évoqué par lui dans la préface écrite pour Je et tu de Martin Buber : "Il faut croire à une philosophie de la rencontre, cette nuance délicieuse et souvent insaisissable qui joue dans l'ambiguïté de l'interrogation et de l'exclamation. Nous sentons bien qu'entre le ? et le ! il y a place pour toute une psychologie qui tonaliserait toutes les paroles, qui saurait interpréter les silences et les timbres, les vivacités et les lenteurs, toutes les résonances et tous les arpèges de la sympathie. Alors on sait, d'un seul coup, que les convictions sont des flammes et que la sympathie est la connaissance directe des personnes". Qu'ajouter sinon que pour Bachelard la rencontre nous situe au coeur de "l'ontologie de l'être humain" ; elle n'est pas loin alors de s'ouvrir, "synthèse de l'événement et de l'éternité", sur un horizon authentiquement métaphysique.

* *
*

L'anthropologie de Bachelard est par essence une anthropologie duelle, voire contradictoire. "Les problèmes (philosophiques) se poseront d'autant plus nettement que nous réaliserons plus franchement une totale séparation entre la vie rationnelle et la vie onirique, en acceptant une double vie, celle de l'homme diurne et celle de l'homme nocturne, double base d'une anthropologie complète". A l'homme de jour qui poursuit l'aventure de la raison militante, engagée, dialectique, dans la clarté, la rigueur et la conscience, répond l'homme de nuit qui déploie l'espace des mondes imaginaires, les rêveries, les images, les songes et les mythes. Celui qui trahirait cette double fidélité se condamnerait à une anthropologie infirme, hémiplégique, à un ego privé de son alter ego. Celui qui ne verrait en Gaston Bachelard que l'épistémologue passerait à côté du sens proprement philosophique d'une pensée qui se refuse au contraire à voir dans l'oeuvre de la connaissance objective la seule vocation légitime du sujet humain. Nada menos que todo

un hombre, dit-on vigoureusement dans la langue de Don Quichotte : rien de moins qu'un homme tout entier. Une anthropologie complète.

N'y a-t-il pas au sein de cette anthropologie duelle un germe de conflit sans issue de la pensée avec elle-même ? On pourrait certes le craindre. Georges Gusdorf demandait un jour à Bachelard comment il pouvait bien concilier en lui l'homme de jour et l'homme de nuit, animus et anima, conscient et inconscient. La réponse est directe : "C'est un problème pour vous, pas pour moi. Je m'intéresse à la mathématique, j'aime la poésie. Laissez-moi ma liberté". Laissez-moi ma liberté ! Et pourquoi en effet la liberté serait-elle de choisir, donc d'exclure ? Pour Bachelard, il s'agit là d'une double liberté, d'un redoublement de liberté, d'une liberté dans la richesse et non dans l'indigence. Une "âme" plurielle, une âme androgyne, animus et anima, qui jouit sans contrainte de tous ses possibles.

La vocation du sujet humaine conduit alors "à la double perspective d'une diphénoménologie qui révèle d'un côté la prise de conscience elle-même, l'ascétisme de la conscience qui trouve sa joie dans les disciplines scientifiques -et une phénoménologie qui reconnaît d'un autre côté, la sourde persistance de l'inconscient, l'avidité jamais satisfaite des rêveries inconscientes". Vocation alternative : tantôt il faut psychanalyser l'image -Psychanalyse du feu- pour donner du champ à la dynamique du rationnel, tantôt il faut ignorer le rationnel pour donner du champ à la dynamique de l'imaginaire -L'air et les songes, etc... De là naissent deux phénoménologies, deux zones d'existence aussi consistantes l'une que l'autre.

* *
*

Si séparées que soient ces deux vocations -rationnelle et onirique- elles comportent cependant une base commune. Elles reposent l'une et l'autre sur ce que Bachelard appelle "matérialisme". C'est ainsi que, au matérialisme rationnel, répond l'imagination matérielle. Sur la base "matérielle" des sensations qui naissent du contact originel de l'homme et du monde, va naître une double dynamique qui s'empare du sensible dans deux directions différentes voire opposées. La science accouche d'un matérialisme rationnel rationalisé, pour élever le sensible à la rigueur de l'intelligible ; quant à l'imagination, elle élève le sensible à la multiplicité des sens qui à eux tous forment un monde, le monde des significations. Par le pouvoir du sujet humain, la matière originaire se divise ; elle s'ouvre d'une part à l'intelligibilité objective, d'autre part aux significations subjectives.

Il y a donc un travail de la raison. La raison de l'homme diurne, c'est la raison travaillée, travaillante, le rationalisme "appliqué". La pensée n'est que pur discours et pensée "oisive" si elle n'assume pas la matière sensible par l'expérimentation, si elle ne prend pas la matière en charge. Mieux, la science est travail, mais travail collectif, c'est "l'union des travailleurs de la preuve". Dans cette communauté de travail, le cogito métaphysique de Descartes doit faire place au cogitamus, mieux : au cogitemus, à l'impératif. L'oeuvre de connaissance est une dialectique à l'impératif.

Mais il y a aussi d'une certaine façon un travail de l'imaginaire, certes plus subtil. "La poésie n'est pas un jeu, c'est une force de la nature". L'imagination se nourrit, non de ce qu'il y a de représentatif, mais de ce qu'il y a de sensuel dans la matérialité de la sensation. Elle est complicité avec les matières, le dur, le mou, le liquide, le gazeux, avec les quatre éléments des anciens. Les matières se révèlent à l'initiative de la main et du corps.

Bachelard évoque un "cogito pétrisseur", qui ne le cède en rien pour lui au cogito épistémique. José Conti rappelle le personnage d'un Bachelard cuisinier : tous les sens, le goût, l'odorat, la vue sont parties de la symphonie culinaire, toutes les matières sont présentes dans l'effet culinaire. La cuisine est imagination matérielle.

La poésie accouche des virtualités des matières, elle "achève le mouvement des matières", qu'elle conduit jusqu'aux songes de l'Air, aux rêves de l'Eau, aux rêveries de la Terre et à la flamme d'une chandelle. Le sujet onirique accomplit, par la dynamique de l'imaginaire, une ontologie de la matière, dont elle promeut et achève l'être même.

* *
*

Exemplaire est pour Bachelard le travail de l'artisan, de l'homo faber au contact immédiat et pluriel des matières. Chez lui en effet le rationnel et l'imaginaire se conjugent : ils participent de l'anthropologie complète et de sa double base."L'homo faber dans son travail ne se contente pas d'une pensée géométrique d'ajustement. Il jouit de la solidité intime du matériau; il jouit de la malléabilité de toutes les matières. Chaque travail a son onirisme, chaque matière travaillée apporte ses rêveries intimes". C'est pourquoi "l'onirisme du travailleur est la condition de l'intégrité du travailleur. Négliger les puissances oniriques du travail, vous anéantissez l'ouvrier". Travail en miettes, aliénation, c'est le travail frustré de son imaginaire. Le travail authentique s'ouvre au contraire sur une quasi-cosmologie. "Le forgeron et le potier commandent à deux mondes différents. Ils ont des visions d'univers, les visions contemporaines d'une Création. Le travail est -du fond des substances- une Genèse. Et s'il faut au travailleur pour être vigoureux, des images excessives, c'est à la paranoïa du démiurge qu'il va les emprunter". Création, Genèse, les majuscules disent bien que la référence est ici d'une ampleur quasi-métaphysique, qui donne à l'imaginaire tout son sens.

* *
*

Cette évocation de l'artisan n'est-elle pas suspecte de quelque nostalgie passéiste ? En fait il semble bien que pour Bachelard le monde comme il va ne soit pas bien favorable à l'accomplissement de l'intégrité humaine, et cela pas seulement dans le monde du travail. "Dans les temps modernes, quand il y a contact entre les valeurs inconscientes et les valeurs rationnelles, l'inconscient se masque. Mais l'inconscient se maintient contre vents et marées dans l'intégralité de ses valeurs spéciales. Il continue à jouer un rôle, et l'on ne gagne rien à effacer par décret un règne inaliénable". C'est pourquoi "une diphénoménologie devrait se mettre à l'oeuvre pour creuser, si possible en même temps, les deux perspectives opposées des valeurs de l'inconscient et des valeurs de la conscience".

Nostalgie passéiste ou regard lucide sur la modernité ? A tout le moins plaidoyer pour ce qui reste d'imprescriptible dans cette moitié de l'homme qu'ignorent allégrement les assauts frénétiques de notre techno-science. La pensée de Bachelard, volontiers réduite par les épistémologues à un discours sur le savoir, mérite d'être restituée dans sa plénitude, qui est celle d'une anthropologie complète.

DE LA VANITE D'UN PROJET EPISTEMOLOGIQUE DANS LES SCIENCES JURIDIQUES

par

André-Jean ARNAUD

C.N.R.S. - Centre de Philosophie du droit - Paris II

Si un médium particulièrement doué parvenait à évoquer, dans une assemblée de juristes, l'esprit de Bachelard, ce qu'on entendrait, à coup sûr, serait un énorme éclat de rire. Jamais, probablement, on n'a, autant qu'aujourd'hui, parlé d'épistémologie juridique, comme s'il était possible de constituer en science une branche du savoir où le seul fait d'isoler ceux des problèmes sociaux, politiques, économiques qui paraissent faire la spécificité du droit, conduit à produire essentiellement des classifications sans jamais laisser prévoir les crises. Les auteurs qui s'adonnent à cette tâche, aussi critiques qu'ils s'efforcent d'être, en viennent, pour construire des corpus d'énoncés scientifiques, à décrire l'ordre existant, et s'essoufflent à trouver des solutions aux perturbations qui l'atteignent, dans un ordre de la contrainte qui, par définition, exclut la scientificité.

Ce qu'on nomme aujourd'hui "sciences juridiques", l'est par un abus de langage, par une approximation. Les auteurs de la doctrine juridique, ceux qui traitent précisément du droit comme de disciplines scientifiques -et, qui plus est, chacun dans sa discipline- ne font pas, à proprement parler, oeuvre scientifique. Ce en quoi leurs efforts sont louables, c'est qu'ils révèlent un souci d'exactitude et de rigueur, qui les a amenés à puiser, par imitation, dans des disciplines voisines, scientifiques ou ayant prétention à la scientificité, un certain nombre de repères et de techniques méthodologiques propres à faire progresser la connaissance pour une meilleure exploitation de leur domaine de spécialité.

Et pourtant, la lecture de Bachelard est infiniment riche pour ceux des juristes, nombreux, qui se réfèrent consciemment, dans leur pratique, à un système de pensée par rapport auquel ils puissent à la fois définir leur objet d'étude et se définir eux-mêmes. Mais cette prétention épistémologique, tout à fait légitime par ailleurs, il n'est pas aussi simple que cela de la satisfaire. En particulier, si l'on veut accéder à un projet épistémologique dans cette branche du savoir si particulière que sont les sciences juridiques, il convient de régler liminairement deux questions, qui touchent respectivement à la définition du champ juridique et au choix de méthodes spécifiques. Or, dans ces deux démarches, la pensée de Bachelard se révèle omniprésente, tant par les pistes qu'elle suggère que par les conseils de prudence qu'elle prodigue. J'en prendrai deux exemples, qui correspondent précisément aux deux problèmes majeurs qu'on vient d'évoquer, et qui doivent être résolus en priorité : ses propos sur les obstacles épistémologiques, la notion de frontière, celle de rupture, d'une part (1), et sur la fécondité méthodologique, d'autre part (2).

I - La double ambiguïté d'une épistémologie juridique.

Si le juriste veut franchir le pas qui lui permettra de constituer une épistémologie juridique, sa première réaction consiste à imaginer qu'il lui faut commencer par franchir la frontière du droit, afin de l'observer de l'extérieur . Mais l'observateur extérieur au droit peut-il continuer

à se nommer juriste ? Les études les plus fines jusqu'ici réalisées sur cette question concluent à la possibilité, pour le juriste, de se situer d'un "point de vue externe modéré" (3). Cette prise de position amène à privilégier, comme grande dichotomie et postulat d'une théorie de la connaissance du droit, la distinction du point de vue interne et du point de vue externe du droit.

Je voudrais dire pourquoi je suis personnellement réservé sur la mise en vedette, dans la réflexion sur le droit, de cette distinction, bien que je la croie utile en ce qu'elle permet notamment de poser clairement un certain nombre de problèmes fondamentaux. Ce que je conteste, c'est la présentation de cette distinction comme la grande dichotomie, avec ce que cela entraîne d'efforts pour la surmonter, car elle est fondée sur une proposition qui non seulement n'est, à l'évidence, pas spécifique, mais encore n'est ni sûre, ni heuristique, pour ne retenir que les critères inéluctables de la démarche scientifique.

Non sûre, cette proposition l'est en ce qu'elle n'est ni valide, ni vraie. Non validité : cette interdisciplinarité qui transcenderait la distinction perspective interne/perspective externe, et qui permettrait à celui qui veut connaître le droit de se trouver à la fois au balcon et sur la scène, pour plagier et radicaliser une figure très évocatrice (4), sur quoi repose-t-elle, sinon sur une pirouette -très réussie, certes, effectuée avec les meilleures intentions, mais qui reste du domaine de l'artifice.

Prenons les deux ensembles en présence : d'une part le droit, d'autre part les sciences humaines et sociales qui permettent d'appréhender le phénomène juridique de l'extérieur. Quelle qualification peut-on donner au lien qui établit une relation entre ces deux ensembles ? Nous nous entendons pour écarter le lien verbal du type "est l'auxiliaire de", qui a traîné longtemps dans les couloirs des Facultés de droit, avant d'être couronné par le sociologue juriste dans son manuel de droit civil (5). Ce lien verbal établit une relation d'ordre, qui situe hiérarchiquement le droit au-dessus des disciplines scientifiques propres à venir "accroître" (le latin *auxiliaris* < *auxilium* < *auxilior* < *augeo*) la connaissance de son propre objet.

Quel autre lien verbal ? "Permet d'avoir une vision globale", par exemple : essayons. La vison globale suppose une conjonction des perspectives interne/externe, du type, p.ex., avoir une vision critique externe tout en étant impliqué (6). Si nous pouvons qualifier cette relation d'équivalence logique, alors tout est bien, car l'équivalence sert à classer, et le droit participera de la même nature que les disciplines qui permettent de l'observer de l'extérieur. Or nous rencontrons là des difficultés insurmontables. Par exemple -et cela suffit pour détruire tout espoir- il n'y a pas réflexivité, car on ne peut pas dire, par exemple, que le droit, ou la sociologie, ou la psychologie etc. permettent, par elles-mêmes, d'avoir une vision globale. S'il en était ainsi, quel besoin aurions-nous, nous juristes, de quêter une aide extérieure ?

Si l'on se résoud à réduire la relation à un lien verbal du type "donne une vision interne" ou "donne une vison externe", le rapport devient pluridisciplinaire -je reprends volontiers cette terminologie, et oppose le terme à l'interdisciplinarité recherchée.

Non vérité : il ne s'agit plus, ici, d'examiner la logique interne de l'énoncé, mais de juger de l'adéquation entre l'énoncé de la proposition et les faits. Est-il besoin de préciser ici que je n'entends nullement aborder la question de savoir, en parlant de vérité, qui a raison et qui a tort, ce qui n'est pas le problème. Nous parlons d'adéquation entre énoncé de la

proposition et faits. Or la simple proposition selon laquelle il existerait deux types de perspectives, interne et externe, est fausse. Ainsi en va-t-il en topologie, avec la bande de Möbius. Où est l'interne et où est l'externe ? L'un devient l'autre et l'autre redevient l'un sans qu'on puisse jamais les opposer. Ce n'est que par un acte dogmatique que l'on peut dire ce qui est intérieur et ce qui est extérieur. Si l'on adopte la dichotomie en matière de connaissance juridique, on est amené à cristalliser la distinction entre dogmatique juridique (approche scientifique interne) et connaissance proprement scientifique (par l'approche externe qui, seule, assure la nécessaire rupture épistémologique). Alors la science se trouve confinée du côté de l'externe ; et l'on se rend compte que ce qui passe pour une dichotomie dans la démarche de la connaissance scientifique n'en est plus une. Il ne saurait y avoir de connaissance scientifique interne du droit, cette dernière excluant toute possibilité de rupture épistémologique.

Cette affirmation se trouve confortée par l'attitude des nombreux auteurs qui ont contribué au volume "Jalons pour une épistémologie juridique" (7). Tous apportent des éléments de réponse précieux, mais aucun ne surmonte l'obstacle épistémologique que constitue la nature même de l'objet du projet. Les uns commencent par poser la nécessité d'un choix entre des distinguo qu'ils ont établi entre les diverses sortes de collaborations entre disciplines. Ils commencent par ce à quoi il fallait aboutir (8). Tel autre jette *ab inotio* un regard qu'il nomme "reconstruction a posteriori", non sans avoir prévu le risque de "fausse rupture épistémologique" (9). Tel autre, encore, déclare : "je ne retiendrai... et j'appellerai perspective interne la dogmatique, perspective externe celle qui est sociologique", reconnaissant ailleurs, dans un passage pessimiste, qu'il y a toujours, dans la démarche prétendûment externe, une part relevant de la décision (10). Un autre auteur recommande à chacun de rester à sa place, le chercheur dans sa perspective externe, et le législateur dans sa perspective interne, en quelque sorte, tandis que deux autres doutent de la "capacité d'écoute" de chacun à l'endroit des disciplines qui lui sont extérieures (11). On n'en finirait pas de multiplier les exemples.

En s'accrochant à l'illusion de la vérité de la distinction interne/externe, on en vient à opposer irrémédiablement technique et connaissance. Avancer la distinction comme la grande dichotomie en matière de connaissance juridique non seulement n'est pas sûr, mais encore est dangereux.

Par ailleurs, la proposition n'est pas heuristique. En premier lieu, une telle distinction accroît le fossé entre sciences humaines et sociales d'une part, et le droit d'autre part. C'est la tradition que perpétue J. Carbonnier lorsque, laissant son habit de sociologue, il parle en juriste. C'est, malgré lui, certainement, la tradition que contribue à perpétuer Ph. Robert lorsqu'il assigne à chacun sa place. C'est, malgré lui encore, je n'en doute pas, ce à quoi aboutit J. F. Perrin lorsque, quoiqu'avec des nuances, il établit une concordance entre droit posé et perspective interne, d'une part, entre vécus juridiques et vision externe, d'autre part. Cela n'est pas exact à proprement parler : la distinction droit posé/vécus juridiques pourrait être la conséquence d'une vision ici interne et là externe, mais pas cette vision elle-même. De plus, cette concordance est absolument inexacte dans la mesure où un droit posé ne peut être qualifié tel que par rapport à ce qui ne l'est pas -comme peuvent l'être des "vécus", c'est-à-dire seulement grâce à une approche résolument externe. Et, malgré leur force de conviction, c'est toujours au même résultat que parviennent F. Ost et M. Van de Kerchove : qui pourrait admettre que c'est autrement que par un exercice de lévitation et de dédoublement qui relèvent de la foi plus que de la science, qu'ils parviennent à nous faire croire qu'on peut être à la fois sur la scène et au balcon ?

La proposition n'est pas heuristique pour une autre raison : parce qu'elle renvoie, en réalité, à une prise de position initiale sur l'autonomie du droit par rapport aux autres disciplines des sciences humaines et sociales. La distinction est originairement et authentiquement utile dans une perspective précise, celle qu'énoncent Kelsen ou Hart. Ni l'un ni l'autre ne songent à nier l'existence de comportements, de relations entre individus ; mais ils n'entrent en ligne de compte, précise Kelsen, qu'en tant que "rapports de droit fondés par des normes juridiques" (12). Ce qu'il faut éviter avant tout, c'est un "synchrétisme des méthodes" (13). Quant à Hart, il oppose utilisateur à observateur (14).

C'est pourquoi je n'ai pas hésité à parler, en commençant, de ma position de réserve : je doute qu'il soit possible d'effectuer une démarche scientifique en matière de connaissance juridique, qui fasse, de surcroît la place aux systèmes parallèles dans lesquels s'inscrivent les actes aussi bien que les normes qui forment les systèmes juridiques, en se référant à une distinction qui ne permet pas de dépasser l'obstacle épistémologique tenant à la nature spécifique du droit, et d'effectuer une véritable rupture. En réalité, avec la mise en vedette de la distinction interne/externe comme grande dichotomie, on se trouve devant une idéologie scientifique, au sens où l'entendait Canguilhem (15) : "C'est dans sa disparition comme science mal fondée qu'elle apparaît comme idéologie. La qualification comme idéologie d'un certain assemblage d'observations et de déductions, est postérieure à sa disqualification comme science par un discours qui délimite son champ de validité et qui fait ses preuves par la cohérence et l'intégration de ses résultats" (16). On ne peut guère être plus éloigné d'une connaissance scientifique du droit que lorsqu'on croit pouvoir déclarer le connaître en opérant comme observateur impliqué.

Le juriste soucieux de fonder un projet épistémologique sera-t-il contraint de demeurer dans l'ordre interne du système qui constitue l'objet de son étude ? Certains auteurs s'y sont essayés qui rencontrent un certain succès, mais dont on ne peut pas ne pas reconnaître les limites, si prégnantes qu'elles mettent en cause le projet lui-même. Encore faut-il, dans l'évocation de telles tentatives, tenir compte des traditions culturelles. Chez nous, les juristes bénéficient maintenant d'un manuel d'épistémologie juridique (17).

Or, dès le début de l'ouvrage, l'auteur plaide pour la constitution d'une épistémologie "stricte" qui se donnerait pour objet "non le droit, mais la connaissance du droit" (18). En suite de quoi une épistémologie juridique ne pourrait être qu'une épistémologie "descriptive". Cette conception restrictive de l'épistémologie juridique est commune à un certain nombre d'auteurs, qui considèrent qu'une telle discipline répond à la question "Comment se reconnaît le droit ?". La question entraîne deux types de réponses, le premier signalant les modes de reconnaissance (perception, pensée discursive, intuition...), le second concernant les méthodes et techniques du processus scientifique acceptés à l'intérieur du paradigme de la science juridique. C'est un point de vue, mais adopté peut-être trop facilement, comme un pis-aller, par rejet d'un autre point de vue dénommé par l'auteur lui-même "épistémologie juridique au sens large", à laquelle il reproche d'examiner surtout le droit du point de vue de son idéologie. Mais l'étude critique -et l'étude constitutive qui doit suivre la précédente- des principes, des méthodes et des énoncés de toute science, qui ne relèvent pas à proprement parler de la connaissance, ne constituent-ils pas, précisément, la raison d'être d'une épistémologie ? Pourquoi en irait-il différemment en droit ? Ou bien l'on considère que le droit est insusceptible d'une étude épistémologique , ou bien on joue le jeu jusqu'au bout, on appelle "Traité

de la connaissance juridique" ce qui prétend traiter de la connaissance du droit, et épistémologie juridique ce qui traite des conditions et des éléments constitutifs d'une science du droit (problème de la connaissance inclusivement). Mais peut-être ceux qui optent pour une telle conception d'une épistémologie juridique craignent-ils d'avoir à faire leur propre autocritique pour le cas où l'étude de l'idéologie -s'il fallait y venir- les mèneraient à cette extrémité.

C'est d'ailleurs, le plus souvent par une approche plus philosophique qu'épistémologique, que les juristes tentés par ce type de projet épistémologique trouvent à fonder leurs développements. Voyez le genre des critiques adressées au positivisme juridique : on confond le dogmatique positiviste avec la philosophie positive. Or, le positivisme juridique est cette doctrine qui dit que le droit est ce qui est posé par le législateur ; du principe de la restriction, on peut discuter ; mais la controverse est étouffée dans l'oeuf si l'on attribue à la pensée ce qui est le fait d'un détournement de la pensée par une tendance de la doctrine juridique. L'argumentation de type philosophique se profile sans cesse à l'horizon de l'épistémologue juriste. Qu'il est donc difficle de ne pas évoquer les ritournelles comme ce "jus suum cuique tribuere" et ces incessants recours à la métaphysique ! La spéculation tend toujours à reprendre le dessus, malgré la mise en garde de Bachelard : si l'on veut parler en épistémologue, on accepte de se placer dans le cadre d'une philosophie de la science, c'est-à-dire d'une philosophie qui s'applique, et ne peut garder la pureté et l'unité d'une philosophie spéculative.

Bon nombre de juristes n'hésitent pas à parler de science sans prétention épistémologique. Mais pour ceux qui le font, la rigueur n'est malheureusement pas toujours au rendez-vous. Lisez ce manuel d'épistémologie en remplaçant l'expression "science du droit" par le mot "droit" : on se rend compte que les deux concepts sont rarement utilisés spécifiquement: attitude révélatrice d'un obstacle épistémologique très important. C'est malgré lui, en effet, que l'auteur cède à l'habitude, cette vieille habitude qui a amené les Facultés de Droit, probablement pour se donner l'impression de suivre de fil du temps, à s'intituler Facultés des sciences juridiques. D'ailleurs, science, en quel sens ? Car la polysémie, souvent, n'inquiète pas les auteurs, et l'on parle indifféremment de la science ici au sens de la "connaissance", et là, au sens qui lui est donné dans l'expression "sciences sociales", expression qui se profile comme un spectre à l'horizon des juristes.

Une autre tentative, qui fait beaucoup parler d'elle depuis quelques années, est celle qui est tentée par nos collègues allemands sous la bannière du sociologue Niklas Luhmann. Il serait présomptueux de vouloir l'écarter d'un trait de plume, tant elle est solidement argumentée et entourée de toutes les garanties de la scientificité telle qu'elle est admise dans le champ des sciences humaines et sociales. Mais il est intéressant d'évoquer la manière dont Luhmann a déjoué le piège de l'obstacle épistémologique tenant à la nature spécifique du droit. Il considère que le droit n'est qu'un sous-système du système social global, et que la clôture de ce système présente cette caractéristique qu'elle est totale du point de vue normatif, tandis que, du point de vue cognitif, elle ne l'est point. La distinction est, en soi, imparable. Mais elle ne se conçoit que dans un système tel qu'il a été délimité par le sociologue qui, en l'occurrence, peut ne pas satisfaire le juriste, peu enclin à ne considérer le droit que comme un "simple" sous-système du système social (19).

II - De la fécondité des méthodologies.

Cette intervention de la sociologie dans l'aire de recherche propre du juriste fait grincer des dents plus d'un. Il serait pourtant bon de méditer sur ces passages où Bachelard montre comment les rapports entre la théorie et l'expérience sont si étroits qu'aucune méthode n'est assurée de garder sa valeur, et même qu'"une méthode excellente finit par perdre sa fécondité si on ne renouvelle pas son objet" (20). Il exprime bien le fait que l'épistémologue se trouve à la croisée des chemins du réalisme et du rationalisme. Pour l'instant, que je sache, seuls des philosophes du droit, italiens notamment, ont pressenti cela ; ils n'en ont pas encore fait usage en épistémologues (21).

Il est vrai que l'approche sociologique du droit, son appréhension en sa qualité de système, l'étude de ses structures, permettent au juriste d'espérer, malgré sa condition particulière d'observateur placé dans le champ même de l'objet qu'il étudie, de réunir assez d'éléments pour une épistémologie critique du droit : critique des principes du droit, critique des méthodes du droit, critique des conclusions jusqu'ici tirées sur la scientificité du droit (22). Quant à la construction d'une épistémologie juridique constitutive, on entre là dans un domaine consubstanciel à la pratique, puisqu'il s'agit de formuler non seulement des lois scientifiques à partir de la critique effectuée précédemment, mais encore une pratique scientifique corrélative. Pour remplir ce dessein, il convient de résoudre le noeud auquel on a tenté d'échapper jusqu'ici, et savoir comment le droit peut être l'objet d'une analyse externe qui ne soit pratiquée ni de l'intérieur, ni d'une position "externe modérée" qu'on a critiquée plus haut. Une solution réside dans la reconnaissance de la dualité de la nature du droit, empreint de la normativité très particulière que décrivent et revendiquent les juristes, d'une part, mais susceptible d'être considéré au besoin comme "simplement juridique", c'est-à-dire différemment de tous les sous-systèmes qu'on peut distinguer dans le système social global (moral, religieux, politique, éthique, etc.), mais différemment aussi du droit tel que la dogmatique juridique l'examine, empêchant tout velléité d'approche épistémologique.

De cette manière, le projet épistémologique ne paraît plus irrémédiablement vain dans les sciences juridiques. Encore faut-il parvenir à persuader les juristes que l'épistémologie, en tant qu'étude critique de la science, peut être amenée, sans pour autant perdre sa spécificité, à s'appuyer sur d'autres disciplines, se faisant au besoin sociologie du droit, psychologie juridique, histoire du droit, logique juridique... Une sociologie du droit, par exemple, peut ainsi permettre aux sciences juridiques d'accéder à une épistémologie, si elle prend pour objet les systèmes juridiques, et le droit non en tant que droit, mais en sa qualité de système juridique. Ces formulations mériteraient des explications : elles ont été fournies ailleurs (23), et, pour notre propos, nous entraîneraient assez loin de Bachelard. Disons, pour terminer dans le ton, que l'approche non dogmatique du droit est la seule qui soit susceptible de faire une place à cette imagination à laquelle le philosophe accordait tant d'importance : elle permet de prendre en considération non seulement les normes édictées, non seulement le droit vécu, vivant, mais aussi les systèmes juridiques imaginaires, savoir d'où ils viennent, comment ils émergent, quelles formes prend leur confrontation éventuelle avec le droit en vigueur (24). Au pessimisme qu'on feignait d'adopter en commençant, en parlant de la vanité d'un projet épistémologique dans les sciences juridiques, on espère avoir substitué un optimisme relatif et convaincu le lecteur que la recherche mérite d'être poursuivie, et que l'horizon n'est pas aussi irrémédiablement bouché qu'il y paraît. Les juristes ne sont pas nécessairement des personnages tristes et obtus. Le droit n'est pas forcément la chose rugueuse, froide, stérile et desséchante qu'en ont fait les modernes.

NOTES

1 : G. Bachelard, **La formation de l'esprit scientifique**, passim : Id., "Concept de frontière", VIIIe Congrès International de philosophie, 1934.

2 : Id., **Le nouvel esprit scientifique**, Introduction.

3 : En dernière analyse, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, **Jalons pour une théorie critique du droit**, Bruxelles, FUSL, 1987.

4 : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, "**Pour une théorie interdisciplinaire du droit**", Bruxelles, FUSL, 1984.

5 : J. CARBONNIER, **Droit civil**, Paris, PUF (coll. "Thémis").

6 : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, **op. cit.**, note 4.

7 : Numéro spécial de la **Revue interdisciplinaire d'Etudes Juridiques** (Bruxelles), 1982/8.

8 : F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, "Avant Propos", à cet ouvrage.

9 : J. COMMAILLE, **op. cit.**, p. 23.

10 : J.F. PERRIN, **op. cit.**, p. 35.

11 : Respectivement Ph. ROBERT, A. DEVILLÉ et M.F. RIGAUX.

12 : H. KELSEN, **Théorie pure du droit**, traduction Fr. Eisenmann, p. 95.

13 : Ibid., p. 2.

14 : H.L.A. HART, **Le concept de droit**, traduction française, Bruxelles, 1976, p.ex.ch.VI.

15 : G. CANGUILHEM, **Idéologies et rationalité**, Paris, Vrin, 1981, p. 39 sq.

16 : **Ibid.**, pp. 41-42.

17 : Chr. ATIAS, **Epistémologie juridique**, Paris, PUF, 1985.

18 : **Ibid.**, pp. 17-18.

19 : Bibliographie et discussion de ce thème dans André-Jean ARNAUD, "**De quelques problèmes soulevés par la clôture du système juridique**", Communication au XIIIe Congrès Mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Kobé, 1987.

20 : G. BACHELARD, **Le nouvel esprit scientifique**, p. 12.

21 : P.ex. E. PATTARO, **Lineamenti per una teoria del diritto**, Bologna, 1985. Voir aussi, d'une certaine manière M. ATIENZA, **Introducción al Derecho**, Barcelona, 1985.

22 : Sur ce point précis, cf. "Sociologie du droit", dans **Philosophie et épistémologie juridiques**, numéro spécial de la **Revue de Synthèse**, 118-119, 1985, notamment pp. 291-299.

23 : **Op. cit.** notes 19 et 22, ainsi que **Critique de la raison juridique**, Paris, L.G.D.J., vol.I, 1981, 2e partie.

24 : **Ibid., eod.loc.**

PRESENTATION CRITIQUE, APPLICATION ECONOMIQUE ET DEVELOPPEMENT DE L'ANALYSE EPISTEMOLOGIQUE SPECTRALE DE BACHELARD

par

André BERTRAND

1 - INTRODUCTION (1)

L'épistémologie, la science des sciences, peut se révéler féconde pour les sciences qu'elle étudie si elle possède des instruments opérant sur ces sciences des perspectives nouvelles et des critiques à partir desquelles on puisse effectivement améliorer leurs théories.

Mais aussi et de façon analogue, l'épistémologie peut encore aider le chercheur à un niveau plus personnel si elle lui fournit un instrument critique de la conception qu'il a des notions, concepts et théories qu'il utilise, lui permettant de déceler ses archaïsmes ou ses blocages personnels.

L'analyse épistémologique spectrale de Bachelard semble être un instrument potentiellement utile à ce double titre ; en effet, cette analyse se subdivise en deux analyses assez semblables et complémentaires : l'analyse des "perspectives philosophiques" s'appliquant aux énoncés et l'analyse des "profils épistémologiques" ou des "spectres notionnels" s'appliquant aux chercheurs qui les emploient (2).

Toutefois la fécondité d'un instrument dépend aussi de sa diffusion, de son intégration et de son usage. Or si, par exemple, les travaux de Kuhn, à la lisière de la sociologie de la connaissance et de l'épistémologie, ou ceux de Popper sont désormais largement diffusés et intégrés dans la communauté scientifique, il n'en va pas de même ou du moins pas autant pour l'oeuvre épistémologique de Bachelard et plus particulièrement pour cette analyse épistémologique spectrale du savoir scientifique que Bachelard a présenté de façon succincte dans un petit ouvrage intitulé "la philosophie du non".

C'est pourquoi il est sans doute utile de présenter cette analyse et d'en faire la critique avant de la situer dans la perspective des révolutions scientifiques et enfin d'esquisser son utilisation et ses développements possibles en économie politique.

2 - PRESENTATION

De même que la psychologie d'un individu, prise à un moment donné de son existence, porte traces stratifiées de toutes ses étapes psychologiques antérieures depuis sa vie intra-utérine, de même une notion scientifique (et a fortiori une théorie voire une science) aussi formalisée soit-elle (et y compris dans la physique contemporaine la plus avancée) porte résiduellement traces, dans la "conception" qu'en ont les chercheurs (et, dans une moindre mesure, jusque dans les énoncés théoriques les plus sophistiqués), de ses conceptions théoriques antérieures depuis ses intuitions sensibles immédiates et ses rêveries premières (3).

En d'autres termes une révolution -qu'elle soit scientifique, psychique ou sociale- n'est jamais (complètement) "achevée" et, plus précisément, ce sont souvent ces archaïsmes (pré-révolutionnaires) qui font "obstacle" au progrès sinon à l'avènement des révolutions ultérieures.

Toute science ou, à des degrés moindres, chacune de ses théories ou encore de ses notions ne se présente pas, que ce soit à titre historique ou psychologique voire dans son état en cours, d'une façon monolithique ni même homogène. C'est au contraire le résultat plus ou moins disséminé d'une dynamique qui a laissé des aspects à la traîne et en a déjà postés aux avant-gardes. Avec des aspects "encore" archaïques et d'autres "déjà" avancés, elle se présente, pour reprendre les termes de Bachelard, comme un ensemble de divers niveaux scientifiques plus ou moins dispersé, distribué, ouvert.

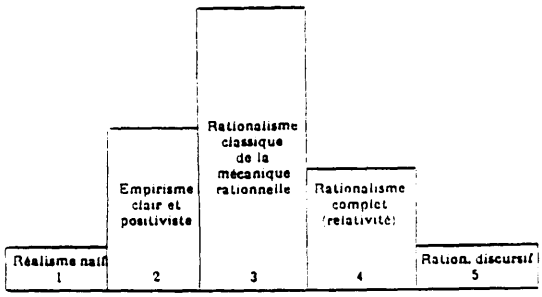
On peut définir un niveau scientifique comme un état ou une "étape" de la science qui se rattache à une doctrine philosophique particulière (réalisme, positivisme, rationalisme, etc.). La coexistence, fût-ce à titre historique, de divers niveaux dans une science, une théorie voire une notion, induit que la philosophie qui lui correspond est elle-même une philosophie plurielle et ouverte ; c'est une philosophie qui "comprend" (au double sens du terme) de façon plus ou moins complète selon les cas mais toujours dans le même ordre de stratification, diverses philosophies particulières.

Dans la "philosophie du non" Bachelard à titre d'exemples procède à l'étude succincte du concept de masse en physique à travers les deux analyses indiquées plus haut :

La première a pour objet de dévoiler la "perspective philosophique" du concept, autrement dit l'histoire de la conceptualisation de la notion. Le concept y est étudié historiquement sous ses diverses conceptions successives dont chacune correspond à un niveau scientifique. Le concept de masse y apparaît comme "un concept particulier car pourvu de sa perspective philosophique complète, c'est-à-dire qui peut s'interpréter tour à tour du point de vue de l'animisme, du réalisme, du positivisme, du rationalisme, du rationalisme complexe et du rationalisme dialectique" (Philosophie du non, p.19) (les deux derniers termes pouvant être réunis sous la désignation du surrationalisme).

La seconde analyse reprend les conceptions successives de la première. On y étudie comment ces diverses conceptions façonnent dans l'esprit d'un chercheur, sa conception personnelle globale de la notion et avec quelles fréquences il les utilise ensembles ou tour à tour dans sa pratique scientifique comme dans sa vie courante. Comme chaque conception correspond à un niveau scientifique lequel correspond à son tour à une doctrine philosophique, on détermine ainsi la proportion de chaque doctrine philosophique dans la conception personnelle d'une notion par un chercheur et on appelle la représentation qu'on peut en donner, le "profil épistémologique" de la notion chez ce chercheur. Cette étude se réalise par une introspection sommaire du chercheur.

Appréciation approximative de l'importance relative de chaque philosophie par la fréquence d'usage effectif de la notion



Profil épistémologique de notre notion personnelle de masse

Fig. 1

- Profil épistémologique de la notion de masse, personnelle à Bachelard

Bachelard parle de "mesure" en mettant le mot en italique et en précisant qu'elle est très grossière. N'ayant pas d'autre "critère de mesure" que notre propre subjectivité il est plus correct de parler d'"appréciation" et de préciser qu'elle reste approximative.

Bachelard "insiste sur le fait qu'un profil épistémologique doit toujours être relatif à un concept désigné, qu'il ne vaut que pour un esprit particulier qui s'examine à un stade particulier de sa culture. C'est cette double particularisation qui fait son intérêt pour une psychologie de l'esprit scientifique" (p. 43).

3 - CRITIQUE

Ainsi l'analyse des perspectives philosophiques a pour objet d'étudier la formation d'un concept et des théories qui le sous-tendent... tandis que l'analyse des profils épistémologiques concerne l'état actuel de sa conception chez un chercheur personnellement.

Les deux analyses découpent de manière analogue, critique et originale les concepts qu'elles étudient. Elles reposent sur la pluralité de niveaux scientifiques coexistant soit à titre historique soit à titre personnel, pour chaque notion.

Comme nous l'avons vu chacun de ces niveaux correspond, selon Bachelard, à une doctrine philosophique particulière ; or ces cinq doctrines philosophiques ne possèdent pas une qualification précise et invariable. Il s'agit seulement de cinq niveaux scientifiques approximatifs sans qu'on puisse, en pratique, distinguer assurément pour tout aspect d'un concept son niveau exact. Bachelard est d'ailleurs lui-même assez peu précis quant à la qualification de ces (cinq) niveaux puisque les cinq doctrines philosophiques qui les caractérisent sont dénommées à la page 42 tout autrement qu'elles ne le sont à la

page 19 citée plus haut : réalisme naïf -empirisme clair et positiviste- rationalisme newtonien et kantien -rationalisme complet (relativité)- rationalisme dialectique (encore dénommé rationalisme discursif).

A l'usage, et nous nous en sommes personnellement aperçus lors de la construction de cet article, la recherche et les définitions, pour un concept, des divers niveaux scientifiques et surtout préscientifiques antérieurs s'avèrent difficiles et assez vite relativement arbitraires pour peu qu'on soumette l'analyse à un impératif accentué de rigueur. Il est également délicat, sinon ici encore quelque peu arbitraire de définir ou de qualifier les doctrines philosophiques correspondant à ces niveaux. Le même malaise semble avoir envahi Bachelard et expliquerait sa présentation relativement succincte et sur un ton assez personnel de cette double méthode, expliquerait aussi cette classification variable et peu rigoureuse des divers niveaux : par exemple une fois le positivisme y figure, une autre non, et idem pour l'empirisme et pour certaines formes de rationalisme, expliquerait encore que Bachelard ait omis à chaque fois de définir les niveaux présentés (qu'appelle-t-il "positivisme" par exemple, est-ce celui d'Auguste Comte ou une acception plus moderne ?).

Le même malaise enfin a probablement dû décourager nos prédécesseurs désireux de se lancer dans l'utilisation de cette méthode si l'on en juge par l'absence de travaux encore publiés malgré l'étendue des possibilités et l'intérêt des résultats qu'on peut en attendre quelle que soit la discipline.

L'impression de flou,d'arbitraire, de ne rien appréhender d'indubitablement objectif a effectivement de quoi décourager... mais après tout est-ce là l'état sain et donc souhaitable d'une pratique scientifique valable parce que rigoureuse et lucide !

En fait l'important n'est pas dans les définitions ni même dans les délimitations précises des niveaux scientifiques et de leurs doctrines philosophiques ou épistémologiques.

L'intérêt de ces deux analyses réside plutôt selon nous :

- au niveau de la recherche scientifique, dans les enseignements qu'on pourrait tirer de la dispersion des divers aspects d'un savoir parmi ces différents niveaux, avec la perception critique des archaïsmes, des avancées, etc, et des relations existantes entre ces décalages.

En effet en analysant les "perspectives philosophiques" des notions d'une théorie , on pourrait comparer leurs divers modes et niveaux d'avancement scientifique et ainsi apprécier l'hétérogénéité structurelle de ladite théorie. En généralisant ce processus à plusieurs théories on pourrait de même apprécier l'hétérogénéité de toute doctrine puis de toute science.

On peut en attendre plus encore...à condition de modifier la méthode comme nous le verrons plus loin.

- au niveau de la pensée scientifique de chaque chercheur, dans les archaïsmes des conceptions introspectées, que décèle et révèle l'analyse des profils épistémologiques du chercheur. En lui faisant prendre conscience de ses archaïsmes et en les lui désignant, cette analyse permet à tout chercheur d'entamer une reconsidération de sa pensée scientifique dans les aspects où marginalement les modifications sont à la fois les plus nécessaires, les plus aisées et les plus fructueuses.

- au niveau de la Philosophie de la Science, dans les conclusions qu'on peut déduire de la constance de l'ordre de succession des différents niveaux scientifiques et ce quelles que soient les dénominations qu'on donne aux doctrines philosophiques qui les sous-tendent.

En effet, quelles que soient les dénominations données à ces philosophies de base, l'ordre dans lequel on les énonce correspond au développement régulier de toute connaissance objective. "Cet ordre est génétique. Cet ordre prouve la réalité même de l'épistémologie" (p. 48).

Cet ordre prouve surtout la scientificité de cette épistémologie puisqu'il a la régularité d'une loi. "L'évolution philosophique d'une connaissance scientifique particulière est un mouvement qui traverse toutes ces doctrines dans l'ordre que nous avons indiqué" (p. 19).

A partir de là nous disposons désormais d'un critère du progrès scientifique, critère qui nous permet de caractériser in abstracto le sens du progrès, certains paliers et l'ordre de ces paliers (4).

4 - LA NOTION DE REVOLUTION SCIENTIFIQUE CHEZ BACHELARD

Les "révolutions scientifiques" sont une des notions épistémologiques les plus renommées et les plus utilisées. Pourtant et bien qu'il étudie les sciences à travers leurs histoires, Bachelard ne l'utilise pas.

Est-ce à dire que Bachelard n'a pas reconnu dans l'évolution des sciences, y compris dans aucune des étapes majeures qu'il y a décrites, la moindre révolution scientifique ?

Pour répondre à cette question nous montrerons préalablement que la reconnaissance de "révolutions" et notamment de "révolutions scientifiques" résulte d'une considération dialectique de l'histoire des faits en question.

Nous expliquerons alors pourquoi, selon nous, Bachelard malgré son recours à la dialectique, évite à dessein l'emploi du terme de "révolution scientifique" qui est ainsi présent -mais implicitement- dans sa pensée.

Enfin, faisant fi de la prudence présumée de Bachelard vis-à-vis de la notion de "révolution" mais avec les précautions qui s'imposent, nous emploierons explicitement cette notion pour montrer que l'analyse des perspectives philosophiques et la méthode dialectique sur laquelle elle s'appuie, permettent de proposer une distinction nouvelle entre ce que nous appellerons d'une part la (simple) "révolution scientifique" et d'autre part la (plus fondamentale) "révolution épistémologique".

4 - 1 Révolutions et dialectiques

La notion de révolution étant surchargée de connotations et celle de dialectique étant particulièrement polysémique, il est nécessaire, préalablement à leur usage, de délimiter le sens qu'on leur confère afin d'éviter tout quiproquo.

Dans la mesure du possible il est préférable sinon nécessaire de choisir les définitions les plus rigoureuses. C'est pourquoi nous employons la notion de révolution exclusivement en son sens étymologique (revolvere) de retournement complet ou d'inversion d'une situation ou d'un état et la notion de dialectique dans son sens méthodologique le plus strict de mode d'analyse dynamique par oppositions.

Il apparaît alors que la notion de révolution possède un statut particulier quel que soit le discours ou la théorie qui en fait usage : elle est l'aspect sémantique de l'emploi, le plus souvent inconscient et caché, d'une méthode d'analyse dialectique.

En effet,

- au niveau méthodologique : la dialectique en temps que mode de pensée spécifique cherche à concevoir, percevoir ou dégager des contradictions dont elle fait le moteur de la dynamique en les radicalisant jusqu'à leur dépassement ; elle est de ce fait génératrice de perceptions du progrès exclusivement en termes d'oppositions inversées par leur généralisation, de "renversements dialectiques", de retournements de situations, autrement dit et étymologiquement, nécessairement en termes de "révolutions".

Au contraire, si on cherche minutieusement comment les faits se modifient ou s'enchaînent on dégagera une vision d'un évolutionnisme très graduel voire en termes de continuités.

- réciproquement au niveau sémantique : toute description en terme de "révolutions" suppose par définition une progression par "renversements de situations" autrement dit une succession de moments dialectiques,

toute description en terme d'évolution graduelle exclue toute idée de successions antithétiques.

Le fait de décrire un processus ou un historique en termes de révolutions ou au contraire en termes d'évolution plus ou moins graduelle dépend ainsi fondamentalement du mode d'analyse qu'on y applique, peu ou prou dialectique ou non.

Par conséquent même quand on croit utiliser sur un mode opératoire la notion de révolution, on ne fait qu'exprimer l'apparence sémantique du véritable opérateur qui est derrière cette notion et qui est la cause de son emploi, à savoir une méthode dialectique évidente ou occultée (5).

4 - 2 Dialectique et philosophie du non chez Bachelard (6)

La science pour accroître son degré ou son domaine de validité recherche les limites de ses "affirmations" théoriques à travers des cas d'infirmation; autrement dit la science pour progresser recherche de façon dialectique sa propre négation : ce n'est que dans le "non" qu'une expérience ou une nouvelle théorie en formation dira à une théorie initiale, qu'on pourra trouver la contradiction (externe) qui obligera à construire la nouvelle théorie de façon plus "générale", en véritable synthèse considérant les deux moments précédents (la théorie initiale et sa négation) comme deux cas particuliers complémentaires.

C'est pourquoi Bachelard emploie explicitement la méthode dialectique dans le cadre de ce qu'il appelle la "philosophie du non" (7). Il y précise la spécificité de la dialectique scientifique (8) :

"La négation doit rester en contact avec la formation première. Elle doit permettre une "généralisation dialectique". La généralisation par le non doit inclure ce qu'elle nie. En fait, tout l'essor de la pensée scientifique depuis un siècle provient de telles généralisations dialectiques avec enveloppement de ce qu'on nie. Ainsi la géométrie non-euclidienne enveloppe la géométrie euclidienne ; la mécanique non-newtonienne enveloppe la mécanique newtonienne ; la mécanique ondulatoire enveloppe la mécanique relativiste. Dans le domaine de la physique, la constante de Planck "h" apparaît comme un facteur de petite désobéissance à l'égard des règles de la science de sens commun. Comme on en a souvent fait la remarque, il suffit d'annuler "h" dans les formules de la mécanique ondulatoire pour retrouver les formules de la mécanique classique. La microphysique ou, autrement dit, la non-physique inclut donc la physique. La physique classique est une non-physique particulière correspondant à la valeur zéro attribuée à "h""(Bachelard -1- pp. 137-138).

4 - 3 Position présumée de Bachelard quant à la notion de révolution

Les cas décrits ci-dessus par Bachelard sont caractéristiques de révolutions scientifiques de par leur caractère de généralisation dialectique.

Pourtant Bachelard ne fait pas explicitement usage de la notion de "révolution". Cette notion n'est présente qu'à titre implicite.
Sans doute était-il trop critique des valorisations et des surcharges subjectives qui encombrent cette notion où les rêveries les plus diverses et les idéaux les plus extrêmes se donnent libre cours. A ce stade une telle notion est un concept-obstacle. Ce concept bloque la connaissance. Il ne la résume pas.

Comme Bachelard pouvait éviter l'usage de ce mot sans amoindrir le sens de son propos, de façon probablement volontaire il s'est abstenu de son emploi (9).

Doit-on pour autant systématiquement en condamner l'usage ?

Sans doute non si cet usage est porteur d'un sens spécifique et à la double condition de soigneusement délimiter ce sens et de rigoureusement s'y tenir.

C'est pourquoi préalablement à son usage, nous avons pris le soin de définir notre notion de révolution d'une façon rigoureuse en nous tenant à son étymologie (Cf. 4 - 1).

4 - 4 Révolutions scientifiques et révolutions épistémologiques

L'application de la dialectique (à la "philosophie du non") permet de déceler les "généralisations dialectiques" qui constituent le processus des "révolutions scientifiques". Une révolution scientifique peut être de surcroît une "révolution épistémologique" si elle est l'occasion d'un changement de "niveau scientifique". Dans ce cas en effet la doctrine philosophique qui sous-tend la conception des connaissances est transformée.
L'analyse bachelardienne de la "perspective philosophique" d'une notion permet quant à elle de déceler les révolutions épistémologiques qu'a subies cette notion puisqu'elle y étudie la succession des niveaux scientifiques.
Une révolution épistémologique s'effectue par l'abandon d'une certaine conception de l'objet (... empiriste, rationaliste simple, etc) qui bloquait la connaissance à ce niveau scientifique et par l'adoption du mode de considération suivant.

Au delà de cette distinction, le progrès scientifique apparaît polymorphe et gradué de la simple amélioration d'une démonstration, en passant par la généralisation théorique simple (révolution scientifique), jusqu'au changement de conception des connaissances (révolution épistémologique).

La distinction que nous proposons parmi les révolutions scientifiques entre la simple révolution scientifique et celle qui est en plus épistémologique, ne se limite pas à un contexte bachelardien mais trouve son application dans la notion de révolution scientifique en général. Ainsi même chez Kuhn où la "révolution scientifique" correspond à un "changement de paradigme", ce changement de paradigme peut, selon son importance, modifier seulement la science et être à proprement parler une simple "révolution scientifique", comme il peut concerner aussi son mode d'entendement et par conséquent constituer en plus une "révolution épistémologique" (10).

Prenons le cas de ladite "révolution keynésienne". Qu'en est-il au regard de ce qui précède ?

La "théorie générale" peut, d'un certain point de vue (11), être considérée comme négation de la théorie précédente en ce qu'elle dénie l'équilibre systématique du marché (notamment sur le marché du travail) dans le fonctionnement "normal" du régime économique. Elle peut également être considérée comme généralisation en ce qu'elle comprend l'équilibre du marché comme un cas (particulier) possible (12).

Il s'agit donc, de ce point de vue, d'une authentique révolution scientifique.

Toutefois il n'y a pas changement de niveau scientifique c'est-à-dire qu'il n'y a pas de changement majeur dans la conception de la science (en gros : solidarité notionnelle du rationalisme simple), il n'y a donc pas révolution épistémologique.

5 - APPLICATIONS ECONOMIQUES

Bachelard n'a pas illustré ses analyses d'exemples puisés dans les sciences sociales et humaines. A vrai dire il avait peu de considérations pour ces sciences dont les critères de scientificité lui paraissaient douteux.

Il n'empêche : ses méthodes existent et nous pouvons légitimement et utilement les utiliser.

5 - 1 La perspective philosophique de la notion de prix

Illustrons tout d'abord l'évolution scientifique en économie par l'analyse de la perspective philosophique de la notion de prix.

Il s'agit ici malgré un texte déjà long d'illustrer plutôt que de décrire exhaustivement : le lecteur, à coup sûr, complètera de lui-même au fur et à mesure par ses propres idées.

Le premier niveau -qu'il est tout autant que les autres nécessaires d'interroger- est celui préscientifique de l'animisme.

L'animisme est la croyance instinctive que les objets animés ont une "âme" (anima), voire que tout mouvement est mû par une intelligence qui lui est propre.

Sous sa première forme, animiste, la notion de prix apparaît comme une propriété intime à la marchandise ou au contraire comme une entité symbolique autonome : le prix s'impose, il impose le respect et donne du prestige. A ce stade, le niveau du prix fixe le niveau de respect et de prestige qu'il confère à sa marchandise et le prestige de celle-ci transparaît sur son propriétaire ou sur son usager : la Rolls-Royce n'est-elle pas, sans discussion, "the best car in the world" ? et son usager ne se sent-il pas investi d'une considération particulière ? Le prix est encore lié à une esthétique conventionnelle. N'entend-on pas dire communément "une belle voiture", "une belle maison", comme on dit "un objet de valeur" pour désigner tantôt un objet esthétique, tantôt (et souvent simultanément) un objet de prix ? Enfin le prix est encore lié à la notion de sacrifice, voire de sacrifice rédempteur : pour avoir le droit social de consommer un objet hautement symbolique, il faut en payer le prix et ce prix est généralement proportionnel au niveau symbolique : on peut faire l'analogie avec certains rites initiatiques où le postulant doit s'acquitter par des épreuves qui lui font "payer le prix" et

obtenir le mérite ; on peut faire surtout l'analogie avec la psychanalyse freudienne où le prix des séances d'analyse était proportionnel au "prix" (entendez au sacrifice) que le patient estimait "devoir payer" pour sa guérison.

Le prix ici suit déjà le sens de l'inflation : il n'y a pas de rabais (ou alors il est caché et honteux) pour le prix du prestige, le prix de l'héroïsme, le prix de la rédemption... Il faut en payer le prix. Imagine-t-on un héros au rabais ?

Ici comme pour la notion de masse en physique et probablement pour beaucoup de notions en leur stade animiste "le concept s'emploie davantage pour le gros que pour le petit. Etrange mesure qui ne compte que ce qui croît !" (Bachelard -1- p. 24). Peut-être en poussant la socio-analyse de la notion de prix un peu plus profondément pourrait-on déceler dans cette unidirection originelle, quelque explication "fondamentale" à cette "maladie tendancielle" qu'est l'inflation.

Quoique préscientifique, la question de l'animisme ne peut être totalement négligée par l'économiste. Cette question en effet est plus délicate pour lui que pour le physicien : lorsque ce dernier constate une conviction animiste, il doit la dénoncer et la rejeter ; lorsque l'économiste reconnaît chez un agent économique un comportement animiste il doit le respecter et l'étudier comme une donnée à prendre en compte ; pour autant il doit rejeter tout animisme de sa méthode personnelle... En outre il lui faut tenir compte des anticipations auto-réalisatrices : si tous les agents considéraient désormais que le prix est lié au sacrifice, à l'esthétique ou à la pluie et au beau temps, la "courbe" de sacrifice, d'esthétique ou de la pluie et du beau temps deviendrait probablement déterminante.

Le deuxième niveau sur lequel on peut étudier la notion de prix correspond à un emploi sagement empiriste, à une détermination objective précise. C'est le stade du réalisme voire du positivisme dans son acception la plus simple.

Ici les prix s'imposent comme faits d'évidence ou tout au moins d'expérience : ils se mesurent effectivement sur des marchés réels comme le poids d'un objet résulte de sa pesée par une balance.

Le prix n'a plus son aspect magique et extérieur du premier stade animiste, il s'est intériorisé mais s'il a perdu son âme il n'a pas encore perdu son corps : le prix semble être une propriété intrinsèque de la marchandise ; à l'animisme succède le substantialisme c'est-à-dire l'idée que les prix font partie de la marchandise ou sont eux-mêmes substantiels et non pas le résultat exclusif de relations. Aujourd'hui le substantialisme des prix n'a pas disparu du langage économique courant -confer, par exemple, l'expression "lutter contre les prix". Il subsiste également dans les résidus réalistes des rationalités mal instruites.

Ici le marché apparaît comme instrument, mais pendant longtemps l'instrument a précédé sa théorie en ce qu'on vivait de marchés sans en connaître le fonctionnement théorique. Le comportement sur le marché résultait d'une pratique traditionnelle empirique qui s'imposait finalement comme la réalité du marché. Ce réalisme guide encore normalement la ménagère.

Sur le marché les prix bénéficient immédiatement de l'objectivité instrumentale. Or ce prix qui a valeur d'évidence n'a pas valeur scientifique puisqu'il s'agit du prix nominal et non du prix relatif.

Pour découvrir la notion de prix relatif il nous faut quitter la sphère des évidences réalistes et aborder les théories mécanistes du XIXe siècle où sur un marché le prix fonctionne en solidarité notionnelle avec l'offre, la demande et la quantité d'équilibre.

Dès lors le prix n'est plus une grandeur absolue, il devient fonction d'autres grandeurs. Au début ces grandeurs sont en nombre limité mais peu à peu les théories gagnent en formalisation mathématique et en étendue de leurs relations notionnelles.

A l'usage simple et absolu de la notion de prix fait suite l'usage corrélatif de ces notions. La notion de prix tend alors à se définir entièrement dans un corps de notions et non plus comme élément primitif d'une expérience immédiate. Comme Bachelard nous pensons qu'il est nécessaire de distinguer ici des degrés dans le rationalisme. Cependant l'économie politique n'étant pas au même point d'avancement que les sciences de la nature, il nous faut faire des distinctions différentes de celles opérées par Bachelard, avec des degrés plus ténus.

Adoptons dès lors une démarche plus pédagogique et poursuivons en partant de l'équilibre sur un seul marché.

Le rationalisme dont il s'agit dans la théorie de l'équilibre sur un seul marché pris isolément est évidemment un rationalisme limité : ainsi la relation est univoque de l'offre et la demande vers les prix et les quantités. Le corps notionnel ne "fonctionne" pas encore en corrélation complète : on ne peut pas déduire n'importe quelle notion des trois autres et le niveau de prix semble absolu.

En prolongeant la théorie du prix (d'équilibre sur un marché) par la théorie de l'équilibre des marchés entre eux (ou théorie de l'équilibre général) les relations notionnelles augmentent. De la sorte le rationalisme s'étend, il se complète. En particulier la notion de prix, encore apparemment réaliste jusque là, est subtilisée en passant de son aspect nominal à son aspect de prix relatif.

Il y a là une rupture avec le sens commun, rupture au-delà de laquelle le réalisme ne peut s'accrocher. Toutefois il peut toujours reparaître lorsque l'économiste tend spontanément à donner une "explication réaliste" d'une théorie ou d'un propos jugé trop abstrait. C'est alors souvent l'erreur d'interprétation dans le commentaire d'une théorie pourtant exacte. A l'opposé voir par exemple le soin avec lequel Debreu distingue la théorie de ses "interprétations" (que d'autres auraient appelé simplement "commentaires" ou, au pire, "discussions"), allant jusqu'à utiliser des caractères typographiques différents pour constamment alerter la vigilance du lecteur...

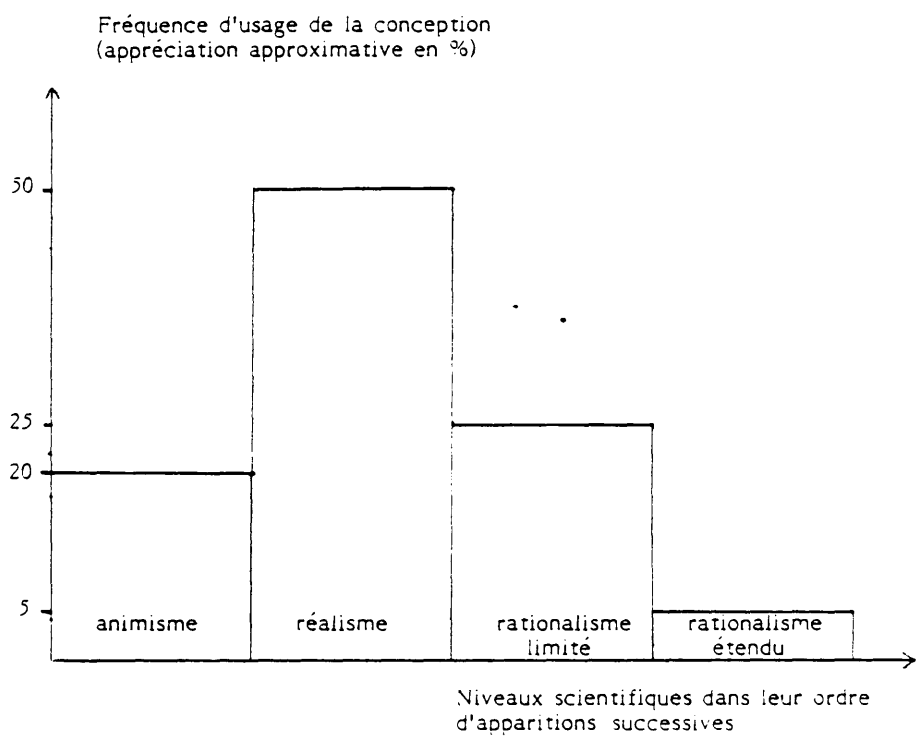
C'est justement avec l'analyse axiomatique dégagée par Debreu qu'on atteint un rationalisme étendu où les notions ne relèvent plus "en dernière analyse" de fondements réalistes.

5 - 2 Profils épistémologiques de notre notion personnelle de prix

Abordons maintenant l'analyse du profil épistémologique de notre notion de prix. Cette introspection nous conduit à nous interroger sur l'importance relative de chaque conception dans notre notion personnelle de prix, à la façon dans Bachelard s'y est pris pour sa notion personnelle de masse. Dès l'abord une difficulté particulière surgit, insoupçonnable par Bachelard car liée au domaine économique : nous entretenons avec la notion de prix deux types de relations assez nettement différenciées, une relation pratique en tant que consommateur et une relation théorique en tant qu'enseignant-chercheur. A la réflexion nos conduites diffèrent sensiblement suivant la circonstance. C'est pourquoi il nous a paru intéressant de fournir deux profils et de les comparer.

Profils épistémologiques de notre notion personnelle de prix :

a - **en tant que consommateur**



Commentaires :

- dans la pratique quotidienne des achats, le prix s'impose comme une donnée. La logique du poids et du prix est omniprésente : c'est pourquoi le réalisme emporte la meilleure part.

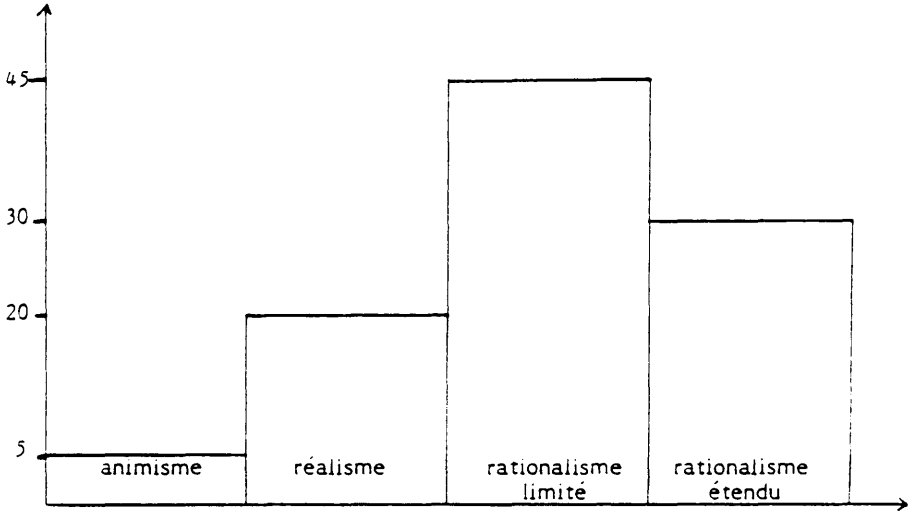
- la déformation professionnelle aide peut-être à prendre conscience du caractère relatif au revenu, aux autres prix, etc... Un rationalisme -limité- joue ici le rôle d'instance régulatrice.

- à l'opposé l'animisme est toujours latent sinon présent derrière la pulsion ou la répulsion -surtout en certaines circonstances de flâneries, lèche-vitrines ...

- enfin le rationalisme étendu de l'équilibre général est ici de peu d'usage pratique.

b - en tant qu'enseignant-chercheur

Fréquence d'usage de la notion (appréciation approximative en %)



Niveaux scientifiques dans leur ordre d'apparitions successives

Commentaires :

- si le chercheur se réfère au rationalisme étendu, l'enseignant utilise plutôt le rationalisme limité qui est pour nous une notion plus claire, plus explicite et souvent moins pénible "à fréquenter". "C'est là une preuve que même les philosophies les plus saines peuvent faire obstacle au progrès de la culture".

- ne serait-ce que de par l'expérience de la vie quotidienne, la pensée réaliste ne saurait être évacuée : les achats, les media et la force des apparences nous y ramènent.

- enfin nous bannissons l'animisme, sans problème apparent... toutefois comme le dit Bachelard pour son propre compte, "même à propos d'un concept aussi éduqué que la notion (de prix) nous ne sommes pas entièrement psychanalysé".

c - comparaison des deux profils et conclusions

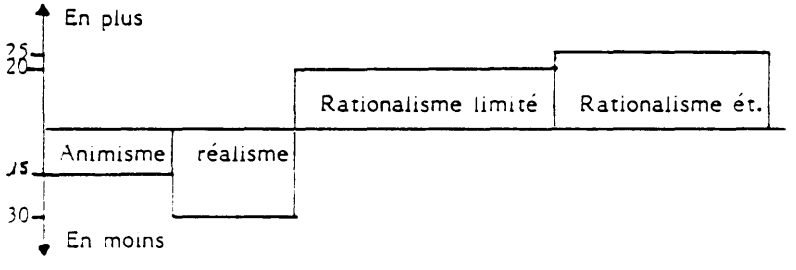
On peut remarquer la symétrie des deux distributions. Elle est en réalité aussi approximative que l'est cette double introspection.

Elle traduit toutefois la dissociation entre l'activité professionnelle et l'activité familiale et la "distance" qui les sépare.

On peut se faire une idée de cette distance en faisant la moyenne relative des écarts entre les proportions des niveaux.

"Distance" qui sépare la pratique scientifique de l'activité familiale à propos de notre notion de prix : (proportions en %)

Profil concerné	Niveaux scientifiques				
	animisme	réalisme	rationalisme limité	rationalisme étendu	tous niveaux
enseignant chercheur	5	20	45	30	100
consommateur	20	50	25	5	100
"distance"	15 (en -)	30 (en -)	20 (en -)	25 (en +)	|90|



Distance : $\frac{|90|}{200} = 0{,}45$

Valeurs extrêmes { 0 = identité de pensée ; 1 = dissociation complète

Insistons sur l'imprécision des pourcentages. Ils ne valent qu'en proportion les uns des autres. Par exemple le rationalisme limité nous semble avoir un peu plus du double de l'importance du réalisme dans la conception d'enseignant-chercheur et être utilisé à peine une fois sur deux, etc.

Ce dédoublement du profil épistémologique, qui vaut pour pratiquement toutes les notions de sciences sociales, illustre s'il en était besoin la difficulté supplémentaire à être chercheur en sciences sociales : étant à la fois observateur et sujet d'observation il faut veiller à maintenir soigneusement la pratique scientifique hors des pensées de la vie quotidienne et faire en sorte que la première instruise les secondes sans réciprocité...

5 - 3 Transition : la stratification des notions économiques illustrées par quelques cas de persistance de l'animisme

Séparons-nous provisoirement de l'analyse et des considérations de Bachelard.

Nous appelons "stratification d'une notion" (ou d'un concept) la persistance de divers niveaux scientifiques danscette notion telle qu'elle est utilisée dans une science à un moment donné.

Il ne s'agit plus d'étudier la conception propre à un chercheur mais les divers aspects objectifs et stratifiés d'une notion.

Illustrons l'existence de telles stratifications (...)

en allant au cas extrême, plus fréquent sans doute qu'on ne le soupçonne car habituellement inconscient à tous : la persistance du niveau préscientifique de l'animisme.

L' animisme persiste en l'inconscient autant individuel que collectif : ainsi la langue française conserve la confusion ("animer : donner de la vie, du mouvement" (Larousse)) ; de même l'arbre qui bruisse soudain nous fait instinctivement soupçonner une présence étrangère ; de même encore voyons nous des soucoupes volantes ou, au minimum, des objets volants où il n'y a scientifiquement et, jusqu'à plus ample informé, que phénomènes célestes.

De la même façon l'animisme persiste en certains aspects de la théorie économique et, encore une fois, probablement dans une proportion que nous ne soupçonnons pas.

Une des plus célèbres dénonciations de l'animisme d'une notion courante utilisée alors dans la théorie économique fut en son temps la critique par Marx du "caractère fétiche" de la notion de "marchandise".

Citons en quelques extraits :

"Il est évident que l'activité de l'homme transforme les matières fournies par la nature de façon à les rendre utiles. La forme du bois, par exemple, est changée, si l'on en fait une table. Néanmoins, la table reste bois, une chose ordinaire et qui tombe sous les sens. Mais dès qu'elle se présente comme marchandise, c'est une tout autre affaire. A la fois saisissable et insaisissable, il ne lui suffit pas de poser ses pieds sur le sol ; elle se dresse, pour ainsi dire, sur sa tête de bois en face des autres marchandises et se livre à des caprices plus bizarres que si elle se mettait à danser (p. 34).

(...)

C'est seulement un rapport social déterminé des hommes entre eux qui revêt ici pour eux la forme fantastique d'un rapport des choses entre elles. Pour trouver une analogie de ce phénomène, il faut la chercher dans la région nuageuse du monde religieux. Là les produits du cerveau humain ont l'aspect d'êtres indépendants, doués de corps particuliers, en communication avec les hommes et entre eux. Il en est de même des produits de la main de l'homme dans le monde marchand. C'est ce qu'on peut nommer le fétichisme attaché aux produits du travail, dès qu'ils se présentent comme des marchandises, fétichisme inséparable de ce mode de production (p.35).

(...)

Dans notre société, la forme économique la plus générale et la plus simple qui s'attache aux produits du travail, la forme marchandise, est si familière à tout le monde que personne n'y voit malice. Considérons d'autres formes économiques plus complexes. D'où proviennent, par exemple, les illusions du système mercantile ? Evidemment du caractère fétiche que la forme monnaie imprime aux métaux précieux. Et l'économie moderne, qui fait l'esprit fort et ne se fatigue pas de ressasser ses fades plaisanteries contre le fétichisme des mercantilistes, est-elle moins la dupe des appa-

rences ? N'est-ce pas son premier dogme que des choses, des instruments de travail, par exemple, sont, par nature, capital, et, qu'en voulant les dépouiller de ce caractère purement social, on commet un crime de lèse-nature? Enfin, les physiocrates, si supérieurs à tant d'égards, n'ont-ils pas imaginé que la rente foncière n'est pas un tribut arraché aux hommes, mais un présent fait par la nature même aux propriétaires ? Mais n'anticipons pas et contentons-nous encore d'un exemple à propos de la forme marchandise elle-même (p. 93).

(...)

Ne croirait-on pas que l'économiste emprunte ses paroles à l'âme même de la marchandise quand il dit : "La valeur (valeur d'échange) est une propriété des choses, la richesse (valeur d'usage) est une propriété de l'homme. La valeur dans ce sens suppose nécessairement l'échange, la richesse, non". "La richesse (valeur utile) est un attribut de l'homme ; la valeur, un attribut des marchandises. Un homme ou bien une communauté est riche, une perle ou un diamant possède de la valeur et la possèdent comme tels". Jusqu'ici aucun chimiste n'a découvert de valeur d'échange dans une perle ou un diamant" (p. 94).

Les soulignés sont de nous -le texte cité par Marx (nous sommes en 1867) date de 1821.

Depuis lors la formalisation mathématique a modifié les données du débat mais il n'est pas exclu que sous couvert de cette formalisation un aspect au moins substantialiste persiste. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Restons pour l'instant au niveau pré-scientifique de l'animisme pour en dénoncer quelques traces dans des notions familières. Prenons par exemple les notions de crise, de chômage et d'inflation. Quels sont les clichés les plus intuitifs à leurs sujets ? Plus ou moins consciemment la crise apparaît socialement comme une hydre qui, telle celle finalement vaincue par Hercule, prend des formes nouvelles à mesure qu'on en résoud des aspects ; le chômage se représente comme un immense réservoir où croupissent des malheureux ; l'inflation enfin comme un virus voire comme un cancer qui s'enfle et fait se boursoufler lentement l'économie... Sommes-nous parfaitement lucides et dégagés à l'égard de ces représentations dans notre pratique d'économistes ?

Nous pouvons lire pourtant jusque dans des articles scientifiques qu'il s'agit de "vaincre la crise", "combattre le chômage", "lutter contre l'inflation", "soigner l'économie" ou y "apporter des remèdes".

Sont-ce seulement là des façons de parler ? Pourquoi alors les employer puisqu'elles entretiennent l'équivoque sinon la confusion ? Pourquoi ne pas essayer au contraire de se démarquer du sens commun et dénoncer (en commençant pour nous-mêmes) que nos notions de "crise", "chômage" et autre "inflation" ont peu ou pas à voir avec l'usage courant qui en est fait dans les mass media ? Il faut parler simple, certes, mais à condition que cette simplicité ne lie pas nos notions et nos recherches aux présupposés animistes et aux conduites réalistes de l'usage trivial des notions communes.

L'économiste connaît cette difficulté particulière d'avoir à traiter des problèmes qui intéressent quotidiennement nos concitoyens. Notre devoir est simultanément de les en instruire le plus simplement et de tendre à atteindre une qualité de recherche en rupture (épistémologique) complète avec l'usage quotidien de ces notions. Ce n'est pas en cultivant l'équivoque jusque dans nos recherches que nous y parviendrons.

6 - DEVELOPPEMENT : L'ANALYSE DES STRATIFICATIONS

Terminons en présentant un projet plus ambitieux et sans doute plus fructueux dans ses résultats, à savoir la reconsidération du mode de l'analyse épistémologique spectrale en vue de son application à la critique des stratifications des concepts.

Ce sont les insuffisances, d'une part dans les apports et d'autre part dans les évacuations, qui déterminent d'une part les lacunes et d'autre part les archaïsmes qu'on peut déceler dans la conception contemporaine d'une notion.

Aussi s'agit-il dans cette nouvelle considération de mettre l'accent sur les insuffisances voire les curieux oublis qu'on peut constater dans les apports et dans les évacuations opérés par chaque évolution majeure de la notion.

C'est pourquoi, méthodologiquement, cette analyse se préoccupe moins de reconnaître les niveaux scientifiques, leurs doctrines philosophiques et les conceptions correspondantes que d'étudier les stades propres au concept analysé et ses flux sémantiques induits (apports et retraits).

A titre d'illustration et pour varier un peu, choisissons le concept de "comportement économique" ; plus précisément centrons notre propos autour de l'"homo oeconomicus", ses antécédents et ses prolongements.

On peut présenter le tableau ci-après. Il permet de retracer synthétiquement les divers stades de l'évolution de la notion avec leurs apports et leurs évacuations successifs (plus ou moins complètement effectués).

DISCOURS		STADE EPISTEMOLOGIQUE		DENOMINATION DU CONCEPT	EVACUATION (EXCLUSION)	PHASE
STATUT	MODE					
Religieux	Exclusivement littéraire normatif	animisme		égoïsme	----------	
Philosophique	mathématisation	réalisme			de la Morale	Formalisation
Théorie classique	progressive essentiellement prescriptif	rationalisme de contenu	rationalisme simple	homo oeconomicus	du non économique	
Théorie marginaliste	mathématisée			"comportement"		
Théorie des jeux				Homo aleator (G.G. Granger)		
Cybernétique	principalement prescritif					
Systémique assorti de la recherche opérationnelle	MAIS		rationalisme complexe			généralisation
Théories et modèles sur la prise de décision	descriptif croissant				du mécanisme	
(...)		rationalisme morphologique		homo socius (?)		
Théories socio-économiques	essentiellement descriptif				du prescriptif (dans certaines théories seulement)	
		(APPORTS)				(APPORT)

Commentaires :

Cinq stades semblent jalonner l'évolution de ce concept. Chaque stade se caractérise par la modification formelle ou sémantique (ou, le plus souvent, les deux) de son discours par rapport au stade précédent :

Stade religieux : Emergence du concept d'"égoïsme". Avènement d'un discours concernant, au moins accessoirement, le comportement économique.

Stade philosophique : Evacuation de la "Morale" du comportement.

Théorie classique : Evacuation des déterminations non économiques.

Théorie marginaliste : Rationalisation, notamment par formalisation mathématique.

Stade contemporain : Diversité de théories non (encore) unifiées : systémique et recherche opérationnelle ; théories et modèles sur la prise de décision ; cybernétique ; théorie des jeux ; théories socio-économiques (Baudrillard) ; etc. : Eclatement de la notion en "généralisations particulières".

Dès lors la notion de comportement se présente dans la théorie économique contemporaine comme une stratification qui contient très inégalement traces de ses stades antérieurs :

- sa conception de base reste essentiellement empruntée à son stade le plus ancien, à savoir l'égoïsme religieux. Cette conception a statut de postulat ; elle fonctionne comme une réalité exclusive, au besoin à l'aide d'artifices de raisonnement sophistiqués.
En conséquence il est symptomatique de constater combien en économie les théories du comportement ont du mal à s'extraire du prescriptif.

- parallèlement les déterminations mécanistes, quoique beaucoup plus récentes, ont été assez nettement évacuées grâce notamment à la systémique et aux théories socio-économiques.

De façon occulte cet archaïsme de la conception constitue un blocage à certaines progressions théoriques majeures (théorie purement descriptive par exemple) ... Avant de généraliser il s'agit de désubjectiver : le "lent travail du concept" n'est pas achevé.

D'une autre manière, Bachelard dit à peu près la même chose : "Ce qui empêche la dialectisation (d'un concept) c'est une "surcharge" de son contenu. Cette surcharge empêche le concept d'être délicatement sensible à toutes les variations des conditions où il prend ses justes fonctions. A ce concept, on donne sûrement "trop" de sens puisque jamais on ne le pense "formellement"" (Bachelard -1- p. 134).

Les théories économiques sont particulièrement sujettes à ce défaut: en effet fréquemment des sophistications mathématiques ou théoriques sont effectuées à partir de concepts grossiers, sur des "notions mal instruites" pour reprendre une expression de Bachelard. On reste alors sous l'effet de

"l'obstacle substantialiste" dénoncé par Bachelard dans "La Formation de l'Esprit Scientifique" ; chaque sophistication repose sur et révèle quelque aspect trivial du concept, lié à la problématique particulière de l'étude, au lieu -au contraire- de l'évacuer ; au final le concept est particularisé en même temps que sophistiqué. On se retrouve ainsi avec une "notion au sens de X", une "au sens de Y" etc... Ces diverses notions ne sont pas réellement substituables entre elles.

Rappelons et poursuivons la citation précédente de Bachelard : "A ce concept, on donne sûrement "trop" de sens puisque jamais on ne le pense "formellement". Mais si on lui donne trop de sens, il est à craindre que deux esprits différents ne lui donnent pas le "même sens."

La notion se retrouve ainsi dispersée voire éclatée en ce que nous qualifions de façon paradoxale, de "généralisations particulières".

Par exemple, et pour rester sur le comportement, la théorie marginaliste comporte un "rationalisme de contenu" (au sens de Granger) qui est en quelque sorte "généralisé" de façons si diverses qu'elles offrent une gradation remarquable :

- évacué par les études et théories descriptives (socio-économiques) ou plus exactement réduit à un cas limite,
- atténué par la théorie de la "rationalité limitée" de Simon,
- étendu par la théorie des jeux en l'applicant à d'autres cas que celui du marché libéral,
- etc.

Evacuation de la théologie du comportement économique

Nous pouvons utiliser encore l'analyse des stratifications en la focalisant sur l'évolution d'une évacuation ou d'un apport dans un concept.

Evacuations et apports s'effectuent souvent de façon lente ou progressive ; de ce fait on trouve dans des notions, simultanément, encore des résidus de son passé et déjà des traces de son avenir, le tout constituant la stratification de cette notion.

Illustrons cela en montrant le cas d'une évacuation qui fut très longue.

Pour en rester au comportement, un cas particulièrement caractéristique est celui de sa théologie.

Voyons donc comment la théologie du comportement n'a été que progressivement et, au final, tardivement évacuée :

- Dans le discours religieux la référence à Dieu est explicite et fréquente.

- Jusque sous l'Ancien Régime dans le discours préscientifique on cache Dieu ; n'apparaît plus alors que le bout de sa main : "le doigt de Dieu".

- Vient ensuite, notamment avec les Physiocrates, la "Providence", qui désigne encore Dieu et déjà le destin : le terme est équivoque car il est transitoire.

- En effet peu après arrive le premier avatar apparemment laïc : en fait la main de Dieu revient mais cette fois on ne se contente plus de cacher Dieu, on cache aussi la main ; c'est la "main invisible".

- Succède à la main invisible "l'harmonie des intérêts".La notion peut avoir trois statuts théologiques gradués :

  - une référence discrête mais directe à Dieu quand le terme se décline avec un "H" majuscule.

  - une référence discrête et indirecte mais nécessaire à Dieu quand restant en "h" minuscule, elle se suffit à elle-même en tant qu'explication "finale".

  - enfin une évacuation de toute référence peu ou prou divine quand le terme est justifié par le fonctionnement d'un modèle. Ce dernier stade n'est apparu que tardivement dans les théories économiques et laisse parfois subsister quelques usages au sens précédent.

Situation de "l'analyse des stratifications"

Comment se situe cette analyse dans l'ensemble générique de "l'analyse épistémologique spectrale" et vis-à-vis de Bachelard ?

Cette reconsidération de l'analyse épistémologique spectrale ne vise pas à modifier les deux applications antérieurement faites par Bachelard à savoir "l'analyse des perspectives" et "l'analyse des profils". Elle vise au contraire à les compléter par une troisième application qui nous semble primordiale au moins dans les sciences sociales.

Son objet, la stratification des concepts, Bachelard en parle peu ; quand il en parle c'est toujours incidemment, à propos d'autre chose et sans lui donner seulement une dénomination.

On peut donner plusieurs raisons à cette attitude de Bachelard : mentionnons d'abord que cette stratification ne fait apparemment pas problème dans les sciences de la nature qu'observe exclusivement Bachelard.
Il semble également n'en avoir pas perçu l'intérêt ; probablement la réduit-il trop vite uniquement à une manifestation préscientifique du substantialisme.
Enfin nous pensons que l'existence de telles stratifications embarrassait la conviction scientifique de Bachelard. Ce n'est pas le lieu d'en parler : c'est un point sur lequel nous espérons avoir l'occasion de revenir.

Quoiqu'il en soit c'est pourtant en dénonçant de telles stratifications que l'épistémologie peut faire directement oeuvre utile dans les sciences: comme nous l'avons vu pour le comportement économique, c'est en effet là que résident maints blocages occultes. Les déceler et les critiquer c'est mettre en oeuvre des recherches marginalement parmi les plus nécessaires et les plus productives pour le progrès scientifique (13).

NOTES ET REMARQUES

1 - Cette étude n'a jamais été antérieurement publiée. Sous sa forme initiale elle a fait l'objet d'une contribution pleinière au colloque "la notion de révolution scientifique en économie" qui s'est tenu à Montpellier les 27 et 28 septembre 1985.
D'importants développements y ont été apportés.

2 - Nous avons pris le parti de nommer "**analyse épistémologique spectrale de Bachelard**" le point de vue analytique de celui-ci qui trouve applications en ses deux analyses particulières :

- l'analyse des "**perspectives philosophiques**" développée au chapitre 1 de "**la philosophie du non**",
- l'analyse des "**profils épistémologiques**" développée au chapitre 2.

La qualification d'"analyse philosophique spectrale", utilisée par Bachelard au chapitre 2 nous semble recouvrir trop exclusivement la seconde analyse et fait confusion entre l'analyse qui est épistémologique et son objet que sont les diverses philosophies des sciences.

3 - a C'est pourquoi l'oeuvre de Bachelard, de l'épistémologue au poète, forme une unité cohérente, consciente et voulue de sa part.

b C'est pourquoi également l'analogie entre les résultats de l'analyse des profils épistémologiques de Bachelard et ceux de la psychologie génétique de Piaget est une des rares analogies qui puisse être considérée comme scientifiquement recevable. En effet, pour Piaget (Piaget, 2, pp. 34-35 et p. 38) : "... il est clair que l'épistémologie, si elle ne veut pas se borner à de la spéculation pure, se donnera toujours davantage pour objets l'analyse des "étapes" de la pensée scientifique et l'explication des mécanismes intellectuels utilisés par la science en ses diverses variétés, dans la conquête du réel. (...) C'est de cette épistémologie génétique ou scientifique que nous parlerons ici pour montrer en quoi la psychologie de l'enfant est susceptible de lui apporter un concours peut-être non négligeable".
L'oeuvre de Piaget s'inscrit ainsi dans le prolongement et la diversification des travaux de Bachelard.

Enfin, au-delà même de la psychologie génétique, ces analyses de la formation et de l'évolution de l'esprit scientifique conduisent au seuil d'une psychologie dynamique voire d'une psychanalyse de la connaissance objective qui a fait l'objet par ailleurs d'une autre étude de Bachelard (Bachelard 2).
Ce type d'analyses, autant qu'il puisse être considéré comme une "psychanalyse" des objets scientifiques, transporte ainsi la considération de la psychanalyse, du sujet connaissant à l'objet (tel qu'il est) connu.

4 - Réciproquement nous avons de ce fait "quelque droit de parler d'un progrès philosophique des notions scientifiques (...) (en effet) la connaissance scientifique ordonne la pensée (...). La pensée scientifique fournit

donc un principe pour la classification des philosophies et pour l'étude du progrès de la raison" (pp. 21-22).

5 - Les phénomènes révolutionnaires sont générés par l'application d'une méthode dialectique, non par la simple observation du "terrain" auquel on applique cette méthode. Pour nous convaincre du contraire nous confondons trop souvent, et avec quelques sentimentalités, la révolution qui procède de la méthode et la violence ou la soudaineté qui procède (et encore...) des faits -or il y a des révolutions sans violence ni "accident" et des violences et des "accidents" sans révolution. La révolution, en son sens étymologique, diffère sensiblement des idées subjectives que nous en avons.

6 - Canguilhem a rédigé un article sur le même sujet mais avec une problématique sensiblement différente (Voir réf. biblio.).

7 - La considération de Bachelard sur la recherche de la négation et celle de Popper sur le critère de falsifiabilité dans sa "Logique de la découverte scientifique" sont complémentaires.

8 - Plus fondamentalement il y a dans "la philosophie du non" une conception dialectique du progrès de la raison concernant les relations entre l'objet observé et l'observateur. En effet il y a interaction dialectique entre la psychologie de l'esprit scientifique et l'évolution de la connaissance théorique.

Plus généralement la pensée de Bachelard est très souvent dialectique et, comme le remarque Vadée (pp. 166-167) elle le devint de plus en plus. Ses références à la dialectique sont toujours explicites, allant jusqu'à décliner le terme sous toutes ses formes (Vadée p. 167) ou jusqu'à le mettre en titre (Bachelard -3).

9 - La référence à la dialectique plutôt qu'à la révolution présente deux avantages :
- on travaille directement avec la méthode, non avec son apparence sémantique. On a ainsi la maîtrise de l'opérateur.
- les connotations (affectives) sont évitées.
Néanmoins, comme nous l'avons déjà signalé, la notion de dialectique est, elle aussi, polysémique ; au moins cette polysémie n'est-elle pas surchargée de valeurs affectives. Elle en rend toutefois l'usage dangereux si on n'en définit pas le sens : "(1. Dialectique) (...) Critique - Ce mot a reçu des acceptions si diverses qu'il ne peut être utilement employé qu'en indiquant avec précision en quel sens il est pris. Encore y-a-t-il lieu de se défier, même sous cette réserve, des associations impropres qu'on risque d'éveiller ainsi. " (Lalande p. 227)
C'est sans doute pourquoi Bachelard, afin d'éviter de tomber de Charybde en Scylla, prend ici le soin d'en préciser le sens... précaution qui, cependant, fut rarement le cas dans l'ensemble de son oeuvre (cf. Vadée p.169). Au niveau sémantique, à la place de la notion de révolution, Bachelard emploie des notions plus formelles : "rupture" (épistémologique), "obstacle (épistémologique)", "contradiction" : "La première contradiction est alors, comme toujours, la première connaissance", etc. Ces notions expriment tantôt un changement radical et sans transition, comme la notion de révolution (rupture, changements de stade épistemologique...), tantôt seulement la nécessité de ce changement (obstacle, obstacle épistémologique, contradiction).

10 - Ainsi si nous comparons Bachelard et Kuhn nous nous trouvons dans la situation paradoxale où le premier fait référence explicite à la méthode (dialectique) en prenant (sans doute) soin d'éviter d'utiliser son apparence sémantique (la révolution) suspecte d'animisme, alors que le second fait plutôt l'inverse.

11 - Cette façon de considérer la "théorie générale" n'est pas admise par tous. D'autre part, et par un renversement dialectique, certains la voient à son tour aujourd'hui comme un cas particulier de nouvelles théories néo-libérales.

12 - On a vu cette théorie comme générale surtout parce qu'elle intégrait des variables nouvelles en une théorie unitaire (l'emploi, l'intérêt, la monnaie...) (Par exemple : Stoleru, pp. 288-289). Epistémologiquement il s'agit là d'une intégration théorique voire d'une extension (de son champ) plutôt que d'une généralisation.

13 - C'est bien la moindre des choses qu'en économie on se préoccupe de la rentabilité marginale de nos propres recherches !

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

BACHELARD Gaston (1) - La philosophie du non ; P.U.F., Paris, 1° édition en 1940
9° édition en 1983, collection "Quadrige", pour les pages citées.

BACHELARD Gaston (2) - La Formation de l'esprit scientifique - Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective ; Librairie Vrin , Paris, 1e édition en 1938.

BACHELARD Gaston (3) - La dialectique de la durée ; P.U.F., Paris, 1° édition en 1936.

BAUDRILLARD Jean - La société de consommation (ses mythes, ses structures) ; N.R.F. - Gallimard (Denoël) Paris, 1970.

CANGUILHEM G. - Dialectique et philosophie du non chez Gaston Bachelard ; in -Etudes d'histoire et de philosophie des sciences ; Librairie Vrin, Paris, 1° édition, 1968.

DEBREU G. - Théorie de la valeur (analyse axiomatique de l'équilibre économique) ; collection "monographies de recherche opérationnelle" ; A.F.I.R.O. ; Dunod, Paris, 1966.

GRANGER G.-G. - Méthodologie économique ; P.U.F., Paris, 1° édition, 1955.

KUHN T.S. - La Structure des révolutions scientifiques ; Editions Flammarion, Paris, 1972. 1983.

LALANDE André - Vocabulaire technique et critique de la philosophie; P.U.F., Paris,1926 (10ème édition en 1968).

MARX Karl - Le Capital, critique de l'économie politique ; livre premier, tome premier ; Editions sociales, Paris (édition de 1969).

PIAGET Jean (1) - Epistémologie des sciences de l'homme ; N.R.F.-GALLIMARD, Paris, 1971 (ou dans "Tendances principales de la recherche dans les sciences sociales et humaines", la première partie "sciences sociales" dans l'introduction et les chapitres 3 et 7 ; chez MOUTON - UNESCO, 1970).

PIAGET Jean (2) - Psychologie et épistémologie ; collection "Bibliothèque Médiations" ; Editions GONTHIER (DENOEL). Paris, 1970.

POPPER K.R. - La Logique de la découverte scientifique ; Editions "Complexe", Paris, 1973.

SIMON H.A. - Administrative Behavior ; Macmillan, New York, 1941.

- Models of Man ; J. Willey, New York, 1957.

STORELU Lionel - L'équilibre et la croissance économiques (principes de macroéconomie) ; collection "Finance et économie appliquée" ; Dunod, Paris 3ème édition en 1973.

VADEE Michel - Bachelard ou le nouvel idéalisme épistémologique; Editions sociales, Paris, 1975.

UN "PLAGIAT" DE BACHELARD A PROPOS DE LA PERSPECTIVE PHILOSOPHIQUE DE LA NOTION DE PRIX

par

André BERTRAND

AVANT PROPOS

Je veux rendre hommage à la remarquable pertinence du Professeur Simon Lantieri qui aperçut, une fois élaboré, le modèle derrière le plagiat.

AVERTISSEMENT

Le texte qui suit est volontairement un plagiat.

Pour le prouver il est placé en parallèle avec le texte originel de Bachelard (extraits des pages 22 et suivantes de son ouvrage "**La philosophie du non**", tel qu'il a été publié dans la Collection "Quadrige" aux P.U.F. dans sa 9ème édition de 1983).

JUSTIFICATION

Ce texte fait suite à l'article précédent : "**Présentation critique et applications économiques de l'analyse épistémologique spectrale de Bachelard**", qui porte sur le même propos.

Dans cet article précédent notre objectif a été d'esquisser l'apport possible à des notions de théories économiques de cette analyse épistémologique spectrale mise au point par Bachelard. En application nous y avons choisi la notion économique de prix tout comme Bachelard avait choisi la notion physique de masse.

En rédigeant cette application, nous nous aperçumes maintes fois que les considérations épistémologiques de Bachelard quant à la notion de masse pouvaient s'appliquer presque telles quelles à la notion de prix.

Aussi, une fois le précédent article élaboré, nous avons voulu voir jusqu'où il était possible d'aller dans la similitude textuelle malgré le changement de notions et de considérations théoriques qui leur sont liées.

C'est ainsi qu'est apparue l'idée de ce "**plagiat**".

PORTEE

Il s'agit là d'une expérience de transposition d'un texte d'épistémologie, de la physique à la science économique.

Cette expérience permet de prendre la mesure du degré d'abstraction du texte et par conséquent de l'analyse de Bachelard.

RESULTAT

Comme le lecteur pourra s'en apercevoir, le seul travail a été de remplacer dans le texte originel lui-même la notion de "masse" et ses notions

corrélatives par la notion de "prix" et ses propres notions corrélatives.

C'est la principale modification, celle qui est à l'origine des quelques autres.

L'analyse épistémologique spectrale de Bachelard, à travers le même énoncé, est suffisamment générale pour s'appliquer aussi bien à la notion économique qu'à la notion physique pour laquelle l'énoncé a été initialement conçu.

Ce résultat est remarquable.

Le texte s'adapte à cette transposition avec une parfaite adéquation: en particulier aucune considération épistémologique n'est à modifier.

Le texte fonctionne ainsi comme un texte générique.

Il en résulte qu'une fois le texte dégagé de toute notion d'application, son analyse se présente comme un modèle général.

CONCLUSION

L'analyse épistémologique spectrale de Bachelard telle que décrite par Bachelard lui-même, a ainsi statut de modèle. Ce modèle épistémologique permet, à tout le moins, de critiquer certaines notions de la physique comme de l'Economie et, partant, d'évaluer le plus ou moins bon état d'avancement de ces disciplines.

On peut en espérer plus encore et penser à des applications à d'autres disciplines des sciences de la nature comme des sciences sociales ou humaines.

Le "**plagiat**" hissé au rang de méthode d'épistémologie critique et comparative... pourquoi pas ?

Sous sa première forme, la notion de **prix** correspond à une appréciation quantitative grossière et comme gourmande de la réalité. On apprécie un **objet de valeur** des yeux. Pour un **consommateur** avide, le plus **cher, a priori**, est le meilleur, celui qui parle le plus clairement à son désir, celui qui est l'objet substantiel du désir. La notion de **prix** concrétise le désir même de **vivre.**

La première contradiction est alors, comme toujours, la première connaissance. On l'acquiert dans la contradiction du **cher** et **de l'utile.** Un **objet de valeur inutile** contredit l'avidité. De cette déception prend naissance une connaissance valorisée que le fabuliste prendra comme symbole de l'expérience acquise par "les vieilles personnes". Quand on tient un bien dans le creux de la main, on commence à comprendre que le plus **cher** n'est pas nécessairement le plus riche. Une perspective d'intensités vient soudain approfondir les premières visions de la quantité. Aussitôt la notion de **prix** s'intériorise. Elle devient le synonyme d'une richesse profonde, d'une richesse intime, d'une concentration des biens. Elle est alors l'objet de curieuses valorisations où les rêveries animistes les plus diverses se donnent libre cours. A ce stade, la notion de **prix** est un concept-obstacle. Ce concept bloque la connaissance ; il ne la résume pas.

On nous reprochera peut-être de commencer notre enquête trop bas, de parodier la connaissance scientifique et de postuler ainsi des embarras qui n'arrêtent guère un esprit réfléchi. Nous ferons volontiers abandon de ce niveau d'examen mais c'est à la condition qu'il soit bien entendu qu'aucune conviction **théorique** ne viendra se réchauffer

Sous sa première forme, la notion de masse correspond à une appréciation quantitative grossière et comme gourmande de la réalité. On apprécie une masse des yeux. Pour un enfant avide, le plus gros fruit est le meilleur, celui qui parle le plus clairement à son désir, celui qui est l'objet substantiel du désir. La notion de masse concrétise le désir même de manger.

La première contradiction est alors, comme toujours, la première connaissance. On l'acquiert dans la contradiction du gros et du pesant. Une coque vide contredit l'avidité. De cette déception prend naissance une connaissance valorisée que le fabuliste prendra comme symbole de l'expérience acquise par "les vieilles personnes". Quand on tient un bien dans le creux de la main, on commence à comprendre que le plus gros n'est pas nécessairement le plus riche. Une perspective d'intensités vient soudain approfondir les premières visions de la quantité. Aussitôt la notion de masse s'intériorise. Elle devient le synonyme d'une richesse profonde, d'une richesse intime, d'une concentration des biens. Elle est alors l'objet de curieuses valorisations où les rêveries animistes les plus diverses se donnent libre cours. A ce stade, la notion de masse est un concept-obstacle. Ce concept bloque la connaissance ; il ne la résume pas.

On nous reprochera peut-être de commencer notre enquête trop bas, de parodier la connaissance scientifique et de postuler ainsi des embarras qui n'arrêtent guère un esprit réfléchi. Nous ferons volontiers abandon de ce niveau d'examen mais c'est à la condition qu'il soit bien entendu qu'aucune conviction ne viendra se réchauffer à

à ce foyer primitif et qu'on s'interdira, par la suite, tout emploi métaphorique de la notion de **prix** dans des sciences où il y a danger de retrouver la séduction primitive. N'est-il pas frappant, par exemple, que certains psychologues [ou le **marketing**] parlent comme d'un concept clair du **prix psychologique** ? Sans doute, ils savent fort bien ce que cette **notion** a de confus. Mais précisément cette analogie psychologique se réfère au concept animiste du **prix**. Elle renforce donc le concept-obstacle par un usage faussement clair. En voici tout de suite une preuve : quand un psychologue parle du **prix psychologique,** il s'agit toujours d'un **prix qui n'est pas trop faible (un prix insignifiant) ni trop fort ("hors de prix").**

(...). Ce prix psychologique comporte un plancher, un optimum et un plafond. Il n'est donc pas, primitivement, un concept d'application générale comme

ce foyer primitif et qu'on s'interdira, par la suite, tout emploi métaphorique de la notion de masse dans des sciences où il y a danger de retrouver la séduction primitive. N'est-il pas frappant, par exemple, que certains psychologues parlent comme d'un concept clair de la masse ou de la charge d'activité ? Sans doute, ils savent fort bien ce que cette charge a de confus. "Ils disent eux-mêmes que c'est là une simple analogie". Mais précisément cette analogie psychologique se réfère au concept animiste de la masse. Elle renforce donc le concept-obstacle par un usage faussement clair. En voici tout de suite une preuve : quand un psychologue parle de la charge d'affectivité, il s'agit toujours d'une masse plus ou moins foisonnante. Il paraîtrait ridicule de parler d'une petite masse, d'une petite charge, d'affectivité. En fait, on n'en parle jamais. Devant un malade insensible, inerte, indifférent, le psychiatre dira que ce malade souffre d'une affectivité réduite. Subrepticement, dans la décroissance, le psychiatre, abandonne le plus souvent son concept de masse affective, de charge affective. N'est charge que ce qui surcharge. Le concept s'emploie davantage pour le gros que pour le petit. Etrange mesure qui ne compte que ce qui croît !

Du point de vue dynamique, le concept animiste de masse est aussi trouble que du point de vue statique. Pour l'**homo faber**, la masse est toujours une massue. La massue est un outil de la volonté de puissance : c'est donc dire que sa fonction n'est pas facilement analysée. Corrélativement, le sens commun néglige la masse des choses menues, des choses "insignifiantes". En résumé, la masse n'est une quantité que si elle est assez grosse. Elle n'est donc pas, primitivement, un concept d'application gene-

le serait un concept formé dans une philosophie rationaliste.

Si l'on développait davantage ces considérations, dans le sens d'une psychanalyse de la connaissance objective, en examinant systématiquement les usages premiers de la notion de **prix,** on comprendrait mieux comment l'esprit a posé le concept de **prix psychologique,** en niant trop rapidement la généralité de la loi du **marché.** On aurait là un exemple d'une dialectique prématurée, mal instruite, qui opère sur des choses, au lieu d'opérer sur des axiomes. Nous en tirons un argument pour placer la philosophie dialectique au-delà du rationalisme comme un assouplissement du rationalisme. L'usage d'une dialectique au niveau du réalisme est toujours incertain et provisoire.

Quoi qu'il en soit de cette digression métaphysique, nous en avons assez dit pour dénoncer des formes conceptuelles imprécises comme l'idée de **prix** sous la forme primitive. Un esprit qui accepte un concept de cette nature ne peut accéder à la culture scientifique. Une déclaration explicite d'analogie corrige à peine le danger de cet emploi. L'animisme ne tarde pas à déborder la définition et à réintégrer dans l'esprit des certitudes spéciales. Il y a d'ailleurs un symptôme très curieux sur lequel on ne réfléchira jamais trop : c'est la rapidité avec laquelle un concept animiste est compris. Il ne faut que quelques mots pour enseigner ce qu'est un "**prix psychologique**". C'est là, d'après nous, un mauvais signe. En ce qui concerne la connaissance théorique du réel, c'est-à-dire en ce qui concerne une connaissance qui dépasse la portée d'une simple description -en laissant aussi

rale comme le serait un concept formé dans une philosophie rationaliste.

Si l'on développait davantage ces considérations, dans le sens d'une psychanalyse de la connaissance objective, en examinant systématiquement les usages premiers de la notion de masse, on comprendrait mieux comment l'esprit préscientifique a posé le concept de corps impondérables, en niant trop rapidement la généralité de la loi de la pesanteur. On aurait là un exemple d'une dialectique prématurée, mal instruite, qui opère sur des choses, au lieu d'opérer sur des axiomes. Nous en tirons un argument pour placer la philosophie dialectique au-delà du rationalisme comme un assouplissement du rationalisme. L'usage d'une dialectique au niveau du réalisme est toujours incertain et provisoire.

Quoi qu'il en soit de cette digression métaphysique, nous en avons assez dit pour dénoncer des formes conceptuelles imprécises comme l'idée de masse sous la forme primitive. Un esprit qui accepte un concept de cette nature ne peut accéder à la culture scientifique. Une déclaration explicite d'analogie corrige à peine le danger de cet emploi. L'animisme ne tarde pas à déborder la définition et à réintégrer dans l'esprit des certitudes spéciales. Il y a d'ailleurs un symptôme très curieux sur lequel on ne réfléchira jamais trop : c'est la rapidité avec laquelle un concept animiste est compris. Il ne faut que quelques mots pour enseigner ce qu'est une charge d'affectivité. C'est là, d'après nous, un mauvais signe. En ce qui concerne la connaissance théorique du réel, c'est-à-dire en ce qui concerne une connaissance qui dépasse la portée d'une simple description -en laissant aussi

de côté l'arithmétique et la géométrie-, tout ce qui est facile à enseigner est inexact. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce paradoxe pédagogique. Nous ne voulions pour l'instant que montrer l'incorrection totale de la première notion de prix. A propos de n'importe quelle notion scientifique, il y a, d'après nous, une erreur à corriger. Avant de s'engager dans une connaissance objective quelconque, l'esprit doit être psychanalysé non seulement en général mais aussi au niveau de toutes les notions particulières. Comme une notion scientifique est très rarement psychanalysée dans tous ses usages et qu'il est toujours à craindre qu'il y ait contamination d'un usage par un autre, il faudra toujours, dans tous les concepts scientifiques, indiquer les sens non psychanalysés. Dans le chapitre suivant, nous reviendrons sur ce pluralisme des sens attachés à un même concept. Nous y trouverons un argument pour la philosophie scientifique dispersée que nous défendons dans cet ouvrage.

IV

Le deuxième niveau sur lequel on peut étudier la notion de prix correspond à un emploi sagement empirique, à une détermination objective précise. Le concept est alors lié à l'usage du marché. Il bénéficie immédiatement de l'objectivité instrumentale. Remarquons toutefois que l'on peut évoquer une longue période où l'instrument précède sa théorie. Il n'en est plus de même de nos jours, dans les parties vraiment actives de la science, où la théorie précède l'instrument, de sorte que l'instrument est une théorie réalisée, concrétisée, d'essence rationnelle. En ce qui concerne la conceptualisation ancienne du prix, il est

de côté l'arithmétique et la géométrie-, tout ce qui est facile à enseigner est inexact. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce paradoxe pédagogique. Nous ne voulions pour l'instant que montrer l'incorrection totale de la première notion de masse. A propos de n'importe quelle notion scientifique, il y a, d'après nous, une erreur à corriger. Avant de s'engager dans une connaissance objective quelconque, l'esprit doit être psychanalysé non seulement en général mais aussi au niveau de toutes les notions particulières. Comme une notion scientifique est très rarement psychanalysée dans tous ses usages et qu'il est toujours à craindre qu'il y ait contamination d'un usage par un autre, il faudra toujours, dans tous les concepts scientifiques, indiquer les sens non psychanalysés. Dans le chapitre suivant, nous reviendrons sur ce pluralisme des sens attachés à un même concept. Nous y trouverons un argument pour la philosophie scientifique dispersée que nous défendons dans cet ouvrage.

IV

Le deuxième niveau sur lequel on peut étudier la notion de masse correspond à un emploi sagement empirique, à une détermination objective précise. Le concept est alors lié à l'usage de la balance. Il bénéficie immédiatement de l'objectivité instrumentale. Remarquons toutefois que l'on peut évoquer une longue période où l'instrument précède sa théorie. Il n'en est plus de même de nos jours, dans les parties vraiment actives de la science, où la théorie précède l'instrument, de sorte que l'instrument de physique est une théorie réalisée, concrétisée, d'essence rationnelle. En ce qui concerne la conceptualisation

évident que le marché est utilisé avant qu'on "en" connaisse la théorie.
Alors, directement, comme sans pensée, le concept de prix se présente comme le substitut d'une expérience première qui est décise et claire, simple et infaillible. Remarquons d'ailleurs que, même dans les cas où ce concept fonctionne "en composition", il n'est pas pensé en composition par l'usager. Autrement dit, il se forme une conduite du marché, aussi simple que la conduite du panier étudiée par Pierre Janet pour caractériser une des premières formes de l'intelligence humaine. Cette conduite du marché traverse les âges, se transmet dans sa simplicité, comme une expérience fondamentale. Elle n'est qu'un cas particulier de cet usage simple d'une machine compliquée, dont on trouverait naturellement des exemples innombrables et d'autant plus frappants dans notre temps où la machine la plus compliquée est conduite simplement, avec un jeu de concepts empiriques mal faits et mal liés rationnellement, mais réunis d'une manière pragmatiquement sûre.

A un tel concept simple et positif, à un tel usage simple et positif d'un instrument (même théoriquement compliqué) correspond une pensée empirique, solide, claire, positive, immobile. On imagine assez volontiers que cette expérience est une référence nécessaire et suffisante pour légitimer toute théorie. Peser, c'est penser. Penser, c'est peser. Et les philosophes répètent, sans se lasser, l'aphorisde Lord Kelvin qui prétendait

ancienne de la masse, il est évident que la balance est utilisée avant qu'on connaisse la théorie du levier. Alors, directement, comme sans pensée, le concept de masse se présente comme le substitut d'une expérience première qui est décise et claire, simple et infaillible. Remarquons d'ailleurs que, même dans les cas où ce concept fonctionne "en composition", il n'est pas pensé en composition : ainsi, dans le cas de la balance romaine où la comparaison des poids se fait par l'intermédiaire d'une fonction composée du poids et du bras de levier, cette composition n'est pas effectivement pensée par l'usager. Autrement dit, il se forme une conduite de la balance, aussi simple que la conduite du panier étudiée par Pierre Janet pour caractériser une des premières formes de l'intelligence humaine. Cette conduite de la balance traverse les âges, se transmet dans sa simplicité, comme une expérience fondamentale. Elle n'est qu'un cas particulier de cet usage simple d'une machine compliquée, dont on trouverait naturellement des exemples innombrables et d'autant plus frappants dans notre temps où la machine la plus compliquée est conduite simplement, avec un jeu de concepts empiriques mal faits et mal liés rationnellement, mais réunis d'une manière pragmatiquement sûre.

A un tel concept simple et positif, à un tel usage simple et positif d'un instrument (même théoriquement compliqué) correspond une pensée empirique, solide, claire, positive, immobile. On imagine assez volontiers que cette expérience est une référence nécessaire et suffisante pour légitimer toute théorie. Peser, c'est penser. Penser, c'est peser. Et les philosophes répètent, sans se lasser, l'aphorisde Lord Kelvin qui prétendait

ne pas dépasser la physique de la balance et l'arithmétique du boulier. Une pensée empirique attachée à une expérience aussi péremptoire, aussi simple reçoit alors le nom de pensée réaliste.

Même dans une science très avancée, les conduites réalistes subsistent. Même dans une pratique engagée entièrement derrière une théorie, il se manifeste des retours vers des conduites réalistes. Ces conduites réalistes se réinstallent parce que le théoricien rationaliste a besoin d'être compris de simples expérimentateurs, parce qu'il veut parler plus vite, en revenant par conséquent aux origines animistes du langage, parce qu'il ne redoute pas le danger de penser en simplifiant, parce que, dans le commun de la vie, il est effectivement réaliste. De sorte que les valeurs rationnelles sont tardives, éphémères, rares -précaires comme toutes les hautes valeurs, dirait M. Dupréel. Dans le règne de l'esprit aussi, la mauvaise monnaie chasse la bonne, le réalisme chasse le rationalisme. Mais un épistémologue qui étudie les ferments de la pensée scientifique doit sans cesse dégager le sens dynamique de la découverte. Insistons donc maintenant sur l'aspect rationnel que prend le concept de prix.

V

Ce troisième aspect prend toute sa netteté en économie quand se fonde progressivement un mécanisme rationnel. C'est le temps de la solidarité notionnelle. A l'usage simple et absolu d'une notion fait suite l'usage corrélatif des notions. La notion de prix se définit alors dans un corps de notions et non plus seulement comme un élément primitif d'une expérience immédiate et directe. Le prix d'équilibre sera défini au point de rencontre

ne pas dépasser la physique de la balance et l'arithmétique du boulier. Une pensée empirique attachée à une expérience aussi péremptoire, aussi simple reçoit alors le nom de pensée réaliste.

Même dans une science très avancée, les conduites réalistes subsistent. Même dans une pratique engagée entièrement derrière une théorie, il se manifeste des retours vers des conduites réalistes. Ces conduites réalistes se réinstallent parce que le théoricien rationaliste a besoin d'être compris de simples expérimentateurs, parce qu'il veut parler plus vite, en revenant par conséquent aux origines animistes du langage, parce qu'il ne redoute pas le danger de penser en simplifiant, parce que, dans le commun de la vie, il est effectivement réaliste. De sorte que les valeurs rationnelles sont tardives, éphémères, rares -précaires comme toutes les hautes valeurs, dirait M. Dupréel. Dans le règne de l'esprit aussi, la mauvaise monnaie chasse la bonne, le réalisme chasse le rationalisme. Mais un épistémologue qui étudie les ferments de la pensée scientifique doit sans cesse dégager le sens dynamique de la découverte. Insistons donc maintenant sur l'aspect rationnel que prend le concept de masse.

V

Ce troisième aspect prend toute sa netteté à la fin du XVIIe siècle quand se fonde, avec Newton, la mécanique rationnelle. C'est le temps de la solidarité notionnelle. A l'usage simple et absolu d'une notion fait suite l'usage corrélatif des notions. La notion de masse se définit alors dans un corps de notions et non plus seulement comme un élément primitif d'une expérience immédiate et directe. Avec Newton, la

géométrique de l'offre et de la demande. Les quantités s'établissent corrélativement dans un rapport clairement rationnel puisque ce rapport est parfaitement analysé par les lois rationnelles de l'arithmétique.

Du point de vue réaliste, ces notions sont aussi diverses que possible. Les réunir dans une même formule devrait paraître un procédé plus ou moins factice qui ne peut recevoir le qualificatif de réaliste en toutes ses démarches. En effet, pourquoi accorderions-nous au réaliste le droit à une sorte d'éclectisme de la fonction réaliste ? Pourquoi ne l'obligerions-nous pas à répondre avec précision à la question suivante : "Du prix, de la quantité, de l'offre , de la demande, qu'est-ce qui est réel?" Et s'il répond, suivant sa coutume : "Tout est réel", accepterons-nous cette méthode de discussion qui efface par un principe vague toutes les différences philosophiques, toutes les questions précises ?

A notre avis, dès qu'on a défini en corrélation de telles notions, on est tout de suite très loin des principes fondamentaux du réalisme puisque n'importe laquelle de ces notions peut être appréciée par des substitutions qui introduisent des ordres réalistiques différents. D'ailleurs, du fait de la corrélation (partielle), on pourra déduire certaines notions, des deux autres.

En particulier, la notion de prix, si nettement réaliste dans sa forme première, est en quelque sorte subtilisée quand on passe, avec le mécanisme de Cournot, Walras, Pareto (1).. de son aspect absolu à son aspect relatif. Avant Cournot on étudiait

masse sera définie comme le quotient de la force par l'accélération. Force, accélération, masse s'établissent corrélativement dans un rapport clairement rationnel puisque ce rapport est parfaitement analysé par les lois rationnelles de l'arithmétique.

Du point de vue réaliste, les trois notions sont aussi diverses que possible. Les réunir dans une même formule devrait paraître un procédé plus ou moins factice qui ne peut recevoir le qualificatif de réaliste en toutes ses démarches. En effet, pourquoi accorderions-nous au réaliste le droit à une sorte d'éclectisme de la fonction réaliste ? Pourquoi ne l'obligerions-nous pas à répondre avec précision à la question suivante : "De la force, de la masse, de l'accélération, qu'est-ce qui est réel ?" Et s'il répond, suivant sa coutume : "Tout est réel", accepterons-nous cette méthode de discussion qui efface par un principe vague toutes les différences philosophiques, toutes les questions précises ?

A notre avis, dès qu'on a défini en corrélation les trois notions de force, de masse, d'accélération, on est tout de suite très loin des principes fondamentaux du réalisme puisque n'importe laquelle de ces trois notions peut être appréciée par des substitutions qui introduisent des ordres réalistiques différents. D'ailleurs, du fait de la corrélation, on pourra déduire une des notions, n'importe laquelle, des deux autres.

En particulier, la notion de masse, si nettement réaliste dans sa forme première, est en quelque sorte subtilisée quand on passe, avec la mécanique de Newton, de son aspect statique à son aspect dynamique. Avant Newton, on étudiait la

le prix dans son être, comme quantité de matière. Après Pareto on l'étudie dans un devenir des phénomènes, comme coefficient de devenir (1). On peut d'ailleurs faire au passage une remarque très curieuse : c'est la nécessité de comprendre le devenir qui rationalise le réalisme de l'être. Autrement dit, c'est dans le sens de la complication philosophique que se développent vraiment les valeurs rationalistes. Dès sa première ébauche, le rationalisme laisse présager le surrationalisme. La raison n'est nullement une faculté de simplification C'est une faculté qui s'éclaire en s'enrichissant. Elle se développe dans le sens d'une complexité croissante.

En tout cas, pour interpréter dans le sens réaliste la corrélation des notions relatives à l'équilibre du ou des prix, il faut passer du réalisme des choses au réalisme des lois. Autrement dit, il faut admettre déjà deux ordres de réalité. Nous ne laisserons d'ailleurs pas le réaliste s'habituer à cette commode division. Il lui faudra répondre à nos objections incessantes en réalisant des types de lois de plus en plus variés. Bientôt la belle simplicité du réalisme s'effacera ; le réalisme sera feuilleté de toute part, dans toutes ses notions, sans jamais pouvoir rendre compte, avec ses propres principes, de la hiérarchie des niveaux. Pourquoi alors ne pas désigner les niveaux du réel et leur hiérarchie en fonction même des principes qui divisent et qui hiérarchisent, c'est-à-dire en fonction des principes rationnels ?

Mais cette remarque méthodologique doit être accentuée.

masse dans son être, comme quantité de matière. Après Newton, on l'étudie dans un devenir des phénomènes, comme coefficient de devenir. On peut d'ailleurs faire au passage une remarque très curieuse : c'est la nécessité de comprendre le devenir qui rationalise le réalisme de l'être. Autrement dit, c'est dans le sens de la complication philosophique que se développent vraiment les valeurs rationalistes. Dès sa première ébauche, le rationalisme laisse présager le surrationalisme. La raison n'est nullement une faculté de simplification C'est une faculté qui s'éclaire en s'enrichissant. Elle se développe dans le sens d'une complexité croissante, comme nous le montrerons plus clairement quand nous arriverons aux stades épistémologiques suivants de la notion de masse.

En tout cas, pour interpréter dans le sens réaliste la corrélation de trois notions de force, de masse et d'accélération, il faut passer du réalisme des choses au réalisme des lois. Autrement dit, il faut admettre déjà deux ordres de réalité. Nous ne laisserons d'ailleurs pas le réaliste s'habituer à cette commode division. Il lui faudra répondre à nos objections incessantes en réalisant des types de lois de plus en plus variés. Bientôt la belle simplicité du réalisme s'effacera ; le réalisme sera feuilleté de toute part, dans toutes ses notions, sans jamais pouvoir rendre compte, avec ses propres principes, de la hiérarchie des niveaux. Pourquoi alors ne pas désigner les niveaux du réel et leur hiérarchie en fonction même des principes qui divisent et qui hiérarchisent, c'est-à-dire en fonction des principes rationnels ?

Mais cette remarque méthodologique doit être accentuée.

Il faut se rendre compte que, une fois la relation fondamentale de l'**équilibre** établie, le **mécanisme** devient vraiment rationnel de part en part. Une mathématique spéciale s'adjoint à l'expérience et la rationalise ; le **mécanisme** rationnel se pose dans une valeur apodictique ; il permet des déductions formelles ; il s'ouvre sur un champ d'abstraction indéfini ; il s'exprime en des équations symboliques les plus diverses. Avec **Cournot**, avec **Walras**, **Pareto**... avec **Debreu**... s'introduisent des "formes **mécanistes**" de plus en plus générales où le **prix** n'est plus qu'un instant de la construction rationnelle. Le **mécanisme** rationnel à l'égard du phénomène **économique** est exactement dans le même rapport que la géométrie pure à l'égard de la description phénoménale. Le **mécanisme** rationnel conquiert rapidement toutes les fonctions d'un a priori kantien. La **théorie de l'équilibre général** est une doctrine scientifique pourvue déjà d'un caractère philosophique kantien. On peut expliquer la **théorie** de l'**équilibre** comme une information rationaliste. Elle satisfait l'esprit indépendamment des vérifications de l'expérience. Si l'expérience venait à la démentir, à susciter des corrections, c'est donc une modification des principes spirituels qui deviendrait nécessaire. Un rationalisme élargi ne peut se satisfaire d'une rectification partielle. Tout ce qui rectifie la raison la réorganise.

Il faut se rendre compte que, une fois la relation fondamentale de la dynamique établie, la mécanique devient vraiment rationnelle de part en part. Une mathématique spéciale s'adjoint à l'expérience et la rationalise ; la mécanique rationnelle se pose dans une valeur apodictique ; elle permet des déductions formelles ; elle s'ouvre sur un champ d'abstraction indéfini ; elle s'exprime en des équations symboliques les plus diverses. Avec Lagrange, avec Poisson, avec Hamilton s'introduisent des "formes mécaniques" de plus en plus générales où la masse n'est plus qu'un instant de la construction rationnelle. La mécanique rationnelle à l'égard du phénomène mécanique est exactement dans le même rapport que la géométrie pure à l'égard de la description phénoménale. La mécanique rationnelle conquiert rapidement toutes les fonctions d'un a priori kantien. La mécanique rationnelle de Newton est une doctrine scientifique pourvue déjà d'un caractère philosophique kantien. La métaphysique de Kant s'est instruite sur la mécanique de Newton. Réciproquement on peut expliquer la mécanique newtonienne comme une information rationaliste. Elle satisfait l'esprit indépendamment des vérifications de l'expérience. Si l'expérience venait à la démentir, à susciter des corrections, c'est donc une modification des principes spirituels qui deviendrait nécessaire. Un rationalisme élargi ne peut se satisfaire d'une rectification partielle. Tout ce qui rectifie la raison la réorganise. (Etc...)

NOTE

1 : Le **mécanisme** des économistes est allé jusqu'à une réalisation de la physique. De là on a pu parler d'une "**physique des prix**" à propos du "**modèle de Cournot**" par exemple. Cf. notamment : Claude Ménard : "La Physique des Prix : le modèle de Cournot" -Cahiers d'Economie Politique n° 7, Editions Anthropos - Paris. Mais l'exemple le plus caractéristique reste sans doute l'oeuvre de Walras. Cf. Léon Walras, Eléments d'économie pure, 1e édition à Lausanne, 1874-1887.

BACHELARD
DE LA PRUDENCE A L'AVENTURE :
Le thème de l'espace-temps

par

le Professeur Paul CHANIER

Bachelard était un joueur intellectuel. "Pas d'hésitation : il faut aller du côté où l'on pense le plus, où l'on expérimente le plus artificiellement, où les idées sont les moins visqueuses, où la raison aime à être en danger... Dans le règne de la pensée, l'imprudence est une méthode" (L'engagement rationaliste, p. 11). Mais on risque aussi l'erreur, voire un nouveau dogmatisme.

Comme dans l'épistémologie de Bachelard on a le devoir de désobéir, on ne m'en voudra d'user, à l'heure des bilans, de quelque liberté critique à l'égard d'un maître qui m'a apporté beaucoup.

Inutile d'insister sur ce qu'il y a d'incontestable dans son oeuvre, sur l'enthousiasme communicatif pour la rigueur, la dénonciation pittoresque des pièges de l'imagination en matière de science. Je renvoie par exemple au magnifique chapitre sur Lamé dans L'évolution d'un problème de physique où l'on montre combien il est difficile de choisir une méthode assez générale pour ne pas imposer des vues étroites à la nature.

Mais c'est de l'autre aspect que je voudrais parler. De La formation de l'esprit scientifique à L'Air et les songes, l'accent change. Bachelard passe du mépris des métaphores digestives à l'exaltation irrésistible des rêves aériens. Il va jusqu'à rapprocher "l'imagination généralisée" de la "relativité généralisée" (dont il ne traite d'ailleurs pas réellement). Il semble qu'il fasse un "à la matière de ... lui-même", qui ne tourne plus à la prudence, mais à l'aventure.

Mon étude sera centrée sur un thème que les commentateurs de son oeuvre ont plutôt évité, et qui joue cependant un rôle capital, une certaine notion de l'espace-temps. Je jetterai un regard indiscret sur des auteurs de la période antérieure où se trouve la même inspiration et je me demanderai si ce ne sont pas là les "bons vieux maîtres" de Bachelard, qui ne sont pas toujours très présentables, mais dont, affectivement parlant, il n'a jamais mis en doute l'enseignement. Et je crois pouvoir montrer que c'est la seule façon d'éclairer bien des passages peu compréhensibles sans cela.

TRISTAN TZARA ET LA SECTION D'UNE AGATHE

Voici une image de Tristan Tzara : "La vie m'est apparue en coupe transversale comme une agathe dont les taches sont mouvantes dans une fuite perpétuelle de contorsion de vers qui se côtoient pour s'éviter et cherchent une issue" (Grains et issues, p. 9, tome 3 des Oeuvres, Flammarion 1975). La mouvance des taches est paradoxale dans une pierre aussi dure, mais cela ne doit pas nous étonner d'un morceau d'espace-temps. On note la supériorité de celui qui opère la coupe et se délecte de l'ignorance de ces vers misérables que sont les humains. Lui, le théoricien, il a trouvé l'issue, il est situé dans la connaissance pure. Les veines cachées de l'agathe

n'apparaissent au grand jour que par sa souveraine liberté de choisir et de varier la section.

Bachelard ne cite pas ce texte de Tzara, mais en cite bien d'autres. Il écrit même : "On établira une raison expérimentale susceptible d'organiser surrationnellement le réel comme le rêve expérimental de Tristan Tzara organise surréalistiquement la liberté poétique" (L'engagement rationaliste, p. 8). Mais qui est Tristan Tzara, le fondateur de l'école Dada ? À Zürich, en plein déracinement intellectuel, dans un public de personnes déplacées par la guerre de 14, puis par la montée du nazisme, il prêche la conjonction du "casse-cou en poésie" et de la "science libératrice". Il veut "briser dans l'oeuf les brouteurs de raisons". Le "bon sens" devrait se nommer le "mauvais sens" (ib. p. 126). Il refuse la stabilité des concepts, proclame sa "haine de la causalité", solidaire du "crétinisme bourgeois". Seul "le hasard couronne les fallacieuses constructions de l'esprit humain".

Cette dernière phrase amorce des rêveries probabilistes. Remontons à la Grammaire de la science de Karl Pearson (1912, original anglais 1892), souvent citée par Bachelard. On connaît de lui les coefficients de corrélation et le phénomène de "régression vers la moyenne". On sait moins qu'il a rêvé, ce qui est peut-être le péché de bien des statisticiens, de mettre toute réalité en ellipsoïdes de probabilité, ou en autre loi à variance finie, et qu'il suffirait d'opérer des sections dans les n dimensions et dans le temps pour obtenir les probabilités conditionnelles. Comme tout est déjà donné, la section est une affaire d'arbitraire. Nous trouvons déjà les suggestions qu'exploitera l'école Dada. Les humains qui se tortillent ne savent pas qu'ils obéissent aux "lois" de probabilité.

Comment Pearson ne serait-il pas séduit par une mode de science-fiction déjà lancée de son temps, présentant le temps comme une 4e dimention? Et il donne très sérieusement l'argument du poisson plat, dont le sensorium est à 2 dimensions et pour qui l'exploration de la 3e dimension prend la forme d'une succession temporelle (1912, p. 377). Et naturellement, pour nous l'apparence de la temporalité est présentée comme une illusion du même genre. Le théoricien échappe à cette limitation biologique. Notons aussi que Pearson, qui a écrit Ether spirits, n'était pas étranger à la parapsychologie.

Quelle est la réaction de Bachelard ? Dans La connaissance approchée, il loue Pearson d'avoir "remplacé par la corrélation la vieille notion de causalité". Pourquoi refuse-t-il cette dernière ? Il le dit dans Le nouvel esprit scientifique, chap. 5. Parler de causalité, c'est opérer une coupe particulière dans l'espace-temps, "c'est se livrer non seulement à l'arbitraire de l'instant choisi, mais à l'arbitraire de l'état dans l'instant-même". Ainsi, la cause n'est pas assignable de façon univoque, "elle est un état choisi parmi d'autres possibles". En somme, à partir de n'importe quel événement on peut faire n'importe quelle coupe dans l'espace-temps.

Cherchons à comprendre cette extraordinaire assertion. Pour le pur mathématicien, aucune difficulté : il est aussi libre à l'égard de l'espace et du temps que le polisseur d'agathe de Tristan Tzara. Mais quel peut être le sens pour un physicien ? Les informations qui nous viennent des astres éloignés et qui sont en route peuvent nous apporter des événements imprévus. Ici, nous subissons, il n'y a pas d'arbitraire. Prenons même à la lettre la Relativité restreinte : pour changer la coupe dans l'espace-temps, il faudrait des moyens matériels énormes pour peu de résultat. Édouard Le Roy dans ses Paradoxes de la Relativité sur le Temps insiste sur l'idée qu'il n'y a rien dans cette théorie qui renverse l'antériorité de la cause sur l'effet. Une cause qui demande un certain temps pour se propager n'en

est pas moins une cause. Il est étonnant, mais significatif que Bachelard, qui a écrit un éloge nécrologique d'E. Le Roy, n'ait pas dit un mot de l'existence de cet ouvrage reproduisant un cours fait au Collège de France.

Cette assertion de Bachelard ne peut même pas s'autoriser de la Relativité. C'est à la science fiction sous sa forme la plus radicale qu'il faut penser pour en trouver l'explication. Les conséquences pratiques sont effarantes, si nous nous laissons prendre à ces expressions imprudentes. Parler de l'instant où la Terre sauterait dans une explosion nucléaire, c'est se livrer à l'arbitraire du choix d'un événement particulier dans l'espace-temps où tout est déjà donné.

A la crédulité de Bachelard comparons la réaction énergique de Keynes qui, lui du moins, savait à quelles conséquences catastrophiques pour un discours qui n'est jamais pratiquement neutre conduit le laxisme épistémologique. Keynes a critiqué férocement Pearson, dans ses articles de 1910 (Works, t. 10) et dans le Treatise on probability (Works, t. 8, particulièrement p. 380, 413 et 417). Il lui reproche son adhésion à la "règle de succession" de Laplace, déterminant avec une précision qui tient de la magie la probabilité pour qu'un événement quelconque se reproduise alors qu'il s'est produit n fois. Le calcul repose sur un saut périlleux dans l'au-delà : attribuer a priori une densité uniforme à une loi de répartition des causes complètement indéterminable. Il refuse, comme le faisaient déjà Hume et Leibniz l'inversion incorrecte du théorème de Bernoulli : conclure d'une fréquence à une probabilité (ib., p. 402). Il loue Hume d'avoir bien vu qu'il n'y a pas de chances sans "un mélange de causes" et que la probabilité concerne les jugements, non les faits objectifs, ce qui montre, en passant, l'absurdité du cliché scolaire d'un Hume "empiriste".

Il n'y a pas chez Bachelard de théorie critique de la probabilité, tout au plus des invitations à la crédulité, comme "probabilités négatives". La courbe de Von Koch peut être vue comme une attrape surréaliste, mais si l'on veut voir son importance pour la théorie des objets fractals et la conception critique de la statistique, il faut se reporter à d'autres ouvrages, comme ceux de Mandelbrot. Il est rarement correct de dire : "Le temps se charge de réaliser le probable" (Nouvel esprit scientifique, V, § 2). Le temps aura plus vite fait de changer la probabilité en changeant la théorie scientifique.

Les remarques polémiques précédentes n'impliquent de ma part aucune animosité contre les ellipsoïdes et leurs sections lorsque cela correspond à des réalités physiques. Ainsi Bachelard retrace l'émerveillement de Hureau de Sénarmont rendant visibles dans un cristal les diverses coupes de l'ellipsoïde de conductibilité (L'évolution d'un problème de physique, éd. de 1973, p. 96). On peut également admirer les ellipsoïdes d'inertie, réguliers quelle que soit l'irrégularité de l'objet, dont a parlé Suzanne Bachelard dans La conscience de rationalité. Ici, l'on demeure sur la terre ferme.

LE COGITO DE MELISANDE

On connaît la polémique incessante de Bachelard contre le cogito de Descartes. En disant : si je me trompe en rêve, c'est que je suis, "il était sûr, l'heureux homme, de savoir que c'était lui qui rêvait" (Poétique de la rêverie, p. 20). N'était-ce pas plutôt le souvenir d'un biberon déficient qui rêvait en lui ? Le cogito partage le sort de toutes les vérités premières. C'est pour Bachelard une "erreur première". Il cite Hofmannsthal : "Notre moi ? Le mot-même est une métaphore". Il y a pourtant une exception, c'est le cogito du rêveur. Il nous libère. "Notre être n'est plus enchaîné

à cet être-là,... l'âme n'est plus coincée en un coin du monde". Il faut relire sur ce thème le chapitre 4 de Poétique de la rêverie. Le "feu de racines" de Bosco "nous livre une anté-existence" ; en mourant il "efface notre âme, mais c'est pour renaître. Bien des poètes ont adhéré au bonheur facile d'"être le vent", d'"être la pierre".

En somme, c'est le cogito de Mélisande, qui ne sait ni ce qu'elle est ni d'où elle vient, traversée d'impressions fugaces qui la font s'écrier : "Oh ! Oh ! J'ai vu quelque chose au fond de l'eau".

Mais Mélisande est une fausse naïve. Elle est un sous-produit de la science fiction. Pour s'en convaincre, il faut lire La Vie de l'Espace de Maurice Maeterlinck (1928), véritable survey des écrits antérieurs sur les espaces à n dimensions des mathématiciens interprétés comme des espaces physiques et des espaces perceptifs. Le premier en date semble Flatland, a romance of many dimensions, 1884, de A. Square. Rien ne manque chez Maeterlinck à ce bréviaire de la crédulité scientifique. Les animaux infiniment plats qui découvrent la 3e dimension comme une succession temporelle sont pris entièrement au sérieux. L'imagination s'en donne à coeur-joie. "L'espace dormait... Mais voici qu'un physicien de génie l'ayant touché de sa baguette, il se réveille, se ranime, se multiplie, se peuple de faits et d'événements inattendus" (ib., p. 7).

Mélisande, ignorant les hautes mathématiques et ne sachant pas qu'elle est une coupe arbitraire dans l'espace-temps, ne peut qu'assister avec ahurissement à tout ce qui lui arrive et où elle n'est pour rien. La "gamme par tons" de Debussy exprime merveilleusement cet absence d'ancrage. Mélisande est la grand'mère de tous ceux qui se sont plaints d'avoir été "mal programmés" ou de ne pas l'avoir été du tout.

Mais réveillons-nous un peu. Quelles raisons Bachelard a-t-il d'en vouloir au cogito de Descartes ? Il écrit : "Pourquoi est-ce le même être qui sent la cire dure et la cire molle, alors que ce n'est pas la même cire qui est sentie dans les deux expériences ?" (Nouvel esprit scientifique, VI, § 5). Oublie-t-il que la perception du changement est un phénomène de conscience supposant la mémoire immédiate ? Oublie-t-il que, pour que la cire soit molle, dure, colorée, odorante, il faut qu'elle soit sentie par une conscience ? Qu'une conscience incarnée individuelle est le seul lieu où les réalités physiques peuvent se transformer en qualités sensibles ? Que répondra-t-il aux animistes de la Natur-Philosophie qui mettent ces qualités dans les choses ? A force de combattre les fausses évidences, il ne faut pas supprimer les évidences indispensables.

La force d'un anneau, argumente Bachelard d'après Dupréel, se mesure à ce qu'on y suspend. "Je vous attends au moment où vous voudrez conclure quelque chose de votre cogito". Bien sûr, nous n'en conclurons pas la structure cachée de la matière, mais au moins saurons-nous qu'il ne faut pas attribuer à la matière des qualités qui n'existent que dans la pensée. Bachelard devrait le savoir mieux que personne.

Mais surtout, on peut poser la question inverse : quelles sont les notions qui, faute d'un cogito incarné se trouvent accrochées dans le vide ? Peut-on se passer de la désignation in concreto ? La pensée mathématique ne peut que nommer la gauche et la droite et dire que l'un n'est pas l'autre, sans pouvoir en désigner aucune. La mesure peut-elle se passer d'étalon effectivement désignable ? Le continu sensible peut-il être construit par le continu arithmétique ? On a montré qu'il n'y avait pas de raison de procéder ainsi et qu'on pouvait aussi bien ajouter des infra-finis hiérarchisés l'exicographiquement.

Bachelard est fort peu préoccupé de préciser le lien entre la théorie et l'expérience possible. Il rejoint Pearson qui, dans Grammaire de la science, affirme que les difficultés rencontrées par Hume (Enquête sur l'entendement, section 12, 2e partie) sur la divisibilité du continu n'existent que "pour autant que nous affirmons que toute conception a une contre-partie précise dans les perceptions". Une fois de plus, Pearson n'a pas su lire Hume qui, dans ce texte ne parle pas essentiellement des contradiction purement apparentes entre le continu sensible et l'analyse infinitésimale, dont il admet que "rien n'est plus convaincant ni plus satisfaisant", mais signale surtout la hiérarchie des infiniment petits, dont certains sont infiniment plus petits que d'autres. "Il faut, écrit-il, que la raison demeure sans repos inquiète même à l'égard du scepticisme vers lequel l'emportent ces apparences absurdités". Taylor et Leibniz admettaient qu'une fonction f(t), supposée indéfiniment dérivable, était entièrement déterminée par ses dérivées pour t=0. Mais c'est le mathématicien connaissant déjà f(t) qui peut dériver indéfiniment. Comme les valeurs possibles de la dérivée première épuisent déjà le continu, les dérivées suivantes ne peuvent être objets d'expérience dans l'instant. Un rationaliste critique comme Hume avait parfaitement raison d'exprimer ses scrupules.

On voit par là que le cogito de l'automate spirituel de Leibniz n'est pas fort éloigné de celui de Mélisande. Il ignore que sa volonté n'est qu'une série de dérivées !

La désincarnation du "moi" n'est pas seulement rêvée en poésie. C'est l'épistémologue qui prétend la réaliser. "La pensée rationaliste se doit d'être désincarnée" (Rationalisme appliqué, éd. de 1970, p. 64). Chez Spinoza, c'est essentiel : à un cercle comme l'anneau de Saturne, correspond une complaisante "idée du cercle", même si personne ne le perçoit, vestige de l'antique intelligence des astres. L'union pensée-corps ne serait donc pas propre aux être vivants et pensants. Leibniz a vu l'extravagance de cette idée, qui est le principe de tout le spinozisme et qui entraîne d'autres croyances : Spinoza "a cru à une transmigration pythagoricienne, les âmes pouvant aller d'un corps dans un autre" (Mss de Hanovre, Bodemann, 1895, p. 103). L'incarnation, même celle de l'homme, a mauvaise presse. La Convention, tout comme De Maistre et Bonald, y a vu le symbole du droit divin ou de l'autorité. Dans L'engagement rationaliste, p. 48, Bachelard reconnaît toutefois que le mathématicien a besoin d'être incarné : il faut être bien éveillé et en forme pour faire des Mathématiques. Mais ceci ne concerne que "le sujet du verbe apprendre".

POSER LE PROBLEME DE LA MORT, C'EST LE RESOUDRE

Il est bien connu, surtout depuis que le mathématicien Abel l'a montré, qu'un "problème" ne mérite ce nom que si l'on a l'idée d'une méthode pour le résoudre et un moyen de reconnaître une solution comme satisfaisante. La quadrature du cercle n'est plus un problème. Bachelard aborde ce sujet dans son article sur le concept de "frontière épistémologique" (Etudes, p.77 sp.), où il s'efforce de montrer que "la constatation d'une impossiblité n'est nullement synonyme d'une limitation de la pensée" et qu'"un problème insoluble est un problème mal posé". Il en est partout comme pour la quadrature du cercle.

On pourrait dire ici : Très bien, mais il n'y a pas que des problèmes qui préoccupent les hommes, malgré l'abus de langage courant : "j'ai des problèmes" au sens où "je ne m'intéresse à rien". Cette façon de parler montre précisément le danger : vouloir remplacer l'éveil de l'intérêt, l'initiative, par la solution d'un problème au sens mathématique du mot. Une

tendance est très répandue en épistémologie : traiter comme inexistants les faits qui ne peuvent donner naissance à un problème. Le passage de la vibration à la couleur sensible ne peut être posé comme un "problème", puisque rien ne permet de concevoir une "solution" où il serait expliqué comme passage de principe à conséquence. Est-ce dire que ce fait n'ait pas d'intérêt ? On en tire au moins un rappel à la modestie du théoricien et l'idée que vivre dans un monde agréable relève d'un effort culturel qui déborde à la fois la problématique mathématique et la rêverie sur l'imaginaire.

Bachelard (Rationalisme appliqué, p. 56) cite Marx : "poser une question, c'est la résoudre". Il oublie de dire que c'est dans La question juive que Marx dit cela : la poser correctement c'est la résoudre par la suppression de la religion juive. Ce n'est une solution que dans la problématique religieuse de Marx, où la suppression de la religion est impliquée par l'avènement du socialisme. Une thèse sur Feuerbach s'énonce: "L'humanité ne se pose que les problèmes qu'elle peut résoudre". Abel n'aurait pas dit mieux, sauf qu'il est absurde de donner toutes les questions pratiques comme des "problèmes" et que cela conduit à les résoudre par le discours idéologique appliqué.

La mort n'est pas un problème. On l'accordera. Mais la raison donnée par Bachelard est extraordinaire : "On nous demande de conserver ce que nous ne possédons pas" (Etudes, p. 79). Si "je est un autre", cela n'a pas de sens de parler de ma mort. Il ajoute : "Pour résoudre le problème insoluble de la mort, il faudra sans doute avoir recours à des transcendances expérimentales, à des transcendances biologiques au sens même du mathématicien qui complète son matériel d'explication devant un nouvel objet mathématique".

Vous avez bien lu ! Que comprenez-vous ? Nous voici en pleine spéculation sur l'espace-temps, où le passage à la 4e dimension est présenté comme une mutation biologique, où l'on peut se désincarner ici pour se réincarner ailleurs. Mais de tels textes renvoient à une littérature occultiste et occultée qu'il faut ramener au jour.

REVE DE VOL DANS L'ESPACE-TEMPS

Les auteurs cités par Maeterlinck classent les animaux d'après le nombre de dimensions de leur sensorium. L'escargot (go on !) est évidemment à une dimension. D'autres, condamnés à suivre le sol, sont à deux dimensions. La psychologie de la perception est plus que sommaire. Un être plat "voit" deux triangles symétriques. Comment fait-il ? L'avènement du surhomme est proche, défini par l'accès à la perception de la 4e dimension. Hinton pense qu'on peut y arriver par l'entraînement, avec des mois de travail. Ou bien c'est une mutation qui se produira. Pauvre Kant, qui traitait de visionnaires ceux qui prétendent percevoir hors des formes de sensibilité!

La question de ramener le temps à une 4e dimension n'est même pas soulevée. C'est une évidence première. Illusion que le désir et la volonté, puisque tout est déjà dans l'espace-temps. Etant des coupes dans l'espace-temps, nous sommes, selon Hinton résumé par Maeterlinck, "de pures abstractions", "nous existons uniquement dans l'entité qui nous conçoit" (ib. -p.122). Hinton énonce brutalement ce que Bachelard enrobe de lyrisme en citant un poète :

"Ce songe en nous est-il le nôtre ?

"Je vais seul et multiplié.

"Suis-je moi-même, suis-je un autre ?

"Nous ne sommes qu'imaginés". (Poétique de la rêverie)

Imaginés par qui ? Même pas par nous-mêmes. La science-fiction, qui nous a pris notre être, nous laisse la liberté d'être menés par le rêve d'un mathématicien imaginaire.

Pourquoi, dans La Poétique de l'espace, Bachelard traite-t-il des rêves d'enfance sur la cave, le grenier, l'armoire, et ne saisit-il pas l'occasion qui lui est offerte de compléter sa collection des erreurs pittoresques de l'esprit para-scientifique ? La réponse est aisée : ces thèmes ressemblent trop à ceux du Nouvel esprit scientifique. On y voit trop bien le débordement idéologique que l'on tentera ensuite de circonscrire dans l'admiration scientifique de la transformation de Lorentz, interprétée, bien à tort, comme la réalisation de ce rêve.

C'est peut-être dans Voyage au pays de la 4e dimension de G. de Pawlowski (1913) que les rêveries pseudo-philosophiques sont développées de la façon la plus complète. La suppression d'une dimension équivaut à la descente d'un degré dans la stupidité. Des souris japonaises, à deux dimensions, n'ont pas l'idée de franchir la bordure d'un plateau. Avec 2,3,4 dimensions, on passe de l'apparence à la réalité puis à la surréalité dont nous recevons quelquefois de vagues et mystérieuses révélations. Quoi de plus naturel alors que la dénomination de l'école "surréaliste" ?

Pour Pawlowski, les rêves du sommeil sont des apparences, à deux dimensions (p. 250). C'est une réalité appauvrie, une section. Comme chez K. Marx, où l'idéologie exprime de manière tronquée la réalité, où la sottise n'existe pas comme telle, mais est promue à la dignité de moment dialectique. En rêve, pour Pawlowski, il ne peut nous arriver de malheurs réels, mais si nous venons à rêver à une locomotive dans trois dimensions, elle peut nous couper en deux, comme c'est parfois arrivé réellement. Pawlowski voit déjà une société "où l'on se moque des notions enfantines sur l'espace et le temps". "Les anciennes croyances sur le dédoublement de l'âme et du corps sont réalisées. On sait que la mort n'existe pas" (p. 208). Le progrès des sciences permettra sûrement d'avoir un appartement dont une fenêtre donne sur les grands boulevards, l'autre sur les Alpes. On pourra partir en villégiature pour le week-end dans un autre corps et avec d'autres sens. La vraie liberté consistera à se désincarner et se réincarner à volonté. Blanqui est loué pour avoir, en prison, imaginé l'éternel retour, la négation de tout acte personnel, de toute ambition (p. 268). L'invention est une illusion. L'inventeur trouve après coup des raisons pour attribuer à sa recherche personnelle des idées qui lui ont été suggérées malgré lui. (C'est déjà ce que disait le spinoziste Jacobi). La négation de la causalité fait naturellement partie de la panoplie. "Pour moi qui sais, toutes les époques forment un ensemble simultané". Le voyage spatial résout le problème de la limitation des ressources. Pawlowski suggère pour 1986 la capture de la comète de Halley, source d'énergie.

La comparaison entre l'imagination dynamique de Bachelard et les rêves de Pawlowski est instructive. Les psychologues sont accusés de n'avoir pas compris la signification du rêve de vol. Plus question de "surveillance de soi". La philosophie du non perd son pouvoir. Que d'insistance, sous le voile de la poésie, sur les images d'un prétendu espace-temps, les montres fondantes de Dali, le cristal où ce n'est pas seulement l'espace, mais le temps qui cristallise ! Bachelard cite Maurice de Guérin : "Parvenu à ces hauteurs, j'obtins les dons de la nuit, le calme et le sommeil. Mais ce repos fut semblable à celui des oiseaux amis des vents et sans cesse portes dans leurs cours" (L'air et les songes, p. 208). Le corps ne pèse plus, c'est celui d'un elfe.

Citons maintenant Einstein, non le savant, mais le rêveur, si l'on peut employer ce mot pour quelqu'un qui parle avec tant d'assurance : "Pour nous, physiciens croyants, la distinction entre passé, présent et avenir n'est qu'une illusion, même si c'est une illusion tenace" (Lettre à propos de la mort de Michel Besso, citée dans Banesh Hoffman, A. Einstein, créateur et rebelle, Seuil 1972, p. 276). Alors, si c'est un savant qui le dit... L'emploi du "nous" indique qu'Einstein ne se sentait pas seul. Entres autres, H. Weyl (Espace, Temps, Matière, rééd. 1968, p. 189) n'hésite pas à affirmer : "C'est notre mode de perception seul qui fait une différence tranchée entre l'espace et le temps". La physique doit être épurée de ces différences "qualitatives". Weyl parle ici comme si l'avant et l'après étaient aussi subjectifs que la couleur ou l'odeur. Gödel a soutenu la même idée.

Cette théorie de l'inexistence de la décision humaine a quelque chose d'effrayant chez des savants qui vont bientôt détenir des pouvoir atomiques. Une exception : le savant italien Majorana, qui après avoir découvert le terrible neutron et la possibilité d'une réaction en chaîne, à laquelle Einstein ne croyait pas alors, a tout jeté à la poubelle en disant que l'humanité se vouait à une vie misérable pour réaliser les folles entreprises des physiciens, après quoi il a disparu sans révéler où, en 1938. (Voir L. Sciascia, La disparition de Majorana, Lettres nouvelles, 1977).

Le rêve "poétique" peut fort mal tourner.

LE CHEF D'ORCHESTRE DE LA SCHOLA QUANTORUM

Avant d'en venir à la théorie de la Relativité, parlons des idées de Bachelard sur les quanta. Elles paraissent solides sur le plan scientifique. Dans sa communication au Colloque d'Aix, Jozef Hurwic parle seulement de la quantique, mentionnant la Relativité en deux lignes. Pour hasarder une remarque, je dirai que Bachelard insiste trop sur l'aspect paradoxal. Après tout, l'analogie acoustique montre de façon très intuitive que n'importe quoi ne résonne pas avec n'importe quoi. La forme mathématique du principe d'incertidue (inégalité de Cramer-Rao en statistique) ne contient pas l'ombre d'un paradoxe surréaliste.

Mais le point que je veux traiter est celui-ci : Pourquoi prétendre construire une psychologie sur le modèle quantique, comme Bachelard l'a fait dans L'intuition de l'instant et Dialectique de la durée ? Il nie l'attribution d'une grandeur déterminée à l'intervalle de temps à cause de la Relativité restreinte, et lui substitue le tissu des petits événements décisifs à cause de la théorie des quanta. On voit mal comment la psychologie, où ni l'une ni l'autre de ces théories n'ont d'effets perceptible, devrait être révolutionnée par ces métaphores.

La chronophotographie du vol des oiseaux par Marey lui paraît une revanche contre la durée bergsonienne (Activité rationaliste, p. 57). Je ne vois d'ailleurs pas pourquoi l'une exclurait l'autre, alors que la vision des couleurs n'interdit pas d'analyser les vibrations. La discontinuité des images du film permet de préciser le mouvement, mais ne dispense pas de la perception de la continuité. Le "Nu qui descend l'escalier" de Marcel Duchamp descend-il réellement ? Est-il, malgré la mode esthétique qu'on a tenté de lancer, autre chose qu'une juxtaposition de lignes ?

Il faut, selon la suggestion de G Roupnel, "arithmétiser le temps" (Intuition de l'instant, p. 49). Il faudrait beaucoup d'instants décisifs pour donner au "temps à petits quanta" l'aspect d'une "scintillation". Et que de questions sans réponses ! Où sont les instants décisifs dans une salle d'attente ? Comment séparer les instants ? Comment Bachelard peut-il

écrire, en ignorant Cantor : "La durée est un nombre dont l'unité est l'instant" (ib., p. 50) ?

Il faudra expliquer au chef d'orchestre que son sens du tempo se réduit à "des reconstructions sentimentales qui s'agglomèrent par délà la sensation réelle". Je ne m'en chargerai pas, même si c'est celui de la schola quantorum.

La vitesse de la lumière indique une liaison de fait entre l'espace et le temps. Mais faut-il en conclure ceci : "On peut prévoir que le chimiste fera bientôt des substances avec de l'espace-temps symétrisé et rythmé" (Dialectique de la durée, p. 151) ? Le "petit morceau d'espace-temps onirique" condensant dans un cristal les rêveries de la volonté, où "la pierre immobilise un horoscope" sera bientôt réellement livré sur le marché.

L'inquiétant dans cette désinvolture à l'égard de la psychologie, c'est le souci de nier l'homme, de l'expulser du domaine qui est le sien. B. Russell a renoncé à ce projet qu'il avait conçu au moment où il songeait au suicide et où les Mathématiques l'en ont sauvé. Dans cette voie, on peut aller plus loin que Bachelard. Par exemple, pour D. Hofstadter dans Gödel Escher, Bach, il convient de chercher en musique surtout les thèmes qui peuvent aussi bien marcher à reculons, le "crabecin bien tempéré", preuve évidente que le temps est de l'espace, et ce qui nous débarrasse du même coup de l'expression musicale des élans, des interrogations, des attentes, des espérances.

Chez Lautréamont, l'espèce humaine soulève le dégoût, l'horreur d'être "dans la bête". Ce n'est pas la femme qui mérite une déclaration d'amour, mais la femelle du requin. Seules les Saintes Mathématiques font oublier la finitude biologique. Bachelard ne psychanalyse pas Lautréamont comme il le ferait pour les arguments d'un vulgaire philosophe. C'est de l'imagination dynamique. Mais où est la beauté humaine dans l'oeuvre de Bachelard? Nulle part. Les rêves ne concernent que les éléments. C'est là une tendance moderniste. On a la même impression au Musée Guggenheim. Mais dans "moderne" il y a "mode".

A la question : Pourquoi une philosophie de la Physique, on peut proposer une réponse tout à fait différente de celle de Bachelard et qui ne fasse pas du philosophe, comme dit Canguilhem, "le mauvais élève du physicien, toujours en retard d'une leçon". Ce serait : veiller à ce que la théorie ne détruise pas par ses prétentions le fait le plus indubitable de tous, l'existence de l'homme. Malheureusement, bien des physiciens sont totalement indifférents aux conséquences métaphysiques implicites de leurs artifices de calcul lorsqu'on les prend à la lettre, quand ils ne poussent pas eux-mêmes à la roue de l'illusion.

L'ARTIFICE DE CALCUL DANS LA RELATIVITE RESTREINTE

J. Merleau-Ponty écrit dans Cosmologie du 20e siècle, p. 447 : "L'espace-temps est un artifice mathématique qui associe, pour des raisons de commodité qui restent à explorer, deux aspects de la réalité physique essentiellement différents,... une structure mathématique qui convient dans certaines conditions étroitement définies". L'espace-temps est ici celui qui intervient dans la transformation de Lorentz. Il est différent de celui de la science fiction. Toutefois une transformation qui emprunte au temps pour ajouter à l'espace et inversement suggère aisément une certaine identité de nature. Pourquoi Einstein n'a-t-il pas donné les précisions que réclame ici Merleau-Ponty ? Il est naturel de penser que pour lui le procédé n'était pas un artifice, mais rejoignait le credo du physicien que j'ai cité plus haut.

Je vais proposer une justification de ce jugement de Merleau-Ponty sous ma seule responsabilité, mais non sans y avoir longuement réfléchi. Je ne dira pas comme Einstein à Valéry : "Je ne pense pas, je calcule". Je ne me rallierait pas à un credo quia absurdum. J'essaierai d'y voir clair.

Des équations de Maxwell de l'électro-magnétisme, il résulte que la vitesse c de propagation de l'onde auto-entretenue est déterminée par rapport à la source vibrante. Le résultat de l'expérience de Michelson s'explique alors par le fait que émetteur et récepteur font partie du même système S, et que le mouvement de S par rapport au référentiel stellaire ne joue aucun rôle. La propagation se fait par un système d'ondes sphériques concentriques et la réflexion obéit au principe de Huyghens.

Soit maintenant le système S' en mouvement rectiligne uniforme, de vitesse v par rapport à S, et qui reçoit ces ondes. Il ne les reçoit plus comme concentriques. Chaque onde sphérique a sa date de naissance et entre deux dates le système S' s'est déplacé relativement. Les sphères sont conservées puisque sur chacune le même temps s'est écoulé depuis l'émission, mais elles sont décalées les unes par rapport aux autres, ce qui entraîne l'effet Döppler-Fizeau. Il y a symétrie complète si l'on permute l'émetteur et le récepteur. Mais la réception n'est pas symétrique de l'émission.

Bachelard aurait pu dire (mais il ne l'a pas dit) : C'est la mare aux canards de notre enfance qui est l'obstacle épistémologique. Un vibreur déplacé sur la surface de l'eau détermine bien des ondes non concentriques. Mais si le vibreur reste en place et que je me déplace, moi l'observateur, je ne trouve pas que les ondes concentriques sont transformées pour moi en ondes décentrées. La différence c'est que pour la mare le mode de production des ondes diffère du mode de transmission de l'information. Le premier relève de l'hydrodynamique, le second de la lumière. Les ondes telles qu'elles sont sur l'eau sont perçues quasi instantanément comme existant sur l'eau indépendamment de mon mouvement. Mais pour la lumière, cette distinction n'existe pas : différence énorme.

Celui qui a médité sur le caractère trompeur de l'analogie hydrodynamique ne trouve plus les mêmes difficultés ; il est moins tenté d'en sortir par un coup de force, le bouleversement de nos notions sur l'espace et le temps.

L'effet Döppler classique est facile à assigner dans la direction du mouvement. L'important, c'est qu'il concerne à la fois la longueur d'onde l et la période t. On a alors :

$$\frac{l}{t} = c = \frac{l\,(1 + v/c)}{t\,(1 + v/c)} = \frac{l\,(1 - v/c)}{t\,(1 - v/c)} = c$$

Le fameux "paradoxe" de la constante de c quel que soit le référentiel prend ici la forme d'un truisme. Mais attention ! Il y a vitesse et vitesse. Celle-ci est la vitesse avec laquelle une sinusoïde entière défile devant l'observateur. C'est différent de la vitesse v qui n'a pas de définition optique, qui est repérée par des procédés classiques par le déplacement d'un solide sur un solide. Ce n'est pas non plus la vitesse de propagation de la même onde sphérique, qui est c par rapport à son lieu d'émission, mais est "reçue" en S' comme c-v ou c-v. Pour cette vitesse là, il n'y a pas symétrie entre l'émetteur et le récepteur, assertion qui scandaliserait un relativiste. Mais les guillemets indiquent qu'une telle vitesse n'est pas décelable par des procédés tels que l'interféromètre. Celle qui est utile dans le contexte présent est l/t qui est bien constante.

La liaison avec la théorie du photon éclaire ce point. Impulsion du photon multipliée par c = constante de Planck multipliée par fréquence du photon, ou : pc = hf, avec pl = h, donc c = lf = l/t. La vitesse c utilisée ici est bien la vitesse de défilement d'une période de sinusoïde. N'oublions pas qu'Einstein a eu le prix Nobel pour sa théorie du photon.

Cette analyse ne suffit pas, bien qu'elle aboutisse à la constance de c. Le pas essentiel est la constatation d'un fait d'expérience : l'énergie du photon est proportionnelle à sa fréquence ; elle est donc altérée par l'effet Döppler, d'où une résistance de plus en plus grande à l'accélération lorsque la vitesse augmente.

On peut alors se demande : le bouleversement des notions d'espace et de temps était-il nécessaire ? Une autre interprétation peut être suggérée : la partie solide de la théorie de la Relativité telle qu'on la trouve dans les exposés modernes commence avec la dynamique, les considérations sur l'espace-temps jouant le rôle d'exercices préliminaires, à moins qu'elles ne soient que de simples survivances.

La lecture de l'ouvrage de H. Lumbroso, Relativité, problèmes résolus (Mc Graw-Hill, 1985), est instructive. On y trouve en première page le programme de mécanique relativiste des classes préparatoires aux grandes Ecoles, où les questions sur l'espace-temps sont éliminées comme questions de concours tandis qu'avec la dynamique commencent les choses sérieuses. La transformation de Lorentz appliquée au quadrivecteur impulsion-énergie apparaît comme une hypothèse d'où l'on déduit des conséquences vérifiables sur la désintégration, la collision et les réactions entre particules. Ceci n'empêche pas H. Lumbroso de consacrer un chapitre à l'espace-temps. Mais ceci me paraît justement la partie la moins convaincante de l'ouvrage. L'auteur admet le décalage des durées pour le "voyageur de Langevin", qu'il "déduit" en appliquant l'effet Döppler relativiste aux battements de coeur de l'un des astronautes tels qu'ils sont perçus par l'autre, identifiant le fait et l'information sur le fait. Pour écarter l'idée d'une illusion symétrique, il invoque l'accélaration qui ne se produit que pour un seul astronaute, bien qu'elle n'intervienne pas dans son raisonnement, qui pourrait tout aussi bien convenir s'il y avait trois systèmes inertiel sans accélération et échange de signaux lors du croisement à distance nulle.

Dans la Relativité einsteinienne on prétend déduire la dynamique à partir de la seule notion de l'espace-temps. C'est dans ce même esprit que Bachelard entend la "valeur inductive de la Relativité". Mais c'est la considération de l'énergie du photon et elle seule qui est le soutien de l'édifice. C'est elle qui permet de passer d'un effet Döppler par addition ou soustraction du terme v/c, qui serait plausible en pure cinématique, à l'effet Döppler relativiste, déjà pénétré de dynamique.

Commencer par l'espace-temps relativiste, c'est supposer que tout objet d'expérience lui sera soumis. Pourtant l'existence d'objets rigides n'est pas niée par la théorie de la Relativité pour autant que l'on reste dans le même système de référence, et la mesure du temps est sans ambiguïté à la même condition. Alors, tant qu'on dispose d'objets rigides, la loi de composition des vitesses ne peut être que la loi classique. Par contre, ceci ne nous dit rien sur le fait qu'il a fallu dépenser plus de travail pour accélérer une masse de v à 2v que pour l'accélérer de 0 à v. La formulation de ce fait ne suppose pas nécessairement un recours aux mesures "fantômes" dans le système S' tel qu'il apparaît" à S, car l'accélération peut être mesurée dans un seul système, et de même les effets de collisions.

Dans cette interprétation il n'y a aucune différence entre la longueur du train et celle de son ombre sur la voie qui lui est contigüe. Elle suppose la correction de certains exposés que l'on peut qualifier de "périmés" où la forme des objets n'est qu'une question de référentiel. Il ne faut pourtant pas oublier, comme Niels Bohr aime à le souligner, qu'entre les ondes-corpuscules et la matière stabilisée il y a une véritable hiérarchie, d'autant que la vie n'est pas possible qu'avec une certaine stabilité dans les formes (Physique atomique et connaissance humaine, chap. 2 et 5). Oublier ceci c'est, pour parler comme A. Comte, opérer une "réduction du supérieur à l'inférieur", suggérer une métaphysique du "non-vivant" comme étant la seule réelle. La thèse de Bachelard dans Dialectique de la Durée, qui frappe de relativité l'intervalle de temps, même au niveau biologique, relève bien de cette critique.

L'histoire permet de comprendre cette importance donnée au problème de l'espace-temps aux dépens de celui de la dynamique. Louis Rougier (La philosophie mathématique de H. Poincaré, Alcan 1920 montre que le groupe de Lorentz a eu chez les mathématiciens Cayley F. Klein, Laguerre diverses interprétations purement géométriques (p. 144-147). Rougier rappelle aussi (p. 152) que Gauss et Lobatchfski en particulier ont cru à la possibilité de tester le caractère euclidien de notre espace par des mesures de trigonométrie stellaire avant que Poincaré soutienne que si les objets, les rayons et nos instruments de mesure sont déformés de la même façon, nous ne pouvons pas nous en apercevoir. Poincaré utilise les géométries non-euclidiennes comme moyen commode de résoudre des problèmes de géométrie ordinaire et non, dit-il lui-même, "dans un but métaphysique", de sorte qu'il met fin à tout ce que l'aventure comportait de fantastique. Le changement de variables pour opérer commodément est suivi d'un retour aux variables d'origine. Il n'y a pas de nouvelle forme a priori au sens kantien se substituant à une autre.

Malheureusement, certains, tels que Hermann Weyl, convertis du kantisme à la Relativité sous sa forme einsteinienne, ont conservé le caractère universel du nouvel espace-temps comme s'il était une forme a priori de toute expérience possible. Sur cette lancée est né le fol espoir de déduire les lois de la nouvelle mécanique sur la seule base de l'expérience de Michelson en laissant de côté la théorie du photon.

Un sous-produit de la théorie de l'espace-temps, c'est la thèse de l'invariance avec v de la "distance d'univers" ($x^2 - c^2t^2$, sur l'axe de v) même non nulle, c'est-à-dire où x n'est plus défini par la propagation d'un rayon lumineux. Certains exposés manifestent la satisfaction d'avoir découvert un absolu. C'est pure aventure : la correspondance avec le groupe de Galilée pour v/c faible n'existe pas. Elle n'a en aucun cas de sens expérimental, et à plus forte raison quand elle est étendue aux points de l'espace dont nous ne recevons actuellement aucune information. La continuité avec le groupe de Galilée exigerait qu'on se limite au cas où x = ct. La vitesse de la lumière y est exprimée avec l'ambiguïté c ou -c. Elle conduit à l'"équation mystique" de Minkowski, que Bachelard recueille comme le produit d'un effort "supra-rationnel". On accepte d'écrire la faute d'homogénéité: 3 fois 10^{10} centimètres = racine de -1 seconde. Bachelard voit là une analogie et même une relation d'équivalence entre le temps et l'espace. "Mais... ce n'est pas l'expérience qui la suggère, c'est plutôt contre l'expérience et le sens commun qu'on la dégage. Il faut que l'équation mystique intervienne pour illuminer les rapports cachés, pour fondre dans une seule unité des phénomènes que l'expérience présentait comme profondément désunis" (Valeur inductive de la Relativité, p. 153).

En somme, la formule est sortie d'une incantation magique. G. Bénézé l'a aussi prise au sérieux et a tenté de la justifier ainsi : "Le rayon lumineux sert à voir mais n'est pas perceptible". Tout est donc sans l'ordre si l'inimaginable s'exprime par l'imaginaire (Le nombre dans les sciences expérimentales, 1961, p. 71-74). Ici un terme mathématique est pris dans son sens vulgaire et placé on ne sait pourquoi dans le contexte de la perception sensible. Quand on commence à rêver la science, où s'arrêtera-t-on ?

Bertrand Russell, qui n'est pas un magicien, a donné dans ABC de la Relativité (original 1925, trad. 1965 en 10/18) une présentation dans un esprit de sympathie, mais où transparaît la lucidité critique. A la contraction objective de Lorentz-Fitzgerald (indécelable, puisque le mètre est contracté dans la même proportion), il oppose celle d'Einstein dont il note : "la prétendue contraction n'est nullement une propriété des objets, mais le résultat de certaines conventions dans la formulation de nos mesures (p. 31). Idée capitale, que malheureusement il n'élabore pas.

A propos de la Relativité générale, il remarque que l'Univers s'y réduit à des plissements de l'espace-temps où chaque point suit sa géodésique (supposée sans singularités !) selon la loi du moindre effort. La théorie aboutit à une simple "géographie" de facto. L'attribution des évènements aux particularités de l'espace-temps supprime la causalité. Il y a le soleil, il y a des électrons. Naturellement, rien de tout cela ne peut être déduit, ni même expliqué, mais seulement enregistré (ib. p.151). Poincaré disait déjà que l'explication par altération de l'espace-temps était assurée du succès parce que trop commode. Ce n'est pas Poincaré qui mérité, ici du moins, l'injure de "commodiste", bien qu'on la lui adresse souvent. Popper juge la Relativité scientifique parce que réfutable, bien qu'elle ait, admet-il, une origine métaphysique. Mais qu'est-ce que la réfutabilité d'un artifice de calcul généralisé ? Et qu'est-ce qu'une métaphysique qui perd tout droit de critique et s'aliène à des vantardises théoriques ?

Revenons à Russell pour signaler qu'il a parfaitement conscience des arrières-pensées politiques sous-jacentes à la théorie : la dynamique ce n'est pas le dynamisme, c'est le moindre effort sans souci du lendemain (ib., p. 160).

LA FAUSSE IMAGE DU NAGEUR

Je me souviens d'un cours de Bachelard où il exposait l'expérience de Michelson devant au auditoire docile et formulait comme exhaustif l'ensemble des trois hypothèses suivantes : 1) La Terre est immobile dans l'espace, 2) La lumière se transmet instantanément, 3) Il faut réorganiser complètement nos notions d'espace et de temps. Les deux premières étant intenables, reste la troisième. J'ai trouvé plus tard que c'était aller un peu vi te : N'y-a-t-il vraiment pas d'autres possibilités ? A l'époque, on pouvait aussi penser à l'hypothèse de H. Bouasse (La propagation de la lumière, 1925, gros ouvrage à ne pas confondre avec le bref pamphlet de 1923 La questions préalable contre la théorie d'Einstein, le seul auquel Bachelard réponde, plus que sommairemment, dans Valeur inductive..., p. 15). Son principe est celui de l'entraînement de l'éther par le champ de gravitation terrestre. Il fallait au moins montrer pourquoi on le rejetait, et faire la critique des expériences de Dayton G. Miller (Wasnington Academy of science, communication du 28 avril 1925) qui prétend prouver l'entraînement partiel en altitude.

Mais ce n'est pas seulement Bachelard qui donnait cette conclusion précipitée. La présentation standard donnée par les relativistes de l'époque

prétendait acculer à l'impasse une théorie dite "classique" et en fait caricaturale. Elle se résume dans ce que je nommerai, après B. Russell, l'image du nageur. Je le cite : "N'importe qui, à l'aide d'une paire d'avirons ou de quelques rudiments d'arithmétique, est à même de vérifier qu'il faut plus de temps à un rameur pour remonter cent mètres de rivière et les redescendre que pour traverser la même distance dans les deux sens. Par conséquent, s'il existe un vent d'éther, il faut que l'un des signaux lumineux constitués par les ondulations de l'éther fasse l'aller et le retour dans un temps plus court que l'auteur" (ib., p. 29). Et voilà pourquoi, ceci n'étant pas "vérifié", il faut introduire la transformation de Lorentz.

Mais quels sont ces "classiques" qui ignorent que l'interféromètre est sensible aux fréquences et aux phases, non aux distances et aux durées? La considération de l'effet Döppler sur les longueurs d'onde et les périodes, laissant invariante la vitesse c de défilement d'une sinusoïde, même si elle est étirée ou condensée aurait pu montrer que les vitesses $c + v$, $c - v$ et, sur la perpendiculaire $(c^2 - v^2)^{1/2}$ n'ont rien à voir avec le problème posé, même dans l'hypothèse d'un "vent d'éther".

Par oppostion à cette théorie pseudo-classique, l'introduction de la transformation de Lorentz peut faire penser à un coup de force. On ne parle même pas des ondes et de leur fréquence, mais d'une altération solidaire de la mesure du temps et de l'espace laissant invariante une vitesse limite. Ceci est un postulat et ne présente aucune nécessité a priori. On impose à la transformation d'être linéaire et de rejoindre le groupe de Galilée pour de faibles valeurs de v/c. Elle respecte l'homogénéité des grandeurs de part et d'autre du signe =. C'est la seule qui remplisse ces conditions. Pour la démonstration, voir par ex. Francis Halbwachs Précis de Physique, I, p. 276.

Très bien, mais ce sont là des Mathématiques pures où toutes les transformations sont pensables. En physique, il s'agit de justifier ce voyage sans retour vers une terre nouvelle. Or, ici, on ne peut qu'être frappé du caractère stéréotypé des exposés habituels, évitant soigneusement toutes les questions indiscrètes. Aux critiques foisonnantes qui n'ont pas manqué d'être formulées on répond : Attendez ! Vous allez voir ce qu'on en déduit par la suite. Exemple de difficulté : Sur un référentiel fixe le tracé des ondes émises par une source en mouvement aboutit à des rayons curvilignes dont néanmoins on ne parle pas.

Les critiques non officielles de la Relativité restreinte ont senti ce qu'il y avait d'obscur dans la présentation habituelle. Lévy-Leblond en a dressé une liste dans L'Esprit de sel en constatant que tous avaient commis quelque erreur. Mais ce n'est pas une raison pour les réduire à néant, même si leurs critiques ne frappent pas toujours au bon endroit et s'ils n'ont pas vu le rapport avec des questions essentielles comme la dynamique de l'électron ou du photon. Citons : O. Luther, Relativity is dead, Key, California, 1966, Ch. Nahon, L'imposture de la Relativité, Marseille, 1979, plus récemment : Sharad Tipnis, Einstein's Relativity : the greatest fallacy in the twentieth century, Madhav publications, India, 1985.

UN "SUPER-SENS" DE LA VISION ?

A propos du "raccourcissement du train" de la théorie relativiste, on peut se demande :

- Est-ce un raccourcissement réel ?
- Est-ce une apparence perceptive ?
- Est-ce la conséquence (plus ou moins heureuse) de la métrique conventionnelle adoptée ?

Bachelard écrit : "Peut-on être réaliste en construisant une réalité?" Si l'on substitue, comme dit A. Rey, "le concept au percept"..., cette substitution, pour être claire, pour être convaincante, doit être un acte, non un fait ; autrement dit, elle doit garder un rôle à la sensation même. C'est par rapport à la sensation, mais en termes de sensation encore, qu'un réalisme peut s'enrichir et s'organiser" (Valeur inductive de la Relativité, p. Ce passage est vraiment mystérieux et le lecteur n'obtiendra pas plus d'information. Quelle est cette sensation généralisée qui va, dit-il "à contre-sens" de la sensation réelle, et qui aurait aussi le pouvoir de restaurer la réalité par delà les constructions idéales ?

Là aussi, il faut chercher la littérature sous-jacente qui peut éclairer ce texte. On trouve dans Hermann Weyl (ib., p. 159) une affirmation de la réalité perceptive du raccourcissement du train en marche par rapport à l'observateur situé sur la voie, raccourcissement mesurable "par l'angle de vision". Cette réponse immédiate donnée à un problème de perception est loin d'être claire.

Jean Perrin est plus explicite (ib. p. 117) : "Ce mot raccourcissement n'est pas heureux s'il suggère l'idée d'une modification intrinsèque véritable, et tout au plus on peut parler d'un raccourcissement apparent ; le wagon rigide qui se trouve lancé sur la voie avec une vitesse uniforme v n'est pas raccourci, mais la distance du point de la voie où l'horloge marque, disons midi, quand la tête du wagon y passe, au point de la voie où l'horloge marque midi quand la queue du wagon y passe, est plus courte que le wagon. Il n'y a rien là qui chose la raison. "En effet, le raccourcissement est calculé et ne résulte pas de la transformation de Lorentz appliquée à l'espace seul, qui donnerait une dilatation (multiplication par $(1 - v^2/c^2)^{-1/2}$. mais surtout de la "dislocation de la simultanéité". Ce texte de Perrin va dans le sens de la troisième interprétation : le raccourcissement résulte de la métrique spatio-temporelle adoptée. Mais alors, le mot "apparent" est également malheureux puisque justement il n'apparaît pas aux sens. Il manque un mot dans le vocabulaire pour désigner ce qui résulte d'une convention métrique.

Serait-il en même temps perceptible à des yeux plus précis que les nôtres ou à des instruments d'optique ? Il faudrait pour cela que l'angle des rayons provenant de la tête et de la queue du wagon en mouvement soit plus petit que si le wagon était au repos. L'analyse en termes d'ondes sphériques non concentriques ne donne rien de semblable tant qu'on maintient la simultanéité de l'émission des deux rayons ; les deux angles de vision sont égaux. La simultanéité de l'émission est définie par rapport au train et se conserve puisque deux surfaces d'onde de même date de naissance et de même rayon demeurent contemporaines. Veut-on que le sensorium ou l'appareil optique fasse naturellement ce que le calculateur fait par convention : disloquer la simultanéité ? Il faudrait pour cela un "super-sens" incarnant la convention de mesure. Ce n'est pas une question de précision, mais de procédé.

Dans une telle spéculation, il faudrait oublier sur la psychologie de la perception tout ce que l'on sait, en particulier que la vision ne donne pas directement les objets, qu'elle s'éduque par association avec le toucher et le sens du mouvement corporel.

Le rêve d'un super-sens hante, on l'a vu, toute la littérature-fiction. Il se retrouve dans un passage du Gai savoir de Nietzsche (n° 374) à peu près contemporain du lancement de cette mode : "Il y a une curiosité sans espoir à vouloir connaître quelles autres espèces d'intellect ou de perspective il pourrait y avoir, par exemple s'il y a des êtres qui peuvent concevoir

le temps en arrière, ou tour à tour en avant et en arrière, par quoi on obtiendrait un autre concept de vie et une autre direction de la cause et de l'effet". C'est "un ridicule manque de modestie" de croire que notre "angle de vision" est le seul possible. Ici la flèche du temps est donnée comme dépendant d'une "angle de vision" arbitraire, ce qui n'a de sens que si le temps est une 4e dimension homogène aux autres. Cette idée est plus radicale que celle de l'éternel retour conçue par Nietzsche quelques années auparavant, en 1881. Pouvoir parcourir le temps dans les deux sens est présenté comme accessible à des êtres plus intelligents ou possédent un autre sensorium. Ce qui est donné par Nietzsche comme un surhomme se révèle ici comme un être chimérique issu en réalité d'un rêve "trop humain".

En fait, y compris chez Nietzsche, c'est la spécificité du "sens" et de toute "sensibilité" qui est détruite. Maeterlinck (ib., p. 144) croit pouvoir réduire le sens esthétique à une incursion dans l'espace à 4 dimensions. Curieux pouvoir prêté à une construction mathématique !

Bien sûr l'interprétation prudente de la Relativité restreinte, avec conservation du sens causal, ne permet pas d'imaginer une vision du temps renversé. Mais l'équivoque entre le temps à l'endroit et le temps à l'envers est explicite dans la formule de distance d'univers $x^2 - c^2t^2$ où l'on peut aussi bien changer le signe du temps, de l'espace, de la vitesse ou de plusieurs d'entre eux. Bien plus, Einstein a dit explicitement que sur le plan scientifique il n'y a pas de flèche du temps ; "Malheur donc à la théorie de la relativité si elle devait pécher contre ce principe concernant la flèche du temps" (Lettres à Michele Besso, Hermann 1979, lettre 197). Et il ajoute, faisant allusion à la résistance de son correspondant devant une telle idée : "Tu expliques comment tu est arrivé à commetre ton péché. Tu ne peux te faire à l'idée que le temps subjectif avec son "maintenant" ne doit avoir aucune signification objective. Vois Bergson". Il mentionne dans la même lettre que dans le modèle de Boltzmann de l'évolution vers le plus probable il n'y a pas de réponse à l'objection du temps renversé. C'est parfaitement exact. Mais Einstein supprime allègrement toute la psychologie, toute la biologie, et sans doute une partie de la physique, car Boltzmann n'est pas toute la physique. Bergson avait parfaitement raison de réagir. Einstein formule sa thèse comme absolue sans s'embarrasser de distinguer les cas simples où le temps peut être considéré comme réversible.

Comme malgré tout on ne peut pas nier que nous sommes des êtres percevants et sentants, il ne reste plus qu'à fabriquer une psychologie imaginaire qui paraisse en accord avec la théorie.

Malheureusement, sur le terrain de la physique, Bergson était moins sûr de lui. L'idée du raccourcissement comme apparence optique a marqué profondément sa réponse à Einstein dans Durée et simultanéité. Les transformations sont comparées à des effets de perspectives réciproques qui n'ont pas de prise sur la réalité, en particulier sur celle du temps vécu. Je vous vois rapetissé à distance et vice versa ; cela ne change rien à ce que nous sommes. Bergson ne semble pas s'apercevoir du venin caché dans cette comparaison. Elle impliquerait une perspective dans l'espace-temps, tout comme "l'angle de vision" de Nietzsche. Elle est solidaire des exposés contaminés de science fiction et constitue un bloc non digéré dans la pensée de Bergson. La simple idée de "perspective" est déjà destructrice de la durée vécue. Et si d'un côté la comparaison accorde trop, de l'autre elle n'accorde pas assez car l'effet Döppler sur les fréquences n'est pas une illusion d'optique, et encore moins son effet énergétique.Il semble que Léon Brunschvicg, en présentant la Relativité comme un argument en faveur de

l'idéalisme, ait eu aussi dans l'esprit l'idée d'une apparence optique, bien qu'il n'insiste pas sur cet aspect.

H.C. Dudley, The theory of Relativity, a reexamination (auto-édité, 1958) a cru que cet aspect perceptif était essentiel et a basé sur cette idée sa critique de la théorie : on attribue à la masse une faculté de perception, c'est-à-dire une mentalité. Plutôt que de se moquer de Dudley, il faut reconnaître que des exposés peu intelligibles ont bien mérité cette critique.

Il est amusant de noter que le pourchasseur de l'idéalisme, Lénine, dans Matéralisme et Empiriocriticisme (1908), ne rencontre pas le problème, simplement parce qu'il ignore Einstein. Se référant à A. Rey, il ne connaît que la contraction objective de Lorentz dans l'espace absolu. La science atteint la réalité, un point c'est tout.

L'idée d'un super-sens a entraîné beaucoup d'obscurités. Elle peut même suggérer un argument d'autorité. Lorsque Bachelard écrit, à propos du non-relativiste : "Un aveugle jugeant des couleurs aurait autant de compétence" (Rationalisme appliqué, p. 133), il s'exprime comme si la mutation du sensorium était déjà pour lui une réalité. La lucidité est devenue extra-lucide.

ENGENDRER DES FAITS A PARTIR DE L'HYPOTHESE NULLE ?

Selon Bachelard, "La Relativité... prend toute sa force dans une véritable symétrie d'ordre métaphysique. En effet, par principe, la Relativité s'assure de l'équivalence des divers moyens de connaissance, avant d'aborder le phénomène physique" (Valeur inductive de la Relativité, p. 189). S'il ne s'agissait que d'exclure un "éther" que rien ne décèle et qui donne un privilège au système S sur le système S", il n'y aurait pas lieu de discuter. Mais il prétend donner à la remarque une toute autre portée. A propos de la conductibilité thermique chez Lamé, il montrait l'intérêt d'une approche générale, pour ne rien imposer à une nature qui pouvait révéler toutes sortes de dissymétries. Ici, au contraire, c'est le postulat de symétrie qui a valeur structurante, qui est le principe d'une induction. Bachelard reprend (p. 198) l'orgueilleuse formule d'Eddington : "Pour la première fois, maintenant, nous avons égard au fait que les propriétés de l'Univers extérieur que discute la physique sont des propriétés qui ont été choisies par l'esprit".

Pour la première fois ? C'est oublier que les Premiers principes métaphysiques d'une science de la nature de Kant et la Natur-Philosophie de Hegel reposaient déjà sur une telle prétention. Evariste Galois a rendu le service de préciser la notion de "groupe", avec sa loi de composition interne dans un ensemble et de faire apparaître la folie de ceux qui veulent à la fois conserver la "rationalité" du groupe et prétendre par là engendrer de nouveaux objets qui nous feraient magiquement sortir de l'ensemble.

On connaît l'image du bateau de Huyghens (proche de celle du nageur au § précédent). On généralise les lois de choc des corps en utilisant simplement la relativité du mouvement. Ceci a beaucoup influencé l'idée kantienne d'une science structurée a priori. On en a conclu : la relativité n'est pas un obstacle au savoir, elle en est le moyen. Mais le choix d'un système de référence est un choix idéal, qui peut être modifié sans qu'on touche en quoi que ce soit au dispositif expérimental. Décrire le choc de deux corps par rapport à un observateur en mouvement réel ou imaginé ne change rien. Une hypothèse nulle a-t-elle le pouvoir d'engendrer de nouveaux faits? Il faut rappeler l'idée de Pierre Curie : "C'est la dissymétrie qui crée le phénomène". Là où les conditions sont symétriques, il ne se passe rien.

L'étude de la lumière réserve, bien entendu, de nouvelles difficultés,la lumière étant à la fois un agent réel et un moyen d'information. Il est tentant de mêler le réel et l'idéal. Dans la transformation de Lorentz, l'effet Döppler est associé à une transformation conventionnelle de la métrique. C'est H. Poincaré (Oeuvres complètes, t. IX, Mémoire de 1906, La dynamique de l'électron) qui établit que les transformations de Lorentz forment un groupe. En 1905, Einstein en prenait à son aise avec l'idée de groupe en admettant le rajeunissement relatif irréversible du voyageur. Pour se défendre contre Bergson qui le niait, Einstein a invoqué le choc subi au moment du rebroussement. Cette parade détruit son propre raisonnement, où il prétendait tirer la conclusion dans le cadre de la Relativité restreinte. Bergson par contre avait une idée correcte de la notion de groupe opératoire qu'il analyse sous le nom d'"intelligence géométrique" dans L'évolution créatrice.

La loi relativiste de composition des vitesses, différente de la loi classique, est une opération de groupe (voir par ex. J. Perrin ib., p. 121). On vérifie aisément que si v" est la composée de v et de v' la composition de v" avec -v' redonne v. Comment l'interpréter ? Puisque v et v' sont mesurées par des procédés classiques sur des objets rigides, comment v" cesse-t-elle d'obéir aux lois applicables à de tels objets ?

La réponse paraît être ceci : la transformation de Lorentz est relative à une vitesse v. Si l'on modifie celle-ci, il faut une autre transformation, autrement dit un autre changement de variables, solidairement spatio-temporel. Il faudrait dire pour caractériser la loi : "loi de composition des vitesses utilisées pour conserver par convention la constance de c dans toutes les directions".

La valeur inductive de cette loi se borne, comme dans toute "invariance géométrique" (le terme et la notion sont utilisés par E. P. Wigner, Summetries and reflexions, 1971, et je le cite :) "à établir que deux situations qui diffèrent par un changement arbitraire de corrdonnées évolueront en deux situations qui diffèreront par le même changement de coordonnées". Cette opération mentale, idéale, ne suppose aucune intervention expérimentale. Léon Brillouin (Relativity reexamined. 1970) insiste sur cette idée A la notion de changement de système de référence, où l'on ne manipule rien, où il ne se passe rien, "definitively not physical", il oppose le mouvement effectif de dispositifs matériels ("frames of reference"). Ainsi la symétrie des lois n'empêche pas la dissymétrie des actions. Entre l'émetteur et le récepteur de lumière il n'y a pas symétrie. C'est parce qu'il a méconnu ce fait qu'Einstein a cru devoir corriger les équations de Maxwell. Mais de toute façon des dissymétries subsistent. L'effet Döppler, même relativiste, n'est pas symétrique pour v et -v.

Dans la Relativité restreinte, l'accroissement de la masse avec la vitesse, quand elle est très grande (fait confirmé par l'expérience, disent les physiciens), est déduit par la seule vertu de la loi relativiste de composition des vitesses issue de la transformation de Lorentz. On peut se demander pourquoi elle ne serait pas rattachée plutôt au fait d'expérience de l'association entre l'énergie du photon et sa fréquence, énergie décelable par exemple par l'arrachement d'un électron dans l'effet photo-électrique. C'est ce qui fait dire à Brillouin que certaines conclusions de la Relativité restreinte sont exactes bien que les raisonnements par lesquels on prétend les rejoindre sont illusoires.

Cet aspect "tour de prestidigitation" est illustré par Gustave Bessière (Calculs et artifices de la Relativité. Dunod. 1932). Il montre comment

Einstein s'y est pris pour "expliquer" les anomalies du périhélie de Mercure, question qui passait à l'époque pour si confuse qu'on pouvait presque dire n'importe quoi. La transformation de Lorentz appliquée à la trajectoire de la planète donnait un résultat inverse de la correction souhaitée. Alors Einstein considère le rayon de la trajectoire et invoque le champ de gravitation pour supposer que l'observateur est pris dans un mouvement de chute libre, moyennant quoi il "corrige" la dimension du rayon. Ce calcul a été célébré comme un très grand succès. A Max Born, qui lui faisait remarquer combien la confirmation expérimentale laissait à désirer, Einstein écrit: "Même si on ne connaissait ni déviation de la lumière, ni précession du périhélie, ni décalage des raies spectrales, les équations de la gravitation seraient tout de même convaincantes, car elles se passent de système inertiel" (A. Einstein, M. Born Correspondance 1916-1955, Seuil 1972, p. 205-206). Or, il avait dit dans une conférence à Prague en 1920 qu'une seule expérience contraire ruinerait sa théorie, "la réduirait en cendre et en poussière". Le double jeu est d'autant plus facile qu'il s'agit de très petites quantités. Bachelard, dans la connaissance approchée ridiculise la précision irréelle de certains chiffres en démographie. Que dire de ceux qui "vérifient" la théorie d'Einstein sur le périhélie de Mercure en ignorant la répartition des masses dans le soleil et le balancement de son axe ?

L'assurance d'Einstein est de nature mathématique plus que physique. Brillouin juge très dangereux d'appliquer à la notion de mesure la mobilité imaginaire des conventions mathématiques. On doit toujours dire comment sont réalisées effectivement ces mesures, sinon les mots espace, temps perdent leur sens. Il écrit : "General Relativity is a splendid piece of mathematics built on quick sand and leading to more and more mathematics about cosmology, a typical science fiction process" (ib., p. 10). Keynes compare Einstein à Charlie Chaplin (Einstein, the man, in Essays in Biography), ce qui suggère un talent acrobatique pour trouver toujours une explication théorique quoi qu'il arrive, et contraste plaisamment avec la prétention de vivre dans l'éternité.

L'ANTINOMIE CONJUREE PAR LE SURRATIONALISME ?

L'idée d'une construction du réel ne suppose-t-elle pas une auto-référence fautive du genre "la proposition p énonce sa propre vérité", dont on sait qu'elle alimente des non-sens et des antinomies ? Il ne faut pas la confondre avec des notions voisines, que l'on qualifie souvent d'auto-référentielles, auto-reproduction, auto-organisation, formation d'un ordre à partir d'un fluctuation, qui sont légitimes.

Bachelard se situe explicitement dans la continuation de L. Brunschvicg qui a perçu le théorie d'Einstein comme une aubaine pour la confirmation de l'idéalisme philosophique. A propos de la causalité physique, il estime que dans la Relativité "l'espace naît de la mesure". Curieuse formule : pour mesure, ne faut-il pas avoir quelque chose à mesure ? Il est vrai qu'il ne se soucie guère de la mesure physique et se contente de l'attribution d'un nombre, opération purement mathématique. Dans Les âges de l'intelligence (éd. de 1937, p. 118), il loue Einstein d'avoir rendu solidaires la forme et le contenu qui chez Kant restaient juxtaposés. Avec l'étalon réel (la constance de c), "l'espace-temps fait descendre l'idéalisme du plan de la philosophie au plan de la science". Cet étalon est "homogène à ce qu'il doit mesurer". Le lecteur peut se demander où est la nouveauté, puisqu'on peut dire cela de tout étalon. Peut-être la supériorité de c est dans le fait que c'est une constante "par définition".

Bachelard reprend à son compte la formule de L. Brunschvicg : "La philosophie du jugement échappe aux antinomies, ou plutôt les antinomies lui échappent parce que, au lieu de considérer l'espace géométrique comme un tout donné, que l'analyse résoudrait en ses éléments, elle se place à l'origine de l'action qui engendre cet espace" (Valeur inductive de la Relativité, p. 251). Et Bachelard ajoute : "Il faut faire le vrai pour comprendre le vrai", la vérité géométrique est "la nécessité de l'invention".

Ne sont-ce pas plutôt ces formules qui sont antinomiques par la confusion systématique de l'idéal et du réel, le travestissement de l'idéalisme en matérialisme rationnel ? Faisons une expérience : transposer ce raisonnement dans l'humain : "On nous forcera à être libres" n'est pas antinomique parce qu'au lieu de considérer la liberté comme toute faite, on se place dans l'action qui l'engendre. Qu'en pensez-vous ?

E. Meyerson était plus tourmenté dans son idéalisme, il se demandait si l'on ne retombait pas dans un nouvel anthropomorphisme, celui du théoricien. Il oppose aux lois "tirées de notre esprit" celles qui sont des données irréductibles, comme la constante de Planck (La Déduction relativiste, 1925).

L'auto-référence se manifeste aussi dans le style de Bachelard par l'emploi fréquent de termes péjoratifs ou injurieux, tels que "raison sclérosée" ou au contraire lyriquement laudatifs. On aimerait aussi qu'il recoure moins à la psychanalyse quand il s'agit d'arguments.

Il présente la Relativité comme l'application a priori d'une axiomatique. Comme chez Hilbert, la nouvelle physique "part d'un principe obscur, mais s'en sert clairement" (ib., p. 174). Bien des objections viennent à l'esprit. Toute l'interprétation précédente repose sur l'idée que la constance de c, convenablement définie, n'est pas un principe obscur, si l'on entend par là la vitesse de défilement d'une sinusoïde entière qui peut être comprimée ou étirée dans une période également comprimée ou étirée quand le récepteur est en mouvement par rapport à la source. Il est incorrect de parler ici d'un fait d'expérience valable quelle que soit la définition de la vitesse, ou d'un principe a priori.

Bachelard n'applique pas ici ce qu'il disait dans l'Essai sur la connaissance approchée, et que relève Roger Martin dans sa communication Bachelard et les mathématiques (Colloque de Cerisy, Bachelard. 10/18, 1974, p. 55) : "C'est beaucoup trop simple de répéter sans cesse que le mathématicien ne sait pas de quoi il parle ; en réalité il affecte de ne pas le savoir, il doit parler comme s'il ne le savait pas, il refoule l'intuition, il sublime l'expérience". Roger Martin trouve que ces métaphores psychanalytiques ne règlent rien.

Peut-on utiliser une axiomatique comme un a priori, alors que précisément le propre de l'axiomatique est la multiplicité des systèmes possibles d'axiomes ? L'idée remonte en fait assez loin dans la tradition pré-hilbertienne. Brunschvicg écrit d'après Spinoza : "Toute idée s'affirme d'elle-même et produit ses conséquences". Ainsi, ce n'est pas le mathématicien qui choisit, car il n'y a pas de choix. "J'entends par cause de soi ce dont l'essence implique l'existence". Cette formule antinomique est la première phrase de l'Ethique. Il a fallu la rigueur de J. Vuillemin pour faire apparaître dans le spinozisme "la maladie la plus grave de l'intelligence" (La première philosophie de Russell, p. 222).

C'est aussi la tradition de l'idéalisme allemand. Goethe définissait l'art théorique suprême par une formule reprise par Hertz et par Cassirer: "Das Problem in ein Postulat zu verwandeln" (Voir Seidengard, Néo-kantisme

et Relativité, Rev. phil. 1984, n° 2). Des affirmations de ce genre soulevaient l'indignation de Pierre Duhem (Quelques réflexions sur la science allemande, Revue des Deux Mondes, 161-1915, reproduit dans la science allemande, Hermann 1915). Il cite la formule autoritaire de Kirchoff : "Wir können und wollen stezen dass...". Tout souvenir des raisons du choix est effacé et le lecteur n'a pas le droit de les demander. A propos de l'espace-temps, Duhem s'écrie : "Une telle dévastation n'a rien qui puisse déplaire à la pensée germanique". Au lieu de jeter le bon sens par la fenêtre, "il faut conclure qu'aucune optique n'est irréprochable". Je ne veux qu'approuver ce jugement du grand épistémologue.

Brunschvicg croit se débarrasser de Russell et de ses critiques logiques en l'accusant de "réalisme". Si on lui avait dit que les préoccupations de Russell s'ajustaient à celles de Keynes dans le Treatise on probability et le Treatise on money, deux domaines où il est particulièrement important de dénoncer les sophismes logiques, on se serait heurté à la plus tranquille incrédulité. A plus forte raison si on lui avait dit que les problèmes ainsi soulevés étaient fondamentaux pour la conception de la philosophie elle-même. Brunschvicg ou Bachelard auraient-ils eu l'idée de lire Keynes ? Mais si une épistémologie de la physique se meuble de thèses métaphysiques à l'état naissant, elle ne se laisse plus circonscrire dans son domaine d'origine et risque de déteindre sur les idéologies inspirant l'action.

LE PROBLEME DU FONDEMENT DES MATHEMATIQUES RELEVE-T-IL D'UN DOUTE HYPERBOLIQUE ?

Bachelard tente de se justifier de laisser de côté le problème du fondement des mathématiques. Il y voit une "problématique autonome", à laquelle on peut assigner une "région particulière" tout comme pour le "rationalisme électrique" (Rationalisme appliqué, p. 119). On peut toutefois se demander si bien des pechés des autres sciences ne sont pas déjà commis sur le terrain de la philosophie des mathématiques, et si l'on peut vraiment présenter cette question comme un luxe théorique, répondant à un doute hyperbolique que personne ne prend au sérieux.

J'ai soutenu la thèse de l'omni-présence des antinomies du genre de celles que dénonce Russell (dans son article de 1908 Mathematical Logic as based on the theory of types, reproduit dans Logic and Knowledge) dans certains discours politiques et économiques incorrects. (Voir P. Chanier Ce que la logique peut apporter aux sciences économiques, Economies et societés, serie M, mars 1982, et Si Robespierre avait lu Tarski, in Philosophies de la Révolution française Vrin, 1984). Ces discours ne sont pas des plaisanteries dont on se débarrasse aisément. Russell, dans divers essais a parlé du pouvoir pour le pouvoir, de l'argent pour l'argent. Dans le domaine scientifique, c'est le satisfecit donné à bon compte. C'est aussi commode pour ceux qui n'ont ni le courage de savoir ce qu'ils pensent ni celui de découvrir ce qu'ils aiment. La tradition universitaire française n'a pas réalisé la gravité du diagnostic russellien.

La question de la "non-contradiction de l'arithmétique" a été soulevée par Gödel en 1931. Bachelard n'en a pas traité. Sur ce sujet, je ne réagis pas comme Roger Martin (ib., p. 58) qui lui reproche la méconnaissance du "théorème" de Gödel sur l'impossibilité pour l'arithmétique d'établir sa propre non-contradiction et de s'en tenir à Husserl pour qui une "homologie" était toujours cohérente. "Sur ce point, écrit Bachelard, nous n'aurions pu mieux faire que de résumer les thèses de Husserl" (cité ib.).

C'est sans doute le "bon-sens", celui qu'il veut bien reconnaître sinon à tous, du moins aux Champenois, qui empêche Bachelard de s'engager dans cette voie dangereuse. Comme l'a fort bien dit Wittgenstein, l'idée d'une contradiction, qui pourrait se révéler un jour sans l'arithmétique, est une idée tout à fait étrange, une "crainte superstitieuse", puisque les nombres sont construits de proche en proche sans ambiguïté possible (Remarks on the foundations of mathematics, 1943, p. 53). En réalité, on substitue ordinairement, suivant l'exemple de Kleene (1943), au théorème de Gödel un théorème généralisé qui est issu des résultats de Church (1936) et de Türing (1936) (voir Kleene, Logique mathématique, Colin 1971, p. 258). Il ne s'agit plus de contradiction, mais d'incomplétude, ce qui est entièrement différent, ne comporte aucun paradoxe et est presque banal : songeons aux décimales d'un nombre irrationnel. Cavaillès avait accueilli complaisamment le procédé de Gödel. Aurait-il persisté dans cette idée s'il n'avait pas été assassiné par les nazis, précisément en 1943 ? D'autre part, à propos de E. Nagel et J.R. Newman, Gödel's proof (New York U.P. 1958) ; Kleene (ib., p. 260) remarque : "Les auteurs donnent l'impression trompeuse que le théorème généralisé est impliqué par le raisonnement de Gödel en 1931 et pourrait s'obtenir sans la thèse de Church-Türing".

Le procédé de Gödel pourrait être qualifié d'amusement numérologique. Son principal travail consiste à coder en nombres les signes du langage formel qui est ainsi traduit en arithmétique ainsi que l'arithmétique elle-même. Puis il choisit une expression antinomique également codable. Comme le dit Kleene, rien ne l'empêchait dans sa méthode de coder : "p" = p est faux, et d'en conclure directement que l'arithmétique était contradictoire. Il a préféré coder : "p" = p est indémontrable. Mais c'est, comme le dit très bien Wittgenstein un parfait non-sens : on ignore tout de p et du procédé de démonstration éventuel. Il ne faut pas confondre cet énoncé vague avec celui qui dirait : dans telle théorie plus forte on démontre qu'on ne peut pas démontrer p dans une théorie moins forte. Russell avait raison de se récrier : Gödel viole ouvertement la hiérarchie des types. Et la traduction en arithmétique ne prouve absolument rien, ni pour le langage formel ni pour l'arithmétique. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'on a codé. Croire que ce résultat signifie quelque chose c'est admettre qu'un sens est immanent aux nombres comme dans la vieille numérologie cabbalistique.

Pourquoi, alors, tant de bruit autour du prétendu "théorème" ? Ici, il faut dénoncer une manoeuvre idéologique très répandue : soutenir que le problème de la non-contradiction des mathématiques est insoluble permet d'affirmer que nous pouvons vivre dans l'antinomie et tenir des discours antinomiques. Nous aurions bien tort de nous gêner puisque, même dans les domaines les plus solides, la non-contradiction ne peut être établie. Quand on traite, au contraire, de l'incomplétude, établie sur la base de la construction par degrés selon la méthode Herbrand-Skolem, il apparaît nettement que les mathématiques n'existent pas en soi, que l'on ne peut présenter comme déjà faites les constructions de nouveaux objets à partir de ceux qu'on a déjà définis. On ne peut plus éluder, comme le faisait Cavaillès, la réductio ad absurdum de Spinoza par Cantor, qui est pourtant très explicite (voir en particulier G. Cantor, Abhandlungen, 1966, p. 375). On ne peut plus croire que les mathématiques réalisent le passage de l'essence à l'existence sub specie aeternitatis.

On peut regretter que Bachelard se soit contenté ici d'une attitude d'abstention et qu'il ait tenté de minimiser le problème. Certaines théories aventurées lui interdisaient sans doute d'avoir trop d'esprit critique. Dans son article sur L'oeuvre de J. Cavaillès, reproduit dans L'engagement rationaliste, Bachelard ne considère plus le fondement des mathématiques comme

un problème à part. "Il faut fonder en créant et créer en fondant". Bonne formule, mais qui élude complètement les questions litigieuses. Il s'appuie sur Cavaillès pour étendre à la "science" en général ce qui concerne les mathématiques pures et pour récuser les systèmes hypothético-déductifs (p. 189), sans avoir l'air de s'apercevoir de la prétention théorique énorme impliquée dans cette thèse. Il cite : "La théorie de la science est un a priori non antérieur à la science, mais âme de la science". Nous voici ramenés à l'idée dogmatique de l'axiomatique a priori, symbiose de deux idées peu conciliables et supposant la confusion systématique de l'essence et de l'existence.

PIEGES EPISTEMOLOGIQUES DANS LA CITE SCIENTIFIQUE

Bachelard a souvent dit que la société était faite pour l'école et non l'inverse. Cette idée nous séduit tous, nous qui sommes des intellectuels. Apprendre, et apprendre des choses difficiles est le but de la vie. Seule la dissipation fatigue, l'attention repose. L'incomplétude est la condition même de la recherche. Dans sa conférence à la société française de philosophie en 1950 De la nature du rationalisme reproduite dans L'engagement rationaliste, il parle de la "Cité scientifique dans nos sociétés actuelles", mais en fait l'insertion n'est pas considérée, il s'agit d'une subordination de la société à la science. "Le rationaliste est toujours à l'école". Il n'y a pas d'échec, car une erreur est une aubaine, une occasion de renouvellement.

Depuis, la notion de "paradigme", lancée par Kuhn a quelque peu troublée l'idée d'"immaculée connaissance", pour parler comme Nietzsche. On souligne le caractère conventionnel de la manière de poser les problèmes et de les résoudre et le rôle du "renouvellement" dans l'avancement des carrières universitaires. Se recommander de la science est d'abord une bonne affaire. D'où la tentation d'en abuser.

Dans la discussion qui a suivi la même conférence, Bachelard a récusé la notion de "concept expérimental" en disant : "Il faut que vous le fabriquiez, ce concept". Cette phrase, un peu imprudente, n'est pas tombée dans l'oreille de sourds. Quelle ruée, dans les travaux universitaires de la part de ceux qui voulaient "construire les concepts" à leur façon ! (Bien que philosophe d'origine et de destination, je parle ici spécialement en tant que professeur de sciences économiques, mais ceci a une portée plus générale que chacun peut apprécier dans son domaine). Il y aurait une étude à faire sur l'usure planifiée des paradigmes et sur la facilité qu'elle offre pour la production de travaux scientifiques. Peu importe que le paradigme présent perde tout crédit dans dix ans. Naturellement, il y a des aspects positifs: le renouvellement des approches et, au moins, le repérage des impasses, à condition que l'on n'élise pas domicile dans l'impasse. Mais il y a aussi des paradigmes pathologiques florissants. J'ai par exemple dénoncé en économique le modèle pseudo-mathématique de Sraffa, qui ne possède pas même la cohérence interne, mais plaît politiquement parce que la distribution y est présentée comme indépendante de la production.

Bachelard n'est pas complètement innocent de la caricature du passé pour valoriser le présent. Je prends comme exemple le chap. 5 du Rationalisme appliqué opposant aux démonstrations traditionnelles du théorème de Pythagore la démonstration renouvelée par Bouligand, utilisant la notion de similitude et avec laquelle il ne doit plus y avoir de "pont aux ânes". Or Charles Mugler, dans son édition des extraits des Eléments d'Euclide (1967) a fait figurer la proposition 31 du livre VI : "Dans les triangles rectangles, la figure construite sur l'hypoténuse est équivalente à la somme

des figures semblables et semblablement construite sur les côtés qui comprennent l'angle droit". Euclide fait ressortir le caractère principiel (stoikeion) de cette démonstration par rapport à celle de I,47 où l'idée de similitude n'était pas encore introduite. Ces figures sont quelconques, donc y compris les "chapeaux de gendarme" et les "bosses de chameau" (je me souviens du cours de Bachelard). En somme, la nouveauté était déjà dans Euclide, il n'y manquait rien. L'"histoire des sciences telle qu'elle aurait dû être" a été l'histoire réelle. Les surréalistes, qui utilisaient le mot "euclidien" comme injure, ne savaient pas cela.

Bachelard donne la Relativité restreinte comme acte de naissance du "nouvel esprit scientifique", en 1905. Il n'est pas le seul à s'appuyer sur elle de façon essentielle. Citons Carnap, Cassirer, Popper. Qu'en attendent-ils ? Certainement pas la précision à 10^{10} près. Ils en attendent un argument d'autorité, la justification en contrebande de thèses épistémologiques et philosophiques qu'ils seraient en peine d'établir autrement. L.S. Feuer (Einstein et le conflit de générations, 1974) présente l'opposition entre Bohr et Einstein comme une opposition entre Kierkegaard et Spinoza, ce qui n'est pas une bonne publicité pour la science, et fait la part trop belle aux dérives idéologiques. De plus, Bohr (1885-1962, Nobel 1922) n'est pas l'aîné d'Einstein (1879-1955, Nobel 1921). C'est l'inverse. Le titre, en porte-à-faux, de l'ouvrage est destiné à suggérer qu'Einstein appartient à la génération moderne. Mais alors il faudrait parler seulement en sociologue des sondages.

Quel est l'effet de ces présentations sur des "littéraires" qui n'ont pas tellement envie de faire l'effort qu'on leur demande ? On dit souvent pour justifier une confiance aveugle : ce sont des mathématiques difficiles, nous comprendrions si nous savions plus de mathématiques. Or, les mathématiques de la Relativité restreinte ne sont pas difficiles : un peu d'algèbre linéaire et de calcul différentiel. L'impression de difficulté ne vient pas de là, mais d'une épistémologie déficiente, où non seulement on n'explique pas clairement ce que l'on fait, mais où, pour des raisons de prestige, on accrédite des interprétations fausses. Cette illusion conduit à mal diriger son effort.

Ce piège épistémologique (on me permettra de risquer cette notion) permet de mépriser le bon sens au profit d'appréciations dont le spécialiste est seul juge, le critère du succès pratique étant trop lointain pour être accessible à l'opinion. Dans la Cité scientifique elle-même, sans parler de l'extérieur, se révèle un aspect peu démocratique. Il y a dans la théorie ainsi conçue un pouvoir de dépréciation et de destruction disproportionné. Le Châtelier y était sensible lorsque, dans Science et technique, il parlait à propos d'Einstein du "sabotage organisé" des sciences et des techniques les plus couramment utiles.

En période de guerre et de troubles, la Cité scientifique offre un asile habitable, tant qu'on n'en est pas délogé, comme la société de Zürich à l'époque du mouvement Dada. Mais que dire quand la paix est revenue ? En quoi le rêve d'une science théorique pure aide-t-il à reconstruire une cité viable ? Le danger est d'extrapoler aux domaines pratiques une certaine philosophie d'une certaine physique.

Je prendrai l'exemple de la théorie de la monnaie. L'imitation de la physique suggère l'idée de monnaie-matière, de monnaie-marchandise, de valeur-substance représentée par exemple par l'or, l'idée d'une conservation de la valeur, parallèle à la conservation de l'énergie. Ceci peut fournir une occupation à l'historien des idées, faisant penser à une histoire des sciences à la Bachelard. C'est précisément la voie qu'on empruntée Michel

Foucault, à propos des mercantilistes, Michel Serres à propos de l'or comme point fixe ou équivalent universel. Ces amusements ne permettent toutefois pas au lecteur de savoir si c'est là science ou superstition. Bachelard a écrit qu'un avare éprouvait moins de résistance à signer un chèque qu'à décaisser ses billets. Certains ont voulu faire une théorie sur la base de telles suggestions, et l'on est arrivé aux outrances les plus ridicules sur la théorie psychanalytique de la monnaie et du capitalisme.

Ainsi, le lecteur côté Faculté des Lettres ignorera toujours qu'il existe une analyse moderne de la monnaie, où la valeur-substance ne joue aucun rôle, où la monnaie ex nihilo permet par le jeu du circuit de financer la création (ou l'armement !). La philosophie universitaire ignore tout de cette analyse de Keynes, dans le Treatise of money (ce n'est pas le Keynes des journalistes), et de ses prédécesseurs. Serait-on seulement compris si l'on essayait timidement de suggérer qu'une certaine philosophie, disons le spinozisme, diffusée dans l'intelligenzia, est en grande partie responsable de l'inconscience avec laquelle on a laissé s'organiser le système monétaire d'après-guerre, on a multiplié les faux diagnostics, tels que "accumulation" au lieu d'"emprise de structure" ?

Bien plus, la tentation est forte de mettre la frontière épistémologique, accentuée en coupure épistémologique, tout à rebours et de dire : Lavoisier critiquant le Phlogistique, c'est nous, les partisans de la valeur-substance. En fait c'est l'inverse, c'est cette théorie qui est et a été une superstition alchimique, exploitée par le changeur Ricardo dans des buts intéressés. L'illusion demeure tentante, car elle paraît correspondre à l'expérience des "unités passives" du point de vue monétaire qui veulent "des-sous-un-point c'est-tout" et qui constituent la majorité de l'opinion. Ici, par un véritable renversement, la science en vient à se subordonner aux "idoles du forum".

Bien sûr, Bachelard n'a pas voulu cela. Mais ce peut être le destin de thèses imprudemment avancées et trop vite érigées en philosophie, où la notion de pratique finalisée est sacrifiée. Que serait un architecte dont l'activité ne serait que "la limite de ses illusions perdues" ? Faut-il, ici aussi, se réjouir de l'échec ? Lucien Sfez, dans Critique de la décision (1973), parle d'obstacles épistémologiques. Mais, du fait qu'il ne s'agit plus de physique théorique, le sens de cette notion est complètement inversé. L'obstacle est dans "les discours dits théorisés et inopérants", dans le triomphe, pour le plus grand dommage de la société, de l'homo loquax, qui n'est ni faber ni sapiens. L. Sfez est aussi très sensible à la dégradation et au cynisme qu'entraîne la suppression du sujet au profit d'un prétendu processus. Renvoyons aussi à François Perroux qui a montré en économique comment les conceptualisations mathématiques étaient "implicitement normatives" et cachent souvent l'importance des postes d'action et le rôle des agents "stratégiquemen actifs", autrement dit, qui ne sont pas les simples exécutants d'un prétendu mécanisme sur lequel le théoricien se contenterait de spéculer.

Les thèmes abordés dans cette étude, du "cogito de Mélisando" à l'"axiomatique a priori" manifestent, malgré leur diversité, une continuité de la pensée de Bachelard "du côté" d'une certaine rêverie scientifique. Je n'oublie pas l'autre "côté", celui de l'effort et de la rigueur. J'ai insisté sur les dangers par déformation professionnelle d'épistémologue de l'économique, qui ne se satisfait pas d'une problématique importée. Mais j'ai poussé l'indiscrétion jusqu'à mettre en question la problématique elle-même sur son terrain d'origine

BACHELARD OU LE TRAVAIL DU PHILOSOPHE

par

Jean-Philippe RAVOUX

> "Les convergences de la physique, de l'empirisme et de la philosophie pour appréhender ce qui nous entoure traduisent l'unité de la pensée... C'est que, selon nous, la philosophie est présente dans la physique" (1).

Peut-être avez-vous vu le film de J.C. Bringuier qui nous permet de retrouver la présence inoubliable de G. Bachelard ? Alors, comme je le suis chaque fois qu'il m'est donné de suivre la succession des images accompagnée par la musique du verbe, il se peut que vous ayez été frappés par le contraste de la composition. D'abord, en noir et blanc, Bachelard, assis à côté de sa table d'existence, au centre de son labyrinthe de livres. Ensuite, en couleur, une galerie de professeurs de philosophie, assis, rigides, devant des bibliothèques bien rangées et des bureaux d'où toute vie semble s'être absentée. D'abord un philosophe pour qui la vie et la philosophie se confondent, un philosophe qui travaille sa vie pour vivre la philosophie, un philosophe qui jubile dans sa bibliothèque et médite en faisant son marché et sa cuisine, un philosophe qui aime la rigolade et le bon vin et dont la philosophie est attentive à l'autre et au monde. Ensuite, des universitaires dignes et tristes comme des columbariums, dont les oeuvres sont des compilations sans joie ou des commentaires sans vie, des sortes de momies qui font profession de philosophie. Le premier nous donne une pensée vivante, les autres nous livrent des sentences et des jugements au goût de cendre, une pensée d'autophages.

C'est devant ce contraste que j'ai compris, un jour, ce que doit être le travail du philosophe. C'est par la grâce de ces images, réveillant soudain de vieux souvenirs, que j'ai compris que la philosophie devient un discours stérile, une répétition dévitalisée, comme on dévitalise une dent qui peut encore servir mais ne s'en trouve pas moins condamnée, lorsqu'elle tombe aux mains de ceux qui en font profession. Décidément, l'histoire se répète des Sophistes et de Socrate ! Alors, je veux essayer de dire ce que doit être le travail du philosophe et par voie de conséquence la fonction de la philosophie.

* * *
* *

"Vivre et enseigner, ce fut pour moi la même chose. J'ai été un philosophe au quotidien, un philosophe à la petite semaine" (2). Telle est sans doute la première vertu du philosophe, l'attitude en laquelle la pensée philosophique doit trouver son origine, son fondement. Vivre ce que l'on enseigne et enseigner ce que l'on vit. On ne doit pas jouer à penser, s'amuser avec des concepts, construire des systèmes sur des principes inspirés par notre plaisir ludique. La pensée philosophique doit être une méditation réfléchie, conduite avec sérieux, ce qui ne veut pas dire qu'elle sera triste, et dont la seule finalité est de penser le monde pour lui donner un sens : ce qui revient à dire que la philosophie est à la pensée ce que la respiration est à la vie. Elle ne doit

pas être ce qu'en font, aujourd'hui, les professionnels de la philosophie, les fonctionnaires-professeurs, un commentaire interminable des oeuvres des prédécesseurs, une exégèse subversive, une analyse pervertissante, elle ne doit pas se réduire à l'histoire de la philosophie qui n'est qu'une reproduction de la philosophie, une pensée au ralenti, figée, immobilisée dans le texte, un plagiat appauvri et appauvrissant, voire même stérilisant. La philosophie doit être intempestive, contre le temps présent, pour le temps à venir : "faire et refaire les concepts à partir d'un horizon mouvant et d'un centre toujours décentré".

Le Bachelard professeur a été quelqu'un de tellement pas comme les autres qu'il y a "une sorte de légende qui s'est répandue d'un professeur comme il n'en existe pas, illuminé et grave, hilarant et sérieux, convaincant et bousculant, dérengeant et exaltant". Un professeur heureux d'enseigner une jeunesse heureuse de l'écouter, dont la joie d'enseigner était celle de se mettre en état de commencement pur. "Il faut entendre ses anciens étudiants parler de ce maître qui refusait brutalement la relation lénifiante de gourou et de ses disciples mais qui précipitait les amphithéâtres dans la plus étourdissante des aventures où le rationnel et l'imaginaire faisaient ensemble feu de tout bois ; où, pour initier ses élèves à l'amour de la matière, le très vénérable directeur de l'Institut d'Histoire des Sciences confectionnait devant eux des tartes au citron avant de passer à l'étude de la théorie de Poisson sur le paramètre de conductibilité". En rupture avec l'académisme sorbonnard ce philosophe conviait ses étudiants à une nouvelle manière de penser le monde, de le sentir, les initiait à un nouvel art de vivre, car la philosophie ne peut avoir d'autre finalité que d'apprendre à vivre en pensant le monde. Elle doit se définir comme une volonté d'ouverture. Vouloir être philosophe, c'est vouloir définir l'être humain comme l'être même d'une ouverture d'être, comme l'être qui va vers un avenir de l'être, un devenir toujours inattendu.

En 1955, il commença l'une de ses dernières leçons par une phrase qui nous indique ce qu'il nous faut faire si nous voulons être philosophe : "c'est une philosophie du dynamisme psychique, ce sont les éléments d'une philosophie dynamique que je me propose de faire paraître ici". C'est que la vie philosophique ne doit plus avoir l'ambition d'en rester à l'exégèse et au commentaire du grand nombre de doctrines, même si elle doit passer par cette propédeutique nécessaire. C'est que l'ère des systèmes personnels est révolue. Le philosophe doit être plus modeste désormais et se mettre à l'étude des mouvements de pensée envers quoi il doit faire effort de compréhension. Une compréhension qu'il doit gagner, qu'il doit recevoir. Et pour la recevoir il doit se mettre à l'école : "la vie philosophique doit s'entendre comme un devoir, un devoir d'étude". C'est dire qu'elle doit être une application méthodique de l'esprit cherchant à apprendre et à comprendre, un effort intellectuel pour acquérir des connaissances, et plus encore, pour s'orienter vers l'observation et l'intelligence des êtres, des choses et des faits.

"Le monde est un premier bien-être, on n'est jamais jeté au monde, on est accueilli par le monde... Le monde est ma curiosité". C'est ce qui faisait de la philosophie de Bachelard une philosophie furibonde de l'invention perpétuelle, de la découverte incessante, une philosophie que rien ne pouvait enfermer, que rien n'arrêtait dans son élan, que rien n'immobilisait, surtout pas sa "vérité". C'est ce qui communiquait à Bachelard cette insatiable animation avec laquelle il se jetait sur tout moment, sur toute parole, sur toute visite, sur toute personne, ce qui faisait que tout surgissement du monde l'éveillait en lui procurant l'étonnement d'être. "Il tirait énergie de tout, de tout il faisait sa jubilation et du langage et de la parole sa jubilation la plus fière".

Bachelard est cet homme venu tardivement à la philosophie, ce qui l'a sans doute protégé du stéréotype sentencieux où chaque professeur se laisse enfermer, qui nous dit tout simplement la joie de méditer, qui nous fait prendre conscience que la méditation est un acte, l'acte philosophique par excellence. Une méditation où toutes les pensées sont conviées, "les graves et les fines , les passionnées et les froides, les rationnelles et les imaginaires", où l'on douterait avec son esprit et avec son coeur, savamment ou naïvement, méthodiquement ou hyperboliquement, sincèrement ou par frime. Une méditation qui chanterait "le philosophe aux champs, le philosophe dans sa cellule, en liesse, en larmes" et pour laquelle le temps serait jeunesse et mort. Une méditation par laquelle le philosophe serait celui par qui tout recommence et tout s'étonne, celui dont l'esprit "dialectisant toute unité, au seuil de son opéra, règlerait sa méditation polymorphe. Il donnerait à tous nos sens, au goût comme à la vue, leur juste temps de méditer. Chacun de nos sens pourrait avoir son personnage, chaque personnage son décor... Il y aurait au moins cinq univers sensibles cinq systèmes de solitude sensible. Tous les facteurs d'univers en puissance dans la vie humaine auraient liberté de maîtriser leur monde, de glorifier l'impérialisme philosophique du sujet seul". Comme on comprend alors le souhait qui inspire la philosophie de ce philosophe venu d'ailleurs, ayant parcouru le grand livre du monde plutôt que les impasses scolastiques : "Ah ! si le philosophe avait le droit de méditer de tout son être, avec ses muscles et son désir ; comme ils se débarasserait de ces méditations feintes où la logique stérilise la méditation ! ou plutôt, comme il mettrait à leur juste place les méditations feintes, méditations de l'esprit de finesse, de l'esprit taquin, malicieux, qui s'acharne dans une volonté de différencier, et qui a du moins la belle fonction de détendre la raideur des convictions bloquées !"(2).

La philosophie ne doit pas être un solipsisme par lequel se satisferait le dé-lire où l'on cesse de lire ce que l'on doit lire, c'est-à-dire le monde, pour lire autre chose, une spéculation narcissique et sécurisante. Elle doit être ouverte sur le monde, dialogue avec le monde, dialogue qui se prolonge et s'amplifie dans celui des méditations singulières. Et la philosophie de Bachelard est une philosophie de la rencontre, du dialogue. Ses méditations écrites s'inauguraient dans ses cours, se nourrissaient des dialogues intimistes qu'il aimait tant poursuivre avec ceux qui lui rendaient visite, à tel point que la retraite l'a désemparé. Le jour où il a dû s'arrêter de faire cours: "Ah ! ce jour-là ils m'ont coupé la langue".

Mais il restait les rencontres. C'était la main tendue, l'invitation à entrer, comme si vous étiez attendu, les conseils, la bonhomie, "le tout dans des mouvements de barbe, des petits regards malicieux en quête de l'astuce à faire, du mot à dire pour que tout devienne rassurant ou drôle, pour débarasser notre espace de tout ce qui risquait d'entraver notre fureur de parler". "Il y avait des moments où il écoutait comme on se prépare à sauter sur quelqu'un. Il s'avançait sur le bord de la chaise, avide d'entendre et prêt à répliquer, avant de savoir à quoi". Et tout cela finissait dans les rires ou bien, comme à ces questions toutes faites d'un journaliste, il s'agitait et tout à coup, au lieu de répondre : "Et vous-mêmes ? Qu'est-ce qui vous intéresse ? Parlez-moi de vous...". C'est que la passion d'enseigner était aussi passion de s'enseigner, de se laisser enseigner. Il questionnait pour se questionner parce qu'il ne s'intéressait pas à lui-même, mais à la pensée, aux autres, au monde.

Ces rencontres intimes ou les cours, ses promenades dans la campagne, aller faire le marché ou s'adonner à la cuisine, c'était pour lui une manière de parcourir le grand livre du monde, de trouver ce sur quoi il fallait méditer

ces chemins qui ne mènent nulle part, mais par lesquels on aborde l'essentiel. C'est que pour écrire, il faut des aventures de conscience. Et "comment connaître, en restant seul, des aventures de conscience ? Est-ce qu'on peut trouver des aventures de conscience en descendant dans ses propres profondeurs ?" (3) Mais la distance est grande entre les paroles qu'on confie librement à un auditoire sympathique ou que l'on partage avec un ami et la discipline nécessaire pour écrire des livres. Dans l'enseignement oral animé par la joie d'enseigner, dans le dialogue privilégié animé par l'amitié, parfois, la parole pense. En écrivant un livre, il faut tout de même réfléchir. Il faut donc apprendre à réfléchir, initier son esprit à la réflexion. Aussi, écartant le papier blanc, Bachelard étudiait, dans un livre, "dans un livre difficile, toujours un peu trop difficile pour lui". "Dans la tension devant un livre au développement rigoureux, l'esprit se construit et se reconstruit. Tout devenir de pensée, tout avenir de pensée, est dans une reconstruction de l'esprit". (3).

Alors seulement, par la grâce de cette ascèse de lecteur, tout compte fait des expériences de la vie, c'est devant son papier blanc, "devant une page blanche placée sur la table à la juste distance" de sa lampe, qu'il était vraiment à sa table d'existence, dans l'accomplissement de l'acte éminemment philosophique : la méditation, par laquelle on s'efforce d'informer les mots pour exprimer la pensée. C'est à sa table d'existence qu'il a connu l'existence maxima, "l'existence en tension, en tension vers un avant, vers un plus-avant, vers un au-dessus" parce qu'au fond ne mérite d'être vécu que ce qui peut être écrit. Ecrit, non pas traduit par l'écriture. L'écriture est un mode d'être, peut-être le mode d'être de l'être.

Assis à sa table d'existence, enrichi par ses aventures de conscience ne cessant pas de reconstruire son esprit en parcourant son labyrinthe de livres, Bachelard méditait sa vie et vivait sa méditation, pensant le monde et cherchant à comprendre l'énigme que demeure l'éclosion des métaphores qui deviennent les concepts par lesquels nous pensons et rendons les choses intelligibles.

"Je suis resté avide de connaître, toujours plus nombreuses, les constructions conceptuelles et, comme j'aimais également les beautés de l'imagination poétique (4), je n'ai connu le travail tranquille qu'après avoir nettement coupé ma vie de travail en deux parties quasi indépendantes, l'une mise sous le signe du concept, l'autre sous le signe de l'image. Sans doute, deux moitiés de philosophe ne feront jamais un métaphysicien, mais mon métier élargi m'obligeait à une double vie. Il m'obligeait à écrire des livres d'enseignement et des livres de loisir. En enseignant je devais faire des livres tout à la volonté de démontrer les valeurs philosophiques de la pensée scientifique de notre temps".

"Penser le nouveau savoir, le savoir dégagé du rationalisme immobile auquel se réfèrent les historiens de la philosophie... Le rationalisme ne saurait être, à aucun titre, un existentialisme de la raison. Le rationalisme n'est jamais une philosophie première, il se renouvelle quand il aborde les constructions d'une science nouvelle, les organisations nécessaires pour mettre en ordre des expériences qui abordent des domaines nouveaux".

"On n'est pas rationaliste par droit de naissance, par une grâce de la nature, on n'est pas rationaliste au départ d'une culture ; on le devient en étudiant des domaines de rationalité nombreux, chacun spécialisant une montée intellectuelle au-dessus des plaines de l'empirisme" (5).

De ces quelques pages qui oscillent entre des affirmations réfléchies qui témoignent d'un engagement philosophique, des citations et des remarques

anecdotiques inspirées par le souvenir ou des lectures, je vais essayer d'abstraire ce que me semble devoir être le travail du philosophe, ce en quoi consiste l'acte de philosopher, la fonction de la philosophie.

* * *

Nous naissons dans un rationalisme triste comme une prison dont les barreaux sont les vérités affirmées et les dogmes de la certitude , dans une pensée toute faite qui ne pense plus, nous nous aliénons dans le mimétisme et la répétition, sécurisés par nos croyances et protégés par l'ordre établi. Le trouble qui fait naître le philosophe vient de ce qu'il se met à sa fenêtre et que l'élargissement de son espace verse en lui l'étonnement : il prend conscience de l'étroitesse et de l'imperfection de sa pensée, de ce qu'elle se révèle être incapable de contenir le monde, un monde qui ne doit pas être son monde, celui de son désir et de son imagination, celui de sa raison individuelle, mais bien celui qu'il doit habiter avec les autres. Et l'homme ne peut habiter le monde qu'en le comprenant, c'est-à-dire en l'assimilant, en le prenant avec son esprit. Le choix est simple parce que l'alternative est claire : ou bien il jouit du monde, gouverné par le principe de raison, organisant les choses selon l'ordre des raisons, instituant le sens, le bon sens puisque c'est celui qui lui permet de vivre avec ses semblables, en harmonie avec une nature comprise et respectée, celui qui l'arrache à la contingence. Ou bien il accomplit aveuglément la loi de l'espèce qui se donne à lui comme une fatalité inéluctable, ou bien il constitue un savoir rationnel, étant bien entendu qu'il y a un grand nombre de domaines de rationalité et, par conséquent, plusieurs modalités d'expression de la rationalité, à partir duquel il lui sera possible de définir sa liberté morale et sa liberté politique, passant ainsi de l'égoïsme de l'empirisme au devenir d'une possibilité métaphysique et d'une liberté.

Si l'homme choisit de devenir homme plutôt que de rester bête, s'il veut constituer un savoir rationnel, il doit choisir, exiger de lui-même, de réviser le contenu des jugements qui se sont formés en lui dès sa naissance, le contenu affirmé à partir de ce qui lui vient des sens et par les sens, à partir de ce que lui inspirent les inclinations, le contenu hérité de ses précepteurs imprudents et de ses nourrices impertinentes. Il faut qu'il oppose son entendement à ses sens imparfaits, à ses tendances aveugles, au verbe nourricier qui s'interpose, falsificateur, entre lui et le monde. Cela est d'autant plus nécessaire que, dans l'enfance, la raison n'étant pas encore elle-même, il a jugé en fonction des besoins du corps, prenant ses désirs pour des réalités, sur le plan de la connaissance sensible, prêtant foi aux fictions épiphénoménales, en l'absence de l'évidence rationnelle qui, seule, peut l'acheminer vers l'essentiel.

Dès lors nous comprenons pourquoi il ne nous suffit pas d'ouvrir notre fenêtre, car nous pouvons l'ouvrir sur le brouillard ou sur la nuit, nous pouvons l'ouvrir sur un paysage en trompe l'oeil, sans compter qu'il peut y avoir de fausses fenêtres ou des fenêtres ouvrant sur le vide. Il faut savoir ouvrir la fenêtre, c'est-à-dire vouloir et pouvoir l'ouvrir et l'ouvrir sur le réel. C'est ce qui rend nécessaire l'éducation. Nous ne pouvons pas nous instituer philosophes : il faut en quelque sorte que nous soyons prédisposés, que nous nous rendions aptes. C'est ce qui rend indispensable la propédeutique éducative: développer nos aptitudes, avoir une pensée prompte, une mémoire ample et présente, une imagination nette et distincte, une raison formée, en un mot, il faut que nous développions autant qu'il est possible, dans les limites de notre nature, les qualités qui servent à la perfection de l'esprit. D'abord le temps des précepteurs et de l'étude, puis celui où nous devons nous résoudre à ne plus chercher d'autre science que celle que nous pouvons trouver en

nous-mêmes ou bien dans le grand livre du monde, celui où nous ne devons avoir que le désir d'apprendre à distinguer le vrai d'avec le faux, le réel d'avec les illusions, pour voir clair en nos actions, marcher avec assurance dans la vie et vivre dans une société susceptible de donner à chacun le pouvoir d'agir ainsi.

Il faut purifier notre entendement, c'est-à-dire nous arracher aux idéologies, nous rendre imperméables aux certitudes acquises, nous faire étrangers aux façons de dire et d'agir, vaincre nos habitudes de penser et nous rendre disponibles. Il faut que notre volonté soit portée à ne suivre qu'un tel entendement : il suffit de bien juger pour bien faire, de juger du mieux que nous le pouvons pour faire tout notre mieux, c'est-à-dire acquérir toutes les vertus et tous les biens que nous pouvons atteindre. C'est en maîtrisant un tel entendement et une telle volonté, jointes à une raison bien éduquée, que nous pouvons connaître exactement notre nature qu'il nous faut vouloir élever au plus haut degré de perfection possible et, en même temps, connaître tout ce qu'il est nécessaire de connaître de la nature pour accéder au vrai bonheur.

Il nous faut savoir que nous rencontrons plus de vérité dans les raisonnements que chacun fait touchant les affaires qui lui importent et dont l'accomplissement le punira rapidement s'il a mal agi et mal jugé, plutôt que dans ceux que font les philosophes professionnels dans leur cabinet et qui sont relatifs à des spéculations qui ne produisent aucun effet, si ce n'est la vanité. Il nous faut comprendre qu'il n'y a pas de vérité acquise, mais seulement une vérité qui se cherche, que la pensée ne peut être pensée une bonne fois pour toutes, que la pensée pensante ne peut être qu'une pensée inquiète. Il ne nous faut avoir que le désir d'apprendre, c'est-à-dire la volonté d'apprendre à distinguer le vrai d'avec le faux.

C'est un fait que les pensées qui s'énoncent s'offrent à nous comme des pensées définitives, comme des pensées confortables et cela d'autant plus que l'effort de pensée authentique est d'abord une simple potentialité, que le passage de la puissance à l'acte appartient au domaine de ce qu'il nous faut acquérir. Pour nous en convaincre il est à peine nécessaire de considérer l'histoire de notre espèce. Au début, les hommes, à l'aide d'instruments naturels, avec peine et d'une manière imparfaite, ont pu en faire d'autres, plus difficiles, avec moins de peine et plus de perfection, et ainsi, s'élevant par degrés des travaux les plus simples aux instruments, et des instruments aux machines, en sont arrivés à pouvoir accomplir beaucoup de choses et de très difficiles avec peu de labeur. Si cela a été possible, c'est que par leur puissance innée les hommes se sont formés des instruments intellectuels, les concepts, à l'aide desquels ils ont acquis d'autres forces pour d'autres oeuvres intellectuelles, et grâce à ces oeuvres ils se sont formés d'autres instruments intellectuels, se donnant ainsi le pouvoir de pousser l'investigation toujours plus loin, avec l'espoir raisonné d'atteindre un jour le comble de la sagesse. Connaître, c'est abstraire, c'est dégager d'une réalité, des aspects, des traits, des caractéristiques qui permettent de penser cette réalité. Pour ce faire il est nécessaire d'écarter, de mettre de côté les contingences inessentielles, il est nécessaire d'en faire abstraction, de former des concepts capables de penser l'universel. Ces concepts ne sont que des moments du mouvement d'abstraction et ne sont pas de pures constructions de l'esprit car, malgré leur caractère abstrait, formel, ils sont censés, en dernière instance, refléter une certaine réalité objective de la nature, la réalité indépendante. C'est la raison pour laquelle se pose une question d'une importance décisive, la question philosophique de l'adéquation de ce reflet, de la valeur opératoire de l'appareil conceptuel, puisque nous sommes en permanence, consciemment, amenés à faire confiance aux concepts qui, de surcroît, ont des prolongements pratiques dont dépend notre existence.

Dans cette ascèse vers une perfection conçue dans les limites de ce que l'homme est, c'est-à-dire dans les limites de ce que les sciences nous révèlent de l'homme, la fonction du philosophe est claire et le programme simple. Il doit travailler à ce que beaucoup acquièrent la perfection avec lui, car cela seul peut permettre l'accord des entendements et des désirs, donc favoriser la vie sociale et le bonheur. Il doit mettre en évidence la nécessité d'avoir de l'univers une connaissance suffisante pour l'acquisition du bien général et de la perfection à laquelle l'humanité est destinée. Il doit présider à la constitution d'une société telle qu'elle doit être afin que le plus grand nombre d'hommes arrivent aussi facilement et aussi sûrement que possible au but cherché. Il doit consacrer tous ses efforts aux deux choses dont nous pouvons regarder la découverte comme la plus difficile pour l'humanité : l'art de gouverner les hommes et celui de les éduquer. Il doit par conséquent accorder une large part de ses méditations à une philosophie morale et politique ainsi qu'à la science de l'éducation des enfants. Et comme beaucoup de choses difficiles sont rendues faciles par les arts et métiers et que par ceux-ci nous pouvons gagner dans la vie beaucoup de temps et d'aisance, il ne doit pas négliger la réflexion sur la valeur d'usage des techniques, celles qui lui garantissent la santé comme celles qui le rendent comme maître et possesseur de l'univers. Dans ce travail, il ne doit jamais oublier qu'il n'y a pas de vérité conceptuelle définitive, que le concept doit s'adapter à la réalité et non l'inverse et que l'adaptation est un processus qui connaît des phases, des déplacements, où les concepts peuvent avoir trois types de devenir : être confirmés et consolidés, comme ce fut le cas pour la théorie quantique et relativiste par la physique des particules, être invalidés et rangés aux oubliettes de l'histoire des sciences, comme ce fut le cas pour le concept d'éther par l'expérience de Michelson, ou bien être dépassés, c'est-à-dire n'être ni invalidés ni confortés, mais être limités dans leur domaine de validité, comme ce fut le cas de la mécanique classique dans la théorie quantique et relativiste. Il doit surtout ne jamais oublier que les concepts ne doivent pas opérer à distance des conséquences pratiques.

Ainsi la philosophie ne peut se réduire à l'histoire de la philosophie, à l'analyse des oeuvres des philosophes, à cette spéculation frivole en laquelle se cantonnent les professionnels de la philosophie sécurisés par leur statut de fonctionnaire et infantilisés par leur enfermement dans un univers mis en marge des engagements scientifiques, techniques et politiques. Elle doit se savoir solidaire des sciences dont elle doit interroger les principes, analyser les modalités, déterminer la valeur, afin que les techniques et les pratiques qui en découlent ne soient pas livrées aux seuls appétits de pouvoir bornés par l'égoïsme. Il y a une unité de la pensée dans ses principes, dans son déploiement multiforme et dans ses conséquences, et la philosophie doit nous faire comprendre comment il est possible de parvenir à des connaissances qui soient utiles à la vie, pas seulement celle des hommes, et non se diluer en cette philosophie spéculative que l'on enseigne dans les universités, pourquoi il ne faut pas seulement désirer l'invention d'une infinité d'artifices qui nous font jouir sans aucune peine des fruits de la terre et de toutes les commodités qui s'y trouvent, mais plutôt pourquoi il est possible et nécessaire de trouver quelque moyen de rendre les hommes plus sages et plus habiles qu'ils n'ont été jusqu'à maintenant.

La philosophie ne doit pas être une succession de systèmes qui s'opposent ou s'excluent, l'espace d'une sorte de guerre des gangs qui verrait les idéalistes chercher à s'imposer aux matérialistes ou les empiristes aux réalistes. Elle ne doit pas être vouée aux modes, ni même aux certitudes. Toutes les perspectives ont quelque chose à nous apprendre et s'il veut habiter le monde, le philosophe doit s'engager à parcourir tous les chemins, les routes

de la terre et les voies de l'esprit, les avenues de la raison et les sentiers de la rêverie, tous les itinéraires où les concepts se génèrent dans le souci de chercher la vérité. Car sur cette question majeure qui fonde nos actions il ne sert à rien de compter les voix pour suivre la doctrine qui a le plus de partisans. Quand bien même tous seraient d'accord entre eux, la doctrine ne suffirait pas : jamais nous ne deviendrons savants "même en retenant toutes les démonstrations" des hommes de science, "si notre esprit n'est pas capable à son tour de résoudre toute espèce de problème", jamais nous ne serons philosophes "si nous avons lu tous les raisonnements de Platon et d'Aristote et qu'il nous est impossible de porter un jugement ferme sur une question donnée". A ce jeu de l'exégèse, du commentaire et de l'analyse qui n'est que répétition à l'infini nous ne pouvons pas accéder à la connaissance vraie et à la réflexion déterminant la valeur des choses, mais seulement à l'histoire, c'est-à-dire au contingent, à l'empirisme le plus plat, à l'inanité d'un discours qui n'est qu'une surcharge de mémoire où se légitiment les cultes les plus stupides, où se fondent les répétitions génératrices d'un fatalisme irréductibles, où se conçoivent les doctrines les plus bornées et les plus folles, où s'imaginent les finalités et les causalités garantes des pouvoirs les plus illégitimes et où se justifient les volontés les plus meurtrières.

Le philosophe doit être l'artisan des ruptures permanentes où s'origine la réflexion à la recherche des principes et des premières causes de tout ce qui est ou qui peut être dans le monde, l'homme des commencements à partir desquels s'organise l'examen des premiers et des plus ordinaires effets que l'on peut déduire des causes et des principes, l'homme qui va au devant des causes par l'expérience, l'homme dont la méditation fait repasser l'esprit sur tous les objets qui nous viennent des sens et par les sens, ce qui permet d'éclairer l'action et de déterminer la valeur des choses.

Le philosophe doit donc s'efforcer de vaincre toutes les difficultés et toutes les erreurs qui nous empêchent de parvenir à la connaissance de la vérité, et il ne peut réussir dans cette entreprise qu'en s'arrachant aux séductions premières, qu'en pensant contre l'impulsion, contre l'entrainement naturel, contre le fait coloré et divers, contre les certitudes acquises, qu'en détruisant des connaissances mal faites, qu'en surmontant ce qui, dans l'esprit même, fait obstacle, qu'en détruisant l'opinion qui traduit des besoins en connaissances. Cette pensée qui ne doit chercher la vérité qu'en un véritable repentir intellectuel, qui doit sans cesse revenir sur un passé d'erreurs, il doit enfin l'écrire, parce qu'une pensée ne devient claire qu'en s'informant dans les mots et les phrases où les concepts doivent rejoindre la vie, et que par l'écrit il permet aux autres de refaire son parcours pour le prolonger en le dépassant : la vérité ne peut s'atteindre que dans le dialogue des pensées réfléchies.

Mais alors il nous faut fuir la fausse vie intellectuelle, ne pas nous perdre dans les querelles qui se pratiquent entre les écoles et même à l'intérieur des écoles, car pendant que chacun s'efforce d'avoir raison, en fait tous s'ingénient bien plus à faire valoir la vraisemblance qu'à peser les raisons de part et d'autre, tous s'opposent bien plus qu'ils n'essayent de se comprendre, tous se trompent d'objet et stérilisent la pensée.

Il n'est pas un seul point de vue qui puisse se donner pour l'expression de la vérité absolue. Et pourtant, c'est toujours à partir d'une certaine perspective que nous pensons et que nous énonçons une pensée qui nous semble alors être vraie. Aussi la grande difficulté pour le philosophe, c'est de comprendre, d'entendre la pensée de l'autre. Même si cela peut paraître paradoxal, c'est la raison pour laquelle il faut refuser les exégèses qui n'ont

jamais les moyens de faire ce dont elles ont l'intention, les commentaires qui édulcorent ou pervertissent, renoncer aux explications qui ne sont que l'effet d'une incroyable prétention, car cela revient à affirmer l'incomplétude et l'obscurité de la pensée d'autrui, cela implique que nous avons plus que l'autre les moyens d'exprimer une pensée qui n'est pas la nôtre. Tout philosophe qui a expliqué quelques-unes de ses pensées à des personnes cultivées et intelligentes, a pu remarquer que, tandis qu'il leur parlait, elles semblaient les comprendre parfaitement, alors qu'elles les changeaient de telle sorte qu'il ne pouvait plus les reconnaître siennes lorsqu'elles les redisaient. Ceux qui commentent et expliquent "sont comme le lierre qui ne tend point à monter plus haut que les arbres qui le soutiennent, et même souvent qui redescend après qu'il est parvenu jusqu'à leur faite : car il me semble aussi que ceux-là redescendent, c'est-à-dire se rendent en quelque façon moins savants que s'ils s'abstenaient d'étudier, lesquels, non contents de savoir tout ce qui est intelligiblement expliqué dans leur auteur, veulent outre cela y trouver la solution de plusieurs difficultés dont il ne dit rien, et auxquelles il n'a peut-être jamais pensé" (6). Toutefois leur façon de philosopher est fort commode : esprits médiocres, incapables de penser ce qui doit être pensé, c'est-à-dire le monde, ils obscurcissent les distinctions et les principes dont ils se servent pour parler de toutes choses avec autant de hardiesse que s'ils en avaient une connaissance claire. Ils veulent savoir parler de toutes choses et acquérir la réputation d'être doctes, ce à quoi ils parviennent aisément en se contentant de commentaires pervers ou d'explications historiques ou biographiques, en se satisfaisant de la vraisemblance exégétique qui peut être trouvée sans grande peine en toutes sortes de matières, plutôt que de chercher la vérité et d'avouer ce qu'ils ignorent. Le philosophe n'a certainement rien à voir avec ces faux intellectuels qui cherchent les honneurs et l'argent, qui cherchent à fonder leur pouvoir sur l'autorité d'une pensée qui n'a que le souci de plaire et dont l'audience n'est pas nécessairement le signe d'une recherche de la vérité.

Le philosophe est celui qui doit avoir la volonté de remettre en cause l'expérience des autres pour penser ce qu'ils n'ont pas su, pu ou voulu penser, celui qui doit tout repenser entièrement par lui-même, celui qui doit penser sa propre expérience. Pour ce faire, il doit se donner les conditions de la pensée. Il faut qu'il se place dans une situation telle que son esprit puisse être libre de tous soins, c'est-à-dire qu'il doit se rendre matériellement et intellectuellement libre, se mettre en état de loisir, dans une paisible solitude. Il faut qu'il renonce à prendre pour fins les honneurs, le plaisir et l'argent, qu'il purifie son entendement, qu'il exorcise sa mémoire, qu'il la vide de tout ce qui l'invite à la répétition ou à la sclérose. Il faut qu'il se place en état de recommencement et se fasse ingénu, qu'il devienne émigrant ou explorateur, capable de vivre l'anabase platonicienne ou le western cartésien, capable de perdre le monde sensible pour mieux retrouver le monde habitable par la médiation de l'intelligible.

Tout le travail du philosophe présuppose le postulat de la raison, la possibilité du savoir et repose sur le jugement, c'est-à-dire la faculté de discerner le vrai du faux, l'être, non pas ce qui est maintenant, mais l'être voilé qui doit être cherché et dont dépendent le juste, le bien et le beau. Le philosophe est celui qui polarise la pensée vers le vrai à partir duquel s'organisent les trois autres points cardinaux de la pensée : le bien, le juste et le beau. Il est celui qui doit rendre la pensée possible en définissant les modalités et les conditions d'un savoir à partir duquel la société pourra s'organiser éclairée par la réflexion morale et politique, et par lequel l'homme peut accéder à la contemplation de l'univers et de la création.

* * *

A travers ce qui vient d'être dit, le philosophe apparaît comme le conquistador de la vérité, d'une vérité dont la valeur de tout ce que l'homme produit dépend. Mais qu'est-ce que la vérité ? On peut la définir brièvement comme la conformité de la pensée avec l'objet, de nos représentations avec la réalité indépendante. Comme elle doit être dite, il faut ajouter qu'elle est aussi liée à la cohérence de la pensée et du discours. Certes la philosophie se préoccupe de ce deuxième aspect et la logique, dont c'est l'objet, fait partie de la philosophie. Mais cet aspect formel ne fait pas vraiment problème, il suffit, en quelque sorte, de se donner une syntaxe et de la respecter, étant bien entendu que ce formalisme ou cette axiomatisation peut toujours être amélioré. Cependant nous ne voulons pas, ici, collaborer à l'implicite du néologicisme anglo-saxon qui ose prétendre que les problèmes ne dépendent que de l'imperfection de nos manières de dire, nous voulons seulement évoquer la dimension métaphysique de la question de la vérité, parce qu'elle est la clef de voute du travail philosophique.

En ce domaine, il ne faut pas perdre de vue que l'homme de science ne se soucie guère de la vérité dont le philosophe se préoccupe. Les deux moyens de son emprise sur le réel sont les données de l'expérience, issues de son observation, et les théories, plus ou moins mathématisées, constructions arbitraires selon lesquelles il ordonne les faits d'expérience, de manière à leur conférer une signification. Ces deux moyens ne comportent aucune exigence de vérité : les observations doivent être correctes, les théories doivent être opératoires, c'est-à-dire constituer une meilleure approximation, une généralisation permettant de mieux sauver les apparences, l'énonciation de relations entre un plus grand nombre de phénomènes. Pour le philosophe, le problème de la vérité comprend tout le rapport entre le sujet connaissant et l'objet à connaître.

L'homme de science réaliste admet qu'il a devant lui une réalité objective, une réalité indépendante, où des choses se produisent indépendemment de lui. Il sait qu'il dispose de moyens appropriés pour faire sur cette réalité des observations plus ou moins exactes ou précises. Il sait aussi, par expérience, que son observation peut ne toucher qu'une partie des phénomènes étudiés et que, par conséquent, la connaissance des phénomènes peut n'être que partielle et indéfiniment perfectible, ou plus exactement, il ne sait jamais si sa connaissance a atteint le degré maximum de perfection, le degré où elle ne serait plus perfectible. C'est la raison pour laquelle il a tendance à s'installer dans le champ des connaissances établies, de les prendre pour l'énoncé de la vérité absolue. Voilà le point où commence le travail philosophique : le philosophe réfléchit sur l'expérience vulgaire, mais plus encore sur l'expérience scientifique. Sa réflexion a pour fonction d'inquiéter les connaissances acquises parce qu'il n'a pas à renoncer à l'espoir de vérité absolue.

Cependant il ne faudrait pas croire que la philosophie n'ait pour fonction que de ranimer la quête de la vérité à partir des acquis de la science. Les concepts qu'utilise la philosophie ont été acquis bien avant le développement des sciences. L'être, le contingent, l'acte, la puissance, le mouvement, la vie, le sensible, l'intelligible se trouvent dans l'expérience de tout homme et permettent à la réflexion philosophique de parvenir aux vérités les plus essentielles. Sans compter que certains problèmes n'ont pas attendu les sciences pour être posés : l'illusion, la liberté, la mort, le temps, l'erreur, par exemple. Il se peut que le développement scientifique soit pour ces concepts une occasion de développement ou de perfectionnement, et pour ces problèmes une possibilité de changement de perspective. Il se peut que les sciences amènent des faits nouveaux, mais elles ne changeront rien aux interrogations philosophiques, même si elles posent de nouveaux problèmes. Elles conduiront,

tout au plus, le philosophe à une meilleure connaissance du monde, à corriger des erreurs qu'une expérience insuffisante avait permises. Elles ne modifieront pas la philosophie parce que dans l'idée même de science entrent les données qui suffisent aux plus importants domaines de la philosophie.

Tant que l'on n'a pas formé tous les concepts nécessaires pour penser le monde, tant que l'on ne s'est pas donné les moyens de penser l'être du monde, on est confronté à la difficulté de l'erreur. Mais quand on se trompe, on ne sait pas que l'on se trompe, on ne sait pas non plus que l'on ne se trompe pas. Il y a dans l'esprit une obscurité que l'on ne dissipe pas. Lorsque tout est clair, lorsque l'on a conscience de comprendre, lorsque l'on saisit de l'intérieur l'acte par lequel on connaît, on ne peut se tromper. L'agent de cette clarté dissipatrice de l'erreur n'est autre que la philosophie. Elle est tout entière définie dans cet effort par lequel l'intelligence devient transparente à elle-même, de telle manière qu'au moment où elle connaît, la nature de son acte lui est intimement consciente. Il nous faut donc essayer de dire en quoi consiste cette recherche, cet effort.

Il y a les choses en elles-mêmes, indépendantes de l'homme et de ses représentations, les choses telles qu'elles nous apparaissent et les choses telles que nous les pensons dans nos représentations. Pour savoir si nos représentations sont vraies, c'est-à-dire pour savoir si en échappant aux apparitions sensibles nous avons saisi quelque chose au moins des choses en-soi, il nous faut un critère. Mais nous ne pouvons pas avoir de critère pour départager les représentations, pour connaître les unes comme vraies et les autres comme fausses. Nous ne pouvons pas nous fier aux sensations, nous ne pouvons pas nous fier aux raisonnements qui doivent être confirmés par la vue immédiate des objets, ce qui nous ramène aux sensations, nous ne pouvons pas non plus nous fier aux preuves dont la suite est infinie. Et s'il n'y a pas de critère de la vérité, alors il n'y a que du douteux, ce qui nous conduit à une enquête qui ne peut cesser : situation intenable pour deux raisons. Ou bien nous sommes confinés dans le scepticisme qui se refuse à affirmer ou à nier et qui laisse ainsi la place aux savoirs qui se prétendent révélés. Ou bien nous sommes condamnés au dogmatisme négatif de ceux qui affirment que la vérité n'existe pas et qui laissent ainsi le champ libre à tous les prétendus savoirs qui varient au gré des modes. En fait, il faut comprendre que cette enquête incessante interdit seulement d'affirmer que la vérité existe, affirmation qui est la pire forme de dogmatisme, surtout lorsque nous la légitimons en déclarant que nous avons trouvé la vérité. C'est bien ce que nous laissent entendre Platon avec l'ironie, Descartes avec le doute méthodique, Kant avec sa critique, Husserl avec son épochè ou les existentialistes proclamant la faiblesse de la raison.

En réalité, il n'y a pas de problème de critère de la vérité. Elle est quelque chose que nous apercevons immédiatement par nous-mêmes : c'est ce qui est manifeste, évident, les axiomes, les principes et les vérités premières. Mais cette affirmation n'est pas sans poser un problème que mettent en évidence nos tentatives de démonstration en ce qui concerne les axiomes, l'a priori des vérités premières ou la causalité sans cause que dénonce Schopenhauer. Heureusement il y a une issue à cette impasse où nous buttons sur l'irrationnel. Il nous suffit de voir pour être sûrs que c'est vrai, nous n'avons pas à chercher de critère qui nous permette de reconnaître ce qui est vrai. Cela suppose, bien entendu, que nous possédons un entendement purifié (Spinoza), une raison bien formée (Descartes), un désir qui ne se trompe pas d'objet (Platon), un imaginaire élucidé par une "psychanalyse très spéciale" (Bachelard) et une mémoire qui ne soit pas faussée, capable d'une réminiscence correcte (Schopenhauer).

Au fondement, l'entendement qui aperçoit, qui voit, qui est intuition. Mais toutes les visions ne sont pas correctes : il y a les myopes, les presbytes, les dislexiques, il y a l'obscurité et le brouillard. Il nous faut donc préciser comment il nous faut user de l'intuition.

Il nous faut atteindre l'évidence, la vision claire et distincte. Mais quand une connaissance est-elle claire ? Quand est-elle distincte ? Elle est claire lorsqu'elle est présente et manifeste à un esprit attentif. Elle est distincte quand elle est si précise et différente des autres qu'elle ne comprend en elle-même que ce qui paraît manifestement à celui qui la considère comme il faut. L'évidence n'est autre que le concept parfaitement défini en compréhension et en extension, elle est ce que l'attention rend évident. L'attention, ici, n'est en rien une disposition psychologique ou une manière de discipline permettant d'éviter les inadvertances, elle est ce qui fait éviter la précipitation et le préjugé, ce qui exige que nous prenions le temps de penser, ce qui nous arrache à la pensée toute faite, aux habitudes de penser, ce qui nous délivre de l'idéologie et des convictions de la mémoire, ce qui préside à l'établissement d'une méthode qui doit permettre le déploiement de la pensée, étant bien entendu que la méthode de Descartes n'est plus aujourd'hui que la politesse du savant, ce qui exprime l'état d'esprit qui préside à l'établissement de chaque science qui doit avoir sa méthode propre puisqu'elle porte sur un objet singulier (7).

L'évidence, c'est ce qui résulte de l'effort fait pour distinguer dans nos pensées ce qui est clair de ce qui ne l'est pas, c'est la pensée, pensée par le sujet, arrachée à la confusion de l'expérience sensible, assimilée et rendue explicite après qu'elle ait été empruntée à l'inexplicable pensée de l'autre ou perçue dans l'ineffable du monde. Cela rend manifeste qu'une idée claire peut être confuse, mais qu'une idée distincte ne peut être que claire. Là est toute la génialité de Descartes, lorsqu'il comprend et affirme par sa démarche que le problème de la vérité que l'on posait en référence à l'objet, doit être posé en référence au sujet : la vérité ne tient pas à ce qui, de l'extérieur, confirme ce que nous concevons, mais tient à la manière dont nous apercevons et concevons.

D'abord le doute, analogue au désenchaînement de l'esclave ou à l'ironie platonicienne, au criticisme kantien ou à la suspension du jugement husserlienne, qui disqualifie l'expérience sensible et la mémoire porteuse des convictions empiriques et des certitudes du savoir établi. Il nous laisse en face d'une évidence paradigmatique : la pensée, mais la pensée vide, la pensée comme potentialité de penser quelque chose. Puis l'analyse des modalités de cette pensée capable de réfléchir ce qui lui parvient des sens ou par les sens, analyse qui distingue les idées, les volontés, les jugements, les affections ou sentiments et les imaginations, et qui découvre qu'aucune de ces modalités ne peut nous garantir l'existence de ce à quoi elles prétendent nous renvoyer : une réalité indépendante. C'est cette analyse qui rend nécessaire le recours à une caution transcendante de la réalité sensible et fait prendre conscience de l'irréductibilité de l'irrationnel qui préside à tout déploiement de la pensée, à moins que l'on accepte que l'idée de perfection témoigne de l'existence d'un Dieu créateur (8). En dehors de cette dernière hypothèse nous sommes condamnés à l'irrationnel d'une causalité sans cause, à l'hypothèse d'un monde d'objets qui ne nous donne que des impressions et ne nous livre que des apparences, mais que nous espérons atteindre par le détour de l'abstraction conceptuelle et connaître par l'élaboration de théories générales, sans que jamais la certitude puisse être acquise. Enfin, l'examen du mécanisme de l'erreur dont l'explication donne à la pensée les moyens de l'éviter.

Malheureusement le pouvoir d'éviter l'erreur ne nous prémunit pas contre la tyrannie de la mémoire, contre le dé-lire du désir ou contre les fantasmagories de l'imagination. Il ne peut pas nous assurer que notre pensée pense bien ce qu'elle a à penser, c'est-à-dire le monde des objets, la réalité indépendante, nous convaincre que notre pensée n'est pas un dé-lire. Là est sans doute ce qui a conduit Bachelard à surrationaliser le rationalisme de Descartes en essayant de soumettre la connaissance objective à sa "psychanalyse très spéciale", en s'efforçant de percer l'énigme de la génération des métaphores que sont les concepts et les principes ordonnateurs, ainsi que nous l'avons suggéré par ailleurs (9).

Ainsi la vérité est bien du côté de la pensée que nous formons et informons et non du côté des choses auxquelles les pensées sont censées correspondre. Tout commence avec la pensée et ses évidences : les principes, les axiomes et les concepts. Mais de telles évidences ne suffisent pas à épuiser la connaissance qui en resterait aux prémisses. Il faut passer des intuitions à tout ce que nous pouvons en déduire par la médiation du raisonnement hypothético-déductif qui permet de construire la vérité, voire de l'induction qui permet l'analyse ou de l'induction formelle qui favorise la vérification de l'ordre des raisons, expression de la vérité. Telle est la méthode que la philosophie propose à la science, celle qu'utilisent tous les artisans de la connaissance y compris Einstein, Pavlov ou Freud qui passent pour voir tué Descartes, ou Feyeraband qui préconise une sorte d'anarchisme méthodologique.

L'essentiel de la méthode, c'est l'ordre, la disposition des choses vers lesquelles il nous faut tourner le regard de l'esprit pour découvrir la vérité. Pour cela il nous faut tout examiner, simplifier, ranger, énumérer. Cet ordre est celui dans lequel procèdent nos pensées, non celui dans lequel procèdent les choses qui s'offrent à notre perception. Il consiste dans la liaison de nos pensées et non dans la façon dont les choses se succèdent ou sont formées. C'est l'ordre dans lequel on connaît, dans lequel il faut prendre connaissance des choses, étant bien entendu qu'il n'est pas forcément l'ordre des choses elles-mêmes, ni même l'ordre dans lequel elles se présentent à nous. Il n'est pas l'ordre du cours de nos impressions et de nos représentations pas plus que l'ordre psychologique de la succession de nos idées, comme elles viennent à notre esprit, mais l'ordre nécessaire qui s'impose à nos idées dans la connaissance, celui qu'il faut pour déduire les choses les unes des autres, par lequel les choses s'ordonnent dans la pensée et par la pensée.

Empiriquement nous avons commencé par des constatations et des représentations sensibles. En restant à ce niveau de connaissance nous en resterions au "nous avons perçu..." ou au "on nous a dit...", à l'opinion, à la pensée qui ne pense pas. Psychologiquement, nos représentations se sont formées selon notre expérience, au fil du vécu. En restant à ce niveau de connaissance nous en resterions aux préjugés et à l'ignorance d'une pensée qui prend les apparences pour des vérités. Pour atteindre une connaissance capable de vérité, il nous faut savoir nous libérer des présupposés sensibles, des connaissances mal établies et mal assimilées, et commencer par ce qui peut être posé comme premier dans la pensée et par la pensée, ce qui ne peut être fait qu'en suivant une méthode.

1. Diviser les difficultés, c'est-à-dire partir non des choses comme elles se présentent parce qu'elles sont alors inexplicables, mais des problèmes tels que nous sommes amenés à nous les poser.

2. Imposer l'ordre aux choses, c'est-à-dire ne pas nous soumettre aux choses telles que nous les voyons se produire dans la nature

et que nous ne pouvons rencontrer que par hasard, en les constatant ou en les observant ici ou là, mais les faire se suivre selon l'ordre des raisons seul capable d'apercevoir l'ordre qu'il faut.

3. Faire en sorte que l'ordre soit total, nous assurer que tout est dans l'ordre. C'est alors que nous débusquerons les paradoxes, les incertitudes, les oublis ou que nous prendrons conscience que la connaissance dépasse nos possibilités du moment par défaut de concepts, par déficience ou impuissance technique, voire tout simplement pour des contingences bassement financières, politiques ou idéologiques. Il ne faut surtout pas oublier que dans son déploiement la pensée se heurte à des obstacles. "Il ne s'agit pas de considérer des obstacles externes, comme la complexité et la fugacité des phénomènes, ni d'incriminer la faiblesse des sens et de l'esprit humain : c'est dans l'acte même de connaître, intimement, qu'apparaissent par une sorte de nécessité fonctionnelle, des lenteurs et des troubles". C'est là que nous pouvons déceler "des causes de stagnation et même de régression", c'est là que nous pouvons révéler "des causes d'inertie" que nous pouvons appeler "des obstacles épistémologiques".La connaissance du réel est une lumière qui projette toujours quelque part des ombres. Elle n'est jamais immédiate et pleine. Les révélations du réel sont toujours récurrentes. Le réel n'est jamais ce qu'on pourrait croire, mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser. La pensée empirique est claire après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point" (10). La vérité ne se trouve que dans un "véritable repentir intellectuel", on ne connaît que contre la nature, contre soi -même, contre une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites, en surmontant ce qui, en nous, fait obstacle à l'intelligibilité et à la conceptualisation.

Telle est ce que nous pourrions considérer comme la morale de la méthode. Elle nous permet d'espérer, elle nous permet peut-être même de le vouloir, atteindre la vérité, la connaissance de la réalité indépendante, un ordre où toutes choses seraient connues. Mais alors il nous faut avoir cette espérance en même temps que l'humilité parce que la nécessité des affaires, l'urgence de la vie, les pressions idéologiques, financières ou politiques, le goût du pouvoir ou la folie de nos désirs peuvent ne pas nous laisser le temps et le loisir d'examiner les choses soigneusement et parce qu'il nous faut bien admettre l'infirmité et la faiblesse de notre nature.

NOTES

1 : G. Cohen-Tannoudji et M. Spiro, La **matière-espace-temps** Fayard, "Le temps des sciences" 1986, p. 73.

2 : G. Bachelard, "Fragment d'un journal de l'homme", in **Mélanges d'esthétique et de science de l'esprit** offerts à E. Souriau Nizet 1952, p. 23 à 30.

3 : G. Bachelard, **La flamme d'une chandelle**, P.U.F. 1980.

4 : Au sens de imagination créatrice, c'est-à-dire l'imaginaire.

5 : Cf. J. Lescure, **Un été avec Bachelard**, Luneau Ascot éditeurs 1983. Toutes les citations qui, des pages 1 à 6, ne donnent pas lieu à une note sont extraites de cet ouvrage.

6 : R. Descartes, **Discours de la méthode**, sixième partie.

7 : Samuel S. de Sacy, **Descartes par lui-même**, Seuil 1956, p. 7. "Le cartésien du langage courant, c'est un pédant de cabinet, sec, rigide, entier, tranchant, les yeux fermés devant le monde et devant lui-même ; il ne se fie qu'à la pensée pure ; il n'admet de connaissance que de l'abstraction ; il prétend déterminer l'être au moyen de sa mécanique raisonneuse ; il ne croit à ce qu'il a décidé devoir être, à l'existence que par déduction et au réel que par conclusion. Ce cartésien-là est à peu près à Descartes ce que le signe moins est au signe plus".

8 : Cf. J. Ph. Ravoux, **Descartes ou le western de Dieu : le sens profond des méditations.**

9 : Cf. J.Ph. Ravoux, **Le droit de rêver ou le devoir de ne pas dissiper Bachelard**, article conjoint.

10 : G. Bachelard, **La formation de l'esprit scientifique**, Vrin 1969 p. 5 à 14.

Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Institut d'Etudes Judiciaires

"LES STANDARDS DANS LES DIVERS SYSTEMES JURIDIQUES"

PREMIER CONGRES DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE
DE METHODOLOGIE JURIDIQUE
Aix-en-Provence - 5, 6 et 7 septembre 1988

PROGRAMME

Lundi 5 septembre 1988

Thème n° 1 : Définition et utilisation des standards dans les divers systèmes de droit

Matin :
- "Les dimensions éthiques de la notion de standard"
par M. Enrico Pattaro, Professeur à l'Université de Bologne (Italie)
- "Les standards et les principes généraux du droit"
par M. Valentin Petev, Professeur à l'Université de Münster (R.F.A.)
- "Standards et règles de droit"
par M. Juan-Santos Navarro, Chargé d'enseignements à l'Université de Lyon

Après-Midi :
- "Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit"
par M. Jerzy Wroblewski, Professeur à l'Université de Lodz (Pologne)
- "Les standards dans les droits romano-germaniques"
par M. Philippe Delebecque, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
- "La place des standards dans la Common Law"
par Sir William Dale, KC. MG, Université de Londres (G.B.)
- "Les principes de la vie en société en tant que standard des droits socialistes"
par M. Zygmunt Ziembinsky, Professeur à l'Université de Poznan (Pologne)

- "Les standards en droit japonais"
par Mme Mamiko Ueno, Professeur adjoint à l'Université Chuo de Tokyo (Japon)
- Discussion

Mardi 6 septembre 1988

Thème n° 2 : L'utilisation des standards dans les normes juridiques : Traités, constitutions, lois et décrets, contrats

Matin :
- "L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues"
par M.A. Yiokaris, Professeur assistant à l'Université d'Athènes (Grèce)
- "Les standards dans les textes bilingues au Canada"
par M. Michel Sparer, Président du Conseil Supérieur de la Langue Française à Ottawa (Canada)
- "Les objectifs de la C.E.E. comme standards du droit communautaire"
par M.A. Vernardos, Vice-avocat général à la Cour de cassation - Athènes (Grèce)
- "Les standards dans les textes constitutionnels"
par M. José Woehrling, Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
- Discussion

Après-Midi :
- "Les standards dans les textes législatifs traitant de matières techniques spécialisées (Radiodiffusion, transports, contrôle de l'investissement étranger"
par M. Pierre Trudel, Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
- "Les standards de "equitable principles" et de "equitable results" dans la délimitation des zones maritimes en droit international"
par M. P. John Kozyris, Professeur à l'Ohio State University (U.S.A.)
- "Les standards en droit public"
par M. Pavlopoulos, Professeur à l'Université d'Athènes (Grèce)
- "Les standards en droit criminel"
par Mme Mireille Delmas-Marty, Professeur à l'Université de Paris II

- "L'utilisation des standards dans la législation, au Royaume-Uni"
par Sir William Dale, KCMG, Université de Londres (G.B.)
- Discussion
- Assemblée Générale de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique

Mercredi 7 septembre 1988

Thème n° 3 : L'utilisation des standards dans la pratique et la jurisprudence

Matin :
- "Les standards et les pouvoirs du juge"
par M. P. Orianne, Professeur à l'Université Catholique de Louvain (Belgique)
- "Le droit et le fait dans l'application des standards"
par Mme Danielle Pinard, Professeur à l'Université McGill (Montréal-Canada)
- "La justification des décisions fondées sur des standards"
par M. Michele Taruffo, Professeur à l'Université de Pavie (Italie)
- "Standards et contrôle de la constitutionnalité des lois"
par M. Alessandro Pizzorusso, Professeur à l'Université de Florence (Italie)
- "Le contrôle de l'application des standards par la Cour suprême brésilienne"
par M. J. C. Barbosa Moreira, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro (Brésil)
- "Utilisation des standards et adaptation du droit à l'évolution sociale"
par M. N.-J. Mazen, Avocat, Maître de Conférences à l'Université de Dijon
- Discussion

Après-Midi :
- Rapport de synthèse
par M. Ph. Jestaz, Professeur à l'Université de Paris XII

Pour tous renseignements s'adresser au :
SECRETARIAT DU CONGRES :
Association Internationale de Méthodologie Juridique (I.E.J.)
Faculté de Droit et de Science Politique
3, Avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex 1
Tél. : 42.59.19.45

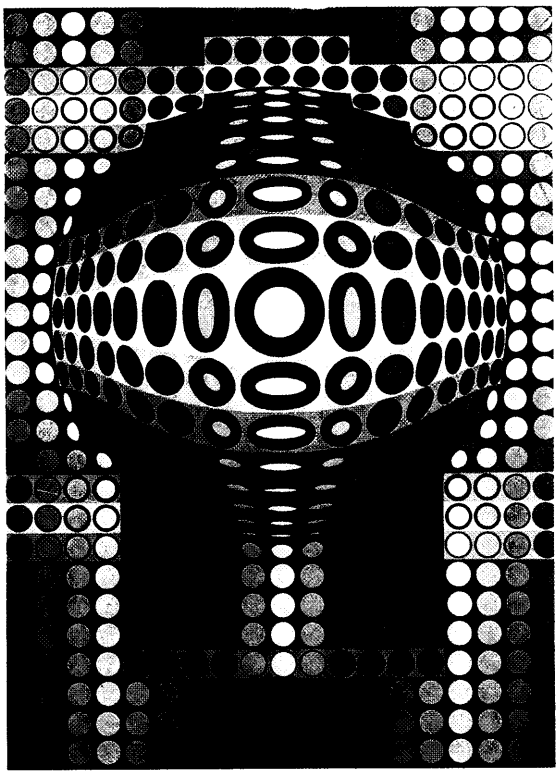
DEPOT LEGAL 2ème Trimestre 1988

N° I S S N 0249-8731

Couverture : Imprimerie Paul Roubaud - Aix-en-Provence

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



A voir notamment

G. CHAMPY :

ESSAI DE DÉFINITION DE LA FRAUDE INFORMATIQUE

Ph. COCATRE-ZILGIEN :

LA REVOLUTION FRANÇAISE ET LE MODÈLE CONSTITUTIONNEL VÉNITIEN

H. R. PALLARD :

LA PHÉNOMENOLOGIE ET LE DROIT

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1988 - 3

La Direction de la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

(C) PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1988

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1988-3

Publiée par la FACULTE DE DROIT et de SCIENCE POLITIQUE
d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIII - 34 (13ème année - 34e numéro)
(4 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
V.VASARELY : "HOOR" P. 1049 - 1976

COMITE DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

*_*_*_*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le Directeur J.-L. BERGEL
M. le Directeur D. BERRA
M. le Doyen F. BOULAN
M. le Directeur J. BOURDON
M. le Professeur J.-Y. CHEROT
M. le Professeur Y. DAUDET
M. le Président Ch. DEBBASCH
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE
M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur C. MOULY
M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Doyen F. BOULAN
M. le Président L. FAVOREU
M. M. GARCIN
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros pas an - Tarif 1988

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 270 F
Abonnement étranger : 330 F
Numéro (France) : 85 F

Chèques à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
C. C. P. 9404 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

EDITORIAL 571

DROIT CONSTITUTIONNEL

- Philippe COCATRE-ZILGIEN, **La Révolution française et le modèle constitutionnel vénitien** - Les institutions de la République de Venise ont-elles inspiré la création de certains organes extraordinaires de la France révolutionnaire ? 575

- Wolfgang GRAF VITZTHUM, **Le fédéralisme allemand** - Histoire, doctrine et fonctionnement 615

- Hutsumi SHIMIZU, **Le principe de la séparation de la religion et de l'Etat dans la constitution du Japon** 635

- Hutsumi SHIMIZU, **Pouvoir et fonction du Tennô** - Une présentation du statut constitutionnel de l'Empereur du Japon 643

THEORIE GENERALE ET IDEES POLITIQUES

- Olsen A. GHIRARDI, **Logique de la cassation (Erreurs in cogitando) - Une réforme dans la province de Cordoba** 651

- Henri R. PALLARD, **La phénoménologie et le droit : Méthode et théorie en philosophie du droit** 677

- Antoine LECA, **L'utopie et ses métamorphoses** 729

VARIETES

- Guillaume CHAMPY, **Essai de définition de la fraude informatique** 751

ACTUALITES DOCTRINALES

Charles JARROSSON, **"La notion d'arbitrage"** (Présentation Jean-Louis BERGEL) 787

EDITORIAL

La richesse du présent numéro de cette Revue tient, non seulement, à la diversité et à l'importance des études qu'il contient, mais encore et peut-être surtout, à la remise en cause ou à l'éclairage nouveau de certains aspects de la science juridique, en politique traditionnelle, qu'apportent les articles de cette livraison.

Ainsi, M. Champy montre combien est difficile, nécessaire et heureusement engagée la lutte juridique contre la fraude informatique. La capacité de l'informatique à transformer les données habituelles de la fraude en une gigantesque entreprise, appelait d'urgentes solutions et d'abord une définition claire de la notion même de fraude informatique.

M. Cocatre-Zilgien s'interroge, à la veille du bicentenaire de la Révolution française de 1789, sur l'origine peut-être (probablement ?) vénitienne de quelques institutions ou techniques apparues lors de ladite Révolution. Voilà une filiation inattendue qui atteste une certaine unicité européenne de la construction intellectuelle de la Cité, l'existence d'un "modèle" européen des conceptions de l'Etat et de la personne.

M. Graf Vitzthum montre excellemment combien l'idée d'un fédéralisme allemand étriqué et plutôt résiduel est devenue largement inexacte. Près de quarante années de pratique ont conduit l'Allemagne fédérale sur les voies d'un fédéralisme plus plénier -et, à certains égards aussi, plus serein- que celui engendré par le texte de la Loi fondamentale de 1949, rapprochant ainsi le fédéralisme germanique du fédéralisme nord-américain alors qu'on a, jusqu'à présent, presque toujours tenté de les opposer.

Que la philosophie du droit soit une discipline juridique à part entière et point la partie juridique de la philosophie, qui peut encore en douter ? M. Pallard montre bien, à travers l'étude de la phénoménologie et du droit, combien cette branche des études juridiques est autonome et féconde.

M. Shimizu nous donne de très importants et intéressants aperçus sur le système constitutionnel nippon qui demeure mal connu du lecteur français, à tort d'ailleurs.

Jean-Claude RICCI

R. R. J. 1988

Pages 573 à 648

DROIT

CONSTITUTIONNEL

LA REVOLUTION FRANCAISE ET LE MODELE CONSTITUTIONNEL VENITIEN

LES INSTITUTIONS DE LA REPUBLIQUE DE VENISE ONT-ELLES INSPIRE LA CREATION DE CERTAINS ORGANES EXTRAORDINAIRES DE LA FRANCE REVOLUTIONNAIRE ?

Par

Philippe COCATRE-ZILGIEN
Docteur en Droit, Assistant à l'Université de Paris II

SOMMAIRE

Avant-Propos

I - Le Conseil des Dix et les Inquisiteurs d'Etat dans la constitution vénitienne

II - Le Conseil des Dix et les Inquisiteurs d'Etat dans l'opinion française de la fin du XVIIe à la fin du XVIIIe siècle

III - Les organes de police et de justice politiques créés par les assemblées révolutionnaires, 1789-1793
- 1 - Le Comité de sûreté générale et ses avatars antérieurs
- 2 - Le Tribunal criminel extraordinaire
- 3 - Le Comité de salut public

AVANT-PROPOS

La Constituante et la Convention ont exercé en fait ou en droit presque tous les pouvoirs de l'Etat : chargées de rédiger une constitution, investies d'un pouvoir législatif alors interprété extensivement, elles ont aussi assumé le gouvernement de la Nation et veillé au salut du nouveau régime dans des circonstances difficiles. C'était la première fois, en France, que la souveraineté de l'Etat résidait au sein d'une nombreuse assemblée et qu'elle n'était plus incarnée par un monarque. L'oeuvre de création constitutionnelle aussi bien que les méthodes de gouvernement du collège souverain ne pouvaient que se ressentir de cette situation sans précédent en France.

Les institutions mises sur pied par les assemblées révolutionnaires découlent de plusieurs sources d'inspiration. Importante a été la tradition constitutionnelle, gouvernementale ou administrative nationale, à laquelle les historiens de la Révolution sont parfois trop peu attentifs. Mais les Constituants et les Conventionnels ne se sont pas privés de rechercher ailleurs des modèles et des exemples. On sait la part que les théories politiques des Lumières ont prise dans les travaux de la Constituante et de la Convention ; il est à peine utile de rappeler que les institutions antiques ont aussi été invoquées à plusieurs reprises par les Pères fondateurs de la France contemporaine. Personne n'ignore enfin que les membres des assemblées révolutionnaires ont emprunté à certaines constitutions étrangères quelques-unes des institutions nouvelles dont ils ont doté la France. Les principales sources d'inspiration de ce type ont été les constitutions anglaise et américaine.

Il est moins aisé de trouver la trace d'autres modèles étrangers. L'exemple suisse mériterait une étude, surtout à l'époque de la Convention nationale. En tout cas, on ne s'attend pas à trouver dans les créations révolutionnaires des institutions inspirées d'exemples germaniques ou italiens.

On voudrait pourtant montrer ici que les assemblées de la Révolution ont donné naissance à des organes dont l'origine paraît devoir être recherchée... à Venise. Rien de plus contradictoire en apparence : on ne voit pas comment l'antique république aristocratique aurait pu servir de modèle à la nouvelle France qui venait de proclamer son attachement aux principes de souveraineté nationale, de liberté civile et politique et d'égalité. La comparaison de certaines magistratures vénitiennes et de quelques organes exceptionnels mis sur pied par les assemblées révolutionnaires entre 1789 et 1793 ne procède pas d'un vain goût

du paradoxe. Car la Constituante et la Convention ont été confrontées à des circonstances qui les ont amenées à doter la France d'institutions spécifiquement chargées de mettre le nouvel ordre politique à l'abri des menaces que ses ennemis réels ou supposés faisaient peser sur lui : le Comité des recherches de la Constituante (1789), le Comité de surveillance de la Législative (1791), le Comité de sûreté générale de la Convention (1792), le Tribunal criminel extraordinaire (1793) et le Comité de salut public (1793) ont été investis par les assemblées d'une mission de police et de justice politiques ; placés en marge des institutions régulières de la Nation, affranchis des formes et des principes constitutionnels ordinaires, ils disposaient de pouvoirs exceptionnels où se mêlaient prérogatives réglementaires, administratives, policières et judiciaires. Or il existe une similitude frappante entre les organes chargés de renforcer les fondements encore mal assurés du régime créé par la Révolution et deux magistratures typiques de la constitution vénitienne : le Conseil des Dix et le tribunal des Inquisiteurs d'Etat. Les traits communs de ces organes se retrouvent non seulement dans les circonstances de leur création, mais encore dans leurs compétences et dans le mode d'exercice de leurs fonctions.

Le parallélisme de ces institutions révolutionnaires et des magistratures vénitiennes apparaîtra quand on aura rappelé les caractères du Conseil des Dix et des Inquisiteurs d'Etat, qu'on aura montré que ces organes étaient bien connus du public éclairé au XVIIIe siècle, et relevé dans les débats des assemblées révolutionnaires les indices révélant que les Constituants et les Conventionnels se sont, à plusieurs reprises, inspirés du modèle constitutionnel vénitien.

I - LE CONSEIL DES DIX ET LES INQUISITEURS D'ETAT DANS LA CONSTITUTION VENITIENNE (1)

En 1297, la fermeture ("serrata") du Grand-Conseil de la république a parachevé la lente évolution de la constitution vénitienne vers un régime aristocratique. La participation aux délibérations de ce corps qui était en passe de s'approprier la souveraineté politique a été réservée aux familles qui en faisaient déjà partie. La composition définitive de l'assemblée a permis la constitution d'une aristocratie héréditaire qui allait se perpétuer pendant cinq siècles. Cette importante modification institutionnelle n'a pas été sans provoquer des récriminations, notamment de la part des florissantes corporations d'arts et de métiers que comptait alors la prospère république. Certaines familles aristocratiques ont d'ailleurs appuyé les revendications populaires contre la transformation des institutions.

Au début du XIVe siècle, donc, la constitution vénitienne venait de connaître, sinon une révolution, du moins une mutation fondamentale. Le régime aristocratique était encore neuf, et mal assuré sur ses fondements. Il comptait en tout cas nombre d'ennemis, aussi bien dans le peuple que dans le patriciat. Or c'est à ce moment-là que la jeune aristocratie vénitienne, confrontée au péril extérieur et intérieur, eut à subir sa première grande épreuve, et qu'elle en sortit fortifiée. En des temps et des lieux très différents, les assemblées de la France révolutionnaire se trouveront dans une situation comparable à certains égards : elles auront en effet à défendre les nouvelles institutions nationales contre les dangers que la "contre-révolution" et l'ennemi extérieur feront peser sur elles.

La mort sans enfants légitimes d'Azzo VIII d'Este, seigneur de Ferrare, le 31 janvier 1308, parut au doge Pierre Gradenigo (25 nov. 1289 - 13 août 1311), représentant de la tendance "aristocratique" du patriciat vénitien, une bonne occasion de soumettre Ferrare à la domination de la république. Venise parvint sans trop de difficulté à s'emparer de la cité au printemps de 1308. Mais Ferrare, au moins en théorie, relevait du Saint-Siège. Il en sortit une guerre courte, mais animée, entre la

(1) Cf. Romanin (Samuele), Storia documentata di Venezia, t. VI, Venise, 1858, le chapitre sur les Inquisiteurs d'Etat. Cf. Baschet (Armand), Les Archives de Venise, Histoire de la chancellerie secrète (...), Paris, 1870, pp. 511-560. Cf. Maranini (Giuseppe), La Costituzione di Venezia, t. II ("Dopo la serrata del Maggior Consiglio"), Venise, 1931. Cf. les notices consacrées à chacun de ces organes dans Da Mosto (Andrea), L'Archivio di Stato di Venezia, t. I, Rome, 1937, pp. 52-55 et 61.

république et le Saint-Siège (2). Le pape Clément V, confirmant et aggravant des censures lancées le 25 octobre 1308 par ses légats en Italie, fulmina en Avignon le Jeudi Saint, 27 mars 1309, la bulle *In omnem* pour amener les Vénitiens à résipiscence. La sévérité de l'acte pontifical était extrême, du moins en apparence : la république n'était pas seulement frappée des censures spirituelles et temporelles qui étaient pour ainsi dire habituelles dans le cas de conflits entre le pape et des puissances temporelles (3) ; la Croisade fut en plus prêchée contre Venise tandis que la diplomatie pontificale s'employait à rallier tous les ennemis de la cité pour la faire plier. Cette vaste coalition animée par la cour pontificale exposa Venise aux plus grands dangers : pendant que l'armée des Croisés s'assemblait dans la Romagne (été 1309), les Vénitiens et leurs biens subissaient toutes sortes d'atteintes de la part des cités et des princes qui s'empressaient de profiter des confiscations que le pape leur avait permis de prononcer. Ces mesures pouvaient amener la ruine du commerce vénitien dans le monde entier. A ces déprédations s'ajouta aussi la défaite militaire : les 27 et 28 août 1309, la troupe que la république avait envoyée pour s'assurer de Ferrare fut chassée de la ville ; la Romagne était perdue et l'initiative du doge Gradenigo, soutenue par le parti aristocratique, sembla tourner à la catastrophe. A la fin de 1309, le doge et ses conseillers durent faire les premières ouvertures de paix.

(2) Cf. Soranzo (Giovanni), La Guerra fra Venezia e la S. Sede per il dominio di Ferrara (1308-1313), Città di Castello, 1905.

(3) Le doge, ses conseillers et tous ceux qui avaient pris part à l'affaire de Ferrare étaient excommuniés ; l'interdit jeté l'année précédente sur Venise était confirmé ; injonction de quitter la ville était donnée aux prêtres qui y étaient en fonction ; les Vénitiens étaient en outre privés des droits ou privilèges qui leur avaient été concédés par l'Eglise ; ils étaient notamment déclarés incapables de posséder des bénéfices ecclésiastiques pendant quatre générations. Dans l'ordre temporel, ils étaient privés des fiefs qu'ils tenaient du Saint-Siège ; quant aux vassaux des Vénitiens, ils étaient déliés de leur serment de fidélité et de leurs obligations vassaliques ; les traités passés entre la république et d'autres princes ou cités étaient annulés, et les parties étrangères libérées de leurs obligations envers Venise ; les Vénitiens étaient privés de toute capacité testimoniale ; les biens des Vénitiens en Vénétie, dans le Ferrarais et dans d'autres lieux étaient confisqués au profit du Saint-Siège, "salvo jure dominii principalium dominorum" ; passé un délai de trente jours, les princes et les cités pourraient s'emparer des personnes et des biens vénitiens placés sous leur autorité. A ces dispositions spirituelles et temporelles, la cour d'Avignon ajouta des mesures militaires : on décida d'affamer Venise et tout ravitaillement de la ville fut prohibé ; enfin, quand la Croisade fut prêchée contre la république, certaines cités italiennes s'y joignirent avec empressement : Parme, Reggio, Modène, Bologne, Cervia et Ravenne furent parmi les plus animées contre Venise. Les envoyés du pape excitèrent aussi Aquilée, Trévise, Padoue, Ancône, Rimini, Fano contre les Vénitiens. Les princes eux-mêmes furent sollicités d'agir contre la république : les rois de Naples, de Sicile, de Hongrie, de Majorque, d'Aragon et même du Portugal, les ducs d'Autriche et de Carinthie furent invités à mettre en oeuvre les censures prononcées contre Venise. Philippe le Bel fut aussi prié d'agir dans ce sens. Quant à l'Ordre de Saint-Jean, il fut invité à sévir contre les intérêts vénitiens dans l'Archipel.

C'est alors qu'au danger extérieur vint s'ajouter le complot intérieur.

Dans Venise affamée, frappée d'interdit, menacée d'une subversion totale, les ennemis du parti aristocratique représenté par le doge Gradenigo tentèrent un coup de force. En juin 1310 eut lieu la célèbre conjuration de Baiamonte Tiepolo (4). Les conjurés étaient eux-mêmes issus des premières familles vénitiennes (Tiepolo, Barozzi, Querini, Badoer, etc.), mais ennemies ou rivales de celles qui soutenaient le doge Gradenigo : s'appuyant sur les familles exclues des affaires par la "serrata" du Grand-Conseil et sur un parti démocratique qui exprimait les aspirations des corporations d'arts et de métiers de la cité, ils avaient comploté de renverser par la force la nouvelle forme du gouvernement à la faveur du trouble engendré par la malheureuse guerre de Ferrare. Et ils ne se privèrent pas de légitimer leur révolte par leur attachement au Saint-Siège : après tout, il ne s'agissait que de renverser un gouvernement ennemi de l'Eglise. Cette conjuration fut déjouée de justesse par la Seigneurie.

La guerre entre Venise et le Saint-Siège dura encore quelque temps, mais les menaces accumulées contre la république n'aboutirent pas à la ruine de la cité. Les formidables mesures prises par le pape étaient en fait fragiles ; les Croisés ne purent jamais franchir le Pô et la paix fut finalement conclue en 1313. Venise sortait vaincue mais grandie de cette épreuve : elle avait tenu tête à une coalition générale et, si elle n'avait pu réunir Ferrare à ses domaines, elle n'avait pas non plus succombé à la Croisade déclenchée contre elle.

Quant à ses institutions, elles furent consolidées à l'occasion des troubles que le danger extérieur provoqua à l'intérieur. Le 10 juillet 1310, le Grand-Conseil décida de confier à un organe criminel extraordinaire le soin de rechercher et de punir les coupables de la conjuration Tiepolo. De là est né le Conseil des Dix. Provisoire à l'origine, il fut régulièrement renouvelé. Ce furent les Dix qui condamnèrent à mort le doge Marino Falier (11 sept. 1354 - 15 avril 1355) qui avait comploté contre la forme aristocratique du gouvernement pour venger son honneur de mari, qu'il estimait avoir été mal défendu par des juridictions composées de patriciens, trop indulgentes selon lui envers la noblesse (5). L'efficacité dont le Conseil fit preuve en cette circonstance lui valut de devenir, le 20 juillet 1355, une magistrature permanente de la république. Depuis cette date, son

(4) Il était le fils de Jacopo Tiepolo, chef du parti démocratique à la fin du XIIIe siècle, qui avait été choisi pour doge par le peuple en 1289 mais auquel le Grand-Conseil avait préféré Pierre Gradenigo, ce qui l'avait contraint à l'exil.

(5) Le Conseil fut à cette occasion doublé d'une "zonta" de dix adjoints, qui fut maintenue à ses côtés jusqu'en 1582.

organisation et ses compétences n'ont cessé de se perfectionner et de se préciser.

Ce qu'il faut remarquer, c'est que le Conseil des Dix est né de la conjonction de deux éléments : le souci de maintenir une constitution encore mal assurée et celui de défendre la cité contre un danger extérieur particulièrement pressant. De même, dans la France révolutionnaire, la création de certains organes exceptionnels répondra au besoin de défendre le nouveau régime contre l'ennemi extérieur et contre l'opposition intérieure.

Les compétences du Conseil des Dix s'accrurent régulièrement de 1355 à 1582. Tribunal criminel chargé à l'origine de rechercher et de réprimer toutes les atteintes à la sûreté intérieure et extérieure de la république, et doté dans ce dessein de larges pouvoirs de police et de justice, il était en fait arbitre de sa compétence : connaissant de toutes les affaires "quae secretissime tractari merentur" (6), il finit par s'arroger de véritables prérogatives de gouvernement, notamment dans le domaine diplomatique. Les circonstances favorisèrent l'accroissement de ses compétences : au XVe et au XVIe siècle, Venise eut à lutter sans cesse contre l'expansion ottomane tandis que l'Italie devenait un des enjeux habituels de la diplomatie des grandes puissances européennes. Les campagnes à diriger, les préparatifs et les armements à faire, l'espionnage de l'ennemi et les négociations à mener exigeaient promptitude et secret : le Conseil des Dix était le mieux placé pour animer la politique vénitienne à l'égard des Turcs et des inquiétants voisins de la république. Les Dix dépossédèrent les organes ordinaires de l'Etat de leurs attributions et se réservèrent graduellement toutes les "grandes affaires" dans cette époque de lutte perpétuelle : les amiraux, généraux et ambassadeurs vénitiens recevaient leurs instructions de ce collège étroit et non pas du Sénat ou de la Seigneurie (7), avec qui ils étaient théoriquement en correspondance officielle (8).

L'accroissement des pouvoirs du Conseil des Dix ne se fit cependant pas sans provoquer murmures et protestations. En 1457, déjà, lors de la déposition du belliqueux doge Francesco Foscari (15 avril 1423 - 23 octobre 1457), auquel la république était pourtant redevable de considérables accroissements territoriaux sur la Terre-Ferme, les Dix furent l'objet d'attaques de la part de certaines factions du Grand-Conseil. Mais ce fut surtout à partir de la fin du XVIe siècle que les pouvoirs du Conseil commencèrent à décroître. Pendant les interminables

(6) Décret du Grand-Conseil du 28 septembre 1568 ; cf. Baschet, op. cit., p. 532.
(7) Le Sénat s'appelait "Consiglio dei Pregadi". La "Signoria" se composait du doge et de ses six assesseurs.
(8) Cf. Baschet, op. cit., pp. 556-563.

guerres turques, l'aristocratie vénitienne avait laissé les Dix diriger tout le gouvernement de la république. Mais après la victoire de Lépante (1571), la nécessité de laisser la direction suprême de l'Etat aux mains des Dix parut moins pressante. En décembre 1582 eut lieu une importante "correction" de ses pouvoirs : il fut alors décidé que les "avogadori di comun" pourraient s'opposer aux délibérations ("parti") du Conseil des Dix qui excéderaient sa compétence ordinaire et qu'ils pourraient en référer au Sénat. En 1628, les Dix perdirent encore la faculté de modifier ou de révoquer les actes du Grand-Conseil, prérogative qu'ils avaient acquise au XVe siècle. Mais ces réformes ne ruinèrent pas, tant s'en faut, le pouvoir de "l'Eccelso Consiglio" : au XVIIe siècle, il fut plus spécialement chargé de scruter la conduite des patriciens. Devenu juge ordinaire des nobles au criminel (1624), il surveillait étroitement les moeurs publiques et privées du corps civique de la république : il devait déjouer la brigue électorale (le "broglio"), réprimer la corruption des nobles par l'étranger (notamment par l'or espagnol), limiter le faste des familles en vue et protéger l'esprit civique du patriciat.

A la fin du XVIe siècle, époque de l'apogée de son pouvoir, le Conseil des Dix *lato sensu*, véritable centre d'impulsion du gouvernement vénitien, avait la composition suivante : 1°) le doge et ses six conseillers, la présence du doge étant seulement facultative ; 2°) au moins un des "avogadori di comun", sans voix délibérative, chargé de veiller à la régularité des délibérations du Conseil et investi d'une espèce de droit de "veto" sur ses délibérations ; 3°) les Dix proprement dits, élus pour un an par le Grand-Conseil parmi les sénateurs ("Pregadi") de la république. Tous les mois, le Conseil des Dix nommait trois "Capi" qui le représentaient en permanence dans l'intervalle de ses séances, lesquelles étaient d'ailleurs fréquentes. Le Conseil des Dix disposait d'une salle particulière dans le palais ducal (9).

Ses délibérations étaient placées sous le sceau du secret le plus strict. Il pouvait se saisir lui-même et entretenait des espions chargés de l'informer de toutes les menaces qui pouvaient peser sur la sûreté de l'Etat. Il recevait aussi les dénonciations faites par les particuliers : chacun connaît l'existence de la "cassella delle denunzie", lion de pierre dans la gueule duquel on pouvait jeter des billets d'accusation.

L'instruction des affaires était secrète et suivait une forme de procédure inquisitoriale. Les prévenus pouvaient être arrêtés et

(9) Cette salle fut refaite peu après la bataille de Lépante. Le grand ovale de son plafond, peint par Véronèse, est aujourd'hui au Louvre : "Jupiter chassant les vices, un ange près de ce dieu, avec un livre ouvert où est écrit le décret d'institution du Conseil". L'interprétation des vigoureuses allégories représentant les crimes que les Dix étaient chargés de poursuivre n'est d'ailleurs pas chose aisée.

emprisonnés pour être interrogés ; mais ils pouvaient aussi être jugés sans savoir qu'une information avait été ouverte contre eux. Les peines les plus graves prononcées par le Conseil étaient le bannissement et la mort. Les condamnés à la peine capitale étaient noyés en secret dans un canal au nom sinistre, le canal "Orfano". Les sentences des Dix étaient sans appel ni recours ; elles étaient toutefois publiées au Grand-Conseil.

Mais si le Conseil de Dix perdit une partie de ses attributions gouvernementales à partir de la fin du XVIe siècle, il ne faut pas croire que la république renonça pour autant aux services d'organes mi-politiques mi-judiciaires qui avaient fait la preuve de leur efficacité dans la prévention et la répression de toutes les atteintes à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat. Le XVIe siècle vit même la création d'une commission particulière du Conseil de Dix : les trois Inquisiteurs d'Etat. Les circonstances de l'institution de cet organe rappellent d'ailleurs celles de la création du Conseil des Dix lui-même. Au début du XVIe siècle, Venise fut encore une fois en butte à une puissante coalition. La Ligue de Cambrai, conclue le 10 décembre 1508, groupait le roi de France, l'Empereur et le pape, auxquels s'adjoignirent plusieurs princes italiens, contre Venise. La guerre que cette alliance occasionna (1509-1516) fut riche en péripéties et Venise fut plusieurs fois dans une situation périlleuse. Il s'avéra que les ennemis de la république avaient facilement connaissance des plans de campagne vénitiens et que la protection du secret d'Etat devenait chose nécessaire au fur et à mesure que les Etats européens développaient leurs services de renseignements diplomatiques et militaires. Lorsque les progrès de Soliman le Magnifique poussèrent Venise à s'allier à l'Empereur et au pape contre le Grand Turc (1538), le Conseil des Dix créa un organe spécial chargé de réprimer les propagateurs des secrets de la république. Par une décision ("parte") du 20 décembre 1539, les Dix instituèrent trois "Inquisitori contro i propagatori del segreto" choisis dans leur sein et dont les noms furent gardés secrets. Cette commission spéciale du Conseil des Dix était chargée de rechercher, d'enquêter, de juger et de punir tous ceux qui auraient révélé à des puissances étrangères les desseins secrets du gouvernement. Les Inquisiteurs devaient notamment veiller à ce que la loi qui interdisait aux nobles d'avoir quelque communication que ce fût avec les ministres étrangers accrédités auprès de la république fût rigoureusement observée. Les trois Inquisiteurs étaient un tribunal criminel qui pouvait prononcer des peines allant jusqu'à la peine capitale. L'instruction, la délibération et l'exécution de leurs sentences étaient secrètes, comme celles des Dix eux-mêmes. Le pouvoir de justice délégué

aux Inquisiteurs était donc très large. Ils devaient toutefois être unanimes pour infliger une peine ; en cas de désaccord, ils devaient en référer au Conseil des Dix.

Le "Supremo Tribunale" des Inquisiteurs fut à l'origine un organe temporaire, mais il fut régulièrement renouvelé et, sur la fin du XVIe siècle, il fut rendu permanent. Ces trois magistrats secrets furent alors appelés "Inquisiteurs d'Etat" (10).

Au cours du XVIIe et du XVIIIe siècle, les Inquisiteurs d'Etat furent amenés à étendre leurs compétences. Ils finirent par accaparer toute la fonction répressive du Conseil des Dix, dont ils étaient l'émanation, et furent chargés de réprimer tout ce qui portait atteinte à la sûreté extérieure et intérieure de la république. Ce sont eux qui ont donné à la vie publique et privée de Venise les caractères particuliers qui furent les siens pendant les derniers lustres de l'indépendance de cette république : le gouvernement laissait à ses sujets une assez grande liberté de moeurs et leur assurait une vie quotidienne relativement douce, mais interdisait rigoureusement tout débat politique et sanctionnait impitoyablement ceux qui se mêlaient hors de propos des affaires publiques. De même que le Conseil des Dix avait assuré le triomphe du régime aristocratique aux XVe et XVIe siècles, de même les Inquisiteurs d'Etat contribuèrent-ils à faire évoluer la constitution vénitienne vers l'oligarchie (11).

Les patriciens vénitiens qui se trouvaient *de facto* exclus du jeu politique supportèrent impatiemment la censure permanente qu'exerçaient les Inquisiteurs d'Etat sur toute la société. En 1762, le Grand-Conseil, où tous les nobles avaient indistinctement entrée, voix et séance, nomma cinq "Correcteurs" (12) dont deux étaient connus pour leur hostilité au Conseil des Dix, et notamment aux Inquisiteurs d'Etat. Cet organe courut le risque d'être réformé. Mais il fut alors défendu par l'un des correcteurs, l'illustre savant Marc Foscarini (13), alors procurateur

(10) Le premier acte officiel où ils portent ce titre est du 29 juin 1596 (Baschet, op. cit., p. 589).

(11) Aux XVIIe et XVIIIe siècles, le nombre des familles patriciennes participant effectivement au gouvernement tendit à se restreindre : on distinguait alors (officieusement) les familles les plus riches, dites "sénatoriales", auxquelles étaient réservées de fait toutes les charges importantes, les familles "judiciaires" et une espèce de plèbe nobiliaire, les "Barnabotes".

(12) Les "correttori alle leggi" étaient des magistrats extraordinaires élus toutes les fois que la nécessité se faisait sentir d'amender les lois intéressant le fonctionnement des autorités constituées, et notamment de régler leurs conflits de compétence. Le Grand-Conseil en avait nommé par intermittence depuis la fin du XIIIe siècle. Cf. Da Mosto (Andrea), L'Archivio di Stato di Venezia, t. I, Rome, 1937, p. 78.

(13) 1696-1763 ; il était historiographe de la république. On a pu voir son portrait, peint par Subleyras, exposé au Musée du Luxembourg, lors de l'exposition consacrée à cet artiste (février-avril 1987). Baschet, op. cit., pp. 215-216 : "Marco Foscarini est l'une des gloires vénitiennes, et il faut dire italiennes, du dix-septième (sic) siècle. Orateur éminent, lettré de premier ordre, politique consommé, ambassadeur dans des

de Saint-Marc, plus tard doge (31 mai 1762 - 31 mars 1763) : celui-ci fit valoir de tout le poids de son autorité que les Inquisiteurs d'Etat étaient les véritables gardiens de la constitution et que les amoindrir reviendrait à affaiblir le ressort même de la république ; il obtint l'assentiment de ses collègues, et les Inquisiteurs sortirent indemnes de cette alerte. Cette péripétie mérite d'être rappelée car elle montre que les Vénitiens avaient pleinement conscience que ces organes investis de pouvoirs redoutables étaient nécessaires au maintien de la liberté politique de leur patrie (14).

II - LE CONSEIL DES DIX ET LES INQUISITEURS D'ETAT DANS L'OPINION FRANCAISE DE LA FIN DU XVIIe A LA FIN DU XVIIIe SIECLE

On ne saurait douter que les Constituants ou les Conventionnels n'aient eu une connaissance précise de la constitution vénitienne. Car l'honnête homme des Lumières se devait de posséder au moins quelques notions du droit public des nations étrangères. Le régime politique de Venise passait d'ailleurs pour le type du gouvernement aristocratique et était étudié à ce titre. On peut dire que les esprits éclairés du XVIIIe siècle connaissaient les institutions de Venise, qui fonctionnaient sous leurs yeux, comme nos contemporains connaissent celles de la Suisse, des Etats-Unis ou de l'Union soviétique.

Le gouvernement vénitien avait même fait l'objet, à la fin du XVIIe siècle, d'une tentative de description écrite par Amelot de la Houssaye (15).

Cet auteur consacre un chapitre (16) au Conseil des Dix et aux Inquisiteurs d'Etat ; mais la majeure partie de ses développements concerne les Dix, les seconds n'étant que brièvement évoqués. Et si son ouvrage révèle une connaissance

circonstances difficiles, surintendant de la (Chancellerie) secrète, il fut élu Doge trente-deux ans après son élection auprès de cette chancellerie".

(14) La "patrie" était une notion -et un mot- d'usage courant à Venise.

(15) Nicolas Amelot de la Houssaye (Orléans, 1634 - Paris, 1706), avait été secrétaire d'ambassade à Venise ; il est surtout connu pour ses traductions du Prince de Machiavel ; de l'Histoire du Concile de Trente de Frà Paolo Sarpi (1683) ; pour sa traduction des six premiers livres des Annales de Tacite (1690) et pour celle des lettres du Cardinal d'Ossat (1698) ; son Histoire du gouvernement de Venise a connu deux éditions de son vivant : Paris, 1676 et 1685.

(16) Pp. 220-245 de l'édition de 1685. Toutes nos références sont tirées de ce chapitre.

précise de ces organes, il porte en même temps sur eux un jugement sévère.

Amelot est bien renseigné sur les pouvoirs gouvernementaux que les Dix ont possédés, notamment en matière de législation et de diplomatie (17). Mais il sait aussi que l'"Eccelso Consiglio" a été graduellement dépossédé de la plupart de ses fonctions politiques depuis la fin du XVIe siècle (18). Soucieux de tirer une conclusion générale des pouvoirs de direction supérieure de l'Etat naguère exercés par les Dix, Amelot est à l'origine d'une assimilation quelque peu hasardeuse des Dix au dictateur de la constitution romaine (19). Depuis la Renaissance, le Conseil des Dix était couramment assimilé, par les auteurs politiques italiens (20), au collège des éphores de Sparte ; rompant avec cette tradition, Amelot semble être le premier auteur moderne à recourir à la notion romaine de dictature pour définir les pouvoirs d'une magistrature collégiale permanente. Cette comparaison nouvelle est à première vue moins pertinente que la référence traditionnelle aux éphores : la dictature fut certes une magistrature à part entière de la république romaine ; mais ce pouvoir constitué n'était pas fait pour durer, et c'est à un titulaire unique qu'il était confié : ces deux traits caractéristiques altèrent la ressemblance entre le dictateur antique et le moderne Conseil des Dix. Si Amelot juge néanmoins utile de faire référence à la dictature romaine, c'est que, se plaçant dans une perspective strictement fonctionnelle, il l'envisage d'un point de vue abstrait : sans s'arrêter aux contingences organiques de l'institution romaine, il voit dans la dictature le modèle d'une autorité constituée en marge des organes ordinaires de l'Etat et placée au-dessus des lois.

Amelot ne renonce cependant pas à l'assimilation traditionnelle des Dix aux éphores lacédémoniens (21).

(17) Le Conseil peut "révoquer et casser les décrets du Grand-Conseil (ce qui fut réformé en 1628)" et "traiter des ligues offensives et défensives avec les Princes à l'insu du Sénat".

(18) "Mais aujourd'hui, l'autorité des Dix est restreinte aux seules affaires criminelles".

(19) A propos du pouvoir du Conseil de casser les décrets du Grand-Conseil et de négocier avec les puissances étrangères : "en quoi ils ressemblaient au Dictateur de Rome".

(20) Cf. Morel (Henri), La Renaissance de Sparte, in Actes du Colloque "Etat et pouvoir" (Lyon, 19-21 septembre 1985), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 209-219, p. 212.

(21) "C'est la copie de ce temple fameux que les éfores (sic) de Sparte élevèrent à la Crainte, comme à la seule divinité qui peut retenir les hommes dans les bornes du devoir" (...). "Enfin les Dix de Venise ont le même pouvoir que les Ephores avaient à Lacédémone. Ils peuvent, comme eux, déposer, emprisonner et juger à mort tous les magistrats de la Ville et le doge lui-même ; au lieu que les Ephores ne pouvaient juger un roi de Sparte sans l'intervention du Sénat et de l'autre Roi".

Les attributions de police et de justice du Conseil sont exactement rendues.

Amelot avait pu observer que les Dix étaient essentiellement chargés de la prévention de toutes les menaces qui peuvent peser sur l'ordre public (22).

La compétence judiciaire répressive de ce "redoutable conseil" est également décrite avec précision. Amelot remarque au passage que les Dix ont eux-mêmes déterminé leurs compétences (23). On peut néanmoins se demander si, à l'époque d'Amelot, les pouvoirs répressifs du Conseil des Dix n'étaient pas en fait exercés par les Inquisiteurs d'Etat.

Le ton d'Amelot devient plus pathétique lorsqu'il évoque la surveillance permanente que le Conseil des Dix et les Inquisiteurs d'Etat font peser sur la république. Les méthodes non moins efficaces que machiavéliques employées par les Dix pour découvrir les coupables sont aussi évoquées, notamment l'usage des récompenses et les promesses de grâce faites aux complices de crimes d'Etat qui dénonceraient leurs compagnons (24).

La répulsion instinctive autant que raisonnée de l'auteur pour ce conseil éclate surtout au sujet de la procédure criminelle qu'il est censé suivre. Certes, Amelot de la Houssaye n'ignore pas que les Dix suivaient un ordre certain pour l'instruction et le jugement des crimes qu'ils étaient chargés de réprimer (25) ; mais il n'en demeure pas moins très défavorable à cette forme de procédure secrète. L'impossibilité pour les suspects de présenter publiquement leur défense lui paraît odieuse : il insinue que tous les accusés sont en fait condamnés d'avance (26). Et l'auteur n'a pas de mots assez durs pour réprouver le pouvoir aussi occulte que redoutable du Conseil des Dix (27).

Il faut voir dans la désapprobation exprimée par Amelot l'expression de l'attachement que l'opinion de la fin du XVIIe

(22) "Il veille incessamment au repos de la ville et coupe la racine de tout ce qui peut le troubler".

(23) "Ils s'attribuèrent la connaissance de tous les crimes d'Etat, des séditions, des malversations des magistrats, de la fausse monnaie, des assassinats commis sur la personne des nobles, de la sodomie, des sacrilèges et quelquefois même de l'hérésie".

(24) "Il n'épargne rien pour découvrir les auteurs des grands crimes".

(25) Il qualifie ainsi la procédure du conseil : "une certaine forme de justice tout extraordinaire, qu'ils appelaient il Rito, c'est-à-dire la coutume".

(26) "C'est pourquoi, dès qu'on sait que quelqu'un est pris, on le met plutôt au rang des morts qu'en celui des coupables". En fait, Amelot est ici emporté par son parti pris de tracer sans cesse un parallèle entre les maximes politiques de Tacite, auteur auquel il est particulièrement attaché, et les institutions qu'il décrit : il applique aux citoyens inculpés par les Dix une célèbre expression des Annales (XVI, 14) à propos des arrestations ordonnées par Néron : "Vulgato indicio inter damnatos magis quam inter reos habebantur".

(27) "Dracon avait écrit toutes ses loix avec le sang. On peut dire la même chose de ce Conseil où la clémence et la miséricorde sont des vertus inconnues, où la jalousie est incurable ; où la défiance est éternelle ; où la grande réputation est dangereuse ; où les grands services sont odieux et se peint du bannissement et de la mort".

siècle, fortement teintée de culture juridique, commençait à manifester pour la sûreté des formes judiciaires (28) ; une procédure bien réglée était alors considérée comme la meilleure protection de la vie, de l'honneur et des biens des particuliers contre l'arbitraire des magistrats ; cette aspiration est d'ailleurs à l'origine de la revendication que le siècle suivant élèvera pour réclamer la sûreté et la liberté individuelles. On la retrouvera bientôt exprimée dans les débats des assemblées révolutionnaires.

S'il peint sous des couleurs sombres les méthodes du gouvernement vénitien, Amelot de la Houssaye n'a pu s'empêcher de voir que le Conseil des Dix était une des pièces essentielles de la constitution de la république : "C'est de ce Conseil que dépend toute l'économie du gouvernement : c'est la pierre angulaire de l'Etat". Il n'explique pas très longuement son assertion ; sans doute faut-il voir dans cette remarque l'écho des observations que l'auteur avait pu faire lorsqu'il était attaché à l'ambassadeur de France à Venise sur le rôle capital que les Dix avaient joué et jouaient encore dans la stabilité séculaire des institutions vénitiennes.

Amelot est aussi au fait de l'opposition que le Conseil des Dix a toujours suscitée dans Venise même : et de rendre compte des tentatives faites à plusieurs reprises par le Grand-Conseil contre les pouvoirs des Dix, parce que ce conseil est "odieux à la noblesse". Il fait état, notamment, de l'hostilité de la Quarantie criminelle, tribunal criminel ordinaire, à l'encontre des Dix. Mais on a vu que les décemvirs vénitiens avaient pu survivre à tous les assauts lancés contre eux.

Il conclut ses considérations politiques par une observation perspicace sur la finalité ultime du Conseil des Dix : les Dix, chargés de réfréner "l'ambition et l'insolence" de la noblesse, assumeraient en dernière analyse la défense du peuple contre les excès éventuels du patriciat. La censure permanente que le Conseil fait peser sur un corps civique limité permet la préservation du caractère proprement aristocratique du régime et parvient même à le faire aimer par le peuple, pourtant exclu de toute participation aux affaires publiques (29).

(28) Il est inutile de rappeler que deux des plus fameuses ordonnances de codification de Louis XIV ont eu pour objet de fixer et d'amender les formes de la procédure civile et pénale : ordonnance civile (1667) et ordonnance criminelle (1670). Le dessein primordial du législateur, à cette époque, n'a certes pas été de garantir les droits subjectifs des inculpés ; il n'empêche que cette législation est intervenue au moment où allait commencer à s'affirmer le subjectivisme juridique.

(29) "Les Dix ont été institués pour s'opposer à l'ambition et à l'insolence de la noblesse (...). La Seigneurie de Venise fait d'autant plus aimer son Gouvernement au peuple que par le moyen des Dix, elle arrête la licence des commandants. De sorte que les Décemvirs sont les défenseurs du Peuple aussi bien que les Ephores quoiqu'ils ne soient pas comme eux de l'Etat populaire".

Après avoir examiné soigneusement le cas du Conseil des Dix, Amelot ne consacre que quelques rapides développements aux trois Inquisiteurs d'Etat. Il ne fournit guère de renseignements détaillés sur la situation de ce triumvirat par rapport aux Dix, ni sur le partage des compétences entre le Conseil et les Inquisiteurs ; il note seulement que le pouvoir de ceux-ci est "absolu" (30). Ce silence relatif peut s'expliquer par le mystère qui entourait le fonctionnement du "Supremo Tribunale" : les étrangers en poste à Venise ne pouvant avoir aucune communication avec les magistrats (à l'exception des rares organes habilités à traiter avec des étrangers) et les nobles vénitiens, il leur était difficile de s'informer sur le mécanisme intime des institutions de la république.

Le propos d'Amelot de la Houssaye est donc quelque peu ambigu : il exprime d'abord, d'un ton pathétique qui annonce déjà les accents du XVIIIe siècle, une sincère répulsion pour les compétences terribles que les Dix peuvent secrètement exercer à l'encontre des particuliers soupçonnés de crimes contre la sûreté de l'Etat ; mais il ne peut pas non plus dissimuler que cet organe est le palladium de la stabilité de la république et, somme toute, le protecteur du peuple contre les excès toujours possibles du régime aristocratique.

L'*Histoire du gouvernement de Venise* a été pendant toute la première partie du XVIIIe l'ouvrage auquel devaient se référer tous ceux qui voulaient connaître les institutions de cette république, notamment dans les milieux de la robe. Il faisait aussi partie du bagage de tous les voyageurs de qualité, éclairés ou curieux, qui, parcourant la péninsule, séjournaient quelque temps à Venise (31).

Dans la seconde moitié du siècle des Lumières, Montesquieu et l'*Encyclopédie* semblent avoir supplanté Amelot comme source d'information immédiate sur Venise. Mais Montesquieu et les Encyclopédistes restent tributaires dans une large mesure d'Amelot pour leur propre information.

(30) "Ils ont un pouvoir si absolu qu'ils peuvent faire noyer le doge même sans la participation du Sénat, étant tous trois du même avis, autrement, il faudrait assembler les Dix".

(31) Cf. Le Président de Brosses en Italie, lettres familières écrites d'Italie en 1739 et 1740, Editions d'aujourd'hui, "Les Introuvables", Paris, 1976, (réimpression de l'édition de 1928), t. I, Séjour à Venise, p. 151 : "Je ne vous parlerai pas trop non plus du gouvernement ni des moeurs ; c'est un article qu'Amelot a traité à fond, et assez bien. Il ne faut cependant pas en croire tout le mal qu'il en dit, mais seulement la plus grande partie".

On sait que Montesquieu considérait la constitution vénitienne comme le modèle de la constitution aristocratique et que, toutes les fois qu'il aborde la question de cette forme de gouvernement, il fait référence implicite ou explicite à Venise. Le Président consacre cependant deux développements particuliers aux Inquisiteurs d'Etat. Car, Montesquieu, à l'inverse d'Amelot, s'intéresse surtout au cas des Inquisiteurs d'Etat et ne fait que mentionner le Conseil des Dix. Il distingue en outre plus nettement que ne l'avait fait son devancier les deux angles sous lesquels on peut envisager cet organe.

Une première fois, il examine les Inquisiteurs d'Etat en qualité de "magistrature" dotée d'un "pouvoir exorbitant", pour "ramener brutalement l'Etat à la liberté". Il montre que, dans les républiques, de tels organes, investis d'une autorité exceptionnelle, sont les garants de la constitution et empêchent que la liberté politique ne soit perdue par l'établissement d'un pouvoir personnel. A la suite d'Amelot, il assimile Inquisiteurs d'Etat de Venise et dictateurs romains (32).

Dans son célèbre chapitre "de la constitution d'Angleterre", il ne considère plus les Inquisiteurs d'Etat du point de vue de la sauvegarde de la constitution politique, mais les envisage sous l'angle de la liberté civile, ou plutôt sous celui de la sûreté des citoyens. Son ton est nettement plus défavorable et fait écho à celui d'Amelot : les méthodes employées par la sérénissime république sont placées sur le même pied que celles des Turcs. Montesquieu introduit cependant un élément nouveau dans la question : la prévention qu'il manifeste à l'encontre d'un organe tel que le tribunal des Inquisiteurs d'Etat ne provient pas tant de l'absence de formes judiciaires permettant aux accusés de présenter leur défense que de la confusion des pouvoirs aux mains d'un même organe (33). Et en effet, si l'on adopte les critères de la séparation des pouvoirs propres à Montesquieu, on doit conclure que les Inquisiteurs d'Etat exercent des fonctions qui tiennent autant de la police que de la justice ; or les tâches de police, telles que la surveillance de l'ordre public, la recherche et

(32) Montesquieu, L'Esprit des lois, Livre II, chap. 3, "Des lois relatives à la nature de l'aristocratie" : "Une autorité exorbitante donnée tout à coup à un citoyen dans une république forme une monarchie ou plus qu'une monarchie (...). L'exception à cette règle est lorsque la constitution de l'Etat est telle qu'il a besoin d'une magistrature qui ait un pouvoir exorbitant. Telle était Rome avec ses dictateurs, telle est Venise avec ses Inquisiteurs d'Etat ; ce sont des magistratures terribles, qui ramènent brutalement l'Etat à la liberté" (cité d'après ses Oeuvres complètes, "Bibliothèque de la Pléiade", t. II).

(33) L'Esprit des lois, livre XXI, chap. VI : "Dans les républiques d'Italie, où ces trois pouvoirs sont réunis, la liberté se trouve moins que dans nos monarchies. Aussi le gouvernement a-t-il besoin, pour se maintenir, de moyens aussi violents que le gouvernement des Turcs ; témoin les inquisiteurs d'Etat, et le tronc où tout délateur peut, à tous les moments, jeter avec un billet son accusation".

l'arrestation des criminels, doivent normalement relever de la "puissance exécutrice", de même que l'exécution des décisions de justice, les juges n'ayant que le pouvoir de juger.

Les appréhensions exprimées par Montesquieu devant les menaces que fait peser sur la liberté civile l'existence d'un organe investi d'une puissance redoutable naissent surtout de son observation des Inquisiteurs d'Etat ; on a vu qu'il ne consacre pas de développements particuliers au Conseil des Dix. C'est que, passant à Venise au cours de son périple continental en 1728, il avait pu constater en effet que les décemvirs vénitiens n'étaient plus aussi redoutables qu'Amelot avait pu le laisser penser (34) et que la tâche de défendre la sûreté de l'Etat incombait en fait aux Inquisiteurs, et non plus aux Dix.

Les articles consacrés par l'*Encyclopédie* (35) au Conseil des Dix et aux Inquisiteurs d'Etat ont été écrits par un disciple dévoué de Montesquieu, le chevalier de Jaucourt (36). Cet auteur principalement attaché à la sauvegarde de la liberté et de la sûreté des citoyens, champion du principe de la séparation des pouvoirs, noircit le tableau des institutions vénitiennes dressé par ses devanciers. Homme des Lumières, il remarque que les étrangers sont mal renseignés sur les institutions vénitiennes à cause du mystère dont s'entourent jalousement les magistrats de cette république. La principale source d'information du chevalier de Jaucourt demeure donc Amelot de la Houssaye ; mais ses conclusions prolongent et amplifient celles de l'*Esprit des lois*.

Comme Montesquieu, il concentre son attention sur les Inquisiteurs d'Etat et s'intéresse moins au cas du Conseil des Dix (37).

Sa réprobation du "Supremo Tribunale" est exprimée de façon beaucoup plus vigoureuse que chez ses devanciers : ce tribunal est présenté comme "le plus révoltant qu'on ait jamais établi dans aucune république". Jaucourt rappelle que les Inquisiteurs ont un "pouvoir absolu sur la vie de tous les sujets de l'Etat" ; qu'ils ne sont "tenus de rendre compte à personne de leur

(34) Voyage de Gratz à la Haye, I, "Italie", I, "Venise" : "Le redoutable Conseil des Dix n'est pas le redoutable Conseil des Dix (...). Ses lois ne sont plus observées" (Oeuvres complètes, "Bibliothèque de la Pléiade", t. I, p. 547).

(35) Nos références renvoient à l'Encyclopédie, ou "Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, première édition (1750-1780), 17 vol. de texte (1750-1765), 4 vol. de supplément (1776-1777) ; 11 vol. de planches (1762-1772), 1 vol. de supplément (1777) ; 2 vol. de tables (1780) ; réimpression de Stuttgart/Bad-Cannstadt, Friedrich Fromann Verlag (Güntherr Holzboog), 1967.

(36) Louis, chevalier de Jaucourt (Paris, 1704 - Compiègne, 1779) de famille protestante, étudia la théologie à Genève, les sciences mathématiques et physiques à Cambridge et la médecine à Leyde avant de se fixer à Paris (1736), où il devint une des figures en vue des milieux philosophiques.

(37) A l'article "Dix (Conseil des), Hist. de Venise", t. IV, p. 1088, il se contente de répéter ce qu'avait dit Montesquieu : "Cela suffit pour prouver que la liberté est encore moins à Venise que dans plusieurs monarchies".

conduite ni d'en communiquer avec aucun conseil, s'ils se trouvent tous trois du même avis" ; que l'exécution de leurs sentences est "très secrette" et qu'ils peuvent "noyer un misérable pour quelques propos qui lui auront échappé contre le gouvernement" (38).

"Venise se sert de ce terrible moyen pour maintenir son aristocratie" : le chevalier de Jaucourt se montre très peu sensible à l'utilité "politique" des Inquisiteurs d'Etat. Champion du principe de la séparation des pouvoirs et de la sûreté des particuliers, il exprime un courant d'opinion strictement libéral et individualiste : il ne sait aucun gré aux organes vénitiens qu'il examine d'avoir assuré la conservation de l'indépendance de la république et garanti la stabilité de ses institutions. Le prix à payer pour ces avantages lui paraît trop élevé : rien n'est plus précieux, en effet, que la liberté individuelle, et la sûreté de l'Etat ne saurait justifier qu'on lui porte atteinte : "C'est ainsi que la tyrannie s'exerce sous le prétexte d'empêcher l'Etat de perdre sa liberté" (39).

La conclusion générale des articles de Jaucourt relatifs au gouvernement de Venise est que c'est une "aristocratie despotique" où la liberté "règne moins que dans plusieurs monarchies" (40). L'Encyclopédie, où nombre de Constituants ou de Conventionnels puiseront des arguments pour leurs discours, donne en fin de compte une image très défavorable des organes dont Venise s'est dotée pour défendre sa constitution républicaine (41) ; mais le blâme encouru par les méthodes de ce gouvernement procède d'une vision strictement individualiste des choses : le courant d'opinion qui, au siècle des Lumières, répugne à accepter des institutions telles que le Conseil des Dix ou les Inquisiteurs d'Etat n'envisage que le fonctionnement "normal" des pouvoirs publics ; passablement optimiste, il ne fait pas entrer en ligne de compte les cas où la survie même de l'Etat est en jeu et où le gouvernement, confronté à l'urgence de circonstances exceptionnelles, est amené à mettre en oeuvre des pouvoirs extraordinaires.

Jean-Jacques Rousseau a fait un séjour de onze mois à Venise en 1743 et 1744 lorsqu'il fut attaché en qualité de secrétaire au service du compte de Montaigu, ambassadeur de France auprès de cette puissance. Ses fonctions l'ont mis à même d'observer le fonctionnement des institutions de la république et

(38) Article "Inquisiteur d'Etat (Hist. moderne de Venise)", t. VIII, p. 773.
(39) Ibidem.
(40) Article "Venise, gouvernement (droit politique)", t. XVII, p. 15.
(41) C'est ce vigoureux courant libéral que Gustave Flaubert caricaturera dans son Dictionnaire des idées reçues : "Dix (Conseil des) : C'était formidable ! Délibéraient masqués. En trembler encore".

c'est au cours de son séjour à Venise qu'il aurait pris goût aux questions politiques (42). Le *Contrat social* (1762) ne contient pas de développements spécifiquement consacrés au Conseil des Dix ou aux Inquisiteurs d'Etat, pas même au livre IV, chapitre 6 "de la dictature", mais Venise y est citée à deux reprises sur des tons légèrement différents. Au livre III, chapitre 5 "de l'Aristocratie", Venise est qualifiée d'"Etat dissous", ce qui n'est guère favorable (43). Mais plus loin, au livre IV, chapitre 3, "des élections", le ton de Rousseau se fait moins sévère et la constitution de cette république trouve une certaine grâce à ses yeux : il en mitige le caractère aristocratique et la met sur le même plan que la constitution de Genève (44). Cela aboutit à faire bénéficier le gouvernement de Venise du prestige dont jouissaient au XVIIIe siècle les institutions républicaines de Genève et tend à corriger dans une certaine mesure la mauvaise impression que l'*Encyclopédie* donnait des institutions de Venise.

La comparaison faite par Rousseau de Venise et de certaines républiques helvétiques n'a pas manqué de provoquer les sarcasmes de Voltaire. Pourtant, les deux auteurs ont ceci de commun qu'ils n'éprouvent pas pour la constitution vénitienne la même répulsion que les représentants du courant de pensée libéral qui s'est développé dans le sillage de Montesquieu.

Le sage de Ferney exprime même une certaine admiration pour Venise, parce qu'elle a su conserver sa liberté nationale. Il donne d'ailleurs à l'article qu'il consacre à cet Etat dans son *Dictionnaire philosophique* (1764) un titre révélateur : "Venise et, par occasion, de la liberté". Ses développements ne s'attachent pas du tout à la question de la sûreté individuelle des citoyens, mais seulement à la conservation de l'indépendance de l'Etat et de sa constitution (45). Venise est placée sur le même plan que

(42) Cf. la note de Bernard Gagnebin et de Marcel Raymond dans leur édition des Confessions, "Bibliothèque de la Pléiade", Paris, 1969, p. 1389 : "Le séjour de Rousseau à Venise a laissé en lui une trace profonde. C'est là qu'il prit goût aux questions politiques".

(43) Contrat social, édition par B. de Jouvenel, Genève, Editions du Cheval ailé, 1947, livre III, chapitre 5, note : "Il importe beaucoup de régler par des lois la forme de l'élection des magistrats car, en l'abandonnant à la volonté du prince, on ne peut éviter de tomber dans l'Aristocratie héréditaire, comme il est arrivé aux Républiques de Venise et de Berne. Aussi la première est-elle depuis longtemps un Etat dissous".

(44)"Car c'est une erreur de prendre le Gouvernement de Venise pour une véritable aristocratie. Si le peuple n'y a nulle part au Gouvernement, la noblesse y est peuple elle-même. Une multitude de pauvres Barnobotes n'approcha jamais d'aucune magistrature et n'a de sa noblesse que le vain titre d'Excellence et le droit d'assister au Grand-Conseil (...). Enfin de quelque manière que l'on considère cette République, abstraction faite de sa grandeur, son Gouvernement n'est pas plus aristocratique que le nôtre (i.e. celui de Genève)".

(45) Voltaire, Dictionnaire philosophique, t. VIII (dans ses Oeuvres complètes, Paris, 1829, vol. 45) : "Sannazar avait bien raison de dire, en comparant Rome et Venise : "Illam homines posuere dices, hanc posuere deos". Rome perdit par César, au bout de

l'"heureuse Helvétie" et que les "sept Provinces-Unies". En d'autres termes, Venise bénéficie chez Voltaire de la faveur qu'une partie de l'opinion éclairée du XVIIIe siècle accordait aux constitutions républicaines, supposées nécessairement libres. L'indéniable patriotisme des Vénitiens a pu aussi plaire à ce courant d'opinion : l'attachement des citoyens d'une république à leur patrie pouvait paraître plus digne d'hommes libres que le loyalisme, fondé sur la soumission et l'obéissance, qui attache les nations constituées en monarchie à leur maître.

Venise a en effet assuré la transmission de certaines valeurs de la Renaissance au siècle des Lumières. Elle a su préserver tout au long d'un XVIIe siècle marqué par le triomphe du principe d'autorité dans maints domaines de l'activité humaine, et notamment en politique, une parcelle des idéaux humanistes de liberté politique qui s'étaient d'abord épanouis dans les républiques italiennes de la Renaissance. La constitution de Venise pouvait encore apparaître, au XVIIIe siècle, comme la combinaison idéale de l'ordre public et de la liberté républicaine à laquelle les humanistes avaient aspiré (46).

On peut enfin trouver une autre raison à la faveur qu'une partie de l'opinion éclairée témoignait pour Venise : on lui savait grè d'avoir toujours lutté contre les entreprises de la cour de Rome. Elle était avec la France la nation qui s'était opposée le plus efficacement à certaines prétentions pontificales ; cette hostilité envers Rome remontait au XIVe siècle, comme en France. Mais la république de Venise s'était particulièrement illustrée dans ce domaine au début du XVIIe siècle, lorsque, défendue par frà Paolo Sarpi, elle avait victorieusement soutenu une lutte épique contre le pape, qui avait une nouvelle fois frappé Venise d'interdit (1606-1611).

A la fin du XVIIIe siècle, l'image de Venise dans l'opinion publique était donc placée sous le signe de l'ambiguïté. Les esprits des Lumières attachés avant tout à la sûreté individuelle des citoyens d'un Etat libre éprouvaient une sorte de répulsion pour des organes redoutables comme l'étaient le Conseil des Dix ou le tribunal des Inquisiteurs d'Etat. Ce courant légaliste et individualiste découlait surtout de l'*Esprit des lois* et de l'*Encyclopédie*. Mais une autre tendance de l'opinion, représentée par Voltaire et Rousseau, était sensible aux mérites d'un système qui avait efficacement assuré la sauvegarde de la liberté politique

cinq cents ans, sa liberté acquise par Brutus. Venise a conservé la sienne pendant onze siècles, et je me flatte qu'elle la conservera toujours (...). La véritable charte de la liberté est l'indépendance soutenue par la force (...). Pourquoi la liberté est-elle si rare ? Parce qu'elle est le premier des biens".

(46) Cf. Bouwsma (William J.), Venice and the Defence of the Republican Liberty, University of California Press, Berkeley 1968, p. 624.

de la nation dans des circonstances souvent dramatiques et lui avait procuré une stabilité constitutionnelle inégalée. Les institutions vénitiennes, bien connues de tous ceux qui s'intéressaient aux questions politiques, n'étaient donc pas réprouvées en bloc et les membres des assemblées révolutionnaires n'avaient aucune raison péremptoire de n'y pas chercher des exemples ou des modèles (47).

III - LES ORGANES DE POLICE ET DE JUSTICE POLITIQUES CREES PAR LES ASSEMBLEES REVOLUTIONNAIRES, 1789-1793 (48)

L'Assemblée nationale constituante et la Convention nationale ont possédé en fait ou en droit tous les pouvoirs de l'Etat ; elles ont fait oeuvre créatrice en matière constitutionnelle en mettant sur pied les institutions de la France contemporaine. Mais elles ont dû aussi détourner diverses menaces des pouvoirs qu'elles étaient en train de constituer et ont été amenées à organiser dans des circonstances particulièrement troubles la défense du nouveau régime politique de la nation. Elles ont confié la mission de réprimer les entreprises des ennemis de la Révolution à des organes spécifiques, placés en dehors de l'ordre constitutionnel ordinaire. Les plus célèbres de ces organes sont le Comité de sûreté générale, le Tribunal criminel extraordinaire et le Comité de salut public. Ces institutions passent en général pour typiquement représentatives du régime politique marqué par la prépondérance de l'assemblée que la France révolutionnaire a connu. On s'efforcera de montrer ici que, si ces organes n'ont pas été la copie servile d'institutions vénitiennes aux fins comparables, leur création ne saurait être envisagée sans une nette référence aux solutions adoptées par Venise pour répondre à des nécessités similaires.

(47) Les institutions vénitiennes étaient connues à l'étranger autant qu'en France. En 1791, Johann-Philipp Siebenkees, professeur à l'Université d'Altdorf (fondée en 1623, supprimée en 1809), consacra à l'Inquisition d'Etat un ouvrage spécifique : Versuch einer Geschichte der venezianischen Staats-Inquisition (Nürnberg, Adam Stein, 1791). Ceci n'est pas un hasard : Altdorf était sous la domination de la ville impériale de Nuremberg, république aristocratique qui avait fait aux lois de Venise plusieurs emprunts exprès, au début du XVIe siècle en particulier (Cf. Pompeo Molmenti, La Storia di Venezia nelle vita privata (...), VIe éd., 2e partie, Bergame, 1925, p. 330).

(48) Godechot (Jacques), Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire, Paris, P.U.F., 1985 ; sur la période républicaine, cf. Mautouchet (Paul), Le Gouvernement révolutionnaire (10 août 1792 - 4 Brumaire an IV), Paris, 1912.

1°) Le Comité de sûreté générale et ses avatars antérieurs.

L'Assemblée nationale a été confrontée dès le mois de juillet 1789 à des troubles de l'ordre public qui l'ont amenée à se saisir de plusieurs prérogatives de police.

Les jours qui ont suivi le renvoi de Necker (11 juillet) ont été particulièrement agités. Des rumeurs de coup d'Etat ministériel contre l'Assemblée circulèrent dans le public et mirent les patriotes de Paris en émoi ; la prise de la Bastille n'est qu'une péripétie violente qui révèle l'inquiétude qui régnait alors sur la capitale et ses alentours.

Dès le 13 juillet, une députation d'un des districts de Paris vint demander à l'Assemblée de créer un tribunal spécial pour juger les personnes arrêtées sur le soupçon du "crime de lèse-nation" (49). Il ne s'agissait encore que d'instituer un tribunal spécial, c'est-à-dire un organe judiciaire chargé par commission de certaines matières. Ce mécanisme n'avait rien de nouveau : l'Ancien Régime avait souvent eu recours à ces commissions judiciaires pour le jugement de certains crimes d'Etat, le Roi pouvant à tout moment, en vertu de son pouvoir de justice retenue, retirer aux juges ordinaires la connaissance de certaines affaires pour la confier à d'autres juges commis par lui. Les patriotes venus le 13 juillet demander l'institution d'un tel tribunal se contentaient donc d'appliquer à une nouvelle catégorie de crimes un système éprouvé sous l'Ancien Régime.

Le lendemain, 14 juillet, l'abbé Grégoire déposa sur le bureau de l'Assemblée une motion qui allait dans le même sens, mais qui contenait une innovation de taille : il s'agissait d'établir un comité formé de membres de l'Assemblée pour "connaître et révéler tous les crimes ministériels" et "pour invoquer ensuite les formes judiciaires et livrer les coupables à la rigueur des lois" (50). La motion de l'abbé Grégoire visait à instituer un comité de députés chargé d'enquêter sur les auteurs supposés de complots et d'entreprises contre l'Assemblée. Sa fonction n'était pas à proprement parler judiciaire ; elle s'apparentait plutôt à une tâche de police politique : le comité proposé par le constituant devait être chargé d'une mission générale de vigilance pour déjouer tous les complots visant à détruire l'oeuvre de la Révolution en atteignant l'Assemblée nationale. Rien ne fut alors décidé, l'Assemblée subissant le contre-coup de la prise de la Bastille. Mais dès le 23 juillet, elle déclara "que la poursuite des crimes de

(49) Belloni (Georges), Le Comité de sûreté générale de la Convention nationale, Paris, 1924, p. 4.
(50) Procès-verbal de l'Assemblée Nationale, Paris, 1789, n° 23, p. 4.

lèse-nation appart(enait) aux représentants de la nation" (51). Cette décision consacrait l'existence de cette catégorie spécifique de crimes contre la chose publique et le droit pour les représentants d'engager l'action publique contre leurs auteurs. L'assemblée s'attribuait donc les compétences d'un organe de police judiciaire pour certains crimes intéressant la sûreté de l'Etat. Le principe de la séparation des pouvoirs était une des maximes fondamentales des constituants de 1789. On peut voir cependant que, dès juillet 1789, on admit une exception au principe pour les crimes politiques. L'Assemblée, défiante envers le pouvoir exécutif, décida alors de se réserver la poursuite des agissements qui mettaient en péril le nouveau régime : c'était ôter aux organes ordinaires, qui eussent dû relever du pouvoir exécutif, toute compétence dans ce domaine. On se souvient qu'à Venise le Conseil des Dix était exclusivement compétent pour les affaires intéressant la sûreté de l'Etat et que les magistrats ordinaires n'avaient pas à s'en occuper.

Au cours des dernières semaines de juillet, on crut découvrir de nouveaux indices de conspirations contre l'Assemblée et la Révolution. Un complot tramé à Brest fut dénoncé à l'Assemblée, qui apprit aussi que des lettres avaient été saisies à cette occasion, mais en dehors de toute procédure judiciaire. Le 28 juillet, Duport déposa une motion tendant à instituer un comité de quatre membres qui serait chargé d'ouvrir les lettres soupçonnées de contenir des renseignements sur les complots fomentés contre la chose publique. On objecta que le nombre de quatre était insuffisant, qu'un comité aussi restreint pourrait être dangereux, et on proposa de porter ce nombre à douze. Rewbell appuya le projet de Duport. Il reçut aussi l'appui du marquis de Gouy d'Arcy qui compléta le projet en demandant que ce comité fût secret (52). Le logographe de l'Assemblée note que "l'orateur (fut) interrompu par des murmures". Cela n'empêcha pas le marquis de développer sa proposition : il s'agissait d'élire trente membres de l'Assemblée ; ceux-ci se limiteraient eux-mêmes à quinze ; et ces quinze membres subsistants nommeraient les quatre collègues qui seraient chargés de cette mission secrète. Le projet du marquis de Gouy d'Arcy semble avoir été fortement inspiré par le système des Inquisiteurs d'Etat de Venise : on a vu que ceux-ci étaient une émanation secrète des Dix, eux-mêmes délégataires d'une partie des pouvoirs souverains du Grand-Conseil. Mais les adversaires du projet ne

(51) Procès-verbal de l'Ass. Nat., séance du 28 juillet 1789, p. 20.
(52) Archives parlementaires de 1787 à 1860, t. VIII (5 mai 1789 - 15 sept. 1789), Paris, 1875, pp. 293 et s. : "J'appuie encore la motion de M. Rewbell ; surtout le nombre de quatre me paraît suffisant. Il faudrait même qu'ils fussent inconnus ; le secret est important, nécessaire".

désarmèrent pas et trois objecteurs soulignèrent les dangers que présenterait un tel comité. Le chevalier de Boufflers fit nettement le lien entre la proposition de ses collègues et la constitution vénitienne : "Ne substituons pas à l'inquisition ministérielle une inquisition d'Etat". C'était reprendre presque mot pour mot le titre de la magistrature de Venise. Les débats de l'Assemblée tels qu'ils nous sont parvenus ne sont pas tout à fait complets : les interventions très courtes, ou certains apartés, ne sont pas rapportés. Il semble bien que, dans la séance qui nous intéresse, on ait fait des références explicites aux institutions vénitiennes pour appuyer le projet ; car le chevalier de Boufflers révèle que, pour faire accepter leur projet, les promoteurs de la création de cette inquisition avaient "cité des traits d'histoire" : il ne précise pas desquels il s'agit et on en est réduit à des conjectures. S'agissait-il de certaines magistratures antiques, telles que celle de éphores de Sparte, ou bien de certaines institutions contemporaines des nations étrangères ? Nous ne saurions le dire, mais le fait est que Venise fut plusieurs fois citée au cours de cette séance. Le marquis de Castellane déclara à son tour : "Je ne pense pas qu'il faille des inquisiteurs ; ce serait un remède qui tournerait en mal, mais un comité qui informera publiquement". Les adversaires du projet n'étaient pas seulement mus par la crainte qu'un comité secret pouvait susciter ; ils étaient aussi soucieux de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, qui devait être un des fondements de l'ordre nouveau et le palladium d'une liberté civile et politique reconquise de fraîche date. Le comte de Virieu a nettement exprimé les réserves du courant d'opinion fidèle à la pensée de Montesquieu, telle qu'elle s'exprime à travers les articles du chevalier de Jaucourt dans l'*Encyclopédie* : "On nous propose d'établir une espèce d'inquisition secrète pour dévoiler les crimes. Une république fameuse a eu des inquisiteurs pareils : leur jugement frappait comme l'éclair. Le sang a coulé avec profusion et les vengeances étaient plutôt le signal qui dirigeait le glaive du bourreau que l'ordre de la justice". La terrible peinture faite par les objecteurs fit impression sur une assemblée attachée à la sûreté des citoyens dans un régime de liberté. Les institutions secrètes de Venise ne paraissaient pas dignes de la France, du moins dans le climat d'optimisme qui était encore celui de 1789. Le Chapelier, La Rochefoucauld et d'André calmèrent les esprits et ramenèrent le débat sur la voie du compromis. Le logographe note cependant que "les débats (furent) longs et très vifs". Finalement, l'Assemblée décida que le comité en question "ser(ait) composé de douze membres pris indifféremment sur toute l'Assemblée sans distinction d'ordres (...) et que les membres "ser(aient) renouvelés tous les mois".

Le vote du 28 juillet 1789 marque une date dans l'histoire des assemblées révolutionnaires. C'est en effet la première fois qu'un corps législatif investi de presque tous les pouvoirs de l'Etat s'est doté en France d'un organe chargé d'une mission de police politique. Et ce qui est frappant, c'est que, le jour de sa création, les Constituants ont fait expressément référence aux Inquisiteurs d'Etat de Venise. Les institutions de cette république ont donc été sans cesse présentes aux esprits des députés quand ils ont créé un organe qui, sous des noms divers, allait être appelé à un brillant avenir. Car le Comité des recherches créé en juillet 1789 allait durer jusqu'à la dissolution de la Constituante, pour être presque immédiatement remplacé par le Comité de surveillance de la Législative, institué le 25 novembre 1791 ; et celui-ci, prolongé par la Convention nationale en septembre 1792, devait bientôt se muer en Comité de sûreté générale (2 octobre 1792). Il y a une filiation directe entre le Comité des recherches de 1789 et le célèbre Comité de sûreté générale de la République révolutionnaire. On peut donc soutenir que le plus ancien des comités de gouvernement de la jeune République française a commencé sa carrière, Louis XVI régnant encore, sous le parrainage inattendu de Venise.

En 1789, cependant, les Constituants n'ont pas été jusqu'à confier au Comité des recherches des pouvoirs aussi étendus que ceux du Conseil des Dix ou des Inquisiteurs d'Etat, loin s'en faut. Installé place Vendôme (n° 4) en octobre 1789, ce comité travaillait en liaison avec le Comité des rapports de l'Assemblée et aussi le Comité des recherches de la municipalité de Paris. Il se bornait à enquêter sur certaines affaires intéressant l'ordre public et la sûreté de l'Etat et en faisait rapport à l'Assemblée, seule compétente pour engager des poursuites contre les auteurs supposés de crimes de lèse-nation. Jusqu'en juin 1791, il s'est montré "plus parlementaire que policier" (53).

La fuite à Varennes, le discrédit et la suspension provisoire du Roi eurent pour conséquence que, désormais, l'Assemblée fut investie entièrement du gouvernement de la France. La France s'est trouvée organisée en république de fait. Dès le 21 juin 1791, cette modification de l'équilibre constitutionnel se fit sentir sur le rôle du Comité des recherches. Celui-ci, uni au Comité des rapports, reçut des pouvoirs étendus et put même ordonner des arrestations ; les ministres de la Justice et de l'Intérieur furent placés vis-à-vis du comité renforcé dans une situation de subordination (54). Dans cette période d'effacement du pouvoir exécutif, l'autorité du comité de l'Assemblée fut considérablement accrue : au lieu d'être un

(53) Cf. Belloni (Georges), op. cit., Ière partie, chap. 1er.
(54) Cf. Belloni (Georges), op. cit., ibid.

organe simplement chargé de préparer les décisions de l'assemblée, il fut désormais chargé d'une mission mi-policière mi-judiciaire et investi d'un certain pouvoir hiérarchique sur les rouages ordinaires de l'administration. Sans qu'elle y eût pensé, la Constituante parvenue au terme de ses travaux adopta un schéma qui ressemblait davantage au schéma institutionnel vénitien ; le Conseil des Dix et les Inquisiteurs d'Etat avaient, pour certaines affaires, une autorité supérieure à celle des magistrats ordinaires.

Le Comité des recherches disparut avec la Constituante à la fin de septembre 1791. Mais il fut bientôt remplacé. Dès le mois de novembre, en effet, à l'occasion du débat relatif à l'institution de la Haute Cour Nationale qui serait chargée de juger les crimes de lèse-nation, on décida de "rétablir" l'ancien Comité des recherches sous le nom de "Comité de surveillance" (25 novembre 1791). Mais ce nouveau comité ne reçut pas l'ensemble des pouvoirs qu'avait exercés le Comité des recherches à partir de la fuite à Varennes. Un membre ayant demandé "qu'il soit dit que ce comité ne pourr(ait) pas faire d'arrestations", une courte discussion s'ensuivit et il fut finalement décidé que le Comité de surveillance serait "chargé de recueillir les faits qui lui seront renvoyés par l'Assemblée nationale et qui seront capables d'attaquer le maintien de la constitution". Il s'agit bien d'un organe de protection du nouvel ordre constitutionnel, mais d'un simple auxiliaire de l'assemblée, dépourvu de pouvoirs exceptionnels.

L'histoire du Comité de surveillance de la Législative ressemble d'ailleurs à celle du Comité des recherches de la Constituante : jusqu'en août 1792, il se borna à faire des rapports à l'Assemblée. Mais après la chute de la royauté, porté de douze à trente et un membre (15 août 1792), il reçut le pouvoir de faire arrêter les suspects. Le parallélisme avec la situation de l'été 1791 est presque parfait : dès que le pouvoir exécutif est écarté du jeu constitutionnel, le comité de police de l'Assemblée acquiert des prérogatives de gouvernement. Comme si l'assemblée investie de tous les pouvoirs de l'Etat avait nécessairement besoin d'un organe chargé de la défendre contre toutes les entreprises visant à renverser le régime (55).

La Convention nationale réunie le 21 septembre 1792 maintint en place les comités de la Législative. Les membres qui siégeaient dans les anciens comités et qui avaient été élus à la Convention continuèrent d'en faire partie.

(55) L'action du Comité de surveillance de la Législative moribonde fut d'ailleurs de peu d'importance, le décret du 11 août ayant confié aux municipalités les plus larges pouvoirs en matière de sûreté nationale. A Paris, la commune insurrectionnelle exerça en fait toutes les attributions de police politique.

Le 2 octobre 1792 fut arrêtée l'organisation définitive des comités de la nouvelle assemblée. Un "Comité de sûreté générale" fut mis sur pied sans que sa création provoquât aucun débat. Ce comité continuait sous un nouveau nom le Comité de surveillance provisoirement maintenu une dizaine de jours plus tôt. Il semble qu'il ait eu exactement les mêmes pouvoirs que ceux du Comité de surveillance d'après le Dix-Août, et notamment le pouvoir de faire arrêter les suspects. Les scrupules encore formulés un an auparavant n'étaient plus de mise à l'automne 1792. Les attributions du Comité de sûreté générale ne sont pas précisément définis dans les décret alors rendus par la Convention : une sorte de coutume était née en cette matière et les Conventionnels ne se sont pas sentis obligés de préciser les compétences de leur comité. L'*Almanach national* pour 1793 mentionne en tout cas que le comité "établi par le décret du 2 octobre dernier" a pour fonction de "veiller à la sûreté générale de l'Etat" et qu'il peut, entre autres attributions, surveiller et interroger les "ennemis de la chose publique" et "faire arrêter ceux qui lui sont dénoncés comme agents des cours étrangères et tous ceux qui troublent de quelque manière que ce soit l'ordre public" (56). Le vote du 2 octobre a institutionnalisé un organe mi-policier mi-judiciaire chargé d'un pouvoir extraordinaire en matière politique. On peut donc dire que, poussée par les circonstances et par les précédents, la Convention a mis sur pied un système apparenté au système vénitien, où un organe intimement lié au pouvoir politique a le pouvoir de faire arrêter les ennemis du régime.

Le Comité de sûreté générale, définitivement constitué le 17 octobre 1792, et alors composé de trente membres, fut à plusieurs reprises l'objet des attaques des Girondins. Ceux-ci, méfiants envers une institution dangereuse pour la liberté individuelle, tentèrent de limiter ses attributions en confiant à des organes *ad hoc* le maniement de certaines affaires. Dès le 1er octobre 1792, c'est à une commission spéciale de vingt-quatre membres de la Convention que fut confiée l'enquête sur les massacres de septembre ; le 20 novembre, une commission des douze fut élue pour enquêter sur les documents trouvés dans l'armoire de fer ; le 6 décembre 1792, six conventionnels furent aussi désignés pour dresser l'acte d'accusation contre Louis XVI. En janvier 1793, les Girondins tentèrent de modérer l'action du comité : le 3 janvier, des députés dénoncèrent à l'Assemblée des arrestations hasardeuses opérées par le comité ; on avait en effet ordonné l'arrestation de Rivarol-le-cadet en le confondant avec son frère aîné, célèbre publiciste contre-révolutionnaire, et il se trouvait en état d'arrestation depuis trente-trois jours (57). Le 7

(56) Cf. Belloni (Georges), op. cit., p. 24.
(57) Archives parlementaires, t. LVI (28 déc. 1792 - 11 janvier 1793), pp. 259-260.

janvier, après la lecture d'une lettre quelque peu insolente de Rivarol-le-cadet à la Convention, le débat reprit (58). Manuel, Birotteau, Penières, Buzot et quelques autres Girondins critiquèrent vivement les compétences excessives et le travail du Comité de sûreté générale ; ils fondèrent leurs critiques sur le principe de la liberté individuelle des citoyens et se plaignirent notamment de ce que le comité ordonnât des arrestations à l'insu de l'Assemblée. Or, nous avons vu que l'un des principaux griefs élevés contre le système vénitien par le courant doctrinal qui s'est développé dans le sillage de Montesquieu et de l'*Encyclopédie* était justement le secret dont le Conseil des Dix ou les Inquisiteurs d'Etat entouraient les arrestations qu'ils ordonnaient (59). Il fut finalement décrété que le nombre des membres du comité serait doublé ; qu'il ne pourrait émettre de mandats d'arrêt que d'après une délibération prise à la majorité des deux tiers, dix-huit membres au moins étant présents ; qu'il en tiendrait registre et que, tous les huit jours, il rendrait compte à la Convention des mandats d'arrêt décernés et des personnes en état d'arrestation. Cette séance marque une date dans l'histoire de la Convention ; c'est à cette occasion en effet qu'il fut question d'établir un tribunal criminel extraordinaire pour juger les ennemis du régime. Et la Convention, en même temps qu'elle limitait les attributions du Comité de sûreté générale, chargea son Comité de législation de préparer un projet de création d'un Tribunal criminel extraordinaire. Il semblait donc qu'il dût alors y avoir un lien nécessaire entre l'existence d'un comité de police extraordinaire et une juridiction d'exception. Le 9 janvier, quinze Girondins furent élus membres du comité. Mais dès le 21 janvier, la Montagne réussit à revenir sur les décisions des 7 et 9 janvier précédents : le comité fut ramené à douze membres et le renouvellement de ses membres y amena une majorité de Montagnards. La Gironde, l'opinion modérée, les légalistes et les contre-révolutionnaires s'alarmèrent davantage de la mise en place progressive de ces organes redoutables. Le Comité de sûreté générale était leur cible favorite ; les débats de la Convention en reçurent certains échos : le 1er février 1793, le conventionnel La Source rendit compte au nom du Comité de sûreté générale de

(58) Il faut noter que la lettre écrite par Rivarol au président de la Convention pour se plaindre de la mesure tyrannique dont il était la victime du fait du Comité de sûreté générale contient une allusion au despotisme des Turcs, mais rien sur le pouvoir du Conseil des Dix : "Je m'adresse à vous, Citoyen Président, pour que vous ayez la bonté de lire ma lettre à la Convention nationale, et celle de solliciter de ma part, si mon arrestation doit durer, un passeport pour Constantinople ; j'y serai plus libre qu'à Paris" (Archives parlementaires, t. LVI, p. 260).

(59) Cf. l'intervention de Lesage (Archives parlementaires, t. LVI, p. 260) : "Il faut examiner l'institution de cet étrange établissement qui se permet d'attenter à la liberté des citoyens sans vous en rendre compte". Et de demander le réexamen des lois ayant institué le "comité de surveillance" (sic).

l'arrestation du journaliste Nicole, rédacteur du *Journal français*, de tendance nettement anti-jacobine, et cita quelques passages de ce journal ; il y est fait une allusion expresse au Conseil des Dix de Venise (60).

L'opinion modérée, tributaire du courant doctrinal légaliste et individualiste de Montesquieu et de l'*Encyclopédie*, continuait à réclamer contre la mise en place d'institutions qui leur paraissaient dangereuses pour la liberté individuelle. Et, pour ce courant, le Conseil des Dix et les Inquisiteurs d'Etat étaient les prototypes d'autorités tyranniques.

Mais on savait aussi que ces organes quelque peu effrayants avaient sauvé l'indépendance et la constitution d'une république exposée aux plus grands dangers à certains moments particulièrement dramatiques de son histoire. Les Dix aussi bien que les Inquisiteurs d'Etat passaient à ce titre pour le modèle achevé d'organes chargés de sauver une patrie menacée.

Au printemps 1793, la jeune République française se trouva elle aussi exposée aux plus sombres menaces ; il n'est donc pas étonnant que, à ce moment-là, elle ait mis sur pied des organes dotés de pouvoirs exceptionnels pour faire triompher la Révolution : le Tribunal criminel extraordinaire et le Comité de salut public.

2°) Le Tribunal criminel extraordinaire

Au début de 1793, la République disposait d'un organe de police chargé de rechercher et de poursuivre les contre-révolutionnaires, mais elle n'avait pas encore mis sur pied une juridiction spéciale chargée de juger les coupables. Dès le mois de janvier, la création d'une telle juridiction d'exception était à l'ordre du jour. La proposition faite le 9 janvier aboutit deux mois plus tard. La Gironde avait finalement accepté l'idée d'instituer un tribunal criminel extraordinaire parce que c'était le seul moyen de "légaliser" les fureurs populaires ; c'était en quelque sorte le prix qu'il fallait payer pour éviter que le peuple de Paris ne se porte dans les prisons pour punir lui-même les traîtres et les conspirateurs.

Le 10 mars 1793, la Convention fut saisie d'un projet de décret présenté par le girondin Lesage (61). Il prévoyait l'institution d'un jury. Mais le montagnard Robert Lindet, évêque

(60) Archives parlementaires, t. LVIII (29 janv. - 18 fév. 1793), p. 110 : "(...) le comité de surveillance (sic) a été renouvelé (...) ; des hommes de sang qui, dans ce moment, disposent souverainement de la réputation, de la fortune et de la vie des citoyens ; (souligné) C'est le Conseil des Dix de Venise, ils n'ont qu'à dire 'Poignardez', et l'on poignardera".

(61) Archives parlementaires, t. LX (9-30 mars 1793), pp. 60 et s.

du département de l'Eure, présenta aussitôt un contre-projet qui prévoyait que le tribunal criminel extraordinaire serait composé de neuf membres élus par la Convention ; qu'il ne serait astreint à aucune forme pour le jugement des accusés ; qu'il pourrait acquérir conviction par tous les moyens possibles ; qu'il y aurait toujours un de ses membres en fonction pour recevoir les dénonciations ; qu'il jugerait ceux qui lui auraient été déférés par la Convention ; qu'il pourrait aussi poursuivre directement ceux qui auraient abandonné ou négligé leurs fonctions, qui auraient tenté d'égarer le peuple, ceux dont la conduite ou les écrits ou ceux qui, par les fonctions qu'ils avaient occupées sous l'Ancien Régime, rappelleraient des prérogatives usurpées par les despotes ; le tribunal, enfin, ne comporterait pas de jury.

Le projet Lindet, vivement applaudi par la Montagne, effraya la Gironde. Vergniaud vit juste lorsqu'il traça un parallèle entre le tribunal proposé par Lindet et le tribunal des Inquisiteurs d'Etat de Venise (62). La similitude des deux institutions est en effet frappante : même délégation de pouvoir, même possibilité d'auto-saisine, même exception des règles ordinaires de la procédure criminelle, même permanence : le membre du tribunal extraordinaire qui serait chargé de recevoir à tout moment les dénonciations est évidemment la copie de celui des trois "capi" du Conseil des Dix qui, étant de semaine, devait être accessible aux dénonciateurs à toute heure du jour et de la nuit. Une seule différence, le tribunal proposé par la Montagne ne devait pas être secret.

La discussion s'engagea sur la question du jury et sur celle de la saisine du tribunal extraordinaire.

Venise ne cessa de hanter les rangs de la Convention tout au long de ce débat. Phélippeaux, soucieux d'organiser auprès du tribunal un ministère public, proposa d'instituer "trois grands procurateurs de la République" qui décideraient s'il y a lieu à poursuivre. Ce projet modéré emprunte lui-aussi aux institutions vénitiennes. On a vu que les "avogadori di comun" avaient entrée et séance au Conseil des Dix et qu'ils devaient veiller à ce que les décemvirs n'abusassent pas de leurs compétences déjà très larges. Sans être un ministère public tel qu'on l'entendait en France, ils n'en étaient pas moins chargés de faire respecter la légalité par les Dix. Les grands procurateurs préconisés par Phélippeaux devaient, *mutatis mutandis*, remplir la même fonction : il s'agissait d'éviter que le tribunal ne fût l'arbitre de sa propre compétence. On peut aussi noter que le terme même de "procurateur" est comme un

(62) "Lorsqu'on vous propose de décréter l'établissement d'une inquisition mille fois plus redoutable que celle de Venise, nous mourrons tous plutôt que d'y consentir. Je demande que la discussion s'ouvre sur les projets présentés (i.e. sur le projet de Lesage)".

écho des magistratures vénitiennes. Le vocabulaire juridique français connaissait certes des "procureurs", mais pas de procurateurs ; les institutions vénitiennes faisaient en revanche une place de choix à des procurateurs, les plus célèbres étant les "procurateurs de Saint-Marc".

La Gironde réussit à écarter pour quelques semaines la menace que faisait planer le projet montagnard. Le "Tribunal criminel extraordinaire" (63) qui fut finalement organisé le 10 mars 1793 comportait cinq juges élus par la Convention, un jury de douze membres, un accusateur public et deux substituts. Chargé de faire leur procès aux ennemis de la République qui lui seraient déférés par la Convention, il ne pouvait pas se saisir lui-même : la Convention décréta en effet la création d'une commission de six membres qui serait chargée de faire le rapport à l'Assemblée sur les suspects qu'il conviendrait de traduire devant le Tribunal extraordinaire. Cette disposition, d'inspiration girondine, ôtait en fait au Comité de sûreté générale le pouvoir de proposer l'accusation. Il semble donc qu'au début de mars, les Girondins aient réussi à faire adopter un projet relativement modéré. Le tribunal créé à ce moment-là a une compétence bien moins étendue, en effet, que le projet "vénitien" de la Montagne.

Mais la défaite de Neerwinden (18 mars) et la trahison du girondin Dumouriez (début d'avril) allaient tout remettre en cause. Les Montagnards, profitant du discrédit encouru par tous les modérés, désormais soupçonnés de trahison ou de collusion avec les ennemis de la patrie, obtinrent rapidement le renforcement des pouvoirs du Tribunal criminel extraordinaire. Le 2 avril 1793, la commission des six chargés de préparer la mise en accusation des suspects fut supprimée et le Comité de sûreté générale fut investi de ses pouvoirs. Le 5 avril, la Convention décréta ce que la Gironde avait réussi à empêcher trois semaines auparavant : désormais, l'accusateur public auprès du Tribunal extraordinaire pourrait faire arrêter, poursuivre et juger tout citoyen qui lui serait dénoncé ; on en revenait donc au projet de Lindet inspiré par le Tribunal des Inquisiteurs d'Etat.

Les dernières semaines de mars et le début d'avril 1793 font époque dans la brève histoire de la première République. C'est à ce moment que la Convention a doté la France des institutions chargées de faire triompher la Révolution coûte que coûte. Or, il est indéniable que le Tribunal criminel extraordinaire qui fut alors institué procède, au moins pour partie, du modèle fourni aux Conventionnels par les Inquisiteurs d'Etat de Venise.

(63) Le décret du 8 brumaire an II (29 octobre 1793) lui donnera le titre de "Tribunal révolutionnaire".

La création du Comité de salut public apporte une dernière pierre à l'édifice. La Convention a-t-elle aussi été inspirée, à l'occasion de la création de ce comité de gouvernement, par le génie politique de Venise ?

3°) Le Comité de salut public

Le 1er janvier 1793, la Convention avait nommé un Comité de défense générale de dix-huit membres, bientôt portés à vingt-cinq, chargé de concerter toutes les mesures de défense que le péril extérieur paraîtrait exiger. En février et en mars, l'entrée en guerre de la Grande-Bretagne, la formation de la première coalition, la trahison de Dumouriez compromirent gravement la situation diplomatique et militaire de la République tandis que le soulèvement vendéen menaçait de l'affaiblir à l'intérieur. La France se retrouvait *mutatis mutandis* dans une situation comparable à celle où Venise s'était trouvée à plusieurs reprises au cours de son histoire et notamment au début du XIVe et du XVIe siècles : engagée dans une guerre où la survie même de l'Etat pouvait sembler en cause, elle devait aussi se prémunir contre les désordres et les complots fomentés par "l'ennemi intérieur". Le Comité de défense générale fut dépassé par les événements et demanda lui-même, par la bouche de Barère, sa transformation en comité de salut public (18 mars). Il s'agissait de lui confier de véritables pouvoirs d'action et de protéger le secret de ses délibérations ; il s'avérait en effet que les plans de campagne discutés au comité devant un large public pouvaient être facilement connus des espions ennemis : or, on se souvient que le même souci était apparu à Venise au début du XVIe siècle et avait abouti à l'institution des Inquisiteurs d'Etat. Le 22 mars, Bancal s'était opposé au projet de Barère en demandant que le comité nouveau qu'il s'agissait d'organiser fût "vraiment extraordinaire" et qu'il ne pût "jamais entreprendre sur le pouvoir exécutif".

Nonobstant les oppositions exprimées à la fin de mars, Isnard présenta le 3 avril à la Convention le projet de décret que le Comité de défense générale avait préparé pour sa transformation en "Comité d'exécution". Il prévoyait l'institution d'un collège restreint à neuf membres, chargé de la "direction" de toutes les affaires dont le Conseil exécutif provisoire était chargé depuis la chute du Roi, les ministres devant être réduits à "l'administration pure et simple". Le comité pourrait aussi décider de l'arrestation des ministres ou des généraux. Le plan proposé aboutissait à doter un comité de l'Assemblée de véritables prérogatives gouvernementales. C'était une révolution dans la Révolution. En 1789, les Constituants avaient déclaré que le

principe de la séparation des pouvoirs était un des critères essentiels de toute constitution et cette idée avait alors tellement de force qu'elle survécut à la chute de la royauté : le Conseil exécutif provisoire constitué en août 1792 avait en effet prolongé sous une forme collégiale l'existence d'un pouvoir exécutif formellement distinct de l'Assemblée. En outre, la conception "classique" du pouvoir exécutif niait implicitement l'existence de quelconques prérogatives de direction suprême de l'Etat, l'exécutif devant se borner à la stricte application des lois et n'étant pas habilité à diriger la politique de la Nation. Or, les idéaux de 1789 étaient radicalement remis en cause par la création projetée d'un comité de gouvernement.

Le projet présenté par Isnard fut le point de départ d'un vif débat dans l'Assemblée (64).

Le girondin Buzot s'y opposa véhémentement au nom de la séparation des pouvoirs : il invita la Convention à fortifier plutôt le pouvoir exécutif. Danton répliqua aux adversaires du projet en affirmant la légitimité de la création envisagée : "Je crois qu'une République, tout en proscrivant les dictateurs et les tyrannies, n'en a pas moins le pouvoir et le devoir de créer une autorité terrible". Les données du problème que la Convention devait alors résoudre sont nettement posées : une république, régime collégial par définition, ne saurait aliéner sa liberté au bénéfice d'un pouvoir personnel ; mais elle n'a pas le droit de la laisser périr par une excessive timidité. Ce dilemme des régimes républicains avait déjà été souligné par Montesquieu, dans le passage que nous avons mentionné plus haut (65) ; or, l'auteur de l'*Esprit des lois* avait alors cité les deux constitutions qui avaient su, par certains correctifs, assurer la défense rigoureuse de la liberté politique de l'Etat tout en évitant de se donner à un maître. Le premier exemple cité était celui de la dictature romaine ; mais il est inapplicable au cas de la Convention : à aucun moment, il n'a été question de confier à un homme les pouvoirs exceptionnels nécessaires pour le salut de la République ; l'exemple de Dumouriez incitait au contraire à rejeter tout ce qui eût pu ressembler à un pouvoir personnel. L'autre exemple invoqué par Montesquieu était celui des Inquisiteurs d'Etat de Venise, organe collégial investi d'un "pouvoir exorbitant" dans l'intérêt même de la liberté. Les paroles de Danton semblent bien faire écho aux lignes de Montesquieu : l'"autorité terrible" que propose le Conventionnel est évidemment en rapport avec l'"autorité exorbitante" ou les "magistratures

(64) Archives parlementaires, t. LXI (31 mars - 12 avril 1793), pp. 277 et s., 341 et s., 373 et s., 397, 400.

(65) Cf. p. 16 : "Une autorité exorbitante donnée tout à coup à un citoyen dans une république forme une monarchie ou plus qu'une monarchie".

terribles qui ramènent brutalement l'Etat à la liberté" que décrivait le magistrat bordelais.

Le 5 avril, Barère, après avoir insisté sur la nécessité de conserver le secret des délibérations du comité en gestation, prit la défense de l'institution envisagée dans un discours soigné. Lui aussi fit implicitement allusion à Venise (66). Il prit le parti d'appuyer sa démonstration, entre autres arguments, sur des exemples étrangers et rappela que "tous les pays" avaient connu la nécessité d'instituer, dans certaines circonstances particulièrement urgentes, des "autorités dictatoriales et des pouvoirs consulaires". Mais immédiatement après, il se défend de vouloir proposer l'institution d'une dictature, en quoi il voit l'occasion pour "des ambitieux et des scélérats" (c'est encore Dumouriez qui sert de repoussoir) de s'emparer du pouvoir. Barère ne pousse pas plus loin sa démonstration. Il importe cependant de continuer son argumentation en tâchant de mettre en lumière son contenu implicite. Comment concilier le souci de doter un gouvernement républicain de toute l'énergie nécessaire au salut d'un pays en butte à toutes sortes d'ennemis et celui de sauvegarder la liberté publique ? Pour Barère, comme pour tous les promoteurs du projet, la nomination d'un dictateur étant exclue *a priori*, la solution du problème résidait dans la délégation de certains pouvoirs exceptionnels à une autorité collégiale réduite en nombre. Or, quel pays pouvait fournir un tel modèle, sinon Venise ? Barère indique bien que "tous les pays" ont eut recours à des pouvoirs extraordinaires à certains moments de leur histoire : c'est qu'il les a tous passés en revue ; mais les constitutions antiques ne pouvaient lui offrir l'exemple d'un pouvoir constitué exerçant collégialement une dictature (67). Seule Venise avait enfanté, dans des circonstances particulièrement urgentes, des magistratures collégiales investies des plus larges pouvoirs pour assurer coûte que coûte la survie de la "patrie". Or, en avril 1793, il s'agissait bien de confier au Comité de salut public des pouvoirs gouvernementaux, diplomatiques et militaires en particulier, comparables à ceux que le Conseil des Dix avait été amené à exercer aux XVe et XVIe siècles, quand la république s'était trouvée engagée dans des guerres sans merci. Ainsi, il n'y a rien de hasardeux à avancer que Barère, après Danton, songeait

(66) "Dans tous les pays, on a senti la nécessité d'avoir momentanément dans les temps de révolutions et de conjurations contre la patrie, des autorités dictatoriales et des pouvoirs consulaires, pour que la liberté publique ne souffrît pas de dommage. Ce n'est pas que je veuille vous proposer de telles autorités ; elles ne conviennent pas à des peuples libres et encore moins dans un temps où des ambitieux et des scélérats peuvent abuser de tout et égarer le peuple".

(67) Les magistratures collégiales abondent dans les constitutions antiques ; les tyrannies collectives ne manquent pas non plus ; mais il n'y a pas eu de magistrature collégiale investie de pouvoirs dictatoriaux.

au Conseil des Dix lorsqu'il s'efforçait de convaincre la Convention que la mise sur pied d'un Comité de salut public, chargé de prendre toutes les mesures de salut public que les circonstances rendraient nécessaires, était légitime.

Barère révèle aussi que les opposants au projet accusaient ses promoteurs de pousser à la dictature ; cela peut paraître bizarre alors que le comité envisagé n'avait que peu de traits communs avec le dictateur romain : mais on se souvient que, depuis Amelot de la Houssaye, l'assimilation quelque peu hâtive du Conseil des Dix et du dictateur était devenue une espèce de lieu commun. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'on en rencontre un écho au sein de la Convention. D'ailleurs, Barère ne craint pas d'admettre que la dictature peut être légitime. Mais il admet l'idée d'une dictature collégiale et réduit à néant l'argument de ses adversaires en rappelant que la Convention elle-même exerce une véritable dictature (68).

On se demandera pourquoi les promoteurs de la création du Comité de salut public n'ont pas expressément fait référence aux institutions vénitiennes pour appuyer leur projet. Cela tient sans doute à la coutume oratoire du temps. Il eût été de mauvais ton, pour un député, d'asséner à ses collègues une leçon de droit public comparé ; cela fût revenu à mettre en doute de façon peu civile leurs connaissances. La politesse des moeurs et de la langue françaises d'alors bannissait toute pédanterie (69). On pouvait en revanche se référer aux exemples de l'Antiquité sans tomber dans le ridicule : les institutions de l'Antiquité, parce qu'elles n'étaient plus en vigueur, étaient affranchies des liens qu'elles avaient pu avoir avec toutes sortes de contingences historiques propres aux peuples qui les avaient élaborées ; libérées du poids des réalités politiques ou sociales, elles avaient en quelque sorte pris une nature abstraite et pouvaient de ce fait être invoquées sans crainte par des esprits épris de raison et constamment soucieux de retrouver, par-delà les institutions souvent triviales créées par les

(68) "On parle sans cesse de dictature ! Je n'en connais qu'une qui soit légitime, qui soit nécessaire, que la nation a voulue, c'est la Convention nationale. (...). Vous vous effrayez de dictature, tandis que vous avez confié au comité de surveillance (sic), à cause des trahisons et des conspirations, le droit terrible de lancer des mandats d'arrêt et d'amener contre des citoyens". Les discours d'avril 1793 marquent le moment où le terme "dictature" a pris en France un sens particulier ; dans le débat politique aussi bien que dans la réflexion doctrinale, la notion de dictature a alors été considérée indépendamment du support organique qui était le sien à Rome : on a pu désormais envisager un pouvoir dictatorial qui ne fût pas nécessairement confié à un magistrat unique. C'est la République révolutionnaire qui a permis la diffusion d'un concept de dictature collective dont les prémisses avaient été posées par Amelot à la fin du XVIIe siècle.

(69) Il y eut beaucoup d'orateurs de talent dans les assemblées révolutionnaires. L'éloquence de Barère, notamment, jouissait d'une réputation inégalée : membre de l'Académie des Jeux floraux de Toulouse avant la Révolution, il fut par la suite surnommé l'"Anacréon de la guillotine".

hommes, les "principes" et les "maximes" qui les expliquaient. Invoquer les exemples de l'Antiquité revenait à faire appel à la raison, et non pas aux seules connaissances des auditeurs. Les Constituants aussi bien que les Conventionnels désireux de soigner leurs discours ne pouvaient exposer trop concrètement les parties du droit public dont ils s'inspiraient ; ils citent donc rarement les institutions étrangères auxquels ils font implicitement référence, même lorsque les régimes politiques qui leur servent ainsi de modèles jouissent d'une haute estime dans l'opinion publique ; en revanche, les références explicites aux constitutions de cités antiques abondent. Pourtant, on ne peut pas dire que les constitutions élaborées pendant la Révolution aient fait une large place à des institutions imitées de l'antique, alors que les indices de l'acclimatation en France de certaines solutions étrangères, notamment britanniques, américaines ou helvétiques, ne manquent pas.

Le 6 avril 1793 fut enfin institué le "Comité de salut public". Composé de neuf membres élus, délibérant en secret, il exerçait d'abord une espèce de pouvoir de tutelle sur les ministres, pouvant notamment suspendre les arrêtés du Conseil exécutif provisoire ; mais il était aussi investi d'une autorité propre en matière de salut public : dans ce domaine, il était habilité à prendre toutes les "mesures" qu'il jugerait nécessaires. Il était donc arbitre de sa propre compétence. Son statut et sa fonction offrent un certain nombre de similitudes avec ceux du Conseil des Dix. L'un et l'autre sont des délégués du corps où réside la souveraineté de la république (70) ; tous deux sont renouvelés régulièrement, le Comité "tournant" plus fréquemment que le Conseil ; l'un et l'autre sont secrets ; tous deux peuvent imposer leur volonté aux organes ordinaires du gouvernement et de l'administration ; l'un et l'autre enfin sont libres de déterminer eux-mêmes le champ d'application de leur compétence. Le Comité de salut public, comme les Dix à l'apogée de leur pouvoir, est chargé de prendre en main l'ensemble des opérations diplomatiques et militaires de la république et de canaliser toutes les forces de l'Etat vers la défense de la patrie. Il faut noter cependant que le Comité de salut public est dépourvu de toutes les attributions de police et de justice que possédaient aussi les Dix : c'est que la répression des crimes politiques avait déjà été confiée par la Convention au Comité de sûreté générale et au Tribunal extraordinaire.

Si les organes du gouvernement révolutionnaire sont tous en place au début d'avril 1793, ils ne parviendront à leur plein

(70) Thuriot, au cours de la séance du 6 avril, a nettement mis en lumière ce caractère du Comité de salut public : il parle d'un "comité qui puisse agir pour vous", d'une "délégation" faite par l'Assemblée à "quelques-uns de ses membres", bref d'un organe "qui représente la Convention".

développement qu'après la chute de la Gironde, survenue peu après (31 mai et 2 juin 1793). A partir de ce moment, au fur et à mesure que les rouages politiques suprêmes de la République révolutionnaire commencent à fonctionner, on voit apparaître des pratiques gouvernementales et répressives qui aboutissent à faire ressembler sur plusieurs points la constitution de la toute jeune République française à celle de la République de Venise parvenue au terme de sa longue histoire. En septembre 1793, il fut décrété que les membres du Comité de sûreté générale seraient désormais élus par l'assemblée sur la proposition du Comité de salut public. En décembre 1793, la Convention, par le décret du 14 frimaire an II, dote la France d'une organisation provisoire des pouvoirs publics qui met en relief les attributions des deux comités de gouvernement. En avril 1794, les ministres (six) sont supprimés et leurs attributions administratives sont confiées à douze commissions exécutives : toute trace d'un pouvoir exécutif "classique" (au sens où on l'entendait encore en 1789) disparaît. Le printemps de l'année 1794, apogée du système robespierriste, vit aussi se renforcer aussi les pouvoirs de police du Comité de salut public : le décret du 27 germinal an II (16 avril 1794) confia à ce comité les mêmes pouvoirs sur les personnes que ceux du Comité de sûreté générale ; désormais, le Comité de salut public pourrait aussi arrêter des suspects et les déférer au Tribunal révolutionnaire. Le comité s'empressa de créer un Bureau de police, que le Comité de sûreté générale vit d'ailleurs d'un très mauvais oeil (71). Le "Grand Comité" de salut public se retrouvait donc dans la situation du Conseil des Dix à certaines époques critiques de l'histoire de Venise : chargé de la direction générale du gouvernement de la République, il disposait d'un organe propre de police politique, comme les Dix disposaient des Inquisiteurs d'Etat.

En mai 1794, deux mois avant la chute de Robespierre, les institutions de la République se présentaient de la façon suivante.

La Convention, vaste corps dépositaire de tous les pouvoirs de l'Etat, mais sans grande initiative, comme le Grand-Conseil de Venise.

Le Comité de salut public, émanation de l'assemblée, élu par elle, véritable centre du gouvernement de la République en guerre, comme le Conseil des Dix.

(71) Cf. Ording (Arne), Le Bureau de police du Comité de salut public, étude sur la Terreur, "Skrifter utgitt av Det Norske Videnskaps-Akademi i Oslo", II. Hist.-Filos. Klasse, 1930, n° 6, pp. 1-195, Oslo, 1930.

Trois organes chargés par délégation de l'assemblée souveraine de réprimer les entreprises de tous les ennemis du régime, les deux premiers ayant des attributions surtout policières, le dernier ayant une compétence judiciaire exceptionnelle : le Bureau de police du Comité de salut public, chargé des attributions de police politique du comité ; le Comité de sûreté générale, subordonné bon gré mal gré au Comité de salut public, chargé de la police politique au sens le plus large ; le Tribunal révolutionnaire, appliquant une justice expéditive. Le rôle de ces trois organes était tenu à Venise par une seule institution, le tribunal des Inquisiteurs d'Etat, doté à la fois de prérogatives de police et de justice.

Les Commissions administratives, enfin, chargées de l'application dans le détail des lois ou des mesures décidées par les comités. Elles tiennent la place que remplissaient à Venise les rouages ordinaires de l'administration face aux magistratures chargées des grandes affaires gouvernementales.

Les organes "extraordinaires" créés par les assemblées révolutionnaires ont alors fini par prendre en main toute la réalité du pouvoir. On hésite à les appeler "autorités d'exception" : par la force des choses autant qu'en droit positif, ils sont devenus les organes réellement constitutifs du gouvernement de la République. Il y a eu déséquilibre de tout le système au bénéfice de ces organes dictatoriaux, au point que les organes ordinaires, et notamment le pouvoir exécutif, ont fini par disparaître complètement de la scène politique. Ce ne fut jamais le cas à Venise. Certes, les organes extraordinaires qu'ont été le Conseil des Dix et les Inquisiteurs d'Etat ont à plusieurs reprises accru leurs compétences d'origine, mais jamais non plus ils n'ont privé les rouages ordinaires du gouvernement de tout leur ressort. Les magistratures en place ont quelquefois été dépossédées de leurs attributions normales, mais elles n'ont jamais été formellement subordonnées, dans l'exercice de leurs fonctions propres, aux Dix ou aux Inquisiteurs ; encore moins ont-elles été supprimées. Cet équilibre est la marque particulière du génie politique vénitien, qui a permis à ces rouages délicats de fonctionner pendant cinq cents ans. L'histoire du gouvernement sous la Convention offre un raccourci saisissant de l'histoire du gouvernement de Venise depuis la fin du Moyen Age : la concentration graduelle des pouvoirs dans les mains des autorités chargées de lutter contre les ennemis de l'intérieur et ceux de l'extérieur au cours de circonstances troublées. Les craintes mêmes et les oppositions que la mise en place des organes du gouvernement révolutionnaire a suscitées se retrouvent à Venise.

Mais si la jeune France républicaine a pu s'inspirer de l'exemple vénitien pour quelques-unes de ses créations les plus originales, elle n'a pas été jusqu'à copier servilement les institutions de la vieille république. Il est au moins un point où les solutions adoptées par la Constituante ou la Convention s'écartent radicalement des méthodes en usage à Venise : c'est la séparation entre le pouvoir gouvernemental et le pouvoir judiciaire. A aucun moment (72), il n'a été question de faire juger les crimes de lèse-nation par l'assemblée elle-même ni par un de ses comités. Alors qu'à Venise les Dix et surtout les Inquisiteurs d'Etat étaient compétents pour prononcer une peine pouvant aller jusqu'à la mort, jamais les comités de la Convention n'ont possédé pareille prérogative. Le jugement des crimes contre la sûreté de l'Etat ressortit toujours à la compétence d'un organe judiciaire, certes émané de l'assemblée souveraine, mais néanmoins séparé d'elle, et composé de juges extérieurs à la Convention. Cette constance à séparer les tâches de police et les tâches de justice est un tribut payé par la Convention au principe de la séparation de pouvoirs qu'elle ne se privait pas de violer dans d'autres occasions (73).

S'il était permis, au terme de cette étude, de se livrer à un jeu dont était friand le XVIIIe siècle, on s'affranchirait un instant des limites chronologiques et géographiques que la rigueur scientifique est censée imposer à la recherche historique pour s'interroger sur l'"esprit" des institutions qui viennent d'être évoquées ; et l'on rechercherait, par-delà la diversité des temps et des lieux, les principes communs qui ont commandé la création de celles d'autrefois et de celles qui peuvent exister aujourd'hui.

Les institutions redoutables ne manquent pas qui, à tort ou à raison, passent pour typiques du génie politique des nations qui les ont engendrées : la Crypteia spartiate, la dictature romaine, les Janissaires ottomans, l'Inquisition espagnole sont l'expression emblématique des régimes qui les ont suscités, au même titre que le Conseil des Dix, le Comité de salut public ou que les appareils

(72) Sauf pour le procès de Louis XVI, d'ailleurs antérieur à la période de gouvernement révolutionnaire évoquée dans cette étude.

(73) Il faut faire un sort particulier à la "mise hors la loi" que la Convention s'avisa de décréter contre les "traîtres à la patrie" à partir du printemps 1793 : on peut l'interpréter ou bien comme une contumace aggravée, entraînant la saisine des juridictions chargées de constater et de punir les crimes imputés à l'accusé, ou bien comme un véritable jugement rendu par l'assemblée ; dans cette deuxième hypothèse, le rôle des juridictions répressives éventuellement saisies se borne à constater l'identité du coupable déjà condamné par l'assemblée et à vérifier si les conditions du décret de mise hors la loi sont remplies. Il semble qu'à partir de l'automne 1793, la Convention, convaincue par Barère, ait penché pour la deuxième interprétation : on pourrait donc dire que, dans ce cas précis, la Convention a directement exercé un pouvoir de justice. Cf. Savey-Casard (Paul), La Mise hors la loi à l'époque révolutionnaire, R.H.D., 1970, 3, pp. 408-429; not. pp. 413-414.

répressifs de certaines puissances contemporaines. Mais l'existence d'organes permanents investis de prérogatives exceptionnelles de police ou de justice en matière politique, et entourant leurs opérations d'un secret plus ou moins impénétrable, paraît caractériser les régimes républicains qui, reposant sur une base sociologique ou politique étroite, sont autant exposés aux entreprises hostiles de leurs voisins qu'aux menées subversives de leurs opposants de l'intérieur. Lorsque ces républiques sont conscientes de la fragilité de leurs fondements, elles sont comme fatalement amenées à constituer des autorités dotées de larges prérogatives, spécifiquement chargées d'écarter tout ce qui peut menacer la stabilité des institutions. L'exemple de Venise après sa constitution en aristocratie, celui de la France fraîchement républicaine et, de nos jours, celui de l'espèce d'aristocratie qu'est l'Union soviétique semblent révéler que, dans des temps et des lieux très différents, ces régimes obsédés par toutes sortes d'ennemis réels ou imaginaires n'ont pu se passer de mettre en mouvement des mécanismes redoutablement efficaces de vigilance et de répression politiques. Mais force est aussi de constater que les autorités investies de cette mission ne sont pas seulement chargées de basses besognes de police ou de justice : elles sont aussi les gardiennes du feu sacré au foyer duquel tous les organes de l'Etat viennent s'éclairer sur les véritables principes du gouvernement. Leur rôle n'est pas seulement négatif : ce sont elles qui définissent et rappellent sans cesse les caractères essentiels de l'ordre institutionnel, assurent la permanence du pouvoir et la continuité de la politique nationale, maintiennent l'esprit civique, suscitent et encouragent tout ce qui peut renforcer les institutions, bref, remplissent le rôle qui, dans les régimes monarchiques, peut être assumé par la dynastie où les principes mêmes de l'organisation politique sont pour ainsi dire incarnés.

LE FEDERALISME ALLEMAND

Histoire, doctrine et fonctionnement

(*)

Par

Wolfgang GRAF VITZTHUM
Professeur à l'Université de Tübingen - R.F.A.

1 - Le principe du fédéralisme a été repris par de nombreuses constitutions en Amérique du Nord et du Sud, en Europe et en Afrique et même en Asie ou en Australie. Mais cela ne doit pas nous empêcher de constater qu'il n'y a pas un Etat fédéral type. En effet, on se trouve devant une situation extrêmement hétérogène. Et de plus, le fédéralisme, la protection des minorités, la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux ne sont souvent que des principes inscrits dans la Constitution, quant à la réalité ...

Face à cette situation peu claire, je ne parlerai aujourd'hui que des Etats fédéraux à l'image des démocraties de l'Ouest. Au centre de mon exposé se trouve le droit constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne : l'ordre fondamental d'un Etat possédant une riche tradition de fédéralisme et connaissant de nombreux problèmes au niveau de la Constitution de l'Etat fédéral et des constitutions des Etats fédérés.

Le principe du fédéralisme a atteint, dans ces dernières années, une portée qui dépasse tout ce qui était connu par la théorie classique de l'Etat et du droit constitutionnel sous l'étiquette "fédéralisme". Son nouveau terrain d'action se situe aujourd'hui au niveau supranational : un "fédéralisme à trois étages" ... les Etats fédérés, l'Etat fédéral et les Institutions supranationales.

Pour appréhender le principe du fédéralisme dans tous ses champs d'application -traditionnel aussi bien que l'actuel et le prospectif- il faut être bien conscient de l'interdépendance de

(*) Ebauche pour un exposé oral dans des cours de doctorat à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques à l'Université d'Aix-Marseille III.

deux facteurs : 1) l'extension géographique de l'espace qui doit être soumis à un ordre juridique ; 2) l'intensité et la précision qui peuvent être atteintes par cet ordre juridique. Emmanuel Kant a formulé ainsi ce problème général : "*plus l'espace à gouverner est grand, plus les lois perdent de leur intensité*". Et elles ne sont plus assez proches de ceux qu'elles concernent. Elles perdent de leur efficacité et l'on est moins enclin à les observer.

Le principe du fédéralisme en général prend en compte cette relation entre l'espace géographique et l'intensité qui peut être atteinte par l'ordre juridique. Là où le besoin de réglementation dans l'espace régi le permet, la Constitution accorde la compétence à une entité plus petite : c'est là où, en principe, on retrouve un certain parallélisme entre le fédéralisme et le principe de subsidiarité. En utilisant ce schéma on peut respecter les différences régionales et ainsi faire servir les attachements locaux à la cohésion nationale. Cependant, là où l'espace géographique qui doit être soumis à un ordre juridique exige l'uniformité de la loi excluant un tel particularisme, il faut s'accommoder d'une perte de précision et d'"intensité" de cette loi (selon la terminologie de Kant).

2 - Après cette introduction générale sur le principe du fédéralisme, il est banal mais indispensable de constater que la Constitution allemande, le "Grundgesetz" (la Loi fondamentale, ci-après GG), promulguée le 13 mai 1949, a permis d'instituer une démocratie libérale dans un cadre fédéral en Allemagne de l'Ouest : "La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social" (art. 20, al. 1 GG).

Les onze Länder de la R.F.A. s'assurent dans la Loi fondamentale une position forte et une autonomie considérable. Les grands principes constitutionnels, y compris le fédéralisme, ne peuvent pas être modifiés : "*Est inadmissible un amendement de la présente Loi fondamentale qui affecte la division de la Fédération en Länder, le principe de la participation des Länder à la législation ou les principes énoncés aux articles 1 et 20*" (art. 79, al. 3 GG).

Or la Loi fondamentale garantit aux Communes le droit de règlementer, sous leur propre responsabilité et dans le cadre des lois, toutes les questions relevant de la communauté locale (art. 28, al. 2 GG).

Cette autogestion communale et le fédéralisme étatique font partie d'un principe politique. Ils rendent effectives non seulement la décentralisation administrative, mais aussi la décentralisation politique.

3 - Si l'on examine le système politique, le système administratif, le système socio-économique et la vie culturelle en R.F.A., ce pays se présente comme un Etat extrêmement décentralisé, ce qui fera l'objet de la première partie de cet exposé. L'Allemagne n'a jamais été un Etat centralisé sauf pendant la période nazie ; elle bénéficie donc d'une riche tradition et de doctrines intéressantes qui méritent d'être connues. Ces questions historiques et ces distinctions doctrinales constitueront la seconde et la troisième partie de ma conférence. La répartition fédérale des compétences sera présentée ensuite dans la quatrième partie, et la cinquième partie traitera des nouveaux problèmes qui ont surgi pour le fédéralisme allemand avec l'avènement de la Communauté européenne.

I - LA DECENTRALISATION POLITIQUE EN R.F.A. DANS LES FAITS

1 - Avant de prendre le fédéralisme allemand comme sujet pour un débat politico-constitutionnel, il est indispensable de rappeler quelques faits et quelques dates. Je ne veux pas faire une théorie du climat germanique à la Montesquieu mais je dois souligner qu'il n'y a pas de véritable centre ou de véritable capitale en Allemagne fédérale (ainsi, Berlin n'a jamais été aussi prédominante que Paris en France ou Londres en Angleterre). Les plus grandes et les plus importantes villes, Berlin, Hambourg et Munich se trouvent à la périphérie de la R.F.A.

Selon une tradition héritée de l'Empire allemand, les Grands Corps de l'Etat sont dispersés sur tout le territoire de l'Allemagne fédérale. La banque fédérale et la Cour des comptes se trouvent à Francfort. L'Office des cartels ainsi que celui de la protection de l'environnement et le Tribunal administratif fédéral sont à Berlin-Ouest. L'Office du travail se trouve à Nuremberg. La Cour fédérale de Justice est située à Karlsruhe, ainsi que la Cour Constitutionnelle fédérale. Imaginez en France la Cour de cassation à Toulouse, et la Banque de France à Lille !

2 - En Allemagne le fédéralisme étatique est doublé d'un phénomène de fédéralisme dans la société. Les partis politiques sont obligés par la loi de s'organiser en associations régionales appelées associations de Länder. La plupart des grandes associations telles que les syndicats, les patronats, les associations économiques, les associations culturelles, sportives et religieuses suivent d'ailleurs volontairement ce même principe, et ont toutes créé des associations au niveau des Länder.

Le fédéralisme et l'autonomie des communes contribuent aussi à la décentralisation économique. Ils empêchent le centralisme des activités économiques, comme on peut l'apercevoir à Londres, Paris, Copenhague et Athènes. La décentralisation politique ne suffit pas à répandre lesdites activités sur le territoire de l'Etat tout entier, mais elle y contribue.

3 - Après la Deuxième Guerre mondiale, une certaine tendance décentralisatrice en faveur des Länder et des communes a d'abord stabilisé la position des communes, qui ont pu, de cette manière, maintenir leur autonomie pendant l'époque centralisatrice et unitaire des années cinquante et soixante. Pour les maires et les politiciens municipaux d'Allemagne leur confiance en soi est donc devenue un phénomène typique. Les maires des grandes villes -qui sont bien payés, d'ailleurs- pensent qu'ils occupent une très haute position. Ils ne parlent qu'avec des ministres ou des secrétaires d'Etat. C'est un facteur psychologique à prendre en considération.

Depuis quelques années aussi la confiance en soi des Länder va croissante. C'est ainsi que, depuis 1969, il existe des réunions régulières entre le Chancelier fédéral et les chefs de gouvernement des Länder. Les ministres-présidents des Länder aiment se doter d'une réputation internationale. Le chef du Land Bade-Würtemberg, par exemple, se flatte d'avoir fait récemment le voyage à Moscou. Les citoyens s'identifient plus qu'autrefois à leurs Länder. On a même constaté une réévaluation des dialectes et des traditions régionales. On peut établir une parallèle avec les tendances de décentralisation en France, en Italie et actuellement aussi en Espagne.

4 - Le fédéralisme et l'autogestion communale, c'est-à-dire la décentralisation politique, sont donc des idées directrices incontestées en R.F.A. Personne ne songe à modifier radicalement le fédéralisme ou l'autonomie communale, ce qui n'empêche pas une réflexion sur des réformes de détails. La République actuelle est probablement l'Etat le plus stable qui ait existé sur le territoire allemand depuis des siècles.

En Allemagne fédérale, il n'y a pas le problème des minorités, des tensions séparatistes ou des tensions ethniques. Les dissensions entre les deux religions chrétiennes, qui furent un facteur de désordre pendant 400 ans et qui renforcèrent autrefois (1555-1848) le système fédéral, sont devenues sans importance ; elles ont cédé -en Allemagne, sinon par exemple en Irlande- devant la volonté pacifique.

Sa sécurité étant garantie par l'O.T.A.N. et la nouvelle brigade franco-allemande, son économie prospérant surtout grâce

au Marché commun ... l'Allemagne de l'Ouest n'est-elle pas assez forte pour s'offrir le "luxe" d'une décentralisation politique ? Ce serait en tout cas un raisonnement à la française. Rappelons-nous notamment Charles Maurras disant que "*seules les monarchies sont assez fortes pour décentraliser*". Mais le cas de l'Allemagne ne s'explique pas par une telle théorie de la puissance. La décentralisation politique en Allemagne a un fondement d'une autre nature : c'est l'Histoire.

II - L'HISTOIRE DU FEDERALISME EN ALLEMAGNE

1 - Ce n'est pas un "hasard" historique mais une idée profondément ancrée dans la pensée allemande que les pouvoirs publics doivent se développer à partir de différents centres : une séparation verticale des pouvoirs (entre les Länder et la Fédération) doit renforcer la séparation horizontale pratiquée dans tous les Etats modernes. Jetons donc un regard sur l'évolution historique de la conception du fédéralisme en Allemagne.

2 - La théorie médiévale de l'Etat n'avait pas lieu d'étudier des Etats composés, des associations d'Etats ou des Etats fédéraux. La théorie médiévale considérait le Saint-Empire romain germanique comme un Etat ordonné organiquement, même si quant à la politique réelle il ressemblait plutôt à un Etat composé.

A la fin du Moyen Age la conception de l'Etat était déjà assez différente en France et en Allemagne. Alors que la conception de la souveraineté incarnée dans la personne du roi, telle qu'elle avait été formulée par Jean Bodin, favorisait l'Etat unitaire et centraliste, les théoriciens allemands (surtout Johannes Althusius) essayaient d'accorder la souveraineté du peuple avec une structure de l'Etat élaborée de bas en haut.

La fondation des Etats Généraux néerlandais, nés d'un traité d'alliance, constituait un phénomène intermédiaire entre une confédération et un Etat général, preuve qu'on pouvait réaliser le principe fédératif dans la pratique. C'est l'exemple néerlandais, plutôt que celui de la Confédération helvétique, que Montesquieu a utilisé en défense et illustration du fédéralisme.

Bref, au Moyen Age et au début des temps modernes, il n'existait pas de fédéralisme comme aujourd'hui, profitable à l'autonomie des régions, mais il y avait -surtout en Allemagne- une fragmentation mal organisée et un particularisme regrettable.

La paix de Münster et Osnabrück après la Guerre de trente ans (1648) consolidait cet état morcelé du Saint-Empire

romain germanique. Le professeur de droit public Samuel Pufendorf l'a comparé, à l'époque, à un monstre : "*irregulare aliquod corpus et monstro simile*".

Ceci entraînait la formation d'un mouvement unitaire en Allemagne, déjà avant la fin définitive du Saint Empire romain germanique en 1806, mouvement qui voulait surmonter la fragmentation. Mais les princes régionaux, très influents au XVIIIème siècle, n'admettaient pas cette unification. Même après les guerres napoléoniennes, ils réussirent à maintenir l'autonomie de leurs Etats, grands ou petits. En 1815 ces Etats se regroupèrent sous le nom de Confédération germanique (Deutscher Bund), qui était une alliance chancelante, une association d'Etats fondée sur le droit international public.

3 - Les discussions publiques et juridiques sur l'évolution de cette Confédération germanique vers un Etat fédéral n'étaient pas en harmonie avec la réalité politique ; les gouvernements des Etats membres de cette confédération refusaient tous le pas en avant vers sa "fédéralisation", c'est-à-dire vers la réalisation de l'Etat-nation allemand. Ainsi les princes étaient de plus en plus opposés aux revendications de l'opinion publique, aux rêves de l'homme de la rue comme à ceux de l'intelligentsia et aux exigences du développement industriel.

Les libéraux, surtout ceux d'Allemagne du Sud, essayaient d'étayer leurs buts politiques sur une théorie du "fédéralisme intégratif". Selon cette théorie un Etat fédéral est un Etat composé de plusieurs Etats qui se soumettent au pouvoir fédéral pour réaliser conjointement les tâches qui leur incombent sans que les princes des différents Etats aient à renoncer à tous leurs droits de souveraineté.

Pour les libéraux, l'Etat fédéral serait donc préférable à la Confédération germanique, parce qu'il serait plus apte à réaliser les tâches publiques, c'est-à-dire à créer une situation juridique parfaite et stable, qui serait favorable au développement économique aussi bien qu'à la protection des droits fondamentaux.

Les libéraux de Bade ajoutaient à cette théorie du fédéralisme intégratif la théorie du "fédéralisme moral". Face aux expériences fédérales américaines et helvétiques, une légitimation morale et nationale était rattachée au nouveau modèle fédéral. L'Etat fédéral fonderait une association directe entre tous les citoyens, un droit national du citoyen ; l'élément général national serait conservé et renforcé par cette relation entre unité et liberté. Les particularismes devraient être conservés à l'intérieur de la Fédération tandis qu'une puissance fédérale forte devrait être créée pour la politique extérieure.

Rappelons-nous que "La Nation" était dans la France du XIXème le journal des libéraux ...

Bien entendu, tout ceci représentait non seulement des contributions à la théorie du fédéralisme mais également des propositions concrètes pour la solution de la "question allemande", c'est-à-dire pour la réalisation de l'unité nationale dans les conditions de l'époque. Il faut bien constater que cette fameuse "question allemande" -pour des raisons totalement différentes et dans un autre contexte- n'est toujours pas résolue.

4 - La doctrine juridique distinguait au XIXème comme aujourd'hui quatre types de base dans le domaine des Etats composés :
- l'Etat unitaire national, comme la France,
- les Etats fédéraux de type unitaire, tel qu'il a été réalisé plus tard par la République de Weimar en 1919,
- les Etats fédéraux de type fédératif, comme aujourd'hui la R.F.A.,
- et l'association d'Etats, comme la Confédération germanique.

L'échec de la révolution bourgeoise de 1848 eut pour conséquence l'arrêt partiel du mouvement national d'unification. Mais finalement, en 1871, le mouvement unitaire, supporté par les pouvoirs conservateurs et libéraux, put l'emporter grâce à la fondation de l'Empire allemand, au détriment de l'Autriche et au profit de l'Aigle prussien.

L'Etat fédéral fondé par Bismarck fut la réalisation d'une forme particulière de fédéralisme, le fédéralisme hégémonique. Des publicistes allemands considéraient ce fédéralisme hégémonique comme le type idéal du fédéralisme. Au fond il s'agissait de la divergence entre la conception autoritaire et la conception démocratique de l'Etat.

L'Etat fédéral de Bismarck était-il "*vraiment fédéraliste*" ? On ne peut pas nier que Bismarck ne pensait pas de manière unitaire. Ses conceptions avaient leurs racines dans l'époque de la Confédération germanique et dans la reconnaissance absolue de la souveraineté de chaque Etat membre. Tant que la Prusse dominait politiquement, sur le plan du droit l'Empire allemand de 1871 comportait de forts éléments fédératifs.

Chaque Etat membre, surtout la Bavière de Louis II, l'ami de Richard Wagner, gardait des droits réservés étendus ; le droit d'entretenir des missions diplomatiques à l'étranger était maintenu. Le Reich n'avait reçu que peu de compétences ; les Etats membres n'avaient que partiellement abandonné leur souveraineté, restant de véritables Etats.

De plus, le caractère fédéral de la Constitution de Bismarck se manifestait dans la position forte du Conseil fédéral (Bundesrat) qui n'était intentionnellement pas appelé Conseil du Reich (Reichsrat). En dépit de la prépondérance réelle de la Prusse on peut dire qu'en principe la Constitution de 1871 laissait une grande marge de manoeuvre à chaque Etat membre.

Ce fédéralisme était donc avant tout le schéma pour assurer la cohésion de l'Etat-nation allemand tout en respectant le particularisme historique des Etats qui le composaient ; c'est la fonction d'intégration du fédéralisme qui est toujours valable.

5 - Le fédéralisme ainsi créé n'était pas très populaire auprès du peuple allemand, parce qu'on le regardait comme une concession aux princes. Pour cette raison, la tendance globale de la Constitution de Weimar de 1919 était de réduire autant que possible l'autonomie des Etats fédérés. Les structures reprises de 1871 n'étaient guère que des copies de l'ancien régime. Le Conseil du Reich (Reichsrat) de 1919 ressemblait au Conseil fédéral de 1871, mais ses compétences étaient considérablement restreintes.

D'ailleurs, les compétences qui restaient aux Länder étaient également diminuées dans tous les domaines ; les droits réservés étaient entièrement supprimés, y compris ceux de la Bavière ; de nombreuses compétences législatives avaient été transférées au Reich. L'Etat fédéral de Weimar était alors un Etat fédéral unitaire.

La Constitution du Reich de 1919, créée après la chute de la monarchie dans le Reich et les Etats membres, était un compromis qui ne convenait à personne. Bien que le Reich fût uniformisé, les structures politiques et administratives de l'Empire de Bismarck survivaient en grande partie. Le problème que constituait la Prusse -son hégémonie- n'était pas résolu. La position des Länder était fortement affaiblie.

Contre la tendance unitaire de l'Etat de Weimar surgissait une opposition violente, surtout en Allemagne du Sud. Le gouvernement bavarois faisait l'éloge du Reich de Bismarck dans plusieurs mémoranda, pour ses avantages fédéralistes ; à l'origine de l'opposition bavaroise il y avait une volonté presque séparatiste (voyez-vous nous avons aussi notre problème corse). Une résistance orchestrée par le nationalisme et traditionalisme croissants, hostile au système de Weimar constituait son arrière-plan politique. Vue ainsi, la critique formulée envers l'unitarisme à la Weimar n'était nullement l'expression d'un véritable fédéralisme, mais la manifestation d'une conception politique fondamentalement différente.

Tous ces affrontements de doctrines constitutionnelles se perdaient dans l'agonie de l'Etat de Weimar soumis à la crise

économique continuelle. Le bruit de Weimar dominé par la crise économique couvrait les débats autour du droit public. Alors que le système parlementaire de gouvernement était déjà sapé par la législation d'exception, le fédéralisme reçut le coup de grâce lorsque l'art. 48 de la Constitution donna au Reich, c'est-à-dire à son président des pouvoirs illimités.

6 - Finalement il faut noter qu'en Allemagne, à la naissance de l'Etat fédéral en 1871 aussi bien qu'à sa renaissance en 1949, on a eu d'abord des Länder qui se sont réunis ensuite dans la Fédération. La situation est différente dans l'Espagne ou dans la France contemporaine, où l'Etat central existant a accordé des compétences (tout à fait limitées) à des régions déjà existantes, ou à des régions que l'on a créées à cet effet.

La genèse historique et l'évolution de l'Etat fédéral allemand, telles que nous les avons esquissées, vont avoir aussi leur importance dans l'exposé de la doctrine du fédéralisme en Allemagne que je vais faire maintenant.

III - LA DOCTRINE DU FEDERALISME EN ALLEMAGNE

1 - L'évolution constitutionnelle du XIXème siècle en Allemagne fut caractérisée par son échec. La théorie du fédéralisme suivait les décisions politiques au lieu de les précéder.

Du point de vue du droit constitutionnel, les problèmes principaux de la théorie générale du fédéralisme n'étaient pas de nature immanente. Ils étaient situés en dehors de la théorie et en majeure partie soustraits à son influence. L'obstacle le plus important pour une doctrine du fédéralisme adaptée à la réalité consistait en ce que -selon les mots de Constantin Frantz- "*Lion et souris ne peuvent pas se confédérer*".

Le système allemand d'Etats au XIXème siècle représentait une variété unique en Europe ; il était le résultat d'un long processus historique. En 1648 et en 1803 la carte fut dessinée de telle sorte que des Etats de toutes tailles y coexistaient. Les Etats miniatures étaient une dérision de toute notion d'Etat. Les Etats moyens eux-mêmes n'étaient pas capables de se maintenir dans le concert européen ; de plus les frontières étaient le produit des contingences dynastiques. L'Autriche et la Prusse par contre ne considéraient pas les autres Etats comme partenaires, mais comme de simples moyens en vue de promouvoir leurs propres intérêts politiques.

C'est pourquoi un véritable Etat fédéral avec deux Etats fédérés très puissants -l'Autriche et la Prusse- ne paraissait

possible qu'en théorie. Le conflit latent entre ces deux grandes puissances éclata après 1848, c'est-à-dire après l'échec de l'Assemblée Nationale de Francfort qui révélait qu'une fédération allemande ne pouvait pas englober ces deux grandes puissances.

Au moment où -après la guerre de 1870/1871- la majorité des Allemands croyait avoir réalisé ses rêves fédéraux, l'Etat fédéral était en réalité pratiquement devenu impossible. La prépondérance écrasante de la Prusse ne laissait pas grand-chose aux autres Etats allemands. Par conséquent, on ne peut pas dire que l'organisation unitaire de l'Etat de Weimar (1919-1933) constitua une rupture radicale avec le passé ; elle ne faisait qu'établir en formules juridiques ce qui existait en réalité déjà depuis longtemps.

A l'époque de Bismarck beaucoup de théories du fédéralisme, évidemment irréalistes, naquirent du désir d'interpréter comme une fédération libre cette entité inégale composée de la Prusse -comme "super-puissance"- et de plusieurs Etats moyens et d'une multitude de très petits Etats. Bien qu'on ne puisse nullement contester l'honnêteté subjective de la doctrine du droit constitutionnel de l'Empire, il est clair que des théories considérant la Prusse et le petit Etat Thuringen Schwartzburg-Rudolfstadt comme substantiellement équivalents étaient complètement artificielles. Conséquence : quelques auteurs attribuèrent la souveraineté à la Prusse seule et non pas aux autres Etats fédérés !

2 - Ici nous rencontrons le deuxième problème central de la théorie du fédéralisme : la souveraineté. Dans la première partie du XIXème siècle les débats à ce sujet étaient presque exclusivement menés à l'intérieur des Etats (souveraineté des princes ou du peuple ?). C'est seulement après l'attribution de la souveraineté à l'Etat comme tel, que la doctrine reconnut que celle-ci constituait aussi un problème au niveau fédéral. Mais l'identification à la monarchie au XIXème siècle forçait les théoriciens à orienter la notion d'Etat vers la souveraineté et ceci rendait impossible une explication satisfaisante de l'Etat fédéral.

Une "solution" semblait être la partition de la souveraineté d'autant plus que sa structure ressemblait au schéma de la monarchie constitutionnelle : là, l'Etat fédéral et les Etats fédérés, ici, le prince et le peuple. A cette division sur le plan fédéral correspondaient les imperfections caractéristiques de la division de la souveraineté au niveau de chaque Etat.

En tout cas, on pouvait gagner ainsi la participation des Etats et de leurs princes à un Etat fédéral sans qu'ils aient à renoncer à leur souveraineté. Mais ceci ne pouvait pas signifier qu'on pouvait échapper à la longue à l'aspiration immanente à

l'unité. La construction unitaire de la Constitution de la République de Weimar (Constitution du 11 août 1919) le prouva clairement. En général, l'opinion publique et les constitutionnalistes allemands ont vu les éléments centralistes ("unitaires") comme un progrès.

IV - LA REPARTITION FEDERALE DES COMPETENCES

1 - La R.F.A. se compose de onze Länder qui ont en principe le même statut. La Loi fondamentale ne fait pas de distinction entre les "Etats territoriaux" et les trois "villes-Etats", c'est-à-dire Berlin, Brême et Hambourg.

Si l'on excepte les cas de la Bavière et des deux villes hanséatiques de Hambourg et Brême, les Länder ont des frontières artificielles, issues du découpage des zones d'occupation d'après-guerre, et ne sont plus les héritiers des anciennes provinces et Etats allemands ; même lorsque leurs frontières coïncident avec celles de l'histoire, leur population n'est plus aussi attachée aux particularismes régionaux du fait de l'immense brassage qui a suivi la dernière Guerre mondiale (14 millions de refoulés et de réfugiés). Aussi l'Allemagne d'aujourd'hui est-elle un pays où la population est fort mobile et, à cet égard, comparable aux Etats-Unis.

Beaucoup de Länder ont des noms composés (avec un trait d'union). Ils se composent de deux parties, par exemple de deux anciennes provinces de Prusse ou d'une province prussienne et d'un ancien Etat (par exemple Hessen). Le découpage actuel apparaît donc principalement fonctionnel même s'il présente comme autrefois, des défauts, du fait de l'inégalité des surfaces, des populations et des richesses.

C'est pourquoi la Loi fondamentale contient une disposition selon laquelle la Fédération peut restructurer les Länder : "Le territoire fédéral peut être restructuré en vue de permettre aux Länder d'accomplir efficacement les tâches qui leur incombent en fonction de leur dimension et de leur capacité. Il convient de tenir compte des affinités ethniques, du contexte historique et culturel, de l'opportunité économique, ainsi que des impératifs de l'aménagement du territoire et du plan d'équipement" (art. 29 al. 1 GG).

Il existe des suggestions pour cette réorganisation du territoire fédéral. En 1973, une commission d'experts a proposé la création de cinq Länder agrandis au lieu des dix qui existent actuellement (Berlin étant exclu à cause de son statut juridique particulier). Mais comme entre temps les Länder se sont bien

établis et, pour ainsi dire, enracinés, ces suggestions technocratiques pour les remaniements territoriaux n'ont pas été réalisées. Maurice Barrès serait content.

En revanche, la R.D.A. de l'après-guerre fut composée de cinq Länder comparables à ceux de la R.F.A., mais elle les a remplacée en 1952 par quatorze districts à caractère administratif. Ainsi, dans la R.D.A. comme dans l'Allemagne nazie, le fédéralisme, symbole et garantie des libertés, a tout de suite été supprimé.

2 - Selon la doctrine allemande, les Länder sont de véritables Etats et non uniquement des circonscriptions administratives de la Fédération. Ceci se justifie par le fait que les Länder ont leurs propres constitutions et qu'ils ont le droit originel de légiférer. On distingue donc le pouvoir public fédéral et le pouvoir public des Länder, comprenant l'un comme l'autre la compétence de légiférer et de promulguer des constitutions.

Les compétences législatives sont en majeure partie attribuées à la Fédération, tandis que les Länder jouissent de plus amples compétences administratives. Quant au pouvoir judiciaire, son organisation est homogène et hiérarchisée.

Une clause générale attribue "l'exercice des pouvoirs publics et l'accomplissement des tâches incombant à l'Etat" aux Länder (art. 30 GG). La Fédération n'est donc compétente que si la Loi fondamentale le prévoit expressément. Mais la répartition des compétences législatives en particulier, est très inégalitaire : la Fédération est pratiquement compétente pour toutes les matières à l'exception du droit communal, de la police et de l'enseignement et de la culture, matières qui ne font pas partie des priorités de l'Etat d'aujourd'hui.

Toutefois, les Länder participent à la législation de la Fédération par le biais du Bundesrat (Conseil fédéral, art. 50 GG). Comme le Bundesrat se compose de membres des gouvernements des Länder, ceux-ci ont une influence considérable sur la législation fédérale.

Chaque Land a sa propre constitution instaurée par lui-même. La Loi fondamentale impose uniquement ceci : "L'ordre constitutionnel dans les Länder doit être conforme aux principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale. Dans les Länder, les arrondissements et les communes, le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel, direct, libre, égal et secret" (art. 28, al. 1 GG).

Tous les Länder ont donc un parlement élu que l'on appelle "Landtag" dans les Etats territoriaux. Chaque Land détermine son système électoral. Ces systèmes électoraux sont

grosso modo semblables, mais différents dans les détails. Chaque Land possède, en outre, un gouvernement composé de plusieurs ministères. Mais il n'y a pas, à proprement parler, de chef d'Etat dans les Länder. De plus, les constitutions des Länder contiennent des droits fondamentaux qui sont en grande partie les mêmes que ceux de la Constitution fédérale. Constituées de ces deux éléments, c'est-à-dire les règles d'organisation d'une part et les droits fondamentaux d'autre part, les constitutions des Länder sont donc des constitutions complètes, à part entière, et non pas des mini-constitutions. A ce propos, il est peut-être intéressant de remarquer que ces Belles-au-bois-dormant qu'étaient les constitutions des Etats fédéraux pendant des dizaines d'années ont été réveillées récemment par les constitutionnalistes américains, suisses, autrichiens et allemands à la recherche d'une renaissance de l'idée de fédéralisme (et surtout à la recherche de sujets pour leurs doctorats d'Etat).

3 - Une particularité de notre système fédéral est que l'on peut avoir dans les Länder des majorités politiques différentes de celle de la Fédération. Un Land peut donc poursuivre sa propre politique, bien entendu dans les limites de ses compétences et dans le cadre formé par les lois fédérales. Prenons l'exemple de la Sarre : son Premier Ministre socialiste, Monsieur Oskar Lafontaine, d'origine huguenotte, mène une politique économique et fiscale à la Mauroy alors que Monsieur Späth, Ministre Président chrétien-démocrate du Bade-Würtemberg, serait plutôt Chiraquien, tandis que Monsieur Kohl, Chancelier fédéral d'une coalition entre chrétiens-démocrates et libéraux, serait sans doute Barriste.

Avant tout, il faut insister sur le fait que les Länder participent à la législation et à l'administration de la Fédération par l'intermédiaire de la "seconde chambre", dite "Conseil fédéral" (Bundesrat), qui se compose des ministres des Länder (entre 3 et 5 par Land). Par ce biais, les majorités politiques des Länder jouent un rôle au sein de la Fédération.

Si les majorités politiques au "Bundestag" (Assemblée fédérale) et au "Bundesrat" (Conseil fédéral) ne sont pas les mêmes -comme cela a été le cas de 1972 à 1982-, le gouvernement fédéral doit trouver un compromis pour pouvoir gouverner d'une manière efficace, c'est-à-dire pour faire passer les projets de lois dans les deux chambres fédérales. Vous voyez donc que les problèmes de cohabitation sont pour nous à peu près monnaie courante.

Il n'y a donc pas d'opposition absolue et exclue du pouvoir dans le système fédéral de la R.F.A., l'opposition au Bundestag, actuellement les socialistes et les "verts", sont

pratiquement toujours au pouvoir dans quelques Länder. L'opposition nationale peut ainsi toujours participer aux décisions régionales et en plus elle a de l'influence au niveau national par sa présence au sein du Bundesrat (et du Bundestag). Mais, bien sûr, pouvoir et responsabilité vont de pair. En participant au pouvoir, l'opposition ne peut pas échapper à sa responsabilité. Nous vivons donc une sorte de cohabitation inéluctable, plutôt froide et pas forcément favorable à la transparence démocratique.

4 - Une autre caractéristique de notre système fédéral est que les Länder ont le droit de coopérer entre eux dans les domaines qui sont de leur compétence. Cette coopération peut se réaliser par les moyens suivants :
- La conclusion des traités (Staatsverträge) entre les Länder (mais aussi entre la Fédération et les Länder), traités que l'on appelle "traités entre les Etats-membres" (Gliedstaatsverträge). Ils sont régis par le droit allemand, bien entendu, mais sont comparables à des traités de droit international, dans la mesure où ils ont besoin d'être ratifiés par les parlements (Landtage) des Länder concernés.
- La création des commissions communes et de conférences permanentes (par exemple, la Conférence des Ministres de l'enseignement et de la culture).
- La création d'institutions communes des Länder (la ZDF, la deuxième chaîne nationale de télévision, en est un exemple).

Ce fédéralisme coopératif est en même temps un fédéralisme compétitif : dans certains cas, les Länder sont plutôt des concurrents, surtout en ce qui concerne l'engagement d'investissements industriels ou l'appropriation des subventions du gouvernement fédéral ou de la C.E.E. sur leur territoire.

Le fédéralisme allemand renforce donc à la fois la séparation des pouvoirs et stimule la compétitivité nationale.

5 - Dans les faits, ce sont les Länder et les communes qui règlent la plupart des tâches de l'administration. La Fédération, quant à elle, se limite normalement à l'exécution des tâches gouvernementales typiques et aux fonctions de surveillance à caractère supra-régional. Quelques grands établissements publics sont du niveau fédéral : les Chemins de fer, les Postes, la Banque Fédérale, l'Office fédéral de l'emploi et quelques autres, qui disposent d'une infrastructure administrative propre (art. 87 GG).

De plus, la Fédération gouverne les grands établissements de Sécurité Sociale qui ont des succursales dans toute la R.F.A. ; parmi eux on trouve l'Office fédéral pour l'emploi qui dispose de nombreux bureaux de placement partout en Allemagne fédérale.

Ces administrations fédérales sont parfois "éléphantesques". C'est pourquoi le nombre total des employés de la Fédération (si

l'on compte les chemins de fer, les postes, l'armée, les affaires étrangères, etc.) est à peu près aussi important que celui du personnel administratif de tous les Länder réunis.

La R.F.A. possède donc un réseau d'autorités fédérales à côté des autorités des Länder (par exemple les bureaux de placement). L'importance de l'administration des Länder, du point de vue quantitatif, porte surtout sur l'enseignement (écoles et universités), la police et le domaine communal.

6 - Les Länder, bien entendu, ont le statut d'une "personne morale", ce qui veut dire qu'ils ont la possibilité de porter un litige tant devant les tribunaux administratifs que devant les cours constitutionnelles. Signalons d'ailleurs que des litiges entre les Länder et la Fédération se produisent assez souvent.

Traditionnellement, les Länder ont aussi des "représentations du Land", des petites ambassades en quelque sorte, au siège du Gouvernement fédéral à Bonn et, depuis quelque temps, également à la C.E.E. à Bruxelles.

7 - Pour résumer le fédéralisme allemand, il faut insister sur le fait que non seulement il garantit l'autonomie des Länder, mais qu'il exige également la coopération des Länder entre eux et avec la Fédération. La R.F.A. est encore moins que tout autre Etat fédéral une simple juxtaposition d'Etats : les actions des Länder et de la Fédération sont en réalité coordonnées grâce à l'utilisation de techniques extrêmement complexes. Il y a là une véritable imbrication des compétences ("Kompetenzverflechtung"). Cette imbrication n'est viable que parce que la Fédération et les Länder sont tenus d'observer une loyauté fédérale ("Bundestreue") selon laquelle chacun doit se comporter de façon amicale et coopérative avec les autres partenaires.

V - LE FEDERALISME ALLEMAND ET L'EUROPE - "LES COUTS FEDERAUX" DE L'INTEGRATION EUROPEENNE

1 - Avec la C.E.E., de nouveaux problèmes ont vu le jour pour les Länder et les communes (de même que pour les dix-sept régions d'Espagne d'ailleurs). La Fédération est chargée des rapports entre la C.E.E. et la R.F.A. (art. 32 GG). Un ministre fédéral représente la République fédérale au Conseil des ministres de la Communauté européenne où il négocie des compromis, également s'il s'agit des intérêts des Länder. Pour cette raison, les Länder ont souvent dû supporter le désavantage des compromis,

sans avoir en une influence directe sur les négociations à Bruxelles.

Récemment, dans le cadre de la mise en oeuvre de l'"Acte unique européen", l'Acte uniforme de Luxembourg, les Länder ont intensifié vis-à-vis du Gouvernement fédéral le droit d'être consultés préalablement si leurs intérêts sont en jeu. Les Länder ont également renforcé leurs contacts directs avec la C.E.E., mais ils ne sont guère des interlocuteurs reconnus par Bruxelles.

La C.E.E., de son côté, interfère de plus en plus dans le domaine des Länder, surtout en rapport avec l'action régionale. La C.E.E. procède avec les Etats membres à l'examen permanent des régimes de subvention, et occasionnellement, elle entre en contact avec les régions. Dans le cadre de la surveillance de ces subventions, la Commission de la Communauté européenne a déjà critiqué et interdit certains des programmes des divers Länder. Pour citer un exemple, le Bade-Würtemberg s'est vu récemment refuser le droit de subventionner Mercedes Benz pour une nouvelle implantation sur son territoire (à Rastatt).

2 - Sur un plan plus général, l'article 24, al. 1 GG est l'expression la plus importante de l'espoir sincère après la guerre d'arriver à réaliser un Etat fédéral européen. "*La Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales*".

Vue l'extension de plus en plus importante de la C.E.E., extension faite aux dépens des Länder, ceux-ci et leurs constitutions sont encore moins bien protégés contre ce processus que la Fédération elle-même et la Loi fondamentale. Le bilan de l'intégration européenne est certainement négatif pour les Länder. Ni à Bonn ni à Bruxelles, les directives des constitutions des Länder ne jouent un véritable rôle. A l'échelle de l'espace européen, les Länder ou en tous cas leurs constitutions ne sont plus que des fioritures.

Le droit de la Communauté européenne tel quel, ne contient pas de mécanisme pour compenser cette perte de compétences des Länder. Une compensation en droit communautaire qui n'empêcherait pas en même temps le fonctionnement de la Communauté européenne n'est pas envisageable. La modification récente du Traité de Rome aggrave encore cette perte de compétences des Länder.

La participation "européenne" des Länder par l'intermédiaire du Conseil fédéral, du Bundesrat, dernièrement renforcée, est plus un palliatif qu'une compensation. Le déficit de participation des Länder produit par le droit international public et le droit communautaire n'est pas compensable par le droit constitutionnel national. Même un changement de l'art. 24 GG

qui fixerait en détail une participation des Länder à l'élaboration d'une politique nationale vis-à-vis de la C.E.E. serait plus une consolation "gadget" qu'une amélioration réelle.

En dehors de ces stratégies communes, les Länder prennent de plus en plus d'initiatives eux-mêmes : ils mènent à leur goût leur propre politique européenne. Ainsi plusieurs Länder ont maintenant leurs propres bureaux de contacts à Bruxelles, presque comme les Etats fédéraux australiens et canadiens qui ont leur "agents généraux" à Londres. Ce ne sont évidemment pas à proprement parler des "envoyés diplomatiques" des Länder parce que c'est la Fédération qui "assure les relations avec les Etats étrangers" (art. 32, al. 1 GG) et la C.E.E.

Des conflits avec la représentation permanente de la R.F.A. auprès de la Communauté européenne seraient inévitables si les Länder empêchaient, par l'intermédiaire du Conseil fédéral, l'application du droit communautaire et, en même temps, profitaient tout seuls -chacun pour soi, au détriment des autres et de la Fédération- des subventions et autres avantages de Bruxelles. Le parquet communautaire est bien trop glissant pour la jalousie des Länder et pour des combats de concurrence entre les Länder et la Fédération.

La combinaison de ces deux développements récents, c'est-à-dire l'implantation du lobby des Länder à Bruxelles (une représentation directe et permanente, et non pas seulement des contacts ponctuels) et l'importance croissante de la participation des Länder au sein du Conseil fédéral, pourrait former une dynamique capable d'affaiblir la position du Gouvernement fédéral à Bruxelles. Pris dans l'étau des institutions européennes d'une part et des Länder d'autre part, l'Etat fédéral serait-il assez fort pour résister ?

D'un point de vue plus général, la différence entre la "position européenne" des Länder, garantie par le Conseil fédéral, et la coopération directe des Länder dans le cadre du fédéralisme coopératif, ne doit pas être effacée. Le Conseil fédéral ne décide qu'à la majorité simple (art. 52, al. 3, 1 GG). Une commission comme la Conférence des (douze) ministres de la culture fonctionne par contre sur le principe de l'unanimité. Plus on utilise des formes de participation médiatisées comme le Conseil fédéral, plus il est difficile d'arrêter l'affaiblissement de la position des Länder.

3 - Malgré tout, l'ordre fédéral offre aussi quelques avantages. Une sorte de fédéralisme doit être le principe sur lequel se construit l'Europe.

De plus, la C.E.E. représente déjà, en tant que telle, un système quasi-fédéral. Surtout les constitutionnalistes allemands

retrouvent dans la Communauté européenne un certain nombre de structures qu'ils connaissent depuis le développement de l'Etat fédéral allemand. Les relations existant entre le Conseil des ministres, la Commission et l'Assemblée de la C.E.E., par exemple, sont comparables à celles qui existent entre le Bundesrat, le Bundesregierung et le Bundestag, c'est-à-dire entre le Conseil fédéral, le Gouvernement fédéral et l'Assemblée nationale. Si l'on veut développer une théorie générale du fédéralisme, il est important de prendre en considération la C.E.E. .

- En somme, on peut presque parler d'un "fédéralisme à trois étages" : les Länder, la Fédération et la C.E.E.

Le "fédéralisme européen" tel qu'il apparaît sous cette forme des trois niveaux, conserve la raison d'être qui était celle du fédéralisme allemand du temps de Bismarck et d'aujourd'hui, à savoir : rendre possible la formation d'une communauté élargie tout en respectant le particularisme historique des Etats qui la composent.

Le fédéralisme aura donc une place centrale dans la construction d'une Europe unie.

L'unité future de l'Europe et la multiplicité fédérale de la R.F.A. se complèteront de façon heureuse. Protéger le fédéralisme c'est travailler pour l'Europe. Pourquoi ? Parce que l'Europe a besoin de s'édifier sur des régions, des attachements provinciaux et des sentiments. Personne ne meurt pour Bruxelles, sauf peut-être les employés qui y travaillent. La forêt n'a pas de racines, ce sont les arbres qui en ont.

BIBLIOGRAPHIE

BOURDON/PONTIER/RICCI : Droit des collectivités territoriales, Paris, 1987, P.U.F.

DEBBASCH/BOURDON/PONTIER/RICCI : Droit constitutionnel et institutions politiques, 2ème éd., Paris 1986, Economica.

FABRE : L'unité et l'indivisibilité de la république, réalité ? Fiction ?, R.D.P., 1984, p. 603 et s.

FAVOREU : Décentralisation et constitution, R.D.P., 1982, p. 1259 et s.

FROMONT/RIEG : Introduction au droit allemand, tome II, Paris 1984, éd. Cujas.

International Association of Constitutional Law (éd.) : Federalism and decentralisation, Fribourg (Suisse), 1987, éd. Universitaires.

PUETTNER : Fédéralisme et autonomie locale en Allemagne, Manuscrit, Tübingen, 1987.

TOUCHARD, Histoire des idées politiques, 2 tomes, Paris 1975, P.U.F.

LE PRINCIPE DE LA SEPARATION DE LA RELIGION ET DE L'ETAT DANS LA CONSTITUTION DU JAPON

Par

Hutsumi SHIMIZU
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Chuo

L'article 20 de la Constitution japonaise traite de la liberté religieuse et de la séparation entre l'Etat et la religion. En réalité, cela concerne en particulier les relations de l'Etat avec le Shintoïsme, religion officielle d'avant-guerre. Cependant, avant la deuxième guerre mondiale, le shintoïsme était la religion d'Etat, et avait, naturellement, pénétré la vie de tous les jours. Par conséquent, l'article 20 n'a pas été considéré comme allant de lui-même. En effet, au Japon et surtout avant-guerre, pour les cérémonies religieuses, on ne fait pas bien la distinction entre le "privé" et le "public". Ainsi le shintô d'Etat est lié à un certain nombre d'affaires d'Etat, phénomène qui se justifie, en partie, par la coutume. Une bonne illustration serait par exemple la cérémonie shintoïste pour la construction d'un bâtiment, ou encore le sanctuaire shintoïste de Yasukuni. Dans le cas du Japon la séparation était indispensable à la liberté de conscience.

1) Tout d'abord nous procèderons à un rapide tour d'horizon sur la question de l'Etat et la religion au Japon dans notre première partie.

2) La deuxième partie portera sur l'article 20 de la constitution.

3) En troisième partie le jugement concernant une cérémonie shintoïste lors de la construction d'un bâtiment de la ville de Tsu.

4) Pour terminer notre quatrième partie nous considèrerons l'attitude des japonais vis-à-vis de la religion et en particulier du shintoïsme d'Etat.

I - PRESENTATION DES RELATIONS ETAT - RELIGION AU JAPON

Jusqu'à la défaite de la deuxième guerre mondiale, au Japon et depuis l'ère Meiji tous ceux qui périrent en combattant pour l'empereur, étaient vénérés comme des déités. Le sanctuaire où ils étaient et continuent d'être vénérés est le sanctuaire de Yasukuni, dans le centre de Tokyo.

Au Japon, le 15 août, on célèbre l'anniversaire de la fin de la guerre, c'est aussi l'occasion de vénérer la mémoire des disparus de cette guerre. Le 15 août 1985, le premier ministre et son cabinet sont allés à Yasukuni en visite officielle se recueillir. Au Japon cette initiative fut très critiquée du fait que les ministres ont agi officiellement en violation de l'article 20 de la constitution qui prescrit la séparation de l'Etat et de la religion. Auparavant les ministres allaient se recueillir au sanctuaire de Yasukuni en qualité de personnes privées. Beaucoup pensent que l'Etat suivant la tradition se doit de non seulement "consoler les âmes" des morts à la guerre, mais aussi de prendre en charge la gestion du sanctuaire ; il est poussé à le faire par la puissante association des parents des défunts (Nihon Izoku Kai) ; qui est très influente au sein du Parti Libéral-Démocrate et de la Diète.

Il n'en reste que la visite au sanctuaire de Yasukuni par les membres du gouvernement, de même que sa gestion publique suscite de nombreuses controverses. Le projet de loi pour la gestion publique du sanctuaire stipule qu'il est destiné uniquement aux cérémonies en mémoire des morts pour la patrie ; et bien que le Parti Libéral-Démocrate ait présenté plusieurs fois ce projet à la Diète (4 ou 5 fois) il reste encore en suspens. D'autre part, en novembre 1980, le gouvernement libéral-démocrate a montré clairement qu'il était nécessaire d'unifier les divergences politiques au sein du cabinet, car les visites officielles au sanctuaire de Yasukuni avaient un caractère inconstitutionnel. Mais, en juin 1983, le premier ministre, Nakasone, manifesta la volonté de résoudre les divergences sur cette question. L'année suivante, en août, il organisa un comité ad-hoc pour le conseiller sur la question des cérémonies officielles à caractère religieux, en fait tout cela était un prétexte, car le gouvernement avait déjà choisi en faveur des prières officielles. Le gouvernement s'est-il rendu coupable d'un acte inconstitutionnel, on ne peut pas encore

le dire mais mon point de vue est que le Shinto d'Etat est toujours une question politique.

En effet, les visites à Yasukuni du gouvernement sont l'objet de vives critiques de la part de la Corée et de la Chine, au coeur du problème de l'idéologie de l'invasion (référence à la tentative de réécriture des manuels scolaires d'histoire en remplaçant par exemple le concept d'"invasion" par celui d'"avance") et l'appréhension d'un renouveau du patriotisme japonais, car au sanctuaire de Yasukuni se trouvent notamment les restes des criminels de guerre, comme Kideki Tojo et 14 autres condamnés à mort par le tribunal allié de Tokyo.

Le gouvernement a pris en compte les critiques de l'étranger tout en continuant à ignorer les critiques intérieures.

II - L'ARTICLE 20 DE LA CONSTITUTION

La liberté de religion ou de conscience s'oppose à ce que l'Etat noue des liens particuliers avec une religion. Le Japon d'avant-guerre représente une bonne illustration du contraire. En effet, les ancêtres de l'empereur étaient vénérés au sanctuaire d'Isé et avec le sanctuaire de Yasukuni ils constituaient les deux centres de Shintoïsme d'Etat, les autres religions ne subissaient pas seulement des pressions mais aussi étaient pénétrées par l'idéologie véhiculée par le Shinto d'Etat, à savoir la suprématie de l'empereur et le militarisme. Que les forces d'occupation aient voulu après la guerre séparer la religion de l'Etat était donc tout à fait naturel. Cette volonté s'est concrétisée dans l'article 20 de la constitution.

Cet article garantit la liberté religieuse et stipule aussi "qu'aucune religion ne recevra de privilège de l'Etat, ni exercera de charge politique (paragraphe 1) ; par ailleurs "l'Etat devra s'abstenir de participer à l'éducation religieuse ni à aucune autre activité religieuse" (paragraphe 3), ainsi est établi le principe de séparation entre l'Etat et la religion.

A vrai dire, l'intention derrière ce principe de séparation était la séparation de l'Etat avec le shintô d'Etat, condition nécessaire pour répandre dans la population l'idéologie démocratique de l'après-guerre. Cependant, il faut noter que la constitution d'avant-guerre dite de Meiji garantissait, aussi, la liberté du culte (article 28) ; on peut se poser, dès lors, la question de son non respect par les autorités de l'époque. Mais certains faisaient observer que le Shintô d'Etat n'est pas, à proprement parler, une religion et qu'ainsi il ne contredit pas la liberté de culte. Cette idée était largement admise avant-guerre, et aujourd'hui elle l'est encore par une partie de la population. En

d'autres termes si la religion est une question de choix personnel, le shintô d'Etat ne se pose pas sur le même plan et pas comme une religion faisant l'objet d'une prise de conscience. On peut l'interpréter comme une foi qui concerne l'ensemble de la nation, un devoir que l'on ne peut refusé. Bien sûr, aujourd'hui on ne peut s'en prévaloir, mais de nombreuses cérémonies restent à la charge des autorités qui se trouvent ainsi en porte-à-faux avec l'article 20 paragraphe 3 de la constitution.

Il existe dans ce domaine une jurisprudence dont nous donnerons un exemple maintenant.

III - LE JUGEMENT SUR L'AFFAIRE DE LA VILLE DE TSU

En 1965, la ville de Tsu près de Nagoya, a organisée une cérémonie shintoïste de purification d'un terrain destiné à un centre sportif, avant le commencement de la construction, en tant qu'"activité religieuse" contraire à l'article 20 de la constitution. Ainsi s'est posé le problème de savoir si cette cérémonie avait constitué une activité religieuse inconstitutionnelle ou d'une coutume.

Pour le tribunal de la région de Tsu, la cérémonie n'étant pas une action de propagation du Shintô d'Etat on devait donc considérer l'affaire comme n'étant pas un acte inconstitutionnel (16 mars 1967). Mais la Cour d'appel de Nagoya a considéré plusieurs critères pour distinguer la cérémonie religieuse de la pratique relevant de la coutume.

1) Le président de la cérémonie est-il, lui-même, un religieux ?
2) Le déroulement de la cérémonie est-elle déterminée par un rite religieux ?
3) La cérémonie avait-elle un caractère universel ?

Du fait que la cérémonie était accomplie par *trois kanushi* (prêtres shintoïstes) et qu'elle n'avait pas de caractère universel, cette cérémonie a été jugée inconstitutionnelle (le 14 mai 1971). De plus, avec ce jugement, on remarque que le paragraphe 3 de l'article 20 de la constitution sur les "activités religieuses", est interprétée dans un sens très large.

Cependant les responsables de la ville de Tsu se pourvirent en cassation auprès de la cour suprême qui infirma le jugement précédant, le 13 juillet 1977, en ne considérant pas la cérémonie interdite comme contraire à la constituion. Les raisons de cette décision furent les suivantes :

1) D'abord il apparut que la constitution n'interdisait pas formellement à l'Etat d'avoir des relations avec la religion mais le contraignait à garder une position de stricte neutralité.

2) L'article 20 paragraphe 3 sur l'interdiction d'activité religieuse concerne les relations Etat-religion, quand celles-ci entraînent l'Etat ou ses organes à effectuer une action ayant un sens religieux se traduisant pas l'assistance, l'encouragement, la promotion, l'oppression ou tout autre forme d'intervention.

3) Le caractère religieux de la cérémonie doit être clairement établi, concrètement par la présence de religieux et de la célébration d'un office religieux.

4) Dans le cas de la cérémonie de purification du terrain destiné au centre sportif de la ville de Tsu, on a considéré le caractère laïc de la cérémonie, et, par conséquent, les autorités devaient être disculpées de l'accusation de soutien ou d'encouragement au Shintô d'Etat.

Toutefois, ce jugement suscita une forte opposition de cinq juges contre les conclusions de la Cour suprême, sur la base du précédent jugement de la Cour d'appel de Nagoya. Pour cette dernière, la coloration religieuse de la cérémonie de purification de Tsu ne faisait aucun doute, de même qu'une certaine collusion entre l'administration locale et le Shintô d'Etat, et ainsi établissait le caractère inconstitutionnel de cette cérémonie.

La différence entre l'opinion de la minorité, représentée par les cinq juges de la Cour suprême dont le président de la cour d'obédiance chrétienne, et celle de la majorité ou autrement dit la polémique entre la Cour d'appel de Nagoya et la Cour suprême révèle la difficulté à trancher clairement entre le religieux et le profane dans le cas du Japon, où il existe d'avant la guerre une osmose entre les japonais et le shintoïsme d'Etat.

IV - CARACTERISTIQUES DU SENS RELIGIEUX DES JAPONAIS : EN PARTICULIER VIS-A-VIS DU SHINTO D'ETAT

En 1983, d'après une enquête de NHK, la société publique de télévision japonaise, il apparaît que 39 % des Japonais disent croire aux *Kami* (aux déitées shintoïstes), et 44 % en Bouddha, contre 23 % se déclarant ne pas croire en Dieu ; d'autre part, il faut noter que 27 % des Japonais se disent, à la fois shintoïstes et bouddhistes (*La structure du mode de pensée des Japonais*

d'aujourd'hui, publication du centre d'études de l'opinion publique de NHK 1985). Le fait que 27 % des Japonais déclarent croire en deux religions peut paraître surprenant pour les étrangers, et c'est une des particularités les plus notables du phénomène religieux au Japon. Quand à ceux qui déclarent croire ou ne pas croire en Dieu, il ne s'agit pas d'une foi aussi profonde qu'en Occident. Bien qu'il n'y ait aucun lien avec les deux religions, certains Japonais croient tout simplement au surnaturel. Récemment, la foi shintoïste et bouddhiste a progressé sensiblement chez les jeunes. D'autre part, les autres croyances et superstitions se sont renforcées (voir op. cit., p. 111 f). On trouve notamment ce phénomène au moment de la période des concours d'entrée à l'Université, où les candidats vont en grand nombre dans les sanctuaires shintô, exhorter une divinité particulière à les aider à réussir leurs épreuves. A cette occasion, les candidats font confiance autant aux divinités shintoïstes qu'à celles du Panthéon bouddhique.

Le gouvernement de Meiji avait systématisé sur tout le pays, l'enregistrement de tous les Japonais à un sanctuaire shintô (où chacun avait ses ancêtres), l'empereur quant à lui était rattaché au sanctuaire d'Isé. Ainsi tous les mariages étaient célébrés au sanctuaire shintoïste, alors que la coutume voulait que les funérailles au contraire aient toujours lieu au temple bouddhiste ; c'est toujours vrai pour la majorité des cas aujourd'hui. De plus, le shintoïste est intimement lié au système impérial, mais tient plus de la tradition que d'un profond sentiment religieux. On peut donc affirmer qu'en définitive, le shintoïsme qui ne possède ni dogme ni doctrine, est, par bien des aspects, différent des autres religions. En effet, les divinités, les kami comme on les appelle en japonais, qui constituent le panthéon shintoïste sont les personnages du mythe fondateur du Japon et par la même occasion ces Kami sont les ancêtres de l'empereur, qui est, donc, un descendant des dieux, d'après la mythologie. Le shintô est une croyance plutôt passive, désintéressée, une "religion douce", si l'on peut dire. Par exemple, presque tous les Japonais pour le jour de l'an vont prier au sanctuaire, très peu certainement, ont conscience d'accomplir un acte religieux, car pour eux, il s'agit simplement d'une tradition héritée du passé. Dès lors, on comprend mieux cette coexistence, chez de nombreux Japonais d'une double religion (bouddhisme et shintoïsme). Pour preuve concrête on pourrait citer le fait que dans la plupart des foyers japonais on trouve souvent voisinant côte à côte, l'autel bouddhiste familial destiné au culte des ancêtres, et des objets appartenant à la tradition shintô, mais il est très rare de trouver uniquement, au domicile d'un Japonais, un saidan, c'est-à-dire un autel shintoïste.

Cependant, même si le shintoïsme peut être considéré comme une religion "douce", il ne faut pas perdre de vue que l'empereur en est le centre, et que les responsables shintoïstes sont pour la plupart liés aux groupes de pression conservateurs.

Je pense que les cérémonies shintô ont pour fonction, entre autres, de rattacher les Japonais au système d'avant-guerre. Ainsi le principe de séparation de l'Etat et de la religion est une garantie, pour le Japon, contre un retour vers le passé.

POUVOIR ET FONCTION DU TENNO

UNE PRESENTATION DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'EMPEREUR DU JAPON

Par

Hutsumi SHIMIZU
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Chuo

A la fin de la deuxième guerre mondiale l'empereur, en japonais Tennô, a perdu son statut politique d'avant-guerre car les américains ont souhaité qu'il ne soit plus que le symbole de l'Etat.

Il a donc fallu en élaborant la nouvelle constitution attacher une attention particulière à cette question, car le passage du statut d'avant guerre où l'empereur était le dirigeant suprême et tirait son pouvoir d'une origine divine mythologie officielle enseignée dans les écoles à l'ensemble de la population, à une existence symbolique après la guerre n'allait pas sans difficulté. Car l'interprétation de la Constitution sur le rôle de l'empereur pouvait être influencée par l'expérience passée et notamment par la droite conservatrice japonaise.

Dans un premier temps (1ère partie) nous rappellerons le contexte de l'élaboration de la Constitution d'après-guerre.

Puis, nous examinerons (2ème partie) le statut et les pouvoirs de l'empereur dans le cadre de cette nouvelle constitution. Nous verrons en particulier les quatre points suivants :

1) Le statut de l'empereur
2) Ses attributions
3) Ses rapports avec le gouvernement
4) Nous nous interrogerons sur la question : l'empereur est-il le chef de l'Etat ?

Enfin nous analyserons la fonction sociale de l'empereur (3ème partie).

I - LE CONTEXTE HISTORIQUE

Nous commencerons donc par un rappel du contexte historique de l'après-guerre. En 1945, par la déclaration de Postdam, le 14 août, les puissances alliées permettent un nouveau départ au Japon. La déclaration de Postdam contient l'idée que le Japon doit devenir un Etat démocratique et pacifique jetant par conséquent les prémisses d'une réforme du système impérial d'avant-guerre. Cela revenait à un changement radical par rapport à la constitution de Meiji de 1889.

Parmi les forces alliées signataires de la déclaration de Postdam et qui occupent le Japon, les Etats-Unis sont assurément les plus influents, ainsi ils décideront de maintenir le système impérial pour rendre cohérente la politique d'occupation du Japon et leur politique anticommuniste. Toutefois, les démocraties occidentales ne pouvaientt plus admettre de conserver intégralement le pouvoir impérial d'avant-guerre. On choisit donc une constitution où l'empereur serait sans pouvoir politique. On doit garder à l'esprit que l'élaboration de la constitution du Japon est une voie du milieu, un compromis. En effet, à l'époque, un sondage effectué en décembre 1945, montrait que 45 % (pour cent) de la population était favorable à un système où l'empereur n'a pas de pouvoir politique, 28,4 % sont pour un partage du pouvoir et 15,9 % s'opposent à l'empereur. Dès lors les forces d'occupation ne pouvaient sans compromettre l'ensemble de leurs efforts au Japon ignorer complètement la conscience populaire, ainsi est né une constitution où l'empereur est dépouillé de ses pouvoirs politiques et transformé en symbole national.

Cependant jusqu'à l'heure de la capitulation en août 1945, les Japonais croyaient que le Tennô était un dieu, le descendant d'une dynastie unique et éternelle, et durant son règne ils ne doutaient pas qu'ils appartenaient à la nation la plus avancée du monde. Qu'en quelques mois, la conscience nationale dans son ensemble ait pu si radicalement évoluer est tout à fait étonnant. D'après un sondage du Journal Mainichi, en juin 1945, il apparaît que 84 % des hommes et 90 % des femmes étaient favorables aux pouvoirs politiques de l'empereur, contre 11 % des hommes et 6 % de femmes qui se sont prononcés pour l'abolition du système impérial. La raison pour laquelle le peuple a changé d'opinion sur l'empereur tient tout d'abord à la tendance de l'opinion populaire à se soumettre facilement aux autorités d'avant-guerre. Le passage de l'avant-guerre à l'après-guerre fut le changement de pouvoir de l'empereur à Mac Arthur, Général commandant en chef des forces alliées (Supreme Command Allied Powers ou SCAP), pour le peuple japonais.

II - STATUT ET ATTRIBUTIONS DE L'EMPEREUR

1) Le statut de l'empereur

Commençons, donc, par examiner la question du statut constitutionnel de l'empereur, étant donné que dans la nouvelle constitution japonaise, le peuple devient la source fondamentale et unique du pouvoir ; ce qui est inscrit dans la constitution à l'article premier :
- Article 1 - "Le Tennô est le symbole de l'Etat japonais et de l'intégrité du peuple japonais, sa place est déterminée par la volonté générale du peuple japonais, en qui réside la souveraineté".

L'empereur apparaît donc comme sujet, et le peuple semble, quant à lui, subordonné. D'ailleurs l'article 2 précise que : "Le trône est héréditaire, et sa succession est régie en vertu du Code de la famille impériale voté par le Parlement".

Cet article est d'une certaine manière en contradiction avec l'article premier, car le peuple souverain ne peut s'il le veut démettre l'empereur, car c'est l'empereur, en personne, au nom du peuple qui promulgue tout amendement de la constitution, voté par le Parlement à la majorité des deux tiers (article 96). Certains considèrent, l'empereur inamovible, mais pour d'autres, au contraire, l'empereur, en tant qu'individu est destituable.

D'autre part le terme "symbole", qui définit le statut de l'empereur dans la Nation, reste un terme subjectif, idéaliste, et non un terme juridique. Du temps de la monarchie, le souverain faisait fonction de symbole national, cela faisait partie intégrante de son caractère essentiel.

Ainsi dans l'article 4, il est écrit clairement que, de par sa fonction symbolique, l'empereur n'exerce pas son pouvoir en politique. Le droit a du mal à saisir la notion de symbolisme. Il y a ainsi un débat sur ce concept qui pour les uns doit correspondre à un rôle actif de l'empereur ou bien il est le représentant passif du peuple et de l'Etat japonais. L'article 4 précise que "l'empereur ne peut accomplir que les actes en matière d'Etat prescrits par la Constitution et il ne doit pas avoir d'attributions en matière de gouvernement". Cependant, mis à part cet article, il demeure un risque de mauvaise interprétation du concept de symbole.

2) Attributions

En ce qui concerne les attributions de l'empereur, les articles 6 et 7 fixent les actes d'Etat qu'il doit accomplir. Ses attributions sont essentiellement de type formel, honorifique,

cérémonial. En d'autres termes, l'empereur officialise très formellement des décisions qui ont été prises par les autorités politiques. Par exemple, l'article 6 prévoit que ce soit l'empereur qui nomme le premier ministre désigné par la Diète, et nomme également le président de la Cour suprême, lui-même préalablement choisi par le gouvernement. Cependant, l'empereur accomplit des actes "symboliques" qui ne sont pas évoqués par la Constitution ou tout du moins pouvant être compris comme étant sous-entendus dans l'article 1 qui fait état du rôle symbolique de l'empereur. Par exemple, il est présent lors de la cérémonie d'ouverture de la Diète (pour la convocation d'un parlement nouvellement élu), et il prononce à cette occasion une brève allocution ; il en est de même pour les félicitations ou les condoléances adressées à des chefs d'Etat étrangers au cours de réceptions officielles.

Sur le rôle officiel de l'empereur, deux opinions sont très couramment exprimées. La première interprétation considère que les actes officiels de l'empereur sont limités par les articles 6 et 7, la deuxième interprétation considère que ces actes font partie du caractère symbolique de l'empereur. Personnellement, je ne souscrirais à aucune de ces deux opinions, car la première est trop stricte, car on ne peut craindre que l'empereur commette quelques irrégularités en accueillant les chefs d'Etat étrangers, cette opinion est donc irréaliste. La deuxième interprétation ne fixe aucune limite claire aux actes officiels de l'empereur, sur le plan juridique le symbolisme sous-entend un rôle positif. Pour ma part, j'estime que les actes officiels qui sont autorisés par la Constitution ont un rapport étroit avec les actes d'Etat. Par exemple, l'allocution de la cérémonie de convocation du Parlement est un quasi-acte d'Etat, par rapport à la convocation du parlement. Mon opinion est que la constitution n'est pas aussi restrictive que la première interprétation, mais n'autorise cependant pas une interprétation aussi large que dans la seconde opinion, précédemment évoquée. Toutefois, la seconde interprétation est influente, car elle a le mérite de justifier les actions réelles de l'empereur.

3) L'avis et l'approbation du cabinet

L'article 3 de la constitution stipule que "l'avis et l'approbation du Cabinet sont requis pour tous les actes de l'empereur en matière d'Etat, et le cabinet en sera responsable". Cet article proclame clairement le contrôle des actes d'Etat de l'empereur par le gouvernement, rappel du principe de la souveraineté populaire inscrite dans l'article premier. De ce fait le

caractère quasi-acte officiel est démontrable. L'empereur ne peut se soustraire à l'avis et l'approbation du gouvernement, personne ne le conteste d'ailleurs.

4) Le Tennô est-il le chef de l'Etat ?

Cette question soulève, aujourd'hui, trois types de problèmes. Habituellement, que ce soit dans les monarchies le monarque ou dans les républiques le président de la République, le chef de l'Etat est pour son pays le chef de l'exécutif et à l'extérieur le représentant du pays, ce n'est pas le cas de l'empereur. Car constitutionnellement il ne peut être le chef de l'éxecutif. En outre il n'a pas d'attribution dans le domaine diplomatique, quand bien même, il participe à la réception des ambassadeurs et des ministres plénipotentiaires et reçoit leurs lettres de créance. Vu de l'étranger les choses n'ont peut-être pas changé, l'empereur continue son rôle officiel comme avant-guerre et peut apparaître ainsi le chef de l'Etat. Ce qui d'ailleurs peut influencer la représentation populaire du rôle de l'empereur chez les japonais eux-mêmes.

Pour ce qui est du statut constitutionnel de l'empereur, il n'est pas défini d'une façon moins ambiguë que son rôle symbolique et que l'étendue de ses attributions. Probablement parce que l'existence de l'empereur a un caractère plus affectif que raisonnable, bien qu'il ne soit pas actif dans le processus politique.

L'empereur exerce une fonction dans la société japonaise d'aujourd'hui, et l'on doit se demander si à l'avenir il n'y aurait pas de problèmes constitutionnels.

III - LA FONCTION SOCIALE DE L'EMPEREUR

D'une certaine manière l'empereur est le symbole vivant d'une continuité entre le Japon d'avant-guerre et le Japon d'aujourd'hui. Le changement constitutionnel n'a pas été une rupture totale en ce qui concerne le système impérial, sur ce point il n'y a pas de polémique, reste le problème de la nouvelle fonction sociale de l'empereur. Cette question est bien sûr essentielle, car elle touche directement à la souveraineté populaire. Le système impérial place l'empereur à l'extérieur du champ politique, en somme il ne peut se trouver en opposition avec le principe de souveraineté populaire. Comme nous l'avons dit plus haut, après la guerre les Japonais ont soutenu le système impérial quand il était visé par la politique des forces d'occupation.

Selon un récent sondage d'opinion effectué en mars 1986 par le Journal Asahi Shinbun (publié le 7 avril), on constate que 51 % des personnes interrogées se déclarent sympathisant du système impérial, contre 37 % : les plus de cinquante ans sont 50 % à déclarer respecter l'empereur, la génération des jeunes de 20 à 30 ans sont 70 % à ne rien ressentir pour le Tennô. Toutefois 80 % soutiennent que l'empereur doit rester à l'écart du pouvoir politique, ceci sans différence notable dans les opinions des diverses tranches d'âges. Cette étude a montré que la jeunesse dans son ensemble n'éprouvait aucun sentiment spécial envers l'empereur, il est donc probable que le rôle symbolique de l'empereur se maintiendra.

Cela étant dit, quelle est la fonction sociale de l'institution du Tennô - symbole actuellement ?

A mon avis, cette fonction se poursuivra, pour les raisons que nous allons aborder maintenant.

La première tient à la fonction conservatrice du système politique. Avant-guerre les manuels scolaires expliquaient que le régime impérial s'opposait au socialisme et au communisme. L'une des raisons qui ont fait que les forces d'occupation ne considèrent pas l'empereur en criminel de guerre, est la politique anti-communiste ; les américains ont adroitement utilisé les sentiments populaires des Japonais en ce qui concerne le système impérial. Puis, après le retour à l'indépendance, en 1952, les forces conservatrices ont poursuivi dans cette voie. Non seulement l'empereur est respecté, mais encore on a fait en sorte qu'il ne perde pas le soutien populaire. Cela semble s'être amplifié depuis le gouvernement de Nakasone. Récemment le 29 avril 1986 a été célébré le soixantième anniversaire du sacre de l'empereur. Ce cabinet veut renforcer le souvenir du passé, le Japon est donc fréquemment, critiqué à ce sujet par la Chine et la Corée (voire par exemple le problème de la révision des manuels d'histoire, des visites au sanctuaire de Yasukuni). La sympathie populaire envers l'empereur baigne naturellement dans une ambiance conservatrice.

La deuxième raison est que le système impérial est le centre spirituel des mouvements de droite au Japon. La droite japonaise est solidaire de l'Amérique dans sa politique de défense et reste très anti-soviétique et anti-communiste. D'autre part la droite insiste sur le renforcement militaire du pays, et sur la place l'empereur au centre du système politique, ce qui ne reçoit peu de soutien populaire. En dernière analyse, on ne peut pas ignorer les résultats de cette revendication extrême sur l'ensemble de la nation.

R. R. J. 1988

Pages 649 à 748

THEORIE GENERALE
ET
IDEES POLITIQUES

LOGIQUE DE LA CASSATION

(Erreurs in cogitando)

UNE REFORME DANS LA PROVINCE

DE CORDOBA

Par

Dr. Olsen A. GHIRARDI
Professeur à l'Université Catholique de Cordoba - Argentine
(Traduction faite par Silvia M. de TORRES)

SOMMAIRE

En guise de prologue

1 - Théorie de la Dialectique

2 - Théorie de l'Argumentation

3 - Théorie du raisonnement judicatif

4 - Théorie de la correction logique du raisonnement

- a - Le contrôle de logicité
- b - L'origine du contrôle de logicité dans la jurisprudence de Cordoba

5 - Conclusions générales

- a - Principe de vérifiabilité
- b - Principe de rationalité

EN GUISE DE PROLOGUE

La Constitution de la Province de Cordoba (République d'Argentine), en vigueur depuis 1923, contenait un article qui établissait textuellement : "*les jugements doivent être motivés*". Cette expression laconique reconnaissait, en lui accordant une hiérarchie constitutionnelle, un principe qui, de ce fait, venait s'intégrer au droit positif argentin. Après la Révolution de 1789, la France avait promulgué la loi du 16-24 août 1970, qui ouvrait cette voie, ce qui fut complété par une disposition du Conseil d'Etat français en 1834, établissant d'une manière définitive que *l'absence de motivation violait les normes essentielles de toute décision dans le contentieux.*

Or, la Constitution de la Province de Cordoba a été réformée au cours du premier semestre de 1987. Dans sa Troisième Section, consacrée au Pouvoir Judiciaire, il a été établi, avec une meilleure technique législative, dans l'article 155 : "(les juges) *ne peuvent rendre leurs jugements ... que sur un fondement logique et légal*". Ce nouvel énoncé reconnaît l'exigence d'un contrôle car il a été admis que toute motivation, même insuffisante ou erronée, n'implique pas nécessairement le respect de la norme constitutionnelle. Une vieille tendance dans la jurisprudence s'était frayée un chemin qui aboutissait à ce précepte, tout aussi laconique, mais dont la signification est immense.

*

Le procès judiciaire est un *dialogue*, lequel est, certes, sujet à certaines règles. Nous posons cette affirmation comme thèse, et nous nous proposons de démontrer, au cours de cette étude, que ce dialogue, au stade actuel de son évolution, est fondé sur quatre théories essentielles : une théorie de la Dialectique, une théorie de l'Argumentation, une théorie du raisonnement judicatif et, enfin, une théorie de la correction logique du raisonnement, cette dernière ayant pour but de corriger les erreurs *in cogitando*, au moyen du remède de la cassation.

I - THEORIE DE LA DIALECTIQUE

Comme chacun sait, il existe deux sciences qui sont primordialement déductives, la Philosophie et les Mathématiques, et que les autres sont fondamentalement inductives, leur point de départ étant l'expérience sensible. On y a affaire à l'individu concret et réel. De l'individuel, il faut aller vers l'universel.

Il est admis, d'autre part, que, dans le monde juridique, on se trouve devant un univers de conduites humaines. Celles-ci sont réglées, ordonnées et systématisées, de telle sorte qu'elles constituent pour ainsi dire un modèle de vie. Tout homme, d'une façon permanente, a besoin de savoir comment se conduire dans la situation juridique où il se trouve, et, pour ce faire, son guide fondamental est constitué par les normes juridiques.

Si les situations ne prêtent généralement pas à équivoque, il est des circonstances où il n'en va pas de même. En effet, il est possible que notre conduite touche un autre individu de la communauté, qui s'en ressent : c'est alors que surgit le *conflit.* la société, qui tend à y remédier sans trop de heurts, prévoit des solutions et tâche de canaliser le problème au moyen de ce que l'on appelle le *procès judiciaire.*

L'idée de procès (tout comme ses principes fondamentaux) est extrêmement ancienne. On ignore si c'est le procès devant un tribunal qui fut le premier et qui amena les philosophes grecs de l'antiquité qui habitaient la Grande-Grèce (Sicile et sud de l'Italie) à discuter de questions académiques, ou si ce fut plutôt le contraire. Toujours est-il que les règles du procès sont fondées sur la Dialectique.

Les problèmes académiques aussi bien que les controverses litigieuses des hommes en société doivent trouver leur solution au moyen de *dialogue*, ce qui ne relève pas du hasard, mais, bien au contraire, d'une nécessité humaine. Le mot de Dialectique, en effet, provient de "dialogue". C'est en quelque sorte comme si les hommes avaient dit un jour : "Au commencement était la force : puis, vint le dialogue". Naturellement, cela était et est encore un progrès. Il est donc nécessaire, tout d'abord, qu'il y ait *deux raisons*, deux positions, chacune d'entre elles soutenue par un "exposant" ou un rival, et qui s'opposent entre elles. Le dialogue est en soi une victoire de la paix et de la raison car il implique un *accord* : les deux opposants se mettent d'accord pour discuter leur problème et pour se soumettre à certaines règles.

La Dialectique aristotélicienne trouve sa plus claire expression dans la Ve partie de l'*Organon*, c'est-à-dire dans la Topique, où il est affirmé que toute discussion doit être réglée selon les principes suivants :

1 - Existence et reconnaissance d'*un problème*, c'est-à-dire qu'un sujet provoque une discussion et des opinions divergentes.
2 - Nécessité de *deux adversaires*, chacun soutenant une *raison* différente.
3 - Nécessité d'un *arbitre* (ou juge) pour diriger et modérer la discussion.
4 - Accord sur *les règles* auxquelles adversaires et arbitre doivent se soumettre.

Si l'on transpose ce système dans le domaine du tribunal, on peut distinguer :

a) Une *question litigieuse*, correspondant au problème académique.
b) Deux *parties*, correspondant aux deux adversaires.
c) Le *juge* (qui joue le rôle d'arbitre et qui prononce le jugement).
d) Les *normes adjectives* (ou codes) que le juge et les parties doivent respecter, observer et faire observer.

Il faut également souligner l'importance qu'y avait l'*auditoire*, ce qui se perpétue, encore de nos jours, en la présence du public dans le système de procès oral. L'auditoire grec avait une importance capitale car il se formait une opinion dont il fallait tirer parti. Et c'est à ce public général que s'adressaient la persuasion et la force des arguments auxquels les adversaires avaient recours dans leur désir de vaincre. Aujourd'hui non plus, il ne faut pas mépriser l'opinion publique qui se crée autour d'un procès judiciaire, et surtout lorsqu'elle a une répercussion à travers la presse.

Topique provient du grec *topoi*, qui signifie *lieu.* Les lieux ont pour but de fournir des arguments en vue de la discussion dialectique. Il faut donc envisager la perspective d'un dialogue dirigé, qui doit être raisonné et qui, en outre, recherche des arguments pour soutenir des thèses (prémisses) et riposter à des objections. Le dialogue prend alors la forme d'un instrument qui signale une démarche pratique. De plus, il pose un problème méthodique et vise, en somme, à obtenir l'acceptation de l'opposant, de l'arbitre et de l'auditoire.

A présent, c'est l'acceptation du Juge que l'on recherche essentiellement. Chaque partie, dans sa plaidoirie, s'adresse au Juge afin de le persuader et de le convaincre. En revanche, de son temps, Aristote conclut, au plan philosophique, que la Dialectique conduit à une activité judicative, où l'on doit également se prononcer sur ce qui est vrai ou faux. On n'insistera donc jamais assez sur la portée éminemment pratique et instrumentale de la méthode dialectique. C'est à cette lumière que l'on peut découvrir les propositions ayant la valeur d'un principe

et, pour ce, il faut qu'elles soient d'une évidence pour ainsi dire irrécusable. Or, comme il s'agit là de propositions donc le contenu prête à différents jugements, *elles ne constituent que des prémisses faibles*, qu'il est nécessaire de soutenir au moyen de l'argumentation. L'évidence indéniable dont il est question ici ne surgit pas de la simple énonciation des propositions, comme c'est le cas des *prémisses fortes* du raisonnement *analytique*, mais bien du soutien topique et rhétorique de la *dialectique*. En effet, il s'agit, tout compte fait, et surtout dans la dernière étape, d'appliquer un *raisonnement déductif* car, lorsque ces "propositions-principes" sont acceptées, les déductions en découlent tout naturellement, encore que leur force ne leur soit propre, mais leur vienne pour ainsi dire du dehors, d'un élément extérieur.

La discussion dialectique, dont les finalités sont si ambitieuses, ne saurait être, par conséquent, une simple conversation, une discussion libre, ou même un loisir livré au hasard. Bien au contraire, elle se soumet à des règles tout à fait strictes. Elle exige d'abord, nous l'avons dit, deux sujets, deux pôles divergents, et enfin, une opposition issue de deux thèses diamétralement opposées. C'est pourquoi elle a besoin de l'auditoire et de l'arbitre qui fait respecter rigoureusement les démarches du procès.

Le problème dialectique -les différend de la *litis* de notre procès judiciaire- peut être défini comme "*ce qui doit être lancé*" sur le terrain de l'affrontement dialectique pour qu'il constitue ainsi le point central de la controverse.

L'avocat, comme le dialecticien, se propose d'aboutir à une conclusion déterminée et il lui faut, pour cela, trouver les prémisses qui lui permettront de le faire. Il doit bâtir, en s'appuyant sur la loi et sur les faits, une argumentation formellement contraignante. Lorsqu'il s'appuie sur la loi, sa recherche se centre sur la norme adéquate qui se trouve dans l'univers juridique où il est plongé. Lorsqu'il s'appuie sur les faits, il doit les prouver, selon ce qui est généralement établi dans les normes adjectives. Sa tâche consiste à rechercher la norme et la preuve des faits qui aboutissent à la conclusion souhaitée. Il faut, en outre, que tout cela soit exposé au moyen d'arguments convaincants, capables par suite de convaincre le Juge. Les deux prémisses (celle de la loi et celle des faits) seront celles du syllogisme pratique et judicatif. La conclusion sera aussi faible ou aussi forte que le seront ces prémisses.

Il est donc évident que, dans le cas de la *Topique* appliquée à l'ordre juridique in stricto sensu , nous nous trouvons, d'une part, face à des normes concernant les conduites,

et d'autre part, face à des faits nous permettant de juger une conduite humaine particulière.

Par conséquent, cette dialectique sera, au point de vue matériel, conditionnée par son objet (la conduite humaine). Il faudra toujours prendre en considération le facteur temps, car toute conduite humaine concrète est historique et que, de son côté, le système normatif positif lui aussi concrète est historique et que, de son côté, le système normatif positif lui aussi se situe dans le temps et dans l'espace. Voilà pourquoi l'action humaine concrète, qui est historique et qui partant ne peut se reproduire, doit être *reconstruite* au cours du procès judiciaire et c'est là le but de la preuve. Le résultat en est *la prémisse des faits* qui permettra d'aboutir à la conclusion qu'est le jugement.

Le raisonnement *inductif-épagogique* est topique dès le premier moment du procès. La méthode de l'enquête empirique est fondamentale au point de départ. Il faut tout d'abord partir de l'expérience et observer les faits. Dans la Dialectique du Stagirite c'est l'observation qui l'emportait car il n'existait pas une véritable science expérimentale chez les Anciens, ce qui n'empêchait pas, occasionnellement, l'acuité des observations. Soutenir, par exemple, que "les animaux qui n'ont pas de pattes n'ont pas d'ailes", cela implique un remarquable effort d'observation empirique. Il en fut de même des faits et des actes de l'homme. Cependant, c'est des Romains que revient l'application de cette méthode en matière juridique.

En somme, nous pouvons affirmer que :

a) La Dialectique eut pour effet d'éliminer la force comme moyen de régler les différends.

b) C'est au coeur de la Dialectique que se développa la *Topique*.

c) Cela permit de résoudre des difficultés académiques et de perfectionner une méthode adéquate.

d) Cette méthode fut utilisée simultanément dans le cadre du procès. On ne saurait, en effet, établir avec précision la chronologie des faits, cependant, l'opinion selon laquelle il existe une influence réciproque entre la sphère académique et la sphère du procès semble être correcte.

II - THEORIE DE L'ARGUMENTATION

Il faut, tout d'abord, remarquer qu'une démonstration proprement dite ne peut être ni équivoque, ni ambiguë, mais qu'en revanche l'argumentation peut se voir contaminée par des vocables, sinon équivoques, tout au moins *polyvoques*, ce qui risque de la rendre ambiguë. Il faut également souligner que la démonstration correcte suit certaines règles parfaitement explicites

et courantes dans les systèmes formalisés, mais ce qui différencie essentiellement l'une de l'autre c'est que :

a) dans la démonstration on part d'un principe, d'un axiome, d'un postulat, qui est considéré comme vrai, comme évident, ou, tout au moins, comme hypothétique, et que l'on peut accepter ou non ;

b) dans les démonstrations mathématiques spécialement, le point de départ est un postulat qui n'est pas mis en question ;

c) dans les argumentations, au contraire, l'objectif essentiel est d'obtenir que l'auditoire accepte les thèses présentées. Il *présuppose*, selon Perelman, "*un contact des esprits entre l'orateur et son auditoire*".

Or, au sein de la société, l'argumentation a pour but non seulement de provoquer l'acceptation spirituelle et intellectuelle, mais aussi d'*inciter à l'action.* Elle s'efforce, au moins, de canaliser les conduites dans un sens déterminé. Et comme la prémisse porte généralement sur une question susceptible d'interprétations diverses, il est nécessaire de justifier son acceptation, car la prémisse contraire peut également être défendue.

En conséquence, le discours portera -en l'occurrence- sur le problème posé et s'adressera -en supposant qu'il s'agisse d'un discours dans le cadre du procès- à un auditoire particulier : le juge, le jury, etc. Voilà pourquoi il doit être *persuasif* et *convaincant.* D'ailleurs il a d'autant plus de chances de l'être que la prémisse a plus de chances d'être universalisée par l'auditoire.

Il faut ajouter que l'importance de l'adhésion aux prémisses s'accroît du fait que cette adhésion implique aussi un transfert de cette attitude aux conclusions développées à partir des prémisses.

D'autre part, il est impossible d'observer que, dans la vie sociale, on argumente sans cesse. Lorsqu'on veut défendre son point de vue à propos de n'importe quel sujet, on argumente. Il est généralement admis que l'argumentation fait partie de la vie quotidienne de l'homme.

Arguer signifie expliquer, révéler, prouver. *L'argumentation* comporte, entre autres, une tâche par laquelle l'auditoire ou les destinataires sont amenés à adopter une position, au moyen de recours qui consiste à présenter des propositions ou des assertions (en somme, des arguments) qui démontrent la validité de cette position ou, tout au moins, son bien-fondé.

L'argumentation a, comme chacun sait, trois caractéristiques :

a) Elle fait intervenir plusieurs personnes, raison pour laquelle elle est un phénomène *social*.

b) Elle n'est pas spéculative. Elle a, de toute évidence, un objectif pratique : *exercer une influence* sur autrui.

c) Elle a recours à des justifications, à des moyens de preuve en faveur de la thèse défendue, ce qui veut dire que celle-ci ne s'impose pas par la force, mais par la raison. C'est pourquoi l'argumentation est liée au raisonnement, et, en général, à la Logique.

L'argumentation peut revêtir des formes qui varient selon la question traitée. Devant une norme légale qui établit que "Si une personne meurt sans laisser d'héritiers, la succession est acquise à l'Etat", le problème se pose lorsqu'un héritier présomptif apparaît. Si l'on analyse cette norme, il est évident que rien n'y est précisé en ce qui concerne les personnes qui doivent être considérées comme héritiers. En conséquence, la problème se circonscrit à ceci, savoir si, conformément aux autres normes du système, l'héritier présomptif est véritablement tel, et c"est là la *controverse*. Chacune des parties défendra ses thèses et argumentera en sa faveur.

En ce cas, les arguments s'appuieront sur des faits et sur des documents, outre que sur les normes légales en question. Il sera nécessaire d'analyser ces faits, de les diviser. L'argumentation sera convaincante dans la mesure où la série des faits justifieront la prémisse *des faits*. Le concours des différents éléments probatoires aura pour effet de susciter une plus ou moins grande acceptation dans l'esprit du juge chargé de décider.

En revanche, dans d'autres cas, le problème se pose par suite de le seule énonciation de la prémisse *légale*. Ainsi, par exemple, dans le cas d'un pourvoi en révision, la situation peut être la suivante :

THESE A	THESE B
1 - Le pouvoir est formellement irrecevable, du fait de l'absence d'erreur *in procedendo*.	

2 - Cela n'est pas exact. Il est recevable, car le système de fixation des honoraires (il s'agit en l'occurrence d'une résolution statuant sur une fixation d'honoraires) relève essentiellement de la procédure, et, par conséquent, le pourvoi en question permet de réviser non seulement les erreurs *in procedendo*, mais aussi le contenu des arrêts attaqués.

3 - Or, il se trouve qu'il n'y a pas non plus d'erreur *in iudicando*, ni d'aucune autre espèce.

4 - Si, il y en a. N'oublions pas qu'il existe une norme du système de fixation des honoraires qui veut que l'on actualise le montant de la saisie ordonnée (il s'agit là d'honoraires échus en vertu d'un incident de mainlevée) ; en conséquence, on ne peut pas tenir compte de la valeur historique comme cela vient d'être fait.

On peut donc remarquer, que une fois le problème posé, la discussion dialectique fait jouer les argumentations comme une balle de ping-pong, autrement dit, *le discours normatif se polarise*.

Le conclusion la plus importante que l'on puisse sans doute tirer de tout cela est que, dans ce domaine, *il n'y a pas de règles de validité formelle*. La discussion dialectique polarisée n'a qu'une issue : l'adhésion à l'une des thèses, à laquelle on parvient au moyen de la conviction et de la persuasion. Or, la conviction, de même que la persuasion, n'est possible que grâce à une argumentation nécessairement efficace. *Il n'y a pas dérivations nécessaire*. Il n'y a que -nous le répétons encore une fois- des adhésions, qui sont le fruit d'une argumentation fondée sur des

éléments qui peuvent différer absolument, suivant les problèmes posés.

III - THEORIE DU RAISONNEMENT JUDICATIF

Quel type de raisonnement le juge suit-il lorsqu'il doit rendre son jugement ? Est-ce que ce qu'il pense correspond entièrement à ce qu'il écrit ? Autrement dit, la pensée a-t-elle suivi le même cheminement que le jugement écrit ? L'arrêt est-il le résultat d'une intuition ou bien d'un syllogisme ?

Certains juristes -nous l'avons dit- soutiennent la thèse qui met l'accent sur le syllogisme. En général, il semble qu'il en soit ainsi en grandes lignes. En effet, on est tenté, dans le cas d'un procès pour dommages-intérêts par exemple, de soutenir que, dans l'élaboration de son arrêt, le juge suit le raisonnement suivant, à partir de la norme en question du Code Civil :

A - "Tout à fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer" ..... PREMISSE MAJEURE
B - "Or, Pierre a exécuté une action qui a causé un dommage à Jean" ..... PREMISSE MINEURE
C - "Donc, Pierre doit réparer le dommage qu'il a causé à Jean" ..... CONCLUSION

Cependant, lorsqu'on lit un jugement portant sur des situations comme celle-ci, on se heurte parfois à de nombreux obstacles, c'est pourquoi on ne peut s'empêcher de penser que la solution du syllogisme est une idée trop simpliste. Tout cela est complexe et le raisonnement du juge semble parcourir des chemins inextricables. Néanmoins, la matrice du raisonnement judiciaire s'oriente et cherche la lumière par la voie déductive - du moins en ce qui concerne le jugement écrit.

Chacun sait, par ailleurs, que les sciences mathématiques et les sciences philosophiques sont essentiellement déductives, alors que les sciences particulières -empiriques- sont essentiellement inductives. Mais la déduction et l'induction sont des méthodes complémentaires dans le domaine du savoir. Toute connaissance scientifique doit s'intégrer dans l'ensemble comme une totalité systématique. Ainsi, la méthode -déductive ou inductive- représente la voie ou les voies que l'on parcourt pour atteindre ce savoir. L'induction et la déduction sont comme les deux faces d'une monnaie dans cet univers qui s'efforce de percer le mystère de la connaissance. Les deux méthodes se complètent.

Or, il ne semble pas que le raisonnement d'un juge soit tout à fait inductif, bien que ce soit l'hypothèse inductive qui l'emporte à nos yeux dans les premières étapes. Les sciences

naturelles en sont un exemple typique. Le scientifique et le juge sont des chercheurs, l'un au même titre que l'autre ; ils partent des faits, de certains faits. Pourtant, une grande différence les éloigne : alors que le scientifique reconnaît comme limites, d'un côté, la nature, et de l'autre, l'imagination qui bâtit les hypothèses, le juge se voit limité par le fait historique survenu et par la loi qui lui ordonne, parce qu'adjective, de suivre certaines règles de procédure, et parce que substantive, de statuer d'une manière déterminée.

Le scientifique qui fait des recherches dans le domaine des sciences naturelles découvre ce qui *est* -bien que parfois, et aujourd'hui plus que jamais, il le fasse à l'aide d'un instrument qu'il a préalablement construit. Le juge, de son côté, aboutit à un jugement qu'il *rend*- avec l'aide des avocats et d'après certaines normes -au moyen d'une reconstitution du fait historique.

Le chercheur affirme : "Si tels sont les faits naturels, la matière *est* discontinue". Le juge déclare : "Si tels sont les faits survenus et prouvés, l'action à exécuter *devra être* celle-ci (celui qui a causé le dommage devra le réparer"). Cependant nous ne perdons pas de vue que les définitions utilisées dans les sciences naturelles sont de plus en plus opérationnelles, car elles sont le résultat d'un balancement effectué de l'observation à l'expérimentation qui s'impose de plus en plus actuellement dans le domaine scientifique. D'autre part -et voilà une circonstance dont il faut tenir grand compte- l'expérimentation conditionne le phénomène au plus haut degré, au moyen des appareils conçus préalablement par l'homme.

Quoi qu'il en soit, le juge, qui opère dans un monde d'actions, dans un univers où il doit découvrir quelques chose à travers un procès -au cours duquel juges et avocats doivent *faire* quelque chose- indiquera à la fin du procès quelle action les parties devront réaliser ou non. En définitive, le jugement ne fait que signaler l'action à réaliser. C'est un prononcement où il est ordonné que quelque chose *se fasse* d'une manière déterminée, et auquel on parvient après épreuve des actions historiques, afin qu'une action future se réalise d'une manière précise. En d'autres mots, le juge est chargé de prendre une décision par rapport à un fait que la loi considère comme important, et qui a été soumis à son jugement, c'est-à-dire qu'il prend une décision pour qu'une personne se conduise comme il lui a été ordonné.

La conclusion à laquelle le juge aboutit est une décision, un acte rationnel de volonté. Le juge substitue sa volonté à celle d'autrui dans un conflit donné. La conclusion du chercheur scientifique est elle aussi, en quelque sorte, un acte de volonté en ce sens que les choses sont rationnellement dans un monde réélaboré dans la seconde nature. C'est dans l'objet que réside la

différence fondamentale, la ressemblance existant dans l'univers de choses et d'actions que l'homme contribue à créer.

Il faudrait peut-être encore préciser que le juge fait face à des *problèmes* sur deux fronts :

a) vis-à-vis des *faits*, dont il infère la prémisse mineure ;

b) vis-à-vis de la *loi*, dont il devra tenir compte pour en inférer la prémisse majeure.

Il s'agit, dans les deux cas, d'un problème d'interprétation : interprétation des faits et de la loi. Les normes sont choisies en fonction des faits et ces derniers sont interprétés à la lumière de celles-là. Normes et faits conduisent aux inférences, qui sont donc le résultat d'une corrélation intime et évidente.

Il a été affirmé que, lors de la première lecture du procès ou lors du premier contact, le juge se forme une opinion provisoire (hypothèse de travail) -autrement dit, il prend une décision provisoire- et que, après une lecture approfondie, il établit sa position définitive sur la preuve qu'il estime pertinente, après quoi il bâtit les fondements de l'argumentation. Si cela est peut-être exact dans la plupart des cas, il n'en reste pas moins que cela ne se passe pas toujours de cette manière. D'ailleurs, les juges ne manifestent que rarement ce qui se passe dans leur esprit quand ils prononcent un jugement, étant donné la naturelle réserve qui les caractérise.

Le bon sens nous amène à présent à distinguer diverses étapes dans le raisonnement d'un juge :

a) Un premier moment, celui de la prise de connaissance de l'affaire, qui se produit dès le début du procès. Au fur et à mesure que celui-ci se déroule, il est naturel qu'une hypothèse puisse germer dans l'esprit du juge. S'il n'en est pas ainsi, c'est la lecture des actes du dossier qui, dans le cas du procès écrit, fournira les premières bases pour la produire.

b) Ensuite, vient le moment de la réflexion, l'étape où les éléments du procès sont analysés et étudiés d'une manière plus approfondie. Il est bien entendu que l'affaire en question n'est pas tout à fait claire, et qu'elle ne permet donc pas de transformer dans l'immédiat l'hypothèse en décision.

Il faut faire d'ailleurs une autre remarque importante. On ne doit pas confondre les processus mentaux avec les raisonnements exprimés par le juge dans son arrêt. Ces derniers sont évidemment substantifs, mais ils sont mis en évidence parce que la loi impose cette exigence au juge, tout arrêt ou jugement devant être fondé et établi conformément à certaines règles, sous peine de nullité. Les processus mentaux n'ont pas de contraintes. Ce qui n'est pas écrit dans le jugement peut être plus important que ce qui y est écrit. En général, on n'écrit pas ce qui est

évident -et qui ne l'est, peut-être, qu'à un moment historique donné-. Ce qui est évident peut, d'ailleurs, avoir plus de poids dans l'esprit du juge, et peut même ne pas figurer parmi les éléments du procès. On n'écrit pas non plus ce qui est dans l'inconscient, ce qui n'arrive pas à se manifester dans la conscience, mais qui, parfois, peut déterminer une décision. Enfin, on n'écrit pas non plus ce qui est conscient mais que, pour des raisons valables, et dans certaines circonstances, on n'ose pas avouer en raison de multiples facteurs dont on subit une pression individuelle ou sociale.

Il arrive aussi que, très souvent, le juge n'écrive que ce qu'il considère comme le plus important et qui lui permet de prouver qu'il a respecté les prescriptions légales. Le jugement serait donc, pour ainsi dire, non pas exactement un résumé, mais un condensé de signification qui ne traduit aucunement la totalité des processus mentaux du juge.

Il peut y avoir dans le jugement toute une série de décisions, *micro-décisions*, qui aboutissent, évidemment, à la *macro-décision* finale. Lorsque le juge a résolu la prémisse légale et celle des faits, le syllogisme en découle tout naturellement. Le juge a donc conclu le syllogisme *pratico-judicatif*. C'est là le raisonnement judicatif. La dernière proposition est la conclusion ou dispositif.

IV - THEORIE DE LA CORRECTION LOGIQUE DU RAISONNEMENT

Si le fondement du juge est une exigence constitutionnelle, et qu'il existe un contrôle de constitutionnalité, il est évident qu'un contrôle de la logique du raisonnement du juge s'impose. Ce contrôle ne va pas certainement au-delà des limites *logico-formelles*. Voilà le procès se fonde aussi sur la théorie de la correction logique du raisonnement, le juge ayant l'obligation *constitutionnelle* de raisonner correctement et de ne pas violer les règles de la pensée.

Nous avons relevé le premier indice de cette position dans la doctrine argentine, dans le prononcement écrit de notre maître, Adolfo Fragueiro, lorsqu'en 1948, il affirma : "... *par-dessus la loi et la doctrine d'éminents juristes, règne la logique juridique, c'est-à-dire ce raisonnement correct ou cette inférence naturelle que notre entendement effectue au moyen d'un processus d'analyse ou d'identité de concepts. Ce raisonnement naturel, que nous qualifions de logique, préexiste à la loi et à toute doctrine particulière. Celui qui ne respecte pas ses règles aboutit nécessairement à l'erreur, ou bien à une vérité apparente, qu'on*

appelle sophisme". Il serait vain d'ajouter quoi que ce soit à de si claires affirmations.

Si, d'une part, une classification, fondée sur ce qu'il est convenu d'appeler les erreurs *in iudicanto* et les erreurs *in procedendo*, était faite // dans le système de la procédure, d'autre part, les erreurs logiques, que nous avons appelées des erreurs *in cogitando*, furent confondues avec les erreurs *in procedendo* sans que personne ne s'en aperçût - sinon, comme on verra plus tard, un homme de talent comme Calamandrei, qui en prit parfaitement conscience. Mais ce qui fut encore plus grave c'est que les spécialistes en procédure n'en reconnurent que quelques-unes, les autres demeurant ignorées. Le temps, enfin, fit jaillir la lumière qui mettrait la question au clair.

A - Le contrôle de logicité

On appelle *contrôle de logicité* l'examen effectué par une Cour de Cassation ou par un tribunal de Grande Instance afin de déterminer si le raisonnement réalisé par les magistratures inférieures est formellement correct au point de vue logique. Autrement dit, on se propose de vérifier le respect des règles qui gouvernent la pensée, c'est-à-dire que l'on contrôle les erreurs *in cogitando*.

Or, les codes de procédure ne sont pas très orthodoxes en ce qui concerne la classification des causes de cassation ou de révision des jugements au point de vue logique.

Cependant, compte tenu de ce qui a été dit, il existe, en dehors des causes légales et même avant -toujours au point de vue logique- deux types de causes qui ne peuvent être ignorées :

a) l'absence de motivation ;

b) la motivation défectueuse.

Le premier type, très évident, est prévu dans la Constitution de la province de Cordoba et aussi dans l'article 147 du Code de Procédure Civile ; le deuxième découle du premier. En effet, il serait absurde d'exiger qu'un jugement soit motivé sans contrôler, en même temps,s'il a été correctement fondé, même au point de vue logique.

Cette classification que nous venons d'établir ne se rapporte pas à celles des codes. Nous tenons, d'ailleurs, à insister sur un point afin d'éviter les confusions. Lorsque nous parlons de motifs *formels*, ce n'est pas aux exigences contenues dans les lois adjectives ou de procédure que nous faisons allusion. Quoique les juristes considèrent qu'il existe des causes "formelles" de cassation ou de révision lorsque le défaut en question se produit par suite de l'inobservation d'une règle de procédure, les causes *formelles* dont il est question ici n'ont rien à voir avec les formulations du

droit positif. Ce qui prête à confusion c'est que, parfois, les qualités s'identifient, comme, par exemple, lorsqu'il est exigé, dans un précepte légal, "que le jugement ne renferme pas de dispositions contradictoires". En effet, il est évident que cette norme légale ne fait autre chose que *rendre positive* une loi logique. Voilà pourquoi, jusqu'à présent, chaque fois que nous avons parlé de *causes formelles*, nous avons voulu dire par là qu'elles sont le résultat de défauts formels du raisonnement, puisque les règles de la pensée n'ont pas été respectées.

Par conséquent, il faut non seulement que le jugement soit fondé, mais qu'il soit, tout d'abord, *correctement fondé au point de vue formel* -logiquement bien fondé- ce qui revient à dire qu'il faut repérer l'itinéraire suivi dans le raisonnement, afin que les parties ou le jugement en dernier ressort puissent vérifier si le raisonnement a été correct et si les règles de la pensée, c'est-à-dire toutes les règles fondamentales mises en évidence par la science de la Logique depuis Aristote, y ont été respectées.

De la même façon que l'exigence du fondement des arrêts a mis du temps à être incorporée dans la législation, le contrôle de logicité lui aussi a trouvé la ferme résistance des juges chargés d'effectuer le contrôle des jugements.

Dans la province de Cordoba, la Cour Supérieure de Justice s'est prononcée d'une manière décisive et concluante pour l'application de ce contrôle, même avant la modification de la Constitution. Mais le problème mérite d'être analysé plus en détail.

Ceux qui résistaient à exercer ce contrôle s'appuyaient principalement sur l'opinion autorisée de Calamendrei, qui se refusait à accepter qu'une motivation insuffisante ou défectueuse fut une cause suffisamment valable pour attaquer l'autorité du jugement. De nos jours, on a du mal à justifier cette position, qui s'expliquait par la crainte que suscite ce qu'il est difficile d'interpréter de façon correcte, ainsi que les sophismes confus de certains appelants, qu'il n'est pas toujours aisé de comprendre. Il est tout de même absurde qu'un juriste, qui est toujours en quête de justice, se laisse vaincre par ce genre de difficultés et qu'il préfère accepter une erreur dans le raisonnement, confirmant ainsi un arrêt mal fondé, au lieu de le corriger. Tout compte fait, les formalités ne sont, aux yeux des hommes justes, qu'une démarche nécessaire pour que la vérité s'impose.

Il faut cependant admettre, en toute sincérité, que le problème soulevé par Calamandrei est réel ; en effet, il est extrêmement difficile de séparer le contenu de la forme du raisonnement. Mais cette difficulté ne nous semble pas une raison valable pour qu'on puisse nier le contrôle formel de logicité. Il ne faut pas oublier que, dans la pratique, les juges chargés du

contrôle des jugements sont généralement des juristes d'une grande expérience et d'une remarquable érudition, et que même les problèmes les plus complexes peuvent être résolus quand ils sont étudiés avec zèle.

Il n'est pas nécessaire d'analyser, dans cette brève étude, le déroulement historique de l'admission du contrôle de logicité. Il suffit de dire que, une fois le principe de la motivation des décisions judiciaires, admis par la Constitution et ratifié par les Codes de procédure, le contrôle de la logique des jugements devait finir par s'imposer tôt ou tard. En effet, une motivation incorrecte au point de vue logique équivaut à une absence de motivation. Un arrêt erroné par suite de fondement défectueux ou insuffisant, cela représente le retour au vieil autoritarisme qui faisait prévaloir la volonté sur la raison, et qui imposait le pouvoir arbitraire et absolu de celui qui jugeait.

Il serait donc absurde que la loi fondamentale exigeât la motivation des jugements -sous peine de nullité- pour accepter ensuite qu'un raisonnement incorrect ou défectueux demeurât exempt de toute révision.

B - L'origine du Contrôle de Logicité dans la jurisprudence de Cordoba

Ce principe -d'après une recherche effectuée dans le *Boletin Judicial de Cordoba* et dans certains arrêts des années 40- existe depuis longtemps. Nous ne citerons que quelques décisions qui en constituent un antécédent important, même si les juges qui les ont prises n'ont pas eu l'intention d'y établir un précédent.

Dans l'affaire "*Cordoba, Miguel Angel - viol*" (*) la chambre criminelle de la Cour Supérieure de Justice, dont les membres étaient MM. Ricardo C. Nunez, Ernesto R. Gavier et Arturo Maldonado, statua : "*Bien que le principe de la libre conviction du Tribunal, consacré dans l'art. 426 du Code de Procédure Pénale, libère le juge de se soumettre aux règles légalement préétablies sur l'exclusion de la preuve, il n'autorise pas pour autant des convictions irrationnelles. Le précepte contenu dans les arts. 120 et 432, alinéa 3 du Code de Procédure, établissant la nécessité de la motivation des jugements, a certes pour but de mettre un frein au libre raisonnement des juges, en subordonnant leurs jugements à la logique, qui représente la condition essentielle de tout jugement que signifie la motivation conformément aux règles juridiques et de procédure. L'inobservation de ce principe ne se justifie même pas au nom du sentiment de justice, car dans un procès tout ce qui n'est pas en*

(*) BJC., 10-2-56, t. I, vol. 1, p. 51 et suiv.

accord avec le droit est injuste, et qu'il est arbitraire d'abandonner les formes pratiques que le droit impose".

Malgré l'ouverture d'esprit qu'il est possible d'observer dans ce prononcement et bien que nous partagions le même avis dans certains aspects essentiels, il n'est pas possible d'accepter pleinement la position contenue dans le paragraphe que nous venons de transcrire. Il y a là une confusion -comme nous l'avons remarqué précédemment- entre le contenu et la forme du raisonnement. Un arrêt ou un jugement peut avoir des défauts concernant la manière dont la juridiction saisie a interprété les faits, mais ce n'est plus la même chose lorsque -en dehors des faits, qui peuvent être bien ou mal évalués ou considérés- il y a des erreurs dans le raisonnement. Tout jugement "logiquement défectueux" peut, à notre avis, donner lieu à un pourvoi en cassation, étant donné qu'il viole "les *formes* et les formalités requises" consacrées dans notre loi de procédure civile, lorsque les lois de la logique n'y sont pas respectées.

Nous ne croyons pas, d'ailleurs, que notre thèse implique l'élargissement excessif de la compétence de la cour de cassation. Heureusement, les erreurs que nous sommes en train d'analyser ne sont pas trop fréquentes. Il serait cependant absurde de ne pas réviser un jugement présentant ce genre d'anomalies. En effet, la justice ne peut pas être fondée sur des formes de raisonnement aberrantes ou irrationnelles, où seule une circonstance hasardeuse pourrait permettre que la pseudo-motivation aboutit à la vérité. Dans ce qui est *logiquement incorrect*, aucun jugement de valeur n'intervient, car c'est la loi de la pensée qui y est violée. Ne pas intervenir dans une situation pareille, ce serait autant qu'admettre que toute motivation, de quelque manière qu'elle soit faite, est un bon fondement. Et ce qui est encore pire, ce serait admettre que n'importe quelle motivation, même celles qui impliquent un suicide rationnel parce qu'elles violent tout ce qui fait que l'homme soit rationnel, peut constituer un fondement acceptable. Il ne s'agit pas là -nous le répétons- de la considération d'une preuve, ni d'une interprétation du droit, sur lesquelles il serait possible d'accepter des positions diverses ; il s'agit, bien au contraire, purement et simplement, de la violation des lois de la pensée, qui n'admettent que la nécessité de leur condition de lois, et sur lesquelles on ne peut pas établir des critères de valeur.

Vélez Marriconde précise, d'ailleurs, le cadre de la cassation lorsqu'il affirme que la loi Argentine : "*est demeurée fidèle au principe essentiel selon lequel c'est à la juridiction de jugement qu'il revient d'analyser les preuves et de déterminer les faits, car elle constitue la seule instance. C'est pourquoi la compétence de cette Cour est limitée, circonscrite aux causes qui font l'objet d'un pourvoi en cassation*". Il conclut en affirmant que,

"*en vertu de ce précepte, la Cour Supérieure n'est que le suprême gardien du droit, dont la tâche consiste à éviter aussi bien l'inobservation ou l'application erronée du droit substantif* que l'inobservation des "formes" imposées par le droit de la procédure, sous peine de nullité".

A notre avis, c'est précisément dans le terme "formes" qu'il faut inclure les lois de la pensée. Cela pose néanmoins un problème qu'on ne peut ignorer. Lorsque les "formes" ont été prévues par la loi de la procédure, et que leur inobservation est susceptible de nullité, la situation est simple et nette. En revanche, il y a lieu de se demander quelle est la solution lorsque la juridiction saisie a commis une erreur logique qu'elle a effectué un raisonnement incorrect, et que le cas en question n'est pas prévu dans la loi adjective. Eh bien, il s'agit là d'un jugement "défectueux" dans son fondement et il pourrait donc être inclus dans le cadre du précepte constitutionnel incorporé dans la loi adjective. Si, par exemple, c'est le principe d'identité qui est violé, ou s'il y a des jugements contraires ou contradictoires, il n'y aura pas de motivation ou de fondement correct. Or, dans ce domaine, ce qui est incorrect devient illégitime et, par conséquent, n'a pas de validité.

Lorsque la loi établit que les jugements doivent être fondés, il faut entendre par là qu'il ne s'agit pas de n'importe quel fondement, mais d'un fondement *correct au point de vue logique et formel.*

Dans le prononcement qui fait l'objet de notre analyse, le juriste conclut en affirmant ceci : *En somme, si le pourvoi en appel détermine un nouvel examen du dossier par le juge* ad quem, *aussi bien sur l'aspect juridique que sur celui des faits, le pourvoi en cassation, en revanche, implique seulement la possibilité que ledit Tribunal procède à un nouvel examen de l'objet du procès en ce qui concerne son aspect juridique, c'est-à-dire qu'il ne s'agit que d'une "révision juridique".* En effet, selon Beling, dans un système à instance unique, *"il n'est pas possible d'examiner deux fois la base des faits du jugement".*

Ajoutons à cela que, si le système interdit la révision des faits, nous considérons qu'il est possible d'admettre, en revanche, ce qu'il est convenu d'appeler "révision juridique", mais que cette révision -par-dessus tout- suppose implicitement le "contrôle de logicité". Nous admettons, bien entendu, que les décisions de la Cour Supérieure attaquent seulement les erreurs *in procedendo* et non par les erreurs *in iudicando* ; pourtant le "contrôle de logicité" doit nécessairement être admis car il attaque les erreurs de la raison. Sans l'exercice formel correct de la raison, il n'y a aucune possibilité de rendre un jugement qui mérite ce nom.

Il faudrait ajouter quelques remarques par rapport à un autre problème, assez rebattu, auquel les juridictions saisies ont très souvent recours lorsqu'elles rejettent une demande en révision devant la juridiction civile. c'est à ce problème que Vélez Mariconde fait allusion -même s'il s'agit là d'un arrêt rendu devant la juridiction criminelle- quand il affirme : *"C'est pour cela qu'il a été affirmé si souvent, et avec raison, que la juridiction saisie est souveraine en ce qui concerne l'analyse critique des éléments de preuve et la détermination des faits sur lesquels se fonde le jugement, et que cette évaluation et cette constatation des faits échappent au contrôle juridique qui revient à la Cour de Cassation".*

Eh bien, il est vrai que le juge *ad quem* statue sur le *vitium in procedendo* et non pas sur le *vitium in iudicando.* Il est vrai aussi que ce juge exerce le "contrôle juridique" du dossier analysé ; il est vrai, enfin, qu'il ne se prononce pas sur l'évaluation et sur la constatation des faits ; mais il n'en est pas moins vrai que, dans l'exercice du "contrôle de logicité", il peut et il doit faire l'analyse des processus logiques des raisonnements concernant les preuves. Il ne s'agit pas ici, bien entendu, de l'évaluation des preuves, ni de la détermination des faits dans leur réalisation positive, mais des *raisonnements* sur les faits.

Vélez Mariconde cite l'opinion de Mortara et Aloisi (*Commento*, VII, p. 349-351) lorsque ces derniers affirment que *"la compétence de la Cour de Cassation se circonscrit strictement aux violations de la loi". "... toute enquête sur les faits est censée être soustraite à la compétence de ce tribunal, qui doit fonder sa décision juridique sur les éléments de fait tels qu'ils ont été vérifiés par la juridiction de jugement".*

Notre thèse va un peu plus loin, car nous soutenons que le juge *ad quem* peut également vérifier si le juge *a-quo* a commis une violation des règles logiques de la pensée au moment d'exposer les faits ou de les juger.

Cependant notre avis et celui de Vélez Mariconde ne diffèrent pas totalement car il s'écarte de Calamandrei lorsqu'il interprète dans un sens très large l'absence de motivation du jugement. En effet, il considère aussi le "manque de raisonnement *sur les éléments de preuve incorporés au procès, conformément au système de preuve imposé par la loi de la procédure, et le manque de raisons suffisantes, par suite de l'abandon de ce système, qui permettent de fournir une assise légitime au dispositif du jugement".* Vélez Mariconde paraît n'admettre, malgré l'élargissement qu'il opère, que la violation du principe de raison suffisante. En effet, il ne fait pas allusion à la violation d'autres lois spécifiques de la pensée. Nous analyserons plus tard le principe de raison suffisante, qui est en rapport avec ce

problème, et les lois qui gouvernent la pensée, contenues dans les autres principes.

Cependant, Vélez Mariconde paraît admettre plus tard que, outre le principe de raison suffisante, il est possible d'inclure aussi les autres lois logiques que nous venons de citer. *"Il a été affirmé à juste titre qu'une motivation apparente ou illégitime ("constituée par une suite de phrases insignifiantes ou contradictoires" ou fondée sur des éléments de preuve qui n'ont pas été incorporés au procès) a autant de valeur que l'absence de motivation, du moment que celle-la ne justifie pas le jugement et que, par conséquent, elle ne satisfait pas l'exigence de la loi".*

Il est possible d'envisager, dans le paragraphe que nous venons de transcrire, plusieurs variantes :

a) Si les phrases sont insignifiantes, la motivation est *insuffisante* et le principe de raison suffisante y est violé, ce qui représente une "absence de motivation".

b) Si les jugements sont contradictoires ou contraires, le problème touche les autres lois logiques et il y a là une motivation *défectueuse.*

Il faut donc distinguer nettement ces aspects. S'il y a une motivation insuffisante, c'est le principe de raison suffisante qui est violé ; en revanche, si la motivation est défectueuse, cela entraîne la violation d'autres lois de la pensée (contradiction; identité, tiers exclu, entre autres). Les situations en sont bien différentes : dans le premier cas, c'est une question de valeur - qui peut être subjective ou objective- que de savoir si le jugement est suffisamment fondé ou non ; dans le deuxième cas, en revanche, la situation est extrêmement claire : telle loi de la pensée a été violée ou non. Il n'existe pas de moyen terme dans ce dernier cas. En ce qui concerne la troisième possibilité admise dans le paragraphe en question, c'est-à-dire, le cas du juge *a-quo* qui se fonde sur des preuves non incorporées au procès, ce problème ne relève pas du domaine de la Logique, mais de celui du système de la procédure (loi adjective).

L'horreur que le contrôle de logicité inspire aux juristes Mortara et Calamendrei est surtout la crainte que les juges ne soient pas toujours capables de distinguer, dans la pratique, les jugements de fait des jugements de droit. Vélez Mariconde faire aussi allusion à cette difficulté, mais cela n'a -à notre avis- aucun rapport avec ce que nous nous sommes proposé d'analyser ici. D'ailleurs, cette crainte ne peut justifier le refus absolu du contrôle de logicité. Il serait absurde de soutenir que l'admission de ce contrôle entraîne plus de confusion, sous prétexte que cela implique ajouter aux problèmes un élément parfois subtil. Nous admettons que la question est fort complexe et que sa solution n'est pas toujours facile. Mais cela ne signifie pas pour autant que

la solution négative soit la meilleure. En tout cas, la justice en tirera quelque profit, à moins qu'on se contente d'avoir à peine dépassé l'institution des ordalies, car celles-ci peuvent très difficilement cacher des erreurs logiques.

Finalement -et bien que, d'après ce qu'il a affirmé précédemment, on ait pu s'attendre à une conclusion différente- Vélez mariconde conclut en disant : *"... Nous considérons, enfin, que si l'on ne peut pas admettre un rapprochement absolu entre "absence de motivation" et "motivation défectueuse", ce rapprochement doit être reconnu lorsque le juge ne respecte pas dans son jugement les règles de la saine critique rationnelle. Tel est au moins notre système légal".*

C'est donc par la voie des règles de la saine raison que Vélez Mariconde étend les limites de ce type de pourvoi au-delà de l'absence de motivation. Cela comprendrait aussi ce que l'on appelle contrôle de logicité, même si ce n'est pas admis d'une façon très nette, lorsqu'il affirme : *"Le système de la libre conviction ou de la saine critique (à mon avis, il n'y a que les formules légales qui soient différentes) impose au juge le devoir juridique de respecter* les règles fondamentales de la logique, de la psychologie et de l'expérience ordinaire. *L'évaluation des preuves et de la détermination des éléments de fait, nous l'avons affirmé, sont du ressort exclusif des juridictions de jugement ; mais l'inobservation des règles précédemment citées détermine l'absence de motivation légitime du jugement, ce qui entraîne la nullité de l'acte juridictionnel. Celui-ci est passible de cette sanction lorsqu'il existe "un rapport de causalité entre l'inobservation des règles et la décision, de sorte que la déclaration de la violation puisse avoir une valeur pratique" (Chiovenda,* Instituciones, *III, p. 442), c'est-à-dire, lorsque les vices du raisonnement ont déterminé le jugement attaqué, et qu'il n'existe pas d'autres fondements, en dehors de ceux qui sont viciés, capables de fournir une assise légitime au jugement et de le justifier. Pour ce qui est de la logique ... les règles fondamentales ne sont que les "principes logiques suprêmes" ou "lois suprêmes de la pensée, c'est-à-dire, les principes (d'identité, de contradiction, du tiers exclu et de raison suffisante) qui gouvernent l'élaboration des jugements et qui fournissent une base solide capable de déterminer quels sont, nécessairement, les vrais ou les faux (Pfander,* Logique, *p. 215-285). La position contraire -là thèse selon laquelle on peut corriger sans limitation les vices du raisonnement lorsque celui-ci est défectueux- transforme la cour de cassation en cour d'appel, bouleversant dans son essence le système de procédure établi par notre loi, car cela impliquerait aussi l'évaluation des éléments de preuve sur lesquels se fonde le jugement".*

Cette longue citation mérite d'être commentée. Tout d'abord, nous tenons à manifester notre accord en ce qui concerne l'acceptation du contrôle de logicité. Quant au problème des règles de la psychologie et de l'expérience ordinaire, il échappe à notre intérêt, mais nous pensons tout de même que ces règles sont assez vagues et qu'elles ne pourraient aucunement être assimilées à la précision presque mathématique des règles de la pensée. Cependant, il y a lieu de se demander s'il ne serait pas convenable que ce problème soit considéré par la loi adjective. En revanche, ce que nous ne pouvons pas admettre -malgré l'opinion d'un juriste aussi important que Pfander- c'est que les règles logiques dépassent les principes suprêmes du raisonnement. Il faudrait se demander, d'ailleurs, ce qui arriverait si, par exemple, dans un système fermé comme celui de la procédure, on faisait une induction incomplète, et partant, inadmissible, ou bien, ce qui se passerait si le juge a-quo élaborait un syllogisme violant la règle du moyen terme, et que cette transgression fût en rapport direct avec le dispositif du jugement. Serait-il possible, même en ce cas, de rester indifférent et de ne pas intervenir . D'ailleurs, cette intervention n'entraînerait pas du tout la transformation de la Cour de cassation en cour d'appel. Nous voulons donc exprimer notre désaccord, sur cet aspect, avec le juriste dont nous avons analysé la décision. Sans doute, n'a-t-il pas étudié en profondeur les problèmes que nous abordons ici, et il est fort possible que, s'il l'avait fait, il aurait partagé notre avis.

V - CONCLUSIONS GENERALES

Il nous paraît indispensable, avant de finir notre étude, d'examiner les conclusions générales qui résultent de l'analyse de la jurisprudence.

Ces conclusions ne sont que les assises sur lesquelles se fonde une théorie du raisonnement correct, des assises d'ailleurs insuffisantes, mais qui pourront être complétées par suite d'une étude plus approfondie et après une étape plus évoluée.

Nous pouvons résumer ces conclusions en deux principes :

a) Principe de vérifiabilité.

b) Principe de rationalité.

Nous analyseront brièvement chacun de ces principes.

A - Principe de vérifiabilité

L'exposé des motifs sur lesquels le juge fonde sa décision doit être élaboré de telle sorte que ceux-là puissent être vérifiés. Cela signifie que les motifs doivent être clairs et explicites, ce qui

interdit toute formulation faite en termes vagues, obscurs, ambigus ou implicites.

Il ne faut pas non plus que le jugement se trouve emprisonné dans des formules trop rigides. Ce que l'on exige c'est que le jugement "s'appuie sur un fondement correct au point de vue formel. Pourtant cette analyse ne peut dépasser le simple contrôle du jugement vis-à-vis des règles de la logique et des maximes d'expérience qui gouvernent la pensée. En effet, on n'a jamais prétendu que cet examen de la motivation dépasse le cadre strictement formel pour exercer un contrôle sur l'application du droit de fond. Le contrôle de logicité n'autorise pas la Cour de cassation à se substituer aux juridictions de jugement dans le but de corriger ou de modifier les conclusions qui découlent de l'analyse des faits ou de l'interprétation du droit matériel, car cette conduite excèderait évidemment les limites imposées par la loi ...".

La loi, qui n'établit pas même l'ordre dans lequel les questions doivent être abordées dans le jugement, accorde, une grande liberté au juge. En effet, dans un arrêt de la Cour Supérieure de Justice de Cordoba, il est affirmé : "Aucune disposition de la loi n'établit obligatoirement un ordre logique entre les différentes énonciations du jugement, aussi la méthode d'exposition selon laquelle la conclusion précède l'exposé des motifs, ne saurait être mise en question au point de vue juridique. En effet, le jugement n'est pas une formule ou une équation dont on obtient la solution après avoir effectué des calculs précis dans un ordre déterminé ; il est, bien au contraire, l'expression écrite d'une décision préalablement formée dans l'esprit du juge. Lorsque celui-ci se dispose à rédiger l'arrêt, il en connaît déjà la conclusion, si bien qu'il lui est parfaitement possible, sans pour autant heurter aucune règle logique ou méthodologique, de commencer l'exposé en anticipant le résultat, et en reportant à plus tard l'explication détaillée de ses motifs. Si tel procédé contribue à la clarté et à la précision des concepts, ce qui rendrait l'exposé plus facile, on ne voit pas pourquoi il serait mis en question, faute d'une disposition légale établissant obligatoirement une méthode de rédaction selon laquelle les jugements doivent être élaborés. La loi exige que le jugement contienne obligatoirement certaines énonciations concernant les faits de la cause, les motifs et le dispositif, mais elle n'établit pas les sedes materiae" de chacun de ces aspects, de sorte qu'elle accorde aux juges la liberté de choisir la structure la plus convenable à l'expression de leur pensée" (Arrêt n° 380, 27 août 1986, C.S.J.C.).

Cette liberté reconnaît cependant une limite, celle de l'obligation qu'a le juge d'être clair et précis dans l'énonciation de

sa pensée lorsqu'il exprime le fondement de sa décision. Il doit être suffisamment clair et explicite pour que, dans la lecture de son jugement, il soit possible de suivre le *déroulement* (ou les *étapes*) de son raisonnement, afin que celui-ci soit susceptible d'être *vérifié* et que le *contrôle de logicité*, qui a fini par être établi, puisse être exercé.

B - Principe de rationalité

Au point de vue formel (ou plutôt logico-formel, qui est celui qui nous intéresse ici), la décision doit être le résultat d'un *acte de raison* (ou plutôt de la *raison volitive*). Cela veut dire que la décision ne doit pas être arbitraire, même sur le plan formel. Elle doit se conformer aux règles qui gouvernent la pensée et à celles qui découlent de l'expérience ordinaire.

Ce principe, aussi bien que le précédent, a été réaffirmé dans l'arrêt rendu dans l'affaire Bracco, où l'avis qui a fini par s'imposer a été celui de M. Jorge A. Carranza. C'est surtout à ce juriste que l'on doit -sans pour autant méconnaître l'apport de M. Rogelio Ferrer Martinez- la consolidation du contrôle de logicité, même sous cette appellation, dans notre jurisprudence. (Voir commentaire de M. Jorge Mosser Iturraspe sur l'arrêt en question, publié dans *La Ley Cordoba*, t. I, p. 150 et suiv.).

Jorge Carranza, se manifestant en faveur de la *rationalité* des décisions judiciaires, affirme : *"Il est toujours préférable, à notre avis, d'exercer ce contrôle -limité aux règles logiques et aux maximes d'expérience dont l'observation doit être surveillée- que de s'exposer à entériner, par l'autorité de la chose jugée, des arrêts arbitraires qui, de ce fait, échapperaient à la cassation, sous prétexte que leur fondement est correct au point de vue formel"*.

Cela est tout à fait exact. les arrêts *arbitraires* auxquels M. Carranza fait allusion ne sont finalement que le résultat de la volonté, et non pas de la raison. Nous pouvons affirmer, puisque le droit se trouve parmi les sciences pratiques, que c'est la *raison volitive* qui doit inspirer la décision, et non pas le libre arbitre. Ajoutons à cela que ce contrôle est limité -comme soutient M. Carranza dans son prononcement- et que cette limitation interdit l'application de celui-ci -quels qu'en soient les motifs- au-delà des règles de la logique et des maximes de l'expérience.

Voilà pourquoi c'est une tâche extrêmement difficile, pour le Tribunal chargé d'exercer ce contrôle, que de déterminer les bornes où il doit s'arrêter. Pour ce faire, il convient de faire une distinction entre :

a) l'examen de la motivation ;

b) la réévaluation des preuves.

La première démarche est autorisée, mais non pas la deuxième. D'ailleurs, celle-là ne doit être accomplie que dans le but de vérifier la correction du jugement vis-à-vis -nous insistons encore là-dessus- des principes logiques.

Le prononcement de M. Carranza, dont l'importance est capitale, renferme aussi la confirmation irréfutable de ce que nous appelons *le principe de vérifiabilité*, et qui découle de diverses manifestations, comme par exemple, lorsqu'il soutient que *"... le juge se voit dans l'obligation (obligation inéluctable de la procédure) de* faire transparaître le jugement logique *qui l'a conduit à la décision prise"*. Ensuite, M. Carranza insiste sur la nécessité d'examiner le jugement logique, car, si cela n'était pas permis, *"cette règle* -l'exigence constitutionnelle portant sur la motivation des jugements- *deviendrait une simple formule que rien ne permettrait de faire respecter"*.

L'arrêt rendu dans *l'affaire Bracco* est, nous le voyons bien, de ceux qui méritent d'être étudiés en profondeur. C'est là, moins un arrêt qu'une leçon de procédure, susceptible de contribuer à l'accomplissement total de ce dialogue qu'est le procès. Voilà pourquoi nous estimons que, pour atteindre ce but, l'arbitre (le juge) ne peut se permettre des erreurs *in cogitando*.

LA PHENOMENOLOGIE ET LE DROIT : METHODE ET THEORIE EN PHILOSOPHIE DU DROIT (*)

Par

Henri R. PALLARD

Professeur adjoint à l'Université Laurentienne
(Sudbury, Canada)
Docteur en histoire des idées de l'Université de Nice
LL.B. (McGill University)
Avocat aux Sociétés du Barreau
de la Saskatchewan et du Haut-Canada

PRECIS

Ce travail compare trois applications fondamentalement différentes de la méthode phénoménologique au problème de la nature du droit. Nous étudions d'abord la conception de la phénoménologie de Paul Amselek et son rôle dans sa manière de présenter la normativité comme essence générique du phénomène juridique. Ensuite, nous examinons le rôle de la phénoménologie dans la critique épistémologique du droit telle que menée par Simone Goyard-Fabre.

(*) Cet article est extrait de ma thèse de doctorat préparé sous la direction de feu M. le professeur Mugnier-Pollet et soutenue à l'Université de Nice, le 28 février 1981. Je remercie le gouvernement français pour la bourse d'étude qu'il m'a octroyé dans le cadre des échanges culturels France-Canada et qui m'a permis de rédiger ma thèse.

Nous regardons alors de plus près la fonction qu'exerce la réduction transcendantale dans l'un et l'autre concepts du droit puisque ces deux auteurs abordent la phénoménologie dans une perspective husserlienne. Nous étudions enfin comment William A. Luijpen se sert de la phénoménologie pour avancer l'idée que la justice est la fin propre au droit. La critique de ces différentes façons d'utiliser la méthode phénoménologique nous conduit à conclure que ces différents usages ont une erreur commune à leur origine, c'est-à-dire, une mauvaise saisie des exigences propres à la réduction philosophique et à la description phénoménologique du droit. Nous finissons en esquissant notre propre description phénoménologique du droit.

\- * - * - * -

C'est peut-être un signe des forces et faiblesses, des possibilités et des difficultés associées à la phénoménologie en tant que méthode philosophique que les trois théories du droit que nous nous proposons d'examiner dans ce travail ne peuvent pas co-exister ; elles s'excluent mutuellement. Quoique les trois auteurs à l'étude, Paul Amselek (1), Simone Goyard-Fabre (2) et William A. Luijpen (3) se réclament tous de la phénoménologie, ils aboutissent non seulement à des conclusions divergentes mais ils procèdent aussi de façon différente. Là où Amselek rapproche la phénoménologie du positivisme juridique, Luijpen la met au service d'une doctrine du droit naturel tandis que la phénoménologie conduit Goyard-Fabre à un idéalisme transcendantal. Nous avons choisi d'étudier ces trois théories précisément parce qu'elles présentent des aspects très différents et contradictoires ; dès lors, notre étude devrait nous permettre de mieux saisir ce qu'il y a de propre à la démarche phénoménologique et à son apport à la théorie juridique. Donc, nous ne tenterons pas une critique des thèses doctrinales que ces théoriciens ont épousés, sauf si une telle critique nous permettra d'approfondir notre connaissance de la phénoménologie en tant que méthode philosophique et de mieux cerner la pertinence de la phénoménologie pour la philosophie du droit.

Bref, notre but immédiat est de rechercher les différences qui caractérisent ces applications de la méthode

(1) Méthode phénoménologique et théorie du droit, Libraire générale de droit et jurisprudence, Paris, 1964.
(2) Essai de critique phénoménologique du droit, Librairie Klincksieck, Paris, 1972.
(3) Phenomenology of Natural Law, trad. par Henry J. Koren, Duquesne University Press, Pittsburg, Pa., 1967.

phénoménologique au problème de la nature du droit et qui ont conduit nos auteurs à des conclusions divergentes. Nous verrons que, faute d'avoir saisi ce qui est propre et original à la démarche phénoménologique et que, faute d'avoir été fidèle à l'exigence husserlienne de retourner aux choses elles-mêmes, les trois théories échouent sur la description du phénomène juridique en tant que tel. Par conséquent, un nouvel effort pour élaborer un concept du droit sur des bases phénoménologiques apparaîtra comme pertinent et utile.

A - LA PHENOMENOLOGIE COMME POSITIVISME JURIDIQUE

Regardons à présent la *Méthode phénoménologique et théorie du droit* d'Amselek. Dans une première partie, nous verrons comment, pour notre auteur, la phénoménologie vient compléter les analyses entreprises par le positivisme juridique. Nous jetterons ensuite un regard critique sur le rapprochement opéré par Amselek entre ces deux théories en faisant ressortir les traits caractéristiques de l'objet en phénoménologie et de l'objet du positivisme juridique. Nous verrons que ce rapprochement est mal fondé car la phénoménologie n'est pas une philosophie objectiviste prenant l'objet en soi, alors que le positivisme juridique, lui, approche la chose à travers une structure conceptuelle objective qu'il ne met jamais en question. Troisièmement, nous examinerons la démarche que suit Amselek pour dévoiler la structure du droit. Nous conclurons que l'absence d'une réduction philosophique et d'une véritable description phénoménologique conduit Amselek à nous présenter une théorie de la normativité juridique axée sur le vieil idéal de l'objectivité et non un concept du droit qui est susceptible d'embrasser la complexité de la réalité juridique.

1 - La phénoménologie comme accomplissement du positivisme juridique

Amselek fonde sa théorie phénoménologique du droit sur la normativité. Or, l'apport principal du positivisme juridique à la théorie du droit est précisément sa tentative d'expliquer le droit à partir de l'idée de la norme et son refus de le faire reposer sur un quelconque contenu a priori. Puisque les deux méthodes nous livrent les mêmes données primordiales, la norme, Amselek croit possible d'opérer un rapprochement entre ces méthodes. Il conçoit la phénoménologie comme s'inscrivant dans la tradition du

positivisme juridique mais il lui confie une tâche supplémentaire : celle de venir compléter l'ancienne méthode qui ne possède pas une technique assez raffinée pour lui permettre de se débarrasser définitivement de toutes considérations d'ordre métaphysique ou idéologique. Des influences doctrinales continuent à jouer dans certaines analyses qu'effectue le positivisme juridique et elles en ont déformé certains aspects. La phénoménologie a pour fonction d'atteindre cet objectif que s'est fixé le positivisme tout en le dégageant de ses tares idéologiques ou métaphysiques. Le positivisme juridique, dans ses diverses manifestations, n'avait pas reconnu que la norme formait l'essence générique du droit ; il s'en servait seulement comme un principe explicatif et sa nécessité pour l'analyse philosophique du phénomène juridique n'était pas fondée et demeurait donc peu évidente. Or, la phénoménologie est précisément une méthode qui cherche les essences. En reconnaissant la normativité comme essence et non plus comme simple principe explicatif, elle insuffle au positivisme une rigueur qui auparavant lui manquait. Toute analyse du phénomène juridique dans ses diverses manifestations devra dorénavant recourir à la normativité comme son élément constitutif fondamental.

Amselek se sert de la description phénoménologique pour aiguiser le concept de normativité et en rendre plus explicite la signification. La norme est un instrument syntactique -une proposition objectivée en langage (4)- qui a pour fin de mesurer, d'évaluer, de juger (5). Ce n'est pas la norme elle-même, c'est-à-dire la proposition syntactique, qui a un caractère normatif ; c'est seulement la signification que recèle cette forme syntactique prise comme instrument de jugement (6). La norme ne décrit pas un état de choses (7) ; en tant que devoir-être (8), elle décrit ou propose un modèle (9). Sa structure est celle d'un devoir-être qui a pour objet l'être (10). La valeur qui sera attribuée à l'objet est l'expression du rapport entre ce même objet et la norme, et elle est déterminée par la conformité de l'être au devoir-être (11).

(4) Amselek, op. cit., p. 64.
(5) Ibid., p. 67.
(6) Ibid., p. 75.
(7) Ibid., p. 77.
(8) Ibid., p. 70.
(9) Ibid., p. 73.
(10) Ibid., p. 69.
(11) Ibid., p. 81.

> En dernière analyse donc, ce qu'on appelle couramment "une norme" (par exemple, dans l'expression "norme juridique" ou "norme modèle"), c'est *la fonction de modèle assigné à la signification d'une proposition syntactique* (12).

Le mérite de son analyse est de démontrer ce qu'entendait le positivisme juridique lorsqu'il fondait le droit sur la normativité. Après avoir clairement fait ressortir tout ce qu'il y avait de sous-entendu dans l'idée de la norme et qui demeurait souvent inexprimé, voire insoupçonné, Amselek reprend certaines des analyses du positivisme juridique qui se montrent défaillantes. Si le droit a pour essence générique la normativité, il s'en suit que toute explication des divers aspects du droit doit se fonder sur cette idée constituante du phénomène juridique :

> ... les problèmes juridiques doivent être abordés comme des problèmes normatifs... (13).

Dans la mesure où le positivisme juridique ne se serait pas limité dans ses analyses de divers problèmes juridiques à les aborder par la normativité, ces analyses devront être reprises. Cette exigence phénoménologique de recourir à la norme comme instrument d'analyse n'a pas pour fonction de ramener la phénoménologie à un positivisme dans la perspective d'Amselek, mais plutôt de compléter le travail du positivisme et de le libérer de ses dernières prises de positions dogmatiques.

Si la philosophie du droit veut se constituer en science du droit, elle doit s'ériger en science de propositions normatives selon Amselek car la connaissance du droit se fait par l'intermédiaire des normes juridiques. Or, le sociologisme et le logicisme prétendent appréhender la nature d'un système juridique par autre chose que des normes. D'après le sociologisme (14), nous dit Amselek, le droit, au lieu de se faire connaître à travers l'apparition de la norme en tant que telle, serait immanente à la réalité sociale. On connaîtrait les règles en étudiant les rapports sociaux qu'entretiennent les hommes car les normes ne sont que l'expression des rapports pré-existants. Ainsi, il n'y aurait pas de lacunes dans le droit car, là où il n'y a aucune norme posée explicitement, une lecture de la réalité sociale révèlera quelle norme on devra appliquer. On ne connaîtrait pas le droit par une étude des normes mais par une étude des faits sociaux. Ceci témoigne, toujours selon Amselek, d'une confusion sur l'objet que s'assigne le sociologisme juridique. L'étude des

(12) Ibid., p. 76.
(13) Ibid., p. 86.
(14) Ibid., p. 150-164.

faits sociaux donnera des lois sociologiques posées par le sujet tandis que la science du droit aura pour objet des règles déjà posées en tant que normes juridiques. Cette forme particulière du positivisme juridique est coupable de ne pas aborder son objet par son caractère essentiel : la norme. La phénoménologie qui dévoile l'importance de la norme pour une compréhension fondamentale du droit est en mesure de régler cette insuffisance et peut donc faire reposer sur de nouvelles bases, plus solides et plus certaines, les explications du sociologisme. Par exemple, la règle coutumière (15) n'est plus, en tant que fait social, source de droit tel que le voulait le sociologisme. La coutume a seulement valeur juridique parce qu'il y a une institution juridique qui la pose comme norme juridique. Le fondement de la portée juridique de la coutume se trouve donc replacé sur la normativité. La phénoménologie dévoile les exigences essentielles auxquelles toute explication de n'importe quel aspect du phénomène juridique doit répondre.

Il en est de même pour le logicisme (16). Le logicisme conçoit l'ensemble des normes juridiques comme un système axiomatique et confond les conséquences juridiques d'une norme avec les conséquences logiques d'un axiome. Par exemple, le logicisme croit que tout ce qui n'est pas interdit par le droit est permis. Ainsi, d'après cette théorie, il est impossible que surviennent des lacunes dans un système juridique (17). Selon Amselek, cet argument est spécieux car il se sert du principe logique *a contrario* pour déduire des conséquences logiques d'une norme juridique : à moins que ce principe ne fasse partie du système juridique, on ne peut pas s'en servir pour tirer des conclusions pour d'autres normes.

Cette critique du logicisme et du positivisme démontre que tout effort qui chercherait à déterminer la structure d'un système juridique doit se fonder sur la normativité. Ces deux formes du positivisme juridique n'ont pas saisi la norme dans son mode même d'apparaître mais n'ont fait que percevoir un construit d'une théorie sous-jacente qui demeure elle-même non explicitée.

> Cette tendance à dématérialiser la norme, à la confondre avec un problème de logique, la méthode phénoménologique nous permet de la combattre : se défiant des théories et des systèmes quels qu'ils soient, elle entend ne pas s'aventurer dans leurs séduisants chemins, mais demeurer terre-à-terre,

(15) Ibid., p. 164-172.
(16) Ibid., p. 181-192.
(17) Ibid., p. 192-195.

faisant l'effort de retourner à chaque instant aux choses elles-mêmes (18).

La phénoménologie vient débarrasser le positivisme juridique de ces tendances fallacieuses qui le conduisent à expliquer le phénomène juridique sans se référer au concept de la normativité ou à la réalité de la norme juridique. En dévoilant la normativité comme essence générique du phénomène juridique, la phénoménologie la pose comme exigence fondamentale de toute analyse, de tout ce qui est qualifié de juridique. C'est dans ce sens, dit Amselek, que la phénoménologie s'insère dans la tradition du positivisme juridique et vient compléter la révolution analytique qu'il avait commencée.

2 - Les différences fondamentales entre la phénoménologie et le positivisme juridique

Dans l'optique d'Amselek, la phénoménologie peut venir compléter le positivisme juridique là où celui-ci est défaillant parce que, à un niveau métathéorique, ces deux méthodes de procédure ont les mêmes traits caractéristiques. L'objet de toute philosophie du droit est, selon Amselek, une "définition analytique correcte du juridique" (19). Le positivisme s'était engagé dans la bonne voie lorsqu'il avait entrepris "une étude objective, empirique, du phénomène juridique, par imitation des sciences expérimentales de la nature" (20). Cependant, il n'avait pas su se débarrasser de toutes considérations idéologiques et le nouveau positivisme phénoménologique doit restituer "sa perspective proprement analytique à la définition du droit" (21). Ce qui ressort d'une lecture de la "Conclusion du Chapitre II - Pour un positivisme phénoménologique" (22), c'est l'idée que les intentions d'une étude du droit, telles que dressées par le positivisme, sont bien fondées et doivent être poursuivies par la phénoménologie. Cette notion se trouve renforcée par la tâche qu'Amselek assigne à la phénoménologie, celle de "chasser complètement de la théorie juridique le moralisme et ses manifestations souvent sournoises" (23). Il n'y a rien dans ces propos qui nous indique qu'à un niveau théorique la phénoménologie et le positivisme aient une vision différente de la manière dont on doit décrire un objet et son monde. Ainsi l'objet

(18) Ibid., p. 216.
(19) Ibid., p. 356.
(20) Loc. cit.
(21) Ibid., p. 357.
(22) Ibid., p. 356-357.
(23) Ibid., p. 357.

de l'analyse phénoménologique ne sera pas substantiellement différent de l'objet de l'analyse positiviste. D'après ce qu'en dit Amselek, nous pouvons conclure que, pour lui, l'une et l'autre démarches ont les mêmes caractères théoriques : analytique, objectif et empirique. Examinons la signification de ces termes pour la phénoménologie et pour le positivisme. Il ressortira que ces termes ont des sens très différents et que c'est seulement en niant cette diversité de sens qu'on peut prétendre entrevoir une similarité ou une complémentarité entre les deux démarches.

Quoique le positivisme et la phénoménologie se donnent tous deux le même objet, ils diffèrent dans la façon de saisir cet objet. Bien que chacun soit mû par un souci d'objectivité, reste que le positivisme souscrit à l'objectivité dans son sens classique où tout apport personnel du sujet est résolument écarté, tandis que pour la phénoménologie l'objet peut seulement être constitué dans son sens comme objet dans un rapport avec un sujet. Le désir de se défaire de ces appréciations subjectives qui structurent la façon dont l'objet apparaît au sujet emporte l'objectivisme à se défaire de la subjectivité elle-même dans son concept d'objet. L'objectivité dans son sens classique exige que l'on prenne l'objet comme un en soi, qu'on le saisisse indépendamment de toute autre considération. Ainsi, le positivisme juridique cherchera non seulement à construire son concept du droit indépendamment de toute considération morale, mais aussi indépendamment de tous les rapports que l'homme entretient avec lui. Il s'en suit que si on considère le droit comme un système de règles, la loi est une norme en soi (24) ; elle a valeur de mesure indépendamment des rapports qui la lient à l'homme. Notons ici qu'"objectivité" a un sens restreint qui s'oppose aux impressions et aux appréciations subjectives.

La phénoménologie possède une conception plus large de l'objectivité. La chose n'est pas conçue comme une entité en soi mais pour soi, c'est-à-dire que la manière dont elle apparaît au sujet est d'une importance fondamentale dans la détermination de ce qu'elle est. Son sens n'a pas une existence indépendante, *en soi*, mais est un sens *pour* un sujet ; il est constitué par le rapport de la chose avec le sujet et ne peut donc jamais être saisi indépendamment du sujet. Bref, la détermination de l'objet nous renvoie à ses rapports avec le sujet. C'est ainsi que, pour la phénoménologie, la signification de l'objectivité est très différente de celle que l'on trouve dans la démarche positiviste. Cependant, la phénoménologie ne veut pas elle non plus faire entrer des impressions subjectives (le bon, le mauvais, le beau, etc...) dans son appréciation du monde ; elle aussi tient à s'en écarter, mais

(24) Nous avons eu l'occasion de traiter de ce sujet dans "La Règle et le droit", R.R.J. 1988-1

en s'en libérant elle ne veut pas défaire les rapports qu'entretiennent la chose et le sujet à l'intérieur du monde et qui sont non seulement l'expression du sens de la chose mais aussi la possibilité même pour ce monde d'avoir un sens. Il y aurait, pour ainsi dire, une subjectivité qui rend possible la subjectivité personnelle et qui en est le fondement, et c'est cette première subjectivité que la phénoménologie cherche à intégrer à son analyse de l'objet et du monde. Elle ne serait donc pas une donnée variable et contingente comme les dispositions personnelles, mais plutôt une réalité nécessaire et toujours présente, et cela au même titre que l'objet en soi.

Cette première différence entre l'objet en soi du positivisme et l'objet pour soi de la phénoménologie nous conduit à une deuxième considération. Le positivisme juridique a une démarche analytique tandis que la phénoménologie a une approche synthétique en ce sens qu'il cherche à décomposer le complexe juridique en ses éléments constitutifs les plus simples et ensuite à comprendre le phénomène juridique par le jeu de l'interaction de ces éléments. Ainsi, dans une analyse qui aboutit à la norme comme élément juridique, les diverses sortes de normes et la façon dont elles s'ordonnent dans une structure pourront créer une certaine vision de l'activité juridique. Cette démarche analytique du positivisme est étroitement liée à son concept de l'objectivité. L'objectivité qui vise la chose "pure" n'est possible que par une démarche analytique qui est le garant de la pureté des données simples. Le processus de décomposition fait apparaître les éléments constituants du complexe et permet de les saisir dans leur pureté en soi, indépendamment de tout apport subjectif, car par l'analyse on peut écarter ces autres apports de la subjectivité. La phénoménologie, nous l'avons vu, a une conception très différente de l'objet de recherche qui n'est plus conçu comme la totalité de ses parties mais comme une entité propre que l'énumération et la juxtaposition des éléments la composant ne parviennent pas à saisir. L'entité constitue une nouvelle chose qui transcende ses éléments constituants ; ces éléments ne sont pas l'un à côté de l'autre, mais le tout englobe les parties et nous ne pouvons pas comprendre les rapports entre ceux-ci sans recourir au tout qui les rend originairement intelligibles. C'est pourquoi nous avons dit que l'approche phénoménologique est synthétique et non pas analytique. Au lieu d'essayer de décomposer le complexe, elle essaie de le saisir dans sa complexité même car celle-ci -et non ses éléments- est conçue comme constituant la nature même de l'entité. Ainsi, toute la démarche phénoménologique, au moins dans un premier temps, visera à saisir ce sens propre au complexe.

Selon Amselek, la phénoménologie, comme le positivisme juridique, doit aussi être empirique. Or, nous allons voir que ces deux méthodes donnent un sens très différent à ce mot. Elles se fondent sur l'expérience du phénomène. Cependant, ce qui sera retenu comme étant objectivement valable dans l'expérience différera. Le positivisme comprend l'expérience dans un sens étroit et il exclut toutes données subjectives ; une vraie connaissance du phénomène juridique est fondée sur des données prises en elles-mêmes, indépendamment des considérations personnelles des divers sujets. Le positivisme croit pouvoir atteindre ce but en se limitant à l'étude du droit dans ses manifestations concrètes comme, par exemple, l'étude de textes juridiques ; l'empirisme juridique ne s'intéresse donc pas aux rapports qu'entretiennent les individus avec le droit ; ces autres éléments sont rejetés puisqu'ils sont conçus comme relevant d'un ordre subjectif, moral ou métaphysique.

Nous savons que d'après la phénoménologie, le sens de l'objet est constitué dans son rapport avec le sujet. Comme le positivisme, la phénoménologie ne croit pas qu'il y a une structure a priori à laquelle le droit doive se conformer avant qu'il puisse se réaliser en tant que droit. Cependant, pour la phénoménologie, la signification du droit sera constituée dans l'expérience du sujet. L'empirisme se fonde sur l'expérience thétique qui est radicalement différente du sens non-thétique de l'expérience juridique que doit rechercher la phénoménologie. L'expérience pré-réflexive rend possible l'expérience réflexive mais dans l'empirisme les données de l'expérience non-thétique sont réduites à la catégorie du subjectif. La force du positivisme réside dans son appel à ne considérer que les faits dans nos explications des phénomènes car les faits seraient les seuls objets possibles de la connaissance valable et, en tant que tels, eux seuls seraient susceptibles de nous conduire à une connaissance valable. Réduit à cet aspect, le positivisme constitue une exhortation à laquelle aucun philosophe n'oserait s'opposer et il évoque étrangement l'incitation husserlienne du retour à la chose elle-même. Cependant, des divergences naissent précisément à propos de ce qui est pris comme fait : le positivisme réduit le fait à sa manifestation empirique et nie la possibilité ou l'intelligibilité de forces ou substances au-delà de celle-ci ; la phénoménologie, elle, voit dans l'apparition du fait ou de la chose, la chose elle-même. Dans ce rejet d'un recours à une métaphysique qui se tiendrait derrière la chose et qui soutiendrait sa réalité, les deux approches sont néanmoins l'expression d'une pensée philosophique commune. Mais l'interprétation phénoménologique de la chose est moins restrictive que l'interprétation positiviste du fait ; celle-ci prend pour acquis que le seul fait digne de considération est la donnée

sensible immédiate tandis que celle-là refuse de prime abord de restreindre le domaine de la chose : est chose tout ce qui est objet de conscience. Les positivistes, croyons-nous, ont un préjugé qui les empêche de voir qu'il y a autre chose que des données particulières et, surtout, autre chose que des données sensibles. La phénoménologie voit dans l'interprétation positiviste du fait la présupposition d'une théorie épistémologique qui ne peut se justifier car le positivisme utilise des données de la conscience qu'il a déjà mises en cause.

Ce rapprochement entre le positivisme juridique et la phénoménologie témoigne d'une méconnaissance de cette méthode originale et propre à la phénoménologie. La phénoménologie n'est pas une philosophie "positive" au sens traditionnel du mot mais la philosophie positive par excellence parce qu'elle est la plus radicale.

> Si par "*positivisme*" on entend l'effort, absolument libre de préjugé, pour fonder toutes les sciences sur ce qui est "positif", c'est-à-dire susceptible d'être saisi de façon originaire, c'est *nous* qui sommes les véritables positivistes (25).

Amselek méconnaît cette distinction fondamentale dans le sens du mot "positif" lorsque celui-ci est utilisé soit par la phénoménologie, soit par le positivisme juridique. La phénoménologie, en tant que philosophie première, prétend fonder non seulement ses propres supposés mais aussi les présupposés des autres méthodes. Le positivisme phénoménologique sera donc radicalement différent des autres démarches positivistes qui présupposent justement la structure de signification qui rend leurs énoncés intelligibles. Ce qui distingue la phénoménologie du positivisme à un niveau métathéorique, c'est une façon totalement nouvelle de concevoir d'une part l'objet et le monde et, d'autre part, les rapports que le sujet entretient avec eux. La phénoménologie est infiniment plus radicale dans son questionnement que ne le laisse entendre le rapprochement qu'opère Amselek entre elle et le positivisme.

(25) Edmund Husserl, Idées directrices pour une phénoménologie, Tome I, Introduction générale à la phénoménologie, Trad. par Paul Ricoeur, Editions Gallimard, Paris, 1950, p. 69.

3 - Une description phénoménologie du droit : la normativité comme essence générique du phénomène juridique

Venons-en maintenant à l'effort que fait Amselek pour fonder la science du droit sur la normativité. Selon notre auteur, le droit est constitué de normes et la science du droit est "une science des normes juridiques" (26). La philosophie du droit, en tant que science, a un objet qui lui est propre et elle est habilitée à traiter scientifiquement seulement de cet objet, les normes juridiques, et ceci parce que le droit est un phénomène qui a pour essence générique la normativité ; par conséquent, tout effort qui prétendrait connaître le droit sans une appréhension des normes juridiques serait fausse. L'oeuvre d'Amselek représente un véritable travail de logique. Après avoir défini le droit par la norme, il procède à une application rigoureuse de sa définition aux problèmes propres à la philosophie du droit. Ainsi la faute, définie en fonction de la norme, apparaît comme "un manquement à une règle ou à une norme qui aurait dû être respectée" (27). La faute n'est plus immanente au comportement humain mais devient la résultante de la non-conformité de l'action à la norme. Nous devons nous rappeler que cette solution -ainsi que toutes les autres, telles que celles qui visent le sociologisme et le logicisme, comme nous l'avons précédemment vu- résulte de l'application rigoureusement logique de la normativité comme essence générique du droit au problème de la nature de la faute juridique. En dernier ressort, les solutions que propose Amselek aux problèmes de la philosophie du droit sont acceptables dans la mesure où nous acceptons sa définition du droit comme une norme, comme une série de propositions syntactiques constituant des modèles pour la conduite humaine. Ses conclusions sont le résultat de l'application constante et logique de sa définition.

La nouvelle science du droit est une science normative et a pour objet la norme juridique. Mais comment peut-on justifier ce choix de décrire le droit comme un système normatif et de concevoir les problèmes de la philosophie du droit comme des problèmes normatifs ? Justifier le point de départ de la description du phénomène juridique, il est facile de s'en rendre compte, est un problème d'importance fondamentale. Le point de départ doit se trouver dans la réalité juridique elle-même, autrement il n'aura qu'une valeur abstraite et conceptuelle mais nullement réelle. Il jouerait alors le même rôle dans la compréhension du droit que celui que jouent les mathématiques

(26) Ibid., p. 143.
(27) Ibid., p. 118.

dans notre compréhension et notre conceptualisation des phénomènes physiques, chimiques, etc.

Or Husserl, lorsqu'il élaborait la méthode phénoménologique, cherchait à distinguer son mode de connaissance du mode scientifique. Pour l'auteur des *Idées directrices*, la phénoménologie se donne comme but "une description pure" (28), une description eidétique des phénomènes. Cette approche eidétique est fondamentalement différente de l'approche eidétique des disciplines mathématiques. Celles-ci ont des propriétés spécifiques les distinguant radicalement de cette nouvelle théorie eidétique du vécu. Or, la phénoménologie est une science des essences matérielles tandis que les mathématiques appartiennent au domaine des sciences eidétiques formelles (29). Cependant, la phénoménologie en tant que science eidétique matérielle ne ressemblent pas à ces autres sciences eidétiques matérielles telles que la géométrie qui procèdent de façon déductive.

> A l'aide des axiomes, c'est-à-dire des lois eidétiques primitives, elle (la géométrie) est en mesure de dériver par voie purement déductive toutes les formes "existant" dans l'espace (30).

La multiplicité des propriétés des objets de la géométrie est absolument définie par une logique déductive procédant des axiomes arbitrairement fixés au début. Le domaine d'étude d'une telle science est absolument et complètement déterminé a priori. Alors que la phénoménologie, en tant que discipline eidétique concrète, utilise des concepts descriptifs, la géométrie a plutôt recours à des concepts idéaux qui lui permettent de déterminer ses objets d'une façon univoque et exacte (31). En somme, la phénoménologie cherche à présenter les choses comme elles se donnent :

> ... elle veut être une théorie *descriptive* de l'essence des vécus transcendantalement purs... (32).

La phénoménologie prend son objet dans un "flux" qui se déploie dans le temps et l'espace ; ses concepts ne peuvent donc être fixes et doivent se prêter à une telle traduction. De ceci il importe de retenir que la phénoménologie procède par une *description* des

(28) Husserl, op. cit., p. 227.
(29) Ibid., p. 229.
(30) Ibid., p. 231.
(31) Husserl, ibid., p. 235.
(32) Ibid., p. 238.

essences et non par une déduction axiomatique. Son objet lui est donné dans un flux spatiotemporel et son concept eidétique doit traduire cette ambiguïté du vécu ignorée par les sciences déductives dans leurs procédés axiomatiques. Ainsi pour la nouvelle science du droit, le point de départ, la norme, se justifie par la *description phénoménologie du vécu juridique.*

Or, c'est précisément ce point, celui de la description phénoménologique, qui fait défaut à la théorie normative du droit d'Amselek. Sa description phénoménologique du droit porte sur cette intuition originaire de la normativité qui, selon lui, doit nécessairement accompagner toute appréhension du juridique. Or nulle part ne pouvons-nous trouver quelque chose qui correspondrait à une description phénoménologique du droit où la normativité apparaîtrait comme l'essence générique du droit. La norme comme partie essentielle du droit se trouve au contraire posée comme axiome plutôt que décrite dans son apparition même et la nouvelle science du droit est en vérité bien davantage une science axiomatique du droit qu'une science descriptive du droit.

Selon Amselek, une enquête sur la nature du droit doit porter sur la normativité car "le droit, c'est un ensemble de normes, les 'normes juridiques'" (33). En donnant à la proposition juridique la structure générale de la proposition normative, notre auteur fait débuter son étude non par une description du droit mais bien plutôt par une analyse de la norme. Cette analyse lui révèle alors les caractères génériques du droit.

> ... une norme est une représentation psychique d'un certain déroulement du cours des choses à laquelle on fait jouer le rôle d'étalon, d'instrument de mesure (34).

Amselek décrit longuement la fonction instrumentale de la proposition normative, sa nature psychique et sa perspective événementielle, et montre sa présence dans le droit -conçu en tant que système de règles- afin de prouver que la normativité compose l'essence générique du droit. Ensuite il analyse l'essence spécifique de la règle juridique, c'est-à-dire ce qui est propre au droit. Suit alors un double examen : celui du caractère obligatoire du droit et celui de son objet, la conduite humaine, qu'il cherche à diriger. Nous voyons ainsi que pour Amselek l'étude de la normativité et le constat de sa présence dans le droit doivent se faire avant toute description du droit proprement dit.

Nous croyons pouvoir dire de la théorie d'Amselek ce que cet auteur affirme au sujet des efforts des autres

(33) Amselek, ibid., p. 63.
(34) Amselek, "La phénoménologie et le droit", Archives de philosophie du droit, n° XVII (1972), p. 205.

phénoménologues lorsqu'ils essayaient d'élaborer une nouvelle théorie du droit.

> Il ne s'agit nullement d'une tentative pour élucider sincèrement le problème du droit en tant que tel, en tant que phénomène original, pour fonder une méthodologie de la science juridique, pour tâcher de retrouver, dans une expérience originale, la structure authentique des choses dont parle formellement la science du droit, leur "mode de présence" irremplaçable. (Gegebenheitsweisen) (35).

En effet, nous sommes devant une description eidétique de la norme et de la normativité et non pas devant une description phénoménologique du droit. La description du droit en tant que phénomène normatif présuppose que le droit est par essence normatif. En abordant le droit à travers une structure d'interprétation normative nous sommes devant une présupposition qui laisse fortement présager de la conclusion. C'est justement cette tendance à présumer des résultats que cherchent à déjouer la réduction philosophique et la description phénoménologique car elles ont pour finalité de nous renvoyer à l'objet lui-même tel qu'il nous apparaît avant toute théorisation. Or, Amselek détourne la description de son but. Au lieu de viser le phénomène juridique en tant que tel, elle a maintenant pour objet le droit en tant que phénomène normatif et les diverses manifestations du phénomène juridique se trouvent par conséquent réduites à des explications normatives. En réalité, la norme prend la valeur d'un axiome dont découle ensuite la théorie du droit alors qu'elle devrait plutôt avoir la valeur d'essence qui pourrait servir de fondement absolu à cette théorie. La théorie normative du droit ne rattache pas la normativité à une description de l'expérience concrète, quotidienne, du juridique. Elle ne peut donc pas nous livrer une connaissance d'un objet juridique en tant que tel mais seulement la connaissance d'un objet dont les caractères sont présupposés par la thèse fondamentale. Comme la géométrie est une connaissance axiomatique de l'espace et non sa description, il en est de même pour cette théorie : elle est une connaissance axiomatique du droit et non sa description. Cette compréhension erronée du rôle de la description phénoménologique nous place devant une réduction du phénomène à une seule de ses manifestations. Amselek nous parle davantage de la normativité que du droit. Or cette normativité ne peut englober le droit dans sa totalité et sa complexité. Cette confusion au sujet de la manière de conduire et

(35) Amselek, Méthode phénoménologique et théorie du droit, L.G.D.J., 1964, p. 36.

de réaliser la description phénoménologique ne fait que témoigner de la méconnaissance que manifeste Amselek de la méthode phénoménologique.

4 - Kelsen et la démarche phénoménologique

Vu la confusion qui existe chez notre auteur dans la manière de conduire la description phénoménologique d'une part et, d'autre part, devant les caractères propres à la phénoménologie en tant que méthode philosophique, nous ne devons pas nous étonner lorsqu'il nous annonce :

> ... en s'appliquant à élucider les problèmes juridiques eux-mêmes, dans leur essence, dans leur réalité spécifique, suivant une méthode qui nous paraît proche de la méthode phénoménologique, Kelsen s'affirme à nos yeux plus justiciable de l'étiquette phénoménologique que ceux qui l'ont revendiquée jusqu'ici et qui n'ont fait que transposer quelques thèmes doctrinaux (en tâchant de les "accommoder" à la matière juridique) plutôt que la méthode de recherche elle-même (36).

Il importe de noter qu'Amselek rapproche positivisme kelsénien et phénoménologie à un niveau méthodologique, c'est-à-dire que pour notre auteur la démarche de Kelsen s'apparente à la phénoménologie. Quelles raisons avance-t-il pour justifier ce rapprochement ?

En premier lieu, il établit un lien entre l'opération de "purification" à laquelle se ramènent la phénoménologie et la théorie "pure" que veut établir Kelsen (37). La phénoménologie, par une série de réductions, a pour vocation de saisir les choses dans leur "pureté" phénoménale (38). Elle cherche à décrire la chose telle qu'elle apparaît à la conscience avant toute construction conceptuelle, indépendamment de tout effort de systématisation ; est recherchée cette première expérience de la chose qui rend possible la formation du concept. La théorie pure, elle, cherche à dévoiler la structure "pure" du droit, c'est-à-dire à relever ces caractères qui apparaissent dans n'importe quel système juridique indépendamment de son contenu. Ne feront partie du phénomène juridique dans la théorie pure que les éléments qui sont nécessaires à tout système de droit. Sera rejeté tout élément factice et contingent, tel que la matière du droit. La

(36) Ibid., p. 46.
(37) Loc. cit.
(38) Ibid., p. 15.

théorie pure s'en tient à ces caractères qui relèvent de la forme du droit et non pas à des idéologies politiques qui naissent de la considération de sa matière, ceci afin de se donner uniquement le droit comme objet (39).

L'opération de "purification" phénoménologique appliquée au problème du droit pourrait, semble-t-il, se formuler dans les propos de la théorie pure. Mais cette ressemblance est illusoire et repose sur une mauvaise compréhension de la notion de pureté en phénoménologie. Dans la mesure où "pureté" phénoménale et théorie "pure" se veulent à l'abri de théories qui imposent une structure a priori (empiriste ou idéaliste pour la phénoménologie, idéologique ou morale pour la théorie pure), elles se ressemblent. Ce voeu, tout théoricien du droit pourrait, sans crainte, le formuler. Mais lorsque vient le temps d'appliquer ce souhait, nous avons vu que des différences profondes dans la signification de ces termes jaillissent immédiatement. La pureté phénoménale ne privilégie d'aucune façon la forme du droit aux dépens de sa matière, de son contenu. La saisie de sa forme en elle-même est une saisie conceptuelle et ne correspond nullement à la première expérience naïve du droit ; celle-là est tardive et dépend de celle-ci pour prendre sa signification. D'autre part, les différences dans les significations de ces termes apparaissent aussitôt que les deux procédures sont appliquées. Le souci de pureté phénoménale conduira le phénoménologue à décrire diverses situations où nous avons une intuition du phénomène juridique. La théorie pure vise plutôt une pureté doctrinale où les considérations politiques idéologiques et morales ne jouent aucunement dans la détermination de ce qui constitue le droit. Cette recherche de la pureté doctrinale pousse à ne considérer que l'aspect formel du droit ; pour elle, ce qui caractérise le droit dans sa forme, c'est la normativité. Si l'on peut prétendre à une convergence de sens entre les deux courants ce n'est que dans la mesure où on demeure à un niveau vague et superficiel ; mais du moment où nous recherchons la rigueur et la précision dans l'emploi des termes, cette ressemblance disparaît.

En outre, le rapprochement qu'Amselek effectue entre la méthode et le point de départ de la phénoménologie et de la théorie kelsénienne n'est plausible que dans la mesure où on ne se demande pas s'il existe quelque chose par-delà les ressemblances premières. La théorie kelsénienne procède de façon dogmatique et axiomatique. Pour elle, philosophie du droit signifie science des normes car le droit est composé de normes. Au lieu de faire ressortir la norme de la réalité juridique, la réalité juridique est conçue à partir de la norme. La normativité a alors une fonction

(39) Hans Kelsen, Théorie pure du droit, 2e éd., trad. par Charles Eisenmann, Dallos, Paris, 1962, p. 1-2.

axiomatique et les difficultés sont résolues par un procédé apriorique et déductif. Amselek se rend coupable de la même erreur. La normativité comme essence générique de la réalité juridique ne résulte pas du phénomène lui-même mais lui est imposé d'en haut ; ce caractère normatif du droit primerait toute expérience possible du droit. La proposition initiale de Kelsen et d'Amselek a le caractère d'une définition ostensible ou stipulative plutôt que celui d'une description phénoménologique.

Pour Amselek, Kelsen est un phénoménologue parce qu'il fonde le droit sur la norme. Amselek le qualifie ainsi non pas parce que Kelsen a suivi une démarche sans présupposition mais parce que Kelsen souscrit à la même thèse doctrinale que lui et parce qu'il essaie de trouver des solutions aux problèmes de la jurisprudence par l'application rigoureusement logique de sa thèse fondamentale. Or Kelsen n'est pas un phénoménologue, ni par sa méthode, ni par le point de départ qu'il adopte. Ce serait ignorer l'originalité et la nouveauté de la phénoménologie que de prétendre autrement ; quiconque suivrait Kelsen dans sa démarche ne pourrait non plus s'attribuer l'étiquette de phénoménologue mais serait plus vraisemblablement un tenant du positivisme logique ou un néo-kantien.

B - UNE THEORIE PHENOMENOLOGIQUE DU DROIT : SIMONE GOYARD-FABRE

Nous venons de voir que c'est sur la description qu'achoppe la théorie phénoménologique du droit d'Amselek. Il se peut fort bien que la normativité constitue l'essence générique du droit ; cependant, n'ayant pas bien saisi en quoi consistait la méthode phénoménologique, Amselek n'a pas su fonder radicalement et de façon absolue la nature du phénomène juridique. Nous aimerions à présent examiner une autre tentative de fonder le concept du droit sur des assises phénoménologiques. L'*Essai de critique phénoménologique du droit* par Simone Goyard-Fabre est plus fidèle aux thèses husserliennes mais cette oeuvre souffre également de carences au plan de sa description phénoménologique du droit. C'est pour cela que nous nous croyons justifié d'avoir à son encontre quelques réserves (40).

Comme Amselek, Goyard-Fabre fonde sa démarche sur l'idée phénoménologique qu'il n'y a pas d'autre réalité derrière l'apparition de la chose ; la manière dont nous apparaît la chose,

(40) Pour une interprétation de l'oeuvre de Goyard-Fabre qui met l'accent non sur l'influence husserlienne mais plutôt sur les apports kantiens, voir l'article de Jean-Marc Gabaude, "Une philosophie eidétique du droit", Revue de métaphysique et de morale, vol. 83, (1978), p. 258-270.

dans ce cas le droit, constitue l'apparition réelle du phénomène juridique et non celle d'un archétype juridique. Ainsi, la première tâche d'une phénoménologie du droit c'est de décrire l'ordre juridique (41).

1 - Une description phénoménologique du droit : l'ambiguïté comme nature du droit

Selon Goyard-Fabre, la description phénoménologique du droit doit surmonter les antinomies des vieilles méthodes philosophiques, l'empirisme et l'idéalisme. Cette description révèle que la nature du droit est foncièrement ambiguë. Ce n'est pas qu'il ait deux sens différents mais que deux qualités profondément différentes forment sa nature ; son sens n'est pas équivoque mais sa nature l'est : elle recoupe les catégories à la fois du matériel ou du réel et du formel ou de l'idéal. Cette ambiguïté du droit se manifeste sur trois plans : sa matière, sa forme et sa dynamique. D'abord le droit puise sa matière dans des ordres fondamentalement différents -le domaine des faits et le domaine des valeurs- et la manière dont se réalise cette alliance est ambiguë. Ensuite le droit est formé de règles et de structures nettement différenciées mais non indépendantes et la logique qui les articule est une "logique de l'ambiguïté" (42). En dernier lieu les concepts et les catégories juridiques sont définis par des codes mais se révèlent flous dans leur application dans le temps et l'idée qui régit leur application est ambiguë. Regardons de plus près cette triple ambiguïté de la nature du droit que laisse apparaître la description phénoménologique menée par Goyard-Fabre.

Dans la matière du droit, l'alliance entre le fait et le droit se révèle tellement forte que Goyard-Fabre rejette les théories dont les descriptions de l'ordre juridique se basent sur des notions d'actes juridiques purs ou d'actes matériels *stricto sensu*, car le droit n'existe pas sans référence quelconque à un fait matériel. D'autre part, tous les comportements humains dans la détermination de leur signification se réfèrent au droit. Pour que le droit devienne sinon intelligible, du moins concret, il doit se référer aux expériences tandis que le comportement est constitué, dans sa signification, par le droit. Ainsi, ou bien le droit idéalise le fait, l'arrache au monde empirique, ou bien le fait rend objectif le droit et l'enlève à l'idéalité. Cette alliance entre le fait et le droit en est une de qualification : le droit qualifie les faits, les évalue. C'est à un véritable processus dialectique entre les faits

(41) Goyard-Fabre, Essai de critique phénoménologique du droit, Libraire Klincksieck, Paris, 1972, p. 40 et 47.
(42) Ibid., p. 105.

et les valeurs que se livre la qualification juridique. Cependant, cette dialectique de facticité et d'idéalité demeure ambiguë dans sa réalisation (43).

Dans un deuxième temps, la description phénoménologique se tourne vers la forme que prend l'alliance du fait et de la valeur. Cette forme apparaît premièrement dans les diverses structures des règles juridiques : règles injonctives, permissives et habilitatrices. Deuxièmement, on la retrouve dans la structure hiérarchique du système juridique : règles constitutionnelles, législatives et administratives, et les actes juridictionnels. Mais la forme du droit, comme sa matière, est elle aussi ambiguë car la façon dont ces règles, très différentes en leur nature ou leur structure, s'articulent et forment une hiérarchie cohérente et logique, demeure incertaine. Cette hiérarchie n'est formelle que parce qu'elle est d'abord organique ou fonctionnelle. C'est ce qui amène Goyard-Fabre au concept d'institution défini comme "un noeud, un ensemble de règles qui se complètent mutuellement en fonction d'un but à atteindre" (44). S'inspirant de la *Critique de la raison pure*, Goyard-Fabre appelle schèmes du monde juridique les institutions. Le schème a une fonction de médiation qui rend possible l'application des catégories de l'entendement aux phénomènes perçus. L'institution est donc l'intermédiaire entre le phénomène et les catégories au moyen duquel l'entendement unifie le divers phénoménal du juridique et peut l'interpréter. Elle est par conséquent un principe de construction et d'interprétation "des faits juridiques et des effets de droit qui, indéfiniment, élargissent la sphère des situations juridiques" (45). Mais si c'est l'institution qui unifie et constitue les règles dans une structure fonctionnelle et vivante, reste qu'on ignore comment elle procède pour y parvenir. C'est toujours la même logique de l'ambiguïté qui se révèle, soit du point de vue de la matière du droit, soit du point de vue de sa forme (46). Les diverses structures de règles se différencient nettement, mais elles ne sont pas indépendantes. L'étude de la dynamique du droit fera apparaître à Goyard-Fabre la même logique de l'ambiguïté.

Cette ambiguïté se révèle être d'une nature très complexe. Goyard-Fabre a recourt à plusieurs expressions afin de mieux faire ressortir cette dualité immanente au droit et qui porte sur la nature des liens entre "le matériel et le formel, l'ontologique et le logique, le réel et la valeur" (47). L'auteur met aussi en opposition les termes d'immanence et de transcendance, d'idéalité et de

(43) Ibid., p. 53-77, passim.
(44) Ibid., p. 103.
(45) Ibid., p. 104.
(46) Ibid., p. 79-105, passim.
(47) Ibid., p. 131.

facticité, de sens et de non-sens, d'empirique et de formel (48). Cependant, la signification des termes "matière" et "forme" n'est pas précisée et prête à confusion chez le lecteur. Quoique Goyard-Fabre se rende compte de l'insuffisance des catégories aristotéliciennes de matière et forme pour décrire le phénomène juridique, quoiqu'elle réalise que l'utilisation de la terminologie de la philosophie classique porte à équivoque (49), elle ne présente néanmoins jamais de façon concise et claire ni la matière ni la forme du droit. Ce qu'est précisément la matière du droit et ce qu'est précisément la forme du droit demeurent incertains pour son lecteur. A certains moments l'aspect normatif du droit apparaît avec les comportements humains comme une composante de sa matière ; à d'autres, l'aspect normatif seul apparaît comme étant la forme du droit et se voit ainsi opposé aux comportements humains qui composent à eux seuls la matière du droit. Son usage du concept de forme semble recouvrir deux éléments qui sont assez différents : l'aspect normatif du droit et ses structures formelles. Le droit, phénomène normatif, évalue les faits ; il y a là une distinction entre l'être et le devoir être où l'être est la matière du droit et où le devoir être est sa forme. Dans sa description de la forme du droit selon les structures des règles et leur structure hiérarchique, Goyard-Fabre utilise la forme de la philosophie classique : la figure ou l'aspect de la chose, ce qui fait qu'une chose est ce qu'elle est. La matière du droit, ce dont le droit se compose, résideraient alors dans les faits et dans les valeurs.

La description de l'évolution du droit dans son application à des situations concrètes démontre à nouveau son caractère ambigu. Les concepts juridiques se métamorphosent avec le temps : il y a souvent changement de sens et d'extension dans la portée du concept. Goyard-Fabre donne l'exemple de la notion de propriété qui en vient à recouvrir aussi les biens incorporels. Cette transformation ne se fait pas aveuglement mais se réalise en fonction d'une certaine valeur, et elle a lieu au cours de la rencontre quotidienne des faits et des valeurs. La relativité des valeurs rend d'autant plus ambiguë l'alliance entre les faits et les valeurs qu'est le droit. Une connaissance uniforme et objective des systèmes juridiques à travers le temps est problématique car les valeurs qui régissent son application sont relatives et contingentes, non pas absolues et nécessaires (50).

Goyard-Fabre se propose de décrire comment le phénomène juridique nous apparaît. En réalité, elle décrit la manière dont la distinction entre matière et forme se manifeste

(48) Ibid., p. 77.
(49) Ibid., p. 130.
(50) Ibid., p. 107-132, passim.

dans le droit. Or, la description phénoménologique a pour but de nous redonner les choses dans leur présentation naïve, c'est-à-dire dans la manière dont elles se présentent à nous avant tout effort de conceptualisation et d'abstraction. Elle cherche à faire apparaître la chose telle qu'elle se présente à nous dans la perception originaire. Dans ce premier regard, le sens de la chose ne nous est pas transmis au moyen du concept. Aborder l'apparition du phénomène juridique par la distinction matière/forme, c'est l'aborder non dans sa pureté phénoménale tel que l'exige la méthode phénoménologique, mais par le concept. Cette "description", qui est plutôt une analyse, ne nous dévoile pas la chose elle-même mais nous présente un objet, le droit, que nous saisissons par le biais de la distinction matière/forme, ou réalité/valeur. Certes, Goyard-Fabre croit que cette distinction se dévoile à nous dans la description phénoménologique mais son apparition, tardive, dépend déjà d'une subjectivité antérieure et d'une expérience préalable du phénomène juridique. Goyard-Fabre s'est trompée dans la description phénoménologique de son objet ; elle a choisi le mauvais objet. Au lieu de décrire les situations où nous avons une intuition originaire du phénomène juridique, elle prend le phénomène juridique comme objet déjà donné et procède à son analyse, à la recherche de ses caractères déjà présents correspondant à la distinction matière/forme, et tout ceci au lieu de chercher à décrire ce phénomène juridique.

2 - L'acte juridique : le problème de deux descriptions phénoménologiques différentes du même phénomène

Ce qui surprend après une lecture de la description phénoménologique de Goyard-Fabre et de celle d'Amselek, ce sont les profondes différences qui existent entre elles ; elle ne semblent avoir aucun point substantiel en commun. Nous n'avons qu'à examiner leurs analyses respectives de l'acte juridique, l'acte matériel et le fait juridique.

Selon Amselek, l'acte juridique en tant phénomène juridique doit se définir à l'intérieur d'une structure normative : ainsi l'acte juridique de la théorie classique est l'acte qui est réglementé par une norme juridique. Il est un acte juridique normateur qui a pour fonction de poser comme modèle des actes par lesquels on peut créer des normes (51). La description de la matière du droit menée par Goyard-Fabre lui révèle l'alliance ambiguë du fait et de la valeur. Elle rejette donc l'existence des actes juridiques qui seraient pur droit, une construction du droit,

(51) Amselek, Méthode phénoménologique et théorie du droit, L.G.D.J., 1964, p. 103.

qui créeraient et appliqueraient le droit (52). L'idée d'un acte qui serait essentiellement juridique lui paraît insoutenable car l'acte juridique doit toujours avoir un contenu matériel vu la nature bifide du droit. Elle rejette aussi l'idée qu'il pourrait exister un acte matériel qui serait l'opposé de l'acte juridique parce qu'il ne peut pas y avoir de situations a-juridiques, le droit pouvant se saisir de n'importe quelle situation (53). Quant à Amselek, l'acte matériel est la preuve définitive du caractère artificiel de cette triple classification car il n'est qu'une "catégorie tout à fait floue, mal définie" (54) dont on ne sait pas au juste à quoi elle correspond puisqu'elle ne se fonde pas sur la normativité.

Quant au fait juridique qui engendre des effets de droits, il "symbolise l'enchevêtrement du fait et du droit" (55) qui forme la matière même du droit selon Goyard-Fabre. Le fait juridique s'empare de certains éléments composant un événement pour faire naître ainsi des conséquences juridiques. Mais il est aussi à l'origine d'un problème pour la théorie du droit selon Goyard-Fabre : comment engendre-t-il ses effets juridiques (56) ? Amselek lui répondrait de la façon suivante. Dans la théorie classique, le fait juridique regroupait ces actes qui engendraient des droits ou des obligations, qui produisaient des effets de droit. On ne s'apercevait pas que l'effet juridique dont il était question n'existait que parce qu'il avait été constitué par la norme qui prévoyait que l'avènement d'un certain type d'acte pouvait entraîner l'avènement d'un autre acte. Une obligation ou un droit, c'est-à-dire un deuxième acte, pouvaient naître de la survenance d'un premier acte uniquement parce qu'une norme juridique avait au préalable posé ce rapport entre les deux actes. C'est faute d'avoir abordé le droit par le biais de son essence générique, la normativité, que cette confusion a pu naître dans la théorie classique (57).

En somme, nos deux phénoménologues s'accordent pour dire que l'acte matériel n'existe pas, mais pour des raisons différentes. Ils ne sont pas d'accord sur l'existence de l'acte juridique, acceptée par l'un, rejetée par l'autre. Quant au fait juridique, ils sont tous deux disposés à l'accepter mais ils diffèrent sur ce qui constitue sa nature. Ces deux descriptions phénoménologiques de la trilogie sont assez différentes quant au fond, ce qui ne peut que nous étonner car la description phénoménologique se veut un retour à la chose elle-même. Une description conclut à l'existence de la chose, l'autre à son

(52) Goyard-Fabre, op. cit., p. 60.
(53) Ibid., p. 57-58.
(54) Amselek, op. cit., n. 52, p. 108.
(55) Goyard-Fabre, op. cit., p. 62.
(56) Ibid., p. 52-53.
(57) Amselek, op. cit., n. 52, p. 110-111.

inexistence ; ailleurs, elles s'accordent sur son existence mais varient sur sa nature.

Nous croyons que ce désaccord résulte d'une confusion sur la nature de la description phénoménologique elle-même et sur la manière de la réaliser. Certes, la phénoménologie en tant que méthodologie philosophique a pris diverses formes et les grands phénoménologues n'ont pas tous épousé la démarche husserlienne dans son intégralité. La phénoménologie s'est manifestée sous des formes souvent très différentes et a servi à des entreprises extrêmement variées. Mais, selon Spiegelberg, cette diversité des procédures phénoménologiques visant des objets différents ne doit pas nous faire désespérer dans notre quête de la spécificité de la phénoménologie. En effet, ce qui caractérise cette dernière, c'est sa démarche, sa méthode, sa manière de se saisir de son objet (58). Peu importe le nombre de réductions que l'on peut distinguer dans la démarche husserlienne : Lauer en distingue six (59), d'autres en voient quatre et d'autres encore, seulement deux. Certains distinguent la réduction phénoménologique de la réduction transcendantale, tandis que certains les assimilent ou inversent les termes. Dans sa description de la méthode phénoménologique, Spiegelberg n'utilise même pas le mot "réduction".

> ... les étapes positives de la méthode phénoménologique (sont)...
> 1. l'étude des phénomènes particuliers ;
> 2. l'étude des essences générales ;
> 3. l'appréhension des rapports essentiels entre les essences ;
> 4. l'observation des modes d'apparaître ;
> 5. l'observation de la constitution des phénomènes dans la conscience ;
> 6. la suspension de la croyance dans l'existence des phénomènes ;
> 7. l'interprétation de la signification des phénomènes (60).

Et il continue :

> Les trois premières étapes ont été acceptées, au moins de façon implicite, et mises en oeuvre par tous ceux qui ont pris parti pour le Mouvement phénoménologique ; les étapes successives par un nombre plus restreint seulement. Il n'y a

(58) Herbert Speigelberg, The Phenomenological Movement, vol. II, Martinus Nijhoff, The Hague, 1960, p. 655.
(59) Quentin Lauer, Phenomenology : Its Genesis and Its Prospects, Harper and Row, New York, 1967, p. 32-43.
(60) Spiegelberg, op. cit., n. 59, p. 658-659.

> en fait aucune raison pourquoi la première étape ne devrait pas être adoptée en elle-même, indépendamment des étapes successives (61).

En effet, nous croyons que c'est sur ce point de départ, que nous avons appelé description phénoménologique, que les phénoménologues se rencontrent. La phénoménologie en tant que science des phénomènes veut donner un compte rendu de tous les faits qui sont pertinents à son objet de recherche. Elle ne peut pas relever tous les faits de façon exhaustive ; ceci est impossible, le nombre des faits étant infini. En outre, cela impliquerait une perception absolue de l'objet, laquelle, à ce niveau, n'est pas réalisable étant donné le caractère spatio-temporel de toute perception. La phénoménologie cherche à construire sa théorie à partir d'une description originelle de son objet, c'est-à-dire une description non pas nouvelle mais plutôt fondamentale. Ce noyau est commun à toute démarche phénoménologique car c'est à partir de lui que la phénoménologie en tant que science radicale et fondamentale s'érige.

Goyard-Fabre et Amselek n'ont pas respecté ce premier objectif de la phénoménologie. La description de la nature du droit par Goyard-Fabre se fonde sur la dichotomie matière/forme tandis qu'Amselek érige sa théorie à partir d'une hiérarchisation des essences en genre et en espèce. Au lieu de prendre la chose comme elle se donne originairement, on l'aborde à travers une grille. Ainsi Goyard-Fabre analyse-t-elle la trilogie au moyen de la grille fait/valeur tandis qu'Amselek utilise celle de la "normativité comme essence générique". Rappelons-le, la phénoménologie est d'abord et avant tout une protestation contre toute tentative de réduction du phénomène à autre chose que son apparition même. Amselek et Goyard-Fabre n'ont pas pu fonder leur description sur le phénomène juridique car il demeurait caché derrière leurs constructions théoriques.

(61) Ibid., p. 659.

C - LA REDUCTION TRANSCENDANTALE ET LE PHENOMENE JURIDIQUE

Nous avons vu qu'il n'existe pas grand accord entre les philosophes ni en ce qui a trait à la méthode phénoménologique ni sur les noms à donner à ses différentes phases. Cependant, pour ceux qui se réclament de la tradition husserlienne, la réduction transcendantale est l'ultime et nécessaire pas à franchir dans l'analyse de l'objet car cette dernière réduction présente l'objet d'une façon nécessaire, absolue et apodictique. Or, Goyard-Fabre et Amselek ont tous deux recours à la réduction transcendantale afin de fonder radicalement le phénomène juridique, Goyard-Fabre en retrouvant l'activité constituante des lois a priori de la subjectivité dans la signification du phénomène juridique, Amselek en faisant ressortir les caractères de l'attitude du sujet nécessaires à la connaissance du droit. Examinons à présent la fonction de cette ultime réduction dans la phénoménologie husserlienne (1) avant d'étudier l'usage qu'en font nos deux phénoménologues du droit.

1 - Husserl : la réduction transcendantale et le dévoilement de l'ego transcendantal, l'ultime source constitutive de toute expérience

Par la réduction phénoménologique, Husserl a mis entre parenthèses la question de l'existence du monde et du moi et ce qui subsiste -c'est-à-dire la structure noétique-noématique de la conscience- devient la seule réalité irréductible. Une démarche subséquente, la réduction transcendantale, fait apparaître l'ego transcendantal comme l'ultime source constitutive de cette structure de l'expérience. Présence formelle et non matérielle dans la conscience, cet ego réunit en lui les traits caractéristiques de la conscience et en forme l'unité. Puisque toute conscience est intentionnelle ou *conscience de*, une connaissance de cette subjectivité transcendantale nous livre aussi une connaissance de l'objectivité. Le sujet transcendantal sera alors source a priori de toute objectivité ; il sera source non seulement de l'objectivité formelle de la raison, comme c'est le cas pour Kant, mais aussi de l'objectivité de l'expérience, puisque ultimement ne peut être objet de l'expérience que ce qui est constitué dans l'ego transcendantal. L'objet de cet acte nécessaire de la conscience est

(1) Pour cet exposé sur la fonction de la réduction transcendantale et sur la nature de l'ego transcendantal, nous nous sommes largement inspiré de notes prises lors du cours "Phenomenological and Empirical Psychology" donné par le Professeur Jacques Croteau en 1975-1976 à l'Université d'Ottawa, Canada.

la "réalité". L'objectivité de la connaissance n'est pas garantie par la seule démonstration de la correspondance de la connaissance avec la réalité. L'objectivité de la réalité est garantie en démontrant que la réalité est l'objet nécessaire d'un acte de connaissance. Bref la justesse de la connaissance n'est pas fonction de sa correspondance avec la réalité objectivité, mais plutôt l'inverse : la réalité est objective parce que la connaissance de la réalité est vraie. Cette ultime vérification de la connaissance est possible parce que, grâce à divers procédés phénoménologiques tels que l'époché, les réductions et la variation eidétique, l'objet de la connaissance est devenu complètement immanent à la conscience en même temps que l'objet contingent de l'expérience est transformé en objet absolument nécessaire à titre de pôle noématique de la subjectivité elle-même. Cette intériorisation absolue de l'objet dans la structure noétique noématique de la conscience pure lui confère une validité qui est à la fois universelle et objective. Et la source de toute cette objectivité a priori est le sujet transcendantal.

Puisqu'il est distinct des actes empiriques posés par la conscience, l'objet qui est constitué en elle est aussi indépendant de la contingence de l'expérience qu'elle et peut dès lors trouver un fondement absolu et nécessaire. Vu la structure intentionnelle de la conscience, sujet et objet ne peuvent pas être détachés l'un de l'autre. L'être de l'ego consiste à être sujet. Si l'être du sujet en tant que sujet est identique à l'être de l'objet en tant qu'objet, un garant absolu de l'un sera un garant absolu de l'autre. L'être garanti absolument est l'être absolu parce que son être est absolument nécessaire. L'être absolu devient pour Husserl l'être dont le sujet est absolument certain. Or, il n'y a que la subjectivité pure, dite transcendantale, qui puisse nous permettre de parvenir à cet être et c'est le recours à cette subjectivité qui seul peut garantir toute connaissance. On ne peut pas douter de l'être absolu et le doute est mis de côté en éliminant de la connaissance tous les éléments qui sont contingents à l'objet de connaissance, c'est-à-dire tous les éléments qui sont étrangers à la conscience pure. L'être absolu doit donc être non seulement l'être dans la conscience mais aussi l'être constitué dans la conscience de façon qu'il ne dépende d'aucun élément étranger à la conscience.

L'ego transcendantal n'est pas seulement l'a priori formel de la conscience mais il est aussi constitutif du monde de façon apriorique et nécessaire. La validité objective des résultats est assurée par des lois qui guident l'ego transcendantal dans ses opérations constitutives. L'être apparaît ainsi comme étant absolument nécessaire. La saisie a priori de l'objet se fait selon les lois et les nécessités de la subjectivité transcendantale, lesquelles

sont aussi constituées au sein de cette même subjectivité. L'objet est donné absolument dans la mesure où il est constitué selon les lois qui régissent la façon dont la conscience se donne un contenu. L'objet noématique est apriorique et absolument nécessaire parce que son contenu et sa forme sont sujets à des lois nécessaires qui contrôlent les opérations de la subjectivité transcendantale. L'être de cette subjectivité est d'entretenir des rapports avec des objets. Connaître une telle subjectivité, c'est connaître le monde avec lequel elle maintient des rapports, c'est connaître, en somme, la totalité de l'être. Une saisie complète de cette subjectivité en tant que constitutive de son objectivité est une saisie du monde. L'objectivité est constituée dans la subjectivité et celle-ci est la source a priori de l'objectivité parce que l'expérience est apriorique et que son caractère a priori réside en sa subjectivité. La subjectivité est le garant de l'objectivité parce que seule la nécessité peut garantir la vérité d'une part, et parce que, d'autre part, dans le domaine de la connaissance, il n'y a que l'a priori qui soit nécessaire. L'ego transcendantal rend absolu le monde de l'expérience quotidienne en le constituant dans une conscience dont la nécessité est assurée. Il garantit donc l'objectivité du monde et nous en livre une connaissance absolue qui sert de corrélatif objectif à une opération subjective a priori. En ce sens, l'ego transcendantal est le fondement de toute chose puisque, et cela en tant que flux pur des actes de la conscience, il compose la structure a priori des actes de la subjectivité pure. Centre de toute constitution intentionnelle, nous retrouvons en lui les véritables assises de l'objectivité : il est la source universelle, nécessaire et a priori de l'objectivité. Ainsi quand Husserl qualifie cette subjectivité de transcendantale, ce qu'il veut dire c'est que d'abord elle est pure, absolue, nécessaire, a priori, dégagée de toute contingence soit du côté psychique, soit du côté physique et, ensuite, que son objet est constitué de façon absolue, nécessaire et a priori. Voilà comment Husserl a fait de la subjectivité transcendantale la source ultime de toute connaissance.

Il s'agit maintenant de comprendre comment cette subjectivité transcendantale est constitutive du sens et de la signification du droit et comment elle peut nous livrer une connaissance absolue et nécessaire du phénomène juridique. Selon Goyard-Fabre, les lois a priori du droit sont aussi celles de la conscience : le besoin d'ordre et le respect d'autrui lui apparaissent comme des formes a priori et nécessaires de la conscience et comme constitutifs du sens et de la signification du phénomène juridique. Puisqu'ils s'identifient à des structures formelles de la conscience transcendantale, ils seront les garants du caractère objectif de la normativité juridique. En remontant le

cours des expériences juridiques, Goyard-Fabre retrouve l'activité constitutive des lois a priori de la subjectivité transcendantale dans la détermination de la signification du phénomène juridique. Chez Amselek, la réduction transcendantale a pour objet le juriste en tant que sujet de connaissance du droit ; elle a pour fonction de mettre en relief la manière dont ce sujet aborde le droit ainsi que l'attitude qu'il adopte face à lui. Amselek repère ainsi deux attitudes : une qui est celle du scientifique s'efforçant de connaître l'objet-droit, et qui tend ainsi à se constituer en Science du Droit ; une autre, qualifiée d'attitude technologique, cherchant à créer et à utiliser les normes juridiques et, par conséquent, à se constituer en Technique du Droit. Examinons de plus près ces deux visions, assez différentes, du rôle de la réduction transcendantale dans la connaissance du phénomène juridique.

2 - Goyard-Fabre : la réduction transcendantale comme fondement a priori du droit

Une étude du caractère régulateur et régulier de l'ordre juridique conduit Goyard-Fabre à une intuition "primitive" de son fondement. Cette connaissance qui est immédiate et première, mais non encore thématisée ou explicitée, débouche sur un résidu extra-juridique qui ne pourra pas être saisi par l'effort de formalisation de l'expérience juridique ; quelque chose échappera toujours à cet effort architectonique, ce que Goyard-Fabre appelle "une 'expérience' nonformalisable, c'est-à-dire logiquement irréductible" (2). Le droit, dans sa structure même d'institution, est composé de règles formalisées ; cependant ce qui rend possible cette volonté de formalisation, sur quoi elle repose, reste en soi non formalisable et uniquement formulé. C'est cette volonté qui compose le donné primordial, le fait originaire, qui rend possible le formalisme du droit et qui, du même coup, rend vain tout effort de formalisation radicale et complète de l'expérience juridique car la volonté de formalisation ne peut se saisir elle-même dans l'effort de formalisation. Le formalisme juridique est ce qui surgit de l'effort formalisant. Le droit comme institution exige un an-institutionnel, le juridique un a-juridique. On a une "intuition", de ce fait, qui est la "condition de possibilité de toute structure logique et cohérente du droit" (3). Le caractère logique, formel, architectonique, du droit n'est pas ultimement dû à notre expérience de sujet opérant dans le monde, à notre

(2) Goyard-Fabre, Essai de critique phénoménologique du droit, Librairie Klincksieck, Paris, 1972, p. 236. Le mot "expérience" étant mis entre guillements par Goyard-Fabre, on doit entendre qu'il ne s'agit pas ici de l'expérience habituelle du sensible et du concret mais de l'expérience pure de la pensée.
(3) Ibid.

activité et à notre expérience concrète du monde, mais à une source extra-expérientielle. Ce rejet du formalisme radical est suscité par la première reconnaissance de Goyard-Fabre que la réalité du droit est ambivalente ; le formalisme est le choix du monisme et résulte d'une méconnaissance du caractère profondément mixte du droit. Le retour à l'esprit constituant comme source et fondement du droit n'est pas, selon Goyard-Fabre, un rejet de ce caractère bifide du droit mais le seul moyen de le préserver.

L'intuition de ce fondement an-institutionnel ne conduit pas à une réalité ontologico-existentielle mais oriente plutôt vers une région de la pensée pure, vers une conscience qui "ne se grise pas d'idées, ne s'abîme pas dans la facticité" (4). L'intuition nous met sur la route de l'expression du droit dans sa nécessité et son objectivité. Le monde du droit sans ce sujet transcendantal est contingent et irrationnel, et non pas nécessaire et rationnel. C'est pourquoi on doit abandonner et le domaine de l'empirisme qui sans l'ego -constituant de tout sens et signification- est un non-sens, et le domaine de l'idéalisme qui pense le monde dans sa forme sans sa contingence et sa facticité mais qui ne parvenait pas à saisir l'objectivité et la nécessité de l'expérience juridique.

Le droit dans sa régularité trahit sa structure de "type organisé de conscience" (5). Il faut que disparaisse la distinction entre le monde du droit et la pensée juridique car celui-là doit être récupéré dans sa nécessité transcendantale afin de retrouver son ultime fondement. Cette disparition des distinctions habituelles est facilitée par les diverses réductions, et surtout la réduction transcendantale, que Goyard-Fabre opère sur la réalité juridique. Le passage du monde empirique, un non-sens, à l'ego constituant, source transcendantale de tout sens et signification, opère et justifie aussi le passage du monde du droit à la pensée du droit. Le monde de l'expérience du droit devient synonyme du monde de la pensée juridique et la pensée juridique revêt tous les caractères de la conscience. La conscience juridique est, elle aussi, intentionnalité, pensée *de* quelque chose et lien par lequel elle se rattache au monde. On retrouve en elle l'essence de la conscience se transcendant vers le monde qui lui donne son contenu, mais pour que ce contenu soit donné objectivement il doit être constitué dans son caractère de nécessité au sein de la conscience. Grâce à son pouvoir intentionnel, la conscience juridique est donatrice de sens. C'est une nécessité pour elle d'organiser l'expérience sociale car sans ce pouvoir constitutif la structure

(4) Ibid., p. 262.
(5) Ibid., p. 264.

naturelle de la vie est un non-sens. La conscience constitue le sens de l'expérience juridique selon une nécessité interne : le besoin d'ordre de la pensée humaine.

> ... le droit est l'oeuvre par laquelle s'exprime l'intention d'ordre de l'esprit. C'est donc que le fait de l'organisation juridique envisagée jusqu'en son principe est subordonnée à une orientation pure a priori de la pensée (6).

A l'état naturel des choses la conscience insuffle un sens à la conduite humaine. Ce besoin d'ordre est une exigence primordiale et essentielle dans le monde ; il n'est pas le produit de l'activité humaine mais le sens et la signification du comportement humain. L'ordre n'est pas déjà mais il est institué dans les choses par la conscience. Ce besoin d'ordre est un a priori de la conscience et fonde la téléologie immanente au juridique. Le droit dans sa composition et dans son développement dépend ultimement de ce principe a priori. La régularité du droit dépend de ce besoin d'ordre de la conscience. Il est une structure de rationalité, une loi de l'esprit qui est constitutive de la signification de la réalité juridique et réciproquement dans le droit on entrevoit le besoin qu'a l'esprit de poser un ordre. La raison d'être de l'ordre juridique se trouve dans l'orientation pure a priori de la pensée. Ainsi l'ordre juridique a pour fondement "la fonction transcendantale de l'esprit qui, seule, le rend possible" (7) et "la conscience transcendantale en est la source originaire" (8).

En constituant le sens du monde le droit définit aussi "les règles qui sont constitutives du sens de l'inter-subjectivité" (9). L'exigence d'ordre est du domaine purement subjectif tandis que le droit régit les conduites sociales, le milieu inter-subjectif. Le problème se pose alors de savoir comment "la législation subjective egologique peut devenir la législation inter-subjective positive..." (10). Pour opérer le mouvement du subjectif à l'inter-subjectif, Goyard-Fabre propose un autre principe, l'exigence du respect dû à l'homme. Dans le milieu inter-subjectif le besoin d'ordre comme structure a priori de la conscience se transforme en respect d'autrui et il est lui aussi une structure a priori de la conscience ; elle réalise l'ordre dans le milieu inter-subjectif ;

(6) Ibid., p. 290.
(7) Ibid., p. 289.
(8) Ibid., p. 291.
(9) Ibid., p. 275.
(10) Ibid., p. 292.

> Cette exigence du respect de l'humain est l'ombre portée de l'exigence d'ordre que requiert toute la pensée et que manifeste en particulier la pensée juridique (11).

Elle est une structure de rationalité constituant le sens et la signification de la vie sociale. Le respect d'autrui engendre l'ordre dans les rapports que les hommes entretiennent. Comme structure formelle de la conscience, ce principe rend possible les multiples lois que formule le législateur. Les a priori, le besoin d'ordre au niveau subjectif et le respect de la dignité de l'homme au niveau inter-subjectif, sont des formes structurelles originaires de la conscience transcendantale et "la raison constituante du juridique" (12). Si le besoin d'ordre est la forme a priori du droit, le respect d'autrui est son contenu a priori. Tout droit qui ne viserait pas à instaurer l'ordre et ne respecterait pas l'homme ne serait pas un droit mais un antidroit puisqu'il n'est pas l'expression des formes pures a priori de la conscience. Ainsi la conscience transcendantale est-elle l'ultime fondement du droit car la régularité du droit dans la réglementation des conduites sociales est seulement l'expression du besoin d'ordre et du respect d'autrui, structure a priori de la subjectivité pure.

Donc, le rôle joué par l'ego transcendantal dans le domaine de la connaissance en général dans la phénoménologie husserlienne est transposé au domaine du droit par Goyard-Fabre. Le sujet transcendantal est la source a priori et nécessaire de l'expérience juridique et celle-ci se donne à nous dans le besoin d'ordre comme forme a priori de la subjectivité juridique et dans le respect d'autrui comme forme a priori de l'inter-subjectivité juridique. Quoique nous pouvons exprimer de sérieuses réserves quant à ce recours à l'ego transcendantal pour expliquer la nature et le sens du droit, nous devons toutefois reconnaître que Goyard-Fabre est fidèle à la conception husserlienne de l'ego transcendantal et toute critique éventuelle devra se situer à ce niveau.

3 - Amselek : la réduction transcendantale et la connaissance du phénomène juridique

Par contre, l'usage qu'Amselek fait de la réduction phénoménologique ne nous paraît guère satisfaisant. Il ne s'y réfère pas dans le but de rechercher le fondement a priori du droit dans une subjectivité transcendantale mais il l'utilise plutôt comme un simple outil épistémologique pouvant lui permettre de déterminer la nature de l'attitude du sujet vis-à-vis du

(11) Ibid.
(12) Ibid., p. 289.

phénomène juridique. Quoiqu'il reconnaisse la différence entre la fonction de la réduction transcendantale dans la phénoménologie husserlienne et l'usage que lui en fait, il nous semble qu'en la transformant ainsi il lui fait perdre son caractère radical qui est d'être une méthode constitutive de tout sens et de toute signification. En somme, la réduction est aliénée de tout caractère permettant de la qualifier au sens propre de phénoménologique.

Dans son exposition de la méthode phénoménologique, Amselek affirme que la réduction transcendantale doit "mettre le monde lui-même, visé par le sujet, 'entre parenthèses'" afin de dévoiler le sujet transcendantal à lui-même (13) ; l'ego transcendantal est le "sujet en tant qu'il se saisit comme extra-mondain, transcendant au monde qu'il vise" (14). Cette description de la réduction transcendantale est pour le moins ambiguë et équivoque. Dans la réduction transcendantale, non seulement le monde mais également le sujet empirique et psychologique qui le vise sont mis entre parenthèses. De la description d'Amselek il ne ressort pas clairement que l'ego est lui aussi soumis à l'époché afin d'éliminer les derniers éléments de facticité et de mondanéité, c'est-à-dire de contingence, présents dans cet ego puisqu'il est toujours conçu dans un rapport avec le monde. L'ego qui nous est révélé dans l'attitude transcendantale n'est plus l'ego psychologique qui demeure à l'intérieur du domaine de l'attitude naturelle. Il existe une différence sensible entre, d'une part, l'ego supramondain qui constitue et le monde et le sujet, d'autre part, l'ego psychologique posé comme thème par la psychologie eidétique, et enfin, l'ego empirique, sujet mondain auquel s'intéresse la psychologie empirique. Dans la subjectivité transcendantale, la subjectivité individuelle, constituante de l'objet, et l'objectivité du monde sont saisies dans leur constitution même. Seule une subjectivité qui n'est ni psychologique ni empirique peut rendre possible une prise de conscience de la corrélation entre subjectivité constituante et objectivité constituée. C'est pourquoi le sujet psychologique et son corrélat intentionnel, le monde, doivent tous deux être mis entre parenthèses. Cela permet de faire apparaître le sujet transcendantal en tant que terme absolu de la conscience psychologique constituante de l'objectivité et du monde qui est toujours donné par cette activité de constitution. La conscience psychologique ne peut pas être la source ultime du sens du monde parce qu'elle est elle-même mondaine. Ce monde et la subjectivité par laquelle il est constitué ne peuvent être l'ultime fondement qui détiendrait tous les éléments d'une solution au problème d'une

(13) Amselek, Méthode phénoménologique et théorie du droit, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1964, p. 22.
(14) Ibid., p. 23.

connaissance apodictique et nécessaire. La subjectivité qui constitue toute objectivité n'est ni la subjectivité de la psychologie empirique ni celle de la psychologie phénoménologique. En tant que science positive, la psychologie étudie la subjectivité psychique au sein du monde spatio-temporel, toujours pré-donné, et qui demeure le seul valable pour l'étude. En tant que science eidétique, la psychologie phénoménologique cherche le *logos* du psychique. Son fondement thématique est un monde pensable, c'est-à-dire un monde qui est maintenant pensé être vrai et effectivement pré-donné. C'est ici que nous pouvons déterminer et délimiter ce qu'est le véritable univers psychique, particulièrement en ce qui a trait à son aspect intentionnel. Cette psychologie demeure néanmoins une science positive puisqu'elle s'appuie sur la validité de l'aperception naturelle du monde. Or, la réduction transcendantale mettra entre parenthèses l'attitude naturelle et les théories qui en dépendent. Ainsi, l'ego psychologique sera lui-même mis entre parenthèses et l'objet visé par la réduction transcendantale ne sera plus, comme le dit Amselek, la conscience psychologique mais la conscience transcendantale.

> Cette réduction transcendantale a donc essentiellement, dans la pensée de Husserl, la signification d'une expérience psychologique : il s'agit de dévoiler la conscience psychologique, et sa propriété remarquable d'être "intentionnelle", d'être éclatement vers (15).

La réduction transcendantale n'a pas la signification d'une expérience psychologique parce que le psychique, qu'il soit empirique ou eidétique, a pour fondement le monde réel (16). La psychologie empirique et la psychologie eidétique fondent la validité de leurs énoncés sur le monde naturel. En mettant entre parenthèses l'attitude naturelle de l'ego psychologique, la réduction transcendantale fait accéder à la zone du constituant de l'ego et du monde. La conscience transcendantale qui est la conscience constitutive de tout sens et signification, c'est-à-dire de la subjectivité mondaine et de l'objectivité mondaine, n'est pas une conscience psychologique. Cette saisie de la réduction transcendantale et de la subjectivité transcendantale qu'elle dévoile demeure ambiguë et équivoque dans l'exposé d'Amselek.

---

(15) Ibid.

(16) Emund Husserl, L'idée de la phénoménologie, P.U.F., 1970, pp. 101-102. Voir également Idées directrices pour une phénoménologie, Gallimard, 1950, p. 116 : "Quand on dit qu'un vécu est la conscience de quelque chose... on ne considère pas le fait brut du vécu situé dans le monde, engagé spécialement dans un contexte psychologique de fait, mais l'essence pure, l'essence saisie en tant que pure Idée par l'idéation".

Il n'est donc pas surprenant de voir la réduction transcendantale détournée de son but original par Amselek lors de son application au phénomène juridique. En effet, la réduction transcendantale n'a plus pour fonction de nous dévoiler une connaissance des formes a priori et nécessaire du droit, mais de révéler les caractères des différentes attitudes que le juriste peut avoir devant son objet, le droit. Elle a pour but le juriste en tant que sujet qui connaît le droit et elle s'efforce de connaître ce qui constitue ses diverses perspectives vis-à-vis du droit. Dans une attitude transcendantale, le juriste a une vision scientifique du droit ; il cherche à connaître et à expliquer la structure des normes qui le composent. Dans une autre attitude transcendantale, le juriste se conçoit comme un technicien juridique ; il utilise ou construit des normes juridiques. Alors que la première attitude se constitue en Science du Droit, la deuxième, elle, s'érige en Technique du Droit. Ce qui caractérise la première, c'est l'optique d'une recherche de la connaissance qu'adopte le sujet tandis que, dans la deuxième, le sujet est posé comme un artisan (17).

Au sens husserlien donné au mot transcendantal, Amselek vient en imposer un autre qui transforme complètement la fonction de la réduction. En effet, au lieu de révéler le sens et la structure a priori de l'expérience juridique, la réduction ne fait plus que dévoiler un simple rapport épistémologique entre le juriste et le droit que Husserl, par l'attitude transcendantale, cherchait tout particulièrement à surmonter. Le rapport sujet-objet tel qu'illustré par Amselek n'est pas transcendantal mais consiste plutôt en une expérience psychologique réalisée à l'intérieur de l'activité même du sujet où le monde et le sujet ne sont pas mis entre parenthèses. Ces deux situations du juriste sont deux attitudes psychologiques mondaines. Il n'est pas possible qu'il y ait deux attitudes transcendantales ; transcendantal faisant référence à ce qu'il y a de plus originaire, d'absolument fondamental, il ne peut y avoir, par conséquent, qu'une seule et unique attitude strictement transcendantale. Cette position, la plus radicale et la plus originelle, rend possible ces attitudes scientifique et technique qui ne sont pas elles-mêmes transcendantales mais seulement psychologiques. La réduction transcendantale, entre les mains d'Amselek, perd son aspect radical, de fondation de la connaissance absolue, et devient une simple énumération des caractères de deux attitudes possibles devant le droit. Elle ne se distingue donc nullement d'une attitude épistémologique ordinaire qui se bornerait à énumérer les caractères que peut prendre un objet devant une certaine conscience téléologique. Il n'y a rien qui distingue la démarche

(17) Amselek, op. cit., n. 13, p. 364.

d'Amselek d'une démarche épistémologique commune et donc aucune raison de la qualifier de "transcendantale" car dans la perspective husserlienne -où veut se situer Amselek- l'attitude transcendantale possède un sens tout à fait particulier.

D - UNE THEORIE PHENOMENOLOGIQUE DU DROIT : WILLIAM LUIJPEN

Les théories juridiques d'Amselek et de Goyard-Fabre que nous avons étudiées sont déficientes en ce qui a trait à la mise en oeuvre de la description phénoménologique. Or, la théorie de William Luijpen, telle qu'exposée dans son ouvrage *Phenomenology of Natural Law* (18), souffre elle aussi des mêmes insuffisances à un niveau méthodologique. Premièrement, à l'instar des deux auteurs précédemment étudiés, Luijpen n'a pas su effectuer le retour aux choses elles-mêmes, c'est-à-dire qu'il na pas su assumer l'exigence première de la phénoménologie. Là où Amselek prend la normativité comme objet d'enquête propre à une philosophie du droit, et là où Goyard-Fabre use du couple matière/forme-fait/valeur. Luijpen donne pour objet à son enquête la justice, celle que le droit doit insérer dans les rapports humains entre les hommes parce qu'elle seule, en tant que norme critique, peut fonder le droit (19). Deuxièmement, la démarche phénoménologique de Luijpen, comme celle d'Amselek, se trouve subordonnée à une fin doctrinale. En effet, alors que la démarche d'Amselek sert la cause du positivisme juridique, celle de Luijpen prend sa perspective en fonction du droit naturel.

Luijpen développe sa thèse par un mouvement négatif suivi d'un mouvement positif. Au cours d'un examen critique, il tente de démontrer les insuffisances des théories objectivistes du droit, c'est-à-dire du positivisme juridique dans ses diverses manifestations, ainsi que les carences des pensées subjectivistes auxquelles se rattachent les différentes doctrines du droit naturel. Ensuite, dans la partie constructive de son oeuvre, il développe sa phénoménologie du droit naturel en posant ce dernier comme le juste milieu entre la tradition du droit naturel et le positivisme juridique. Nous allons d'abord récapituler brièvement les grandes lignes de sa théorie avant d'examiner sa conception de la phénoménologie et son rôle dans l'élaboration de sa thèse.

(18) Trad. par Henny J. Koren, Duquesne University Press, Pittsburg, Pa., 1967.
(19) Ibid., p. 183.

1 - Une phénoménologie du droit naturel

La phénoménologie mène sa critique de l'histoire de la philosophie simultanément sur deux fronts : contre l'empirisme ou l'objectivisme d'une part et contre l'idéalisme ou le subjectivisme de l'autre. Luijpen adopte cette façon de procéder et interprète l'histoire de la philosophie du droit à la lumière de cette double critique. Ainsi a-t-il tendance à amalgamer positivisme juridique et objectivisme, droit naturel et subjectivisme. Dans les théories objectivistes, la conscience du droit chez l'homme n'est que l'image passive des conditions actuelles existant dans les rapports entretenus par les hommes et l'ordre juridique s'accorde avec cette image passive (20). L'objectivisme se trouve alors en position d'interdire toute prise de position pour ou contre la justice ou l'injustice de ces conditions car il n'y a rien dans les faits qui permette de les juger sans abandonner la perspective objective (21). Luijpen qualifie les théories positivistes d'"objectivistes" parce qu'elles partent du monde et demeurent dans le monde. Elles ne se soucient pas des faits extra- ou méta-physiques ; elles expliquent le droit seulement par des faits mondains. L'objectivisme prétend pouvoir comprendre l'objet en se référant exclusivement à lui parce qu'il est par nature totalement saisissable en lui-même ; nul besoin de faire appel à quelque chose qui ne pourrait être saisi par une démarche objective. L'objet s'expliquerait lui-même. Or, le positivisme juridique adopte une attitude semblable face au droit, aucun élément extra-juridique n'intervenant dans l'explication du droit.

Là où les théories objectivistes procèdent par en bas, à l'exclusion de tout apport du sujet dans la constitution du droit, les théories subjectivistes procèdent par en haut en négligeant l'apport du monde. Là où celles-là nient la possibilité de critiquer le droit en tant que droit par le biais de la morale ou de la justice, celles-ci fondent leur concept du droit sur la possibilité qu'une certaine idée du juste qui, dans sa permanence, transcende la contingence du monde, est accessible à la conscience humaine et peut donc être connue par l'humanité (22). Nous voyons donc pourquoi Luijpen considère les doctrines du droit naturel comme l'incarnation de l'approche subjectiviste au droit. Pour le subjectivisme, l'objet n'est pas connu directement par lui-même -ou en soi- mais il l'est par la conscience à laquelle il est présent. Il est connu en se référant à l'idée qu'en a la conscience. Il sera donc nécessaire, pour l'objet en tant qu'objet, d'être conforme à l'idée qu'on en a pour qu'il puisse être véritablement cet objet.

(20) Ibid., p. 47.
(21) Ibid., p. 53.
(22) Ibid., p. 55.

Or, si le droit est l'expression d'une certaine idée de justice déjà présente dans la conscience, il devra être conforme à cette idée. En ce sens, les théories du droit naturel sont dites "subjectivistes". Le point fort de l'approche subjectiviste est le point faible de l'approche objectiviste et vice versa. La phénoménologie, dans son examen méthodologique, est capable de mener la double critique, à la fois contre les excès du subjectivisme et ceux de l'objectivisme, et c'est dans cette perspective que se situe l'approche de Luijpen au phénomène juridique (23).

Une phénoménologie du droit qui conduit à une nouvelle doctrine du droit naturel est conçue par Luijpen comme le moyen de surmonter les écueils du positivisme juridique et du droit naturel traditionnel. Cette phénoménologie du droit n'a pas pour objet les caractères positifs du droit mais la norme fondamentale qui est la clef de voûte de tout ordre juridique.

> La philosophie du droit se préoccupe des droits subjectifs en tant que corrélats de la justice, c'est-à-dire de la justification fondamentale et la norme critique de l'ordre juridique (24).

Cette norme critique est aussi l'expression du droit subjectif fondamental et porte sur les exigences minimums de l'existence humaine en tant que co-existence, c'est-à-dire l'amour (25). L'existence humaine est essentiellement coexistence parce que l'être de l'homme est être-avec-autrui (26). La justice est à la fois mode de co-existence (27) et expression d'une corrélation entre les droits d'autrui et notre justice d'une part, nos droits et leur justice d'autre part (28). Elle a pour fin le respect de la dignité de son prochain dans son humanité ou dans sa subjectivité (29). Or, c'est la tâche de l'ordre juridique en tant qu'élément indispensable à l'établissement de l'humanité -de l'existence comme co-existence où règne le respect d'autrui exprimé comme l'exigence minimum de l'amour- de garantir l'amour autant que possible (30). Entre le droit et l'existence comme co-existence, Luijpen conçoit un lien intrinsèque car seul le droit peut

(23) Nous avons seulement voulu voir comment cette caractérisation des deux grands courants de la philosophie juridique était possible afin de saisir le rôle méthodologique de la phénomènologie dans l'élaboration de cette théorie. Nous ne nous sommes donc aucunement attardé sur la justesse de cette caractérisation, ni avons-nous essayé d'en entreprendre la critique.
(24) Luijpen, op. cit., n. 18, p. 183.
(25) Ibid., p. 180.
(26) Ibid., p. 145.
(27) Ibid., p. 154.
(28) Ibid., p. 145.
(29) Ibid., p. 178.
(30) Ibid., p. 207.

effectivement garantir un certain minimum de stabilité dans les rapports humains : "... sans ordre juridique, il ne peut pas y avoir d'humanité." (31). Or cette petite phrase pose plus qu'un simple lien intrinsèque entre le droit et l'homme. Elle pose la thèse que l'homme ne peut pas devenir vraiment humain sans le droit. Le droit serait alors un élément nécessaire dans la réalisation de la nature humaine.

2 - Phénoménologie ou droit naturel ?

Deux éléments caractérisent la théorie de Luijpen : premièrement, c'est une théorie du droit naturel et, deuxièmement, cette théorie se développe à partir des apports de la phénoménologie existentielle. Les pages qui suivent seront consacrées à l'étude respective de ces deux aspects de la position de Luijpen. Notre but n'est pas d'élaborer une critique des conclusions de l'auteur mais plutôt d'étudier les étapes du processus qui l'y conduisent, cela afin de déterminer dans quelle mesure l'auteur respecte les exigences méthodologiques qu'impose la phénoménologie. Si nous sommes conduit à critiquer certaines conclusions, ce sera non d'un point de vue doctrinal mais dans une optique méthodologique. De même ne nous intéressons-nous pas aux éléments constitutifs de sa doctrine du droit naturel -ce qui peut la distinguer d'autres théories naturalistes- mais seulement aux raisons qui le poussent à prendre parti pour une doctrine du droit naturel afin de voir dans quelle mesure elles s'accordent avec les exigences phénoménologiques. L'examen d'une telle application de la méthode phénoménologique non seulement nous permettra d'apprécier jusqu'à quel point Luijpen peut véritablement se réclamer de l'école phénoménologique mais il sera également l'occasion d'aiguiser notre propre perception de cette méthode.

La phénoménologie du droit naturel de Luijpen est une phénoménologie à caractère existentiel. Notre auteur justifie ce rapprochement entre l'existentialisme et la phénoménologie par le recours à leur histoire qui rappelle que ces deux mouvements fusionnèrent (32). Paul Amselek nous met en garde contre la confusion possible de deux réalités : les apports doctrinaux de la phénoménologie en métaphysique et en anthropologie d'une part, et ses apports méthodologiques, d'autre part (33). Or, nous croyons que Luijpen passe outre à cet avertissement et qu'il a en fait confondu des conclusions doctrinales avec des directives

(31) Ibid., p. 27.
(32) Ibid., pp. 113-115.
(33) Amselek, "La phénoménologie et le droit", Archives de philosophie du droit, n° XVII (1972), p. 192-197.

méthodologiques. A partir de la réunion de certaines données de la phénoménologie existentielle sur la nature humaine, l'auteur procède à une description du droit. Il aborderait ainsi le droit à partir d'une certaine idée existentialiste de l'homme et non à partir du droit lui-même. Dans cette anthropologie existentielle, nous retrouvons les thèses de certains grands phénoménologues, Heidegger, Sartre et Merleau-Ponty, présentées de façon succincte comme les thèses principales de la phénoménologie existentielle (34). Selon cette anthropologie existentielle, l'homme est un *cogito*, un *volo* et un *ago*, c'est-à-dire qu'il est un sujet dans le monde par son corps et que ce monde a un sens. Cette signification qu'a le monde se révèle comme une valeur pour le sujet. Le sujet réalise cette valeur par un mouvement -son projet- qui le transcende, lui et le monde. Le monde est un en soi, ce qui le distingue du sujet qui est un pour soi ; mais la signification du monde comme en soi est le monde comme signification *en soi pour un pour soi*. Tout ceci peut se résumer de la façon suivante :

> ... la phénoménologie existentielle est une philosophie dont l'idée d'existence forme le "fait primitif" ou le "point central de référence" (35).

A partir de cette idée d'ouverture, comme expression de la situation humaine, Luijpen construit une théorie du droit. Nous reviendrons au lien entre cette phénoménologie existentielle et sa phénoménologie du droit naturel mais nous voulons d'abord faire quelques remarques sur cette anthropologie existentielle.

Cette théorie de l'homme représente les idées fondamentales de la phénoménologie existentielle. A cet effet, rappelons le titre de ce chapitre : "Idées fondamentales de la phénoménologie existentielle" (36). Cependant, nous pouvons nous demander ce qu'est au juste cette phénoménologie existentielle. Nous croyons que les idées fondamentales de la phénoménologie existentielle sont les idées de Luijpen et non celles d'un mouvement philosophique en particulier. Luijpen tire les grandes lignes de sa phénoménologie existentielle des écrits de Heidegger, Husserl, Marcel, Merleau-Ponty et Sartre. Il fait appel uniquement aux thèmes qui lui conviennent, avec lesquels il est en accord, et il ignore tout simplement ceux dont il désapprouve. C'est ce qui fait qu'il devient aisé de présenter une théorie qui se donne une certaine apparence unitaire et cohérente. En outre, il ignore tous les points sur lesquels les philosophes divergent

(34) Luijpen, op. cit., n. 18, p. 122-143.
(35) Ibid., p. 143.
(36) Ibid., p. 112.

d'opinion et à propos desquels leurs théories reflètent des désaccords fondamentaux. A ce sujet, qu'il suffise de songer aux rapports de l'en soi et du pour soi chez Sartre et chez Merleau-Ponty. Alors que le dualisme, présent dans la pensée sartrienne, demeure équivoque dans la *Phénoménologique de la perception* de Merleau-Ponty, il se trouve complètement absent dans l'oeuvre de Heidegger, ce qui entraîne des conceptions différentes de l'homme, des rapports entre l'homme et autrui, et entre l'homme et le monde. Or, dans la conception que se fait Luijpen de la phénoménologie existentielle, rien ne laisse soupçonner de si grandes différences entre les auteurs. L'expression "phénoménologie existentielle" renvoie à des prises de positions existentielles sur certains problèmes par des phénoménologues qui n'ont pas une position commune mais des positions existentielles différentes. Les idées fondamentales de la phénoménologie existentielle, telles que présentées par Luijpen, composent un portrait succinct et harmonieux de diverses thèses existentielles soutenues par différents phénoménologues. Bref, les conceptions que se donne Luijpen de la phénoménologie existentielle sont dues davantage à sa propre conception de l'anthropologie existentielle plutôt qu'à un mouvement philosophique connu.

Il n'y aurait rien à reprocher en soi à une telle présentation ; elle peut être une conception anthropologique philosophique parmi tant d'autres. Luijpen n'aurait alors qu'à la défendre et qu'à l'affiner. Mais il s'en sert pour fonder sa théorie du droit qui se développe en fonction de celle-là. Or, si les principaux théoriciens de la phénoménologie existentielle ne se sont pas eux-mêmes mis d'accord sur ses thèses fondamentales, le fondement de la théorie du droit qui s'inspire de cette phénoménologie existentielle devient lui-même problématique. Et le recours à la phénoménologie devient un prétexte dont se sert Luijpen pour faire ressurgir l'ancienne idée du droit naturel sous des dehors nouveaux. Luijpen confond les apports méthodologiques avec les conséquences métaphysiques et anthropologiques que différents phénoménologues ont pu en réduire. Ce qui nous unit en tant que phénoménologues, ce ne sont pas certaines réponses doctrinales à une série de questions, un accord spécifique sur la façon de traiter un ensemble de problèmes, mais c'est un consensus général sur la façon dont nous devons approcher ces problèmes.

> Le terme "phénoménologie" demeure... la désignation du concept d'une méthode philosophique qui consiste à décrire et à saisir les choses telles qu'elles se donnent et dans les limites dans lesquelles elles se donnent (37).

Nous pouvons être en désaccord avec les réponses apportées à certains problèmes (par exemple, l'Etre chez Husserl et Heidegger) mais nous acceptons la façon dont nous devons les aborder : en étant fidèle à tout ce qu'implique l'idée de la nécessité du retour aux choses elles-mêmes -la distinction entre la conscience réflexive et la conscience pré-réflexive et irréflexive, la distinction entre la signification vécue et la signification objective, le lien entre le phénomène et la réalité, entre autres.

C'est de la notion de nature humaine que part Luijpen pour affirmer que le droit doit être conforme à un certain nombre d'exigences minimales de la justice. Il ne fait donc pas reposer son système sur une description du phénomène juridique et, par conséquent, il banalise complètement toute description du phénomène juridique qui pourrait nous révéler la présence de la subjectivité et de l'intersubjectivité au sein même du droit. Il démontre comment cette anthropologie pour être "authentique" doit avoir comme corrélatif un ordre juridique conforme à une certaine idée de la justice (38). Nous croyons que cette démarche manque de positivité parce qu'elle procède d'une certaine idée de l'homme et qu'elle n'est juste que dans la mesure où cette idée de l'homme est fondée. Même si, en réalité, le droit dans son sens vécu dépend de l'homme, nous ne pouvons pas nous permettre de le faire dépendre de cette façon. Nous touchons ici à un problème majeur de la phénoménologie de Luijpen. Sa description du droit commence avec une anthropologie et non pas par un retour aux choses elles-mêmes. Un tel retour, s'il est radical et cherche l'ultime source constitutive du sens du droit, peut nous conduire à une anthropologie existentialiste. Cependant nous ne devons pas d'abord valider cette position et ensuite par son biais décrire notre phénomène parce qu'il se peut que nous ne soyons pas fidèle à la manière dont il se présente à nous. Le mode d'apparaître du phénomène renvoie à l'appréhension première, spontanée, naïve et irréfléchie de la chose. Nous ne devons pas transformer la façon dont notre objet se dévoile à nous en calquant un phénomène humain sur un phénomène juridique. La fonction et l'importance de ce facteur humain doivent être données par l'entreprise d'une description du phénomène

(37) K.H. Volkman-Schluck, "La doctrine de Husserl au sujet de l'idéalité de la signification en tant que problème métaphysique" in Husserl et la pensée moderne, Phaenomenologica II, Martinus Nijhoff, La Haye, 1959, p. 246.
(38) Luijpen, op. cit., n. 18, p. 180-181.

juridique et non en validant une certaine position anthropologique. La réduction philosophique exige que nous mettions entre parenthèses toutes nos théories, même nos idées phénoménologiques de l'homme. Voilà en quoi consiste la nature radicale de l'approche phénoménologique : elle est perpétuel recommencement. Voilà la façon positive de procéder pour valider nos conclusions antécédentes sur l'homme ; de plus, cette façon présente un deuxième avantage, celui de ne pré-juger d'aucune doctrine du droit. Elle nous permet d'être fidèle au mode d'apparaître de la chose. En liant l'existentialisme et la phénoménologie dans le développement de sa théorie du droit, Luijpen est nécessairement conduit à avancer une théorie existentialiste du droit.

Il est dangereux de vouloir élaborer une théorie du droit à partir de thèses doctrinales. En outre, en procédant à une description de l'ordre juridique à partir de "données" de la phénoménologie existentielle, Luijpen est porté à mettre l'accent précisément sur les aspects existentiels de l'ordre juridique et à ignorer les caractères dits "positifs" du droit. Certes Luijpen ne considère pas ceci comme un handicap.

> ... il serait faux de penser qu'une phénoménologie du droit *doit* d'abord se préoccuper de ce que les juristes appellent les "droits subjectifs" et la "loi" et que ne pas procéder ainsi témoigne d'un "manque de phénoménologie". La philosophie du droit, qui équivaut à la phénoménologie du droit parce que nous concevons la phénoménologie non seulement comme une méthode mais comme la philosophie elle-même, n'a pas comme objet, du moins primordial, de déterminer la nature du phénomène juridique pris dans un sens positif, mais de se demander en quoi consiste l'essence des droits naturels humains, compris comme le fondement justificateur et la norme critique de l'ordre juridique. Il n'y a donc aucune raison de reprocher à la phénoménologie de ne pas s'intéresser suffisamment ou primordialement au droit positif, car le fondement justificateur et la norme critique du droit positif n'ont pas le caractère d'une loi positive (39).

Si la phénoménologie du droit peut ne pas tenir compte, dans un premier temps, du droit positif, c'est parce que le but qu'elle s'assigne est tout autre. Or nous croyons qu'une telle conception de la tâche de la philosophie du droit ignore l'existence fondamentale de la phénoménologie -le retour aux choses elles-mêmes. En effet, la phénoménologie, en tant que méthodologie,

(39) Ibid., p. 183.

se donne comme mot d'ordre la description de la chose elle-même avant tout effort de théorisation. Il nous semble qu'une description naïve de l'apparition du phénomène juridique doit commencer par les traits positifs du droit au lieu de constituer seulement une étape secondaire d'une phénoménologie du droit. Il se peut fort bien que par la suite nous soyons conduit aux droits subjectifs en tant que corrélats de la justice, ceux-ci constituant la norme fondamentale de l'ordre juridique. Mais cette norme doit être découverte par une enquête portant sur le droit positif. Sinon, que vaut la maxime *zu den Sachen selbst* ? En bouleversant les étapes de la procédure phénoménologique, Luijpen est amené à adopter une doctrine juridique existentialiste et naturaliste. Pour être plus précis, nous croyons qu'à cause de son penchant idéologique pour le droit naturel, il n'a pas su mettre de côté tous les présupposés qui l'empêchent d'atteindre une saisie originaire du monde, tel qu'il se donne à nous.

Lorsque nous avons lu que Luijpen se donnait comme tâche de réfléchir sur l'ordre juridique entendu comme le complexe de règles et d'institutions juridiques (40), nous avons eu le sentiment qu'il avait bien saisi la tâche de la philosophie du droit. Or, il nous apparaît presqu'aussitôt que l'auteur ne poursuit pas son enquête dans cette voie : au lieu de se concentrer sur une description du sens vécu de l'ordre juridique impliqué dans la signification vécue de nos rapports interpersonnels qui forment le complexe juridique, il se laisse emporter, croyons-nous, par sa conviction que l'ordre juridique doit se prêter à la valorisation d'un certain type de rapports sociaux afin de promouvoir une idée précise de l'humanité (41). Si Luijpen a compris que nous devons fonder notre compréhension de l'ordre juridique sur notre expérience vécue (42), il met cependant cet aperçu particulièrement perspicace de la tâche de la philosophie du droit au service d'un dogme juridique au lieu de s'en servir pour décrire le droit. Il ne peut donc pas poursuivre la tâche qu'il s'est fixée. L'arrière-pensée qui anime l'oeuvre de Luijpen, la justification du droit naturel déforme son analyse du problème. Il donne une structure éthique au droit ce qui permettra de résoudre le problème de la nature du droit tout en demeurant fidèle à une certaine idée du droit naturel. Il pose une question et répond à une autre.

(40) Ibid., p. 39.
(41) Ibid., p. 199.
(42) Ibid., p. 144 et seq.

E - VERS UNE PHENOMENOLOGIE DU DROIT

Quoique nous pouvons exprimer certaines réserves quant au recours par Goyard-Fabre à l'ego transcendantal pour fonder le phénomène juridique, ses idées sont en mesure d'alimenter de façon très fructueuse une approche phénoménologique au droit. Sa théorie se développe à partir d'un examen d'une foule de concepts que les juristes reconnaîtraient et identifieraient tout de suite comme étant des phénomènes juridiques. De ses références à la Cour de cassation, à divers articles du *Code civil*, à l'exemple de la contravention, au *Torrey Canyon*, à l'enrichissement sans cause, à la notion de servitude et au contrat, entre autres, Goyard-Fabre tire des données qui sont fort intéressantes pour une théorie du droit et qui témoignent de la diversité et de la complexité propre à la nature du phénomène juridique. Cependant son analyse de ces phénomènes la conduit à emprunter la voie de l'idéalisme transcendantal et les possibilités inhérentes à ses intuitions perspicaces ne sont pas pleinement développées. Si elle nous invite à réfléchir sur toute une nouvelle gamme de situation lors de notre analyse du droit, il semble qu'il aurait fallu également décrire la conscience du droit des divers personnages engagés dans un événement juridique. Les règles juridiques et le droit lui-même ont-ils la même signification pour le gendarme, le citoyen, le législateur, l'avocat, le procureur et le juge ? Qu'est-ce qui constituerait l'unité des différentes perceptions de ces divers personnages ? La description de leur appréhension de la signification juridique dans les exemples utilisés par Goyard-Fabre pourrait s'avérer très profitable pour une phénoménologie du droit si celle-ci cherche à éclairer ce que nous appréhendons, à rendre explicite ce qui est présent de façon non-thématique.

Comment alors procéder à une description du phénomène juridique ? Comment faire pour ne privilégier aucun élément, aucun aspect du droit, pour ne pas en faire une clef de voûte, un principe explicatif ? Comment être fidèle à la réalité juridique elle-même ? L'approche phénoménologique est avant tout une protestation contre toute forme de réductionnisme dans l'analyse de la chose. Cependant, ce n'est là que considérer l'aspect négatif de la phénoménologie. En effet, ce refus des croyances et des théories traditionnelles a aussi un côté positif : il veut retrouver le phénomène dans sa pureté originelle en approfondissant notre connaissance de notre expérience immédiate. C'est cette idée qui s'exprime à travers le leitmotiv de la phénoménologie, le retour aux choses elles-mêmes. Cette exigence se traduit, dans la pratique, par une certaine ouverture envers les phénomènes qui n'est pas présente dans la pensée empirique. L'aspect positif de la démarche phénoménologique se réalise dans cette perspective de

renouveau du mode d'apparaître du phénomène car la mise entre parenthèses de l'attitude naturelle ne nous livre pas elle-même le phénomène dans sa clarté et sa limpidité. Il faut encore un effort de la part du sujet avant que la signification ambiguë du phénomène vécu ressorte clairement et c'est dans cet effort -la recherche de la signification originaire et primordiale du phénomène- que se réalise l'objectif profondément constructif de la phénoménologie. En somme, la question décisive est de savoir comment nous pouvons appréhender la signification juridique d'une situation.

L'explication de notre appréhension de la signification juridique d'une situation doit être recherchée dans nos expériences passées car ce sont elles qui structurent le sens de ce que nous avons perçu. Le souvenir de nos expériences antérieures nous suit ; ces expériences constituent le fond ou l'horizon où vient se plaquer et se déployer une appréhension d'une dimension juridique dans un phénomène quelconque, tel que la perception d'un gendarme. Ces expériences passées soutiennent l'expérience présente et en déterminent le sens ; elles sont présentes en tant que structure de signification juridique et constituent la signification juridique d'une situation. Toute une signification juridique est attachée à notre perception d'un gendarme et elle résulte du fait que cette situation est inhérente à un flux de situations juridiques qui constituent une sorte de passé culturel auquel nous participons en tant que membres d'une société. Donc, si la situation du gendarme a une signification juridique, c'est parce qu'elle entretient des rapports avec d'autres éléments qui sont présents comme fond et qui la structurent.

C'est à partir de ce point précis que peut être élaborée la description de ce qui signifie pour un automobiliste la vue d'un gendarme et il importe, par conséquent, de ne pas transformer les éléments vécus en données objectives. Lorsque je vois un gendarme, je suis en mesure de discerner une signification juridique *immédiatement* et non parce que je sais qu'il y a une loi qui lui confère ce pouvoir. D'ailleurs si je sais qu'existe une telle loi, c'est parce qu'on me l'a dit, mais j'éprouverais beaucoup de difficulté à la trouver. La loi elle-même qui pourrait jouer le rôle d'explication objective fait partie de notre passé culturel. Bien que nous puissions reconnaître la présence de la loi conférant au gendarme ses pouvoirs juridiques ainsi que la présence de nos expériences antérieures dans notre perception du gendarme, il reste que nous ne les reconnaissons pas comme des éléments objectifs. En prenant la loi et nos souvenirs comme cause objective de la signification juridique de notre expérience, nous transformerions ces éléments vécus en données objectives. Il faudrait aussi reconnaître qu'ils ne sont pas présents mais absents.

Il s'en suivrait dès lors que, contrairement à notre expérience, la signification juridique ne serait pas immédiatement présente. Notre conscience irréflexive de la situation serait doublée d'une conscience réflexive qui lui apporterait sa signification juridique. Or, nous appréhendons le sens juridique de la situation sans passer par l'intermédiaire d'une conscience réflexive. La conscience irréflexive est elle-même conscience d'une signification juridique.

C'est grâce à la présence vécue du droit comme structure de signification que nous pouvons comprendre la nature des rapports quotidiens que nous entretenons avec lui. Lorsque nous conduisons notre voiture et que nous obéissons aux règles de circulation, nous ne pensons pas au *Code de la route*. Si le droit est présent, ce n'est pas de manière objective mais plutôt au niveau du vécu. C'est pourquoi notre comportement peut toujours avoir une signification juridique. Nos rapports quotidiens avec le droit sont de l'ordre de l'irréfléchi. Puisqu'il est présent à un mode irréfléchi, nous pouvons légitimement revenir sur cette situation et, par un acte de réflexion, redécouvrir la présence du droit qui s'y trouvait sans se manifester explicitement. Au niveau du vécu, nous entretenons des rapports indéterminés avec le droit et c'est pourquoi notre comportement peut toujours avoir une signification juridique. Parce que le droit est toujours présent de façon latente, nous pouvons retrouver la signification juridique d'un comportement même si nous ne pensions pas au droit en posant une action.

Cette structure de signification juridique qui forme l'arrière plan de nos actions n'existe pas indépendamment, en soi, mais pour un sujet dans un milieu intersubjectif car c'est à travers le sujet que le passé culturel sédimenté devient présent dans une situation. Ce passé culturel n'est pas seulement celui du sujet qui perçoit la situation ; il est celui du milieu intersubjectif car la signification juridique de la situation n'est pas déterminée uniquement par les expériences antérieures de ce seul sujet. Si tel était le cas, nous ne pourrions pas discuter de la signification juridique que l'autre y décèlerait, voire même nous y opposer. Mais il n'y a pas seulement ses expériences, il y a aussi les nôtres et celles de la société qui sont présentes et qui constituent le fond de cette structure de signification. Celle-ci a une véritable dimension non seulement subjective mais aussi intersubjective. Pour que la signification juridique soit non seulement une signification pour moi mais également pour autrui, la situation doit être constituée dans sa signification juridique à un niveau intersubjectif. C'est elle, l'intersubjectivité, qui est le fondement radical de la signification juridique. Toutes ces situations que nous appréhendons avec une dimension juridique ne sont pas des

situations qui ont une signification juridique objective, en soi, mais des situations dont la signification juridique est constituée à un niveau intersubjectif afin que la signification juridique de la situation soit intersubjectivement valable. En nous retournant sur ce qu'il y a derrière ce qui constituait l'élément explicatif de la pensée objective nous ne trouvons pas un élément, même complexe, que nous puissions cerner de façon décisive et explicite, mais l'intersubjectivité comme source originaire et constitutive de la signification juridique de la situation.

Nous commençons à comprendre comment quelque chose peut apparaître avec un sens juridique. Un événement n'est pas perçu tout seul, sans référence aux autres ; la décision judiciaire n'est pas appréhendée indépendamment de la règle qu'elle applique, la règle appliquée indépendamment de l'activité législative qui la créée, l'activité législative indépendamment de la règle de reconnaissance, l'activité judiciaire indépendamment de la règle d'adjudication, et ainsi de suite. La signification juridique d'un phénomène n'est pas composée par un seul de ces éléments mais par leur ensemble ; elle naît de l'entrelacement de plusieurs événements dont chacun ne peut pas à lui seul constituer la signification juridique de l'événement mais dont la présence dans le tout n'est pas indispensable à la constitution de la signification juridique de l'événement. Lorsque nous apprenons, au cours de notre enfance, ce qu'est le droit, nous n'apprenons pas qu'un gendarme est un officier juridique parce qu'une loi lui attribue ce rôle. Un enfant posera immédiatement une autre question : "Qu'est-ce qu'une loi ?" Et dès que nous y aurons répondu, une autre question surgira : "Pourquoi faut-il obéir à la loi ?" Nous pouvons continuer ainsi de suite. A sa manière, l'enfant fait preuve d'un questionnement encore plus radical que le nôtre. Il n'est jamais satisfait de la réponse proposée comme explication finale et fondamentale. Et ce questionnement continue jusqu'à ce qu'excédé on lui réponde : "Parce que c'est comme ça !" Or lorsque l'enfant a compris, ce n'est pas parce qu'il a compris que c'était comme ça, mais parce qu'il a saisi non les rapports qu'entretiennent les parties entre elles -juges, gendarmes, législateurs, citoyens et administrateurs- mais une structure, un tout, qui donne à chaque élément sa place. Dans notre appréhension d'une situation en tant que phénomène juridique, la situation se dresse comme figure tandis que les autres éléments constituent le fond qui rend possible son appréhension comme phénomène juridique. Dans notre perception de la décision judiciaire comme phénomène juridique, tous les autres éléments sont présents mais pas au même plan. Ils apparaissent de façon indéterminée et ambiguë parce qu'ils constituent l'horizon sans lequel l'activité judiciaire ne peut pas

apparaître. Nous ne prenons pas un élément comme constitutif de la signification juridique de la situation et c'est pourquoi la situation n'a pas une signification juridique en soi.

C'est sur ce point qu'achoppent les théories objectives du droit. Elles n'essaient pas d'expliquer comment apparaît la signification juridique dans un phénomène mais tentent plutôt de rechercher les causes objectives du phénomène juridique. On proposera différents éléments à titre explicatif en fonction du problème qui aura été conçu comme fondamental en philosophie du droit, et tous les problèmes de la philosophie du droit seront interprétés en fonction de ce problème, c'est-à-dire qu'ils seront transformés en ce genre de problème. L'élément avancé doit être susceptible de tout expliquer. Or cette solution réductionniste néglige la nature vécue des rapports que nous entretenons avec le phénomène juridique et les considère comme des rapports objectifs ; elle les appauvrit et les dénature, et ces rapports, quoiqu'ayant acquis les qualités -douteuses en l'occurrence- de clarté et de limpidité, ne sont plus en mesure de nous communiquer fidèlement la nature complexe du droit. Mais ces raisons apparaissent tardivement et, en les proposant comme telles, le positivisme juridique leur octroie le rôle de cause ; elles seraient la raison pour laquelle il y a le droit. Elles sont cependant déjà là dans notre perception du droit et c'est seulement en accordant auparavant la valeur de vérité à la perception atomique que nous pouvons rejeter la proposition qu'elles sont déjà là dans notre perception en tant que fond. Mais c'est justement ce que la démarche phénoménologique nous interdit de faire : c'est-à-dire accorder une certaine valeur à une façon de voir les choses plutôt qu'à une autre et ceci, précisément parce que nous avons mis entre parenthèses, lors de la réduction philosophique, cette façon de voir le monde, qui est un aspect de l'attitude naturelle. Ce que ces systèmes gagnent en simplicité et en clarté, ils le perdent en véracité car ils sont incapables de s'expliquer eux-mêmes, de faire ressortir le rôle fondamental de la subjectivité dans la constitution de leur principe explicatif (43). L'intersubjectivité ne jouant plus aucun rôle dans la constitution du phénomène juridique, ces systèmes perdent cet élément qui constitue le lien entre les manifestations diverses et disparates du phénomène juridique car c'est lui qui rend possible les liens vécus, ambigus et non encore thématisés entre les divers éléments juridiques.

Quand nous pensons au droit, au phénomène juridique dans une de ses manifestations quelconques, plusieurs éléments sont présents de façon plus ou moins distincte. Il y a le pouvoir

(43) Voir notre article, "La Règle et le droit : La Subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique", paru dans le numéro 1988-1 de cette revue.

législatif, le pouvoir judiciaire, le pouvoir policier et le pouvoir pénal entre autres éléments. Le sens et la limite de ces pouvoirs sont constitués à un niveau intersubjectif. Tous ces éléments s'interpénètrent, l'un appelle les autres et l'un n'est pas réductible aux autres ; l'un ne peut pas expliquer les autres. Ils entretiennent des rapports d'interdépendance. Si un élément peut apparaître avec une signification juridique, s'il apparaît comme figure sur un fond juridique, ce n'est que parce que les autres éléments sont passés à l'état de fond. Il est vrai que ces éléments d'arrière-plan qui constituent le fond qui nous permet d'appréhender le sens de la figure n'ont pas ces caractères d'objectivité tel que le voudrait la pensée traditionnelle. Mais ce prétendu manque d'objectivité n'enlève rien à leur présence dans le phénomène juridique, et leur présence, pour parler le langage de la pensée objective, est la condition nécessaire pour que la figure puisse apparaître comme élément objectif. Le positivisme juridique et son concept traditionnel de l'objectivité s'élevaient sur des données non objectives qu'ils ignoraient et, en fin de compte, l'objectivité ne se dresse pas à partir des objets en soi mais des données pour soi pour la raison suivante : les choses en soi ne peuvent apparaître comme objets en soi que lorsqu'elles apparaissent comme figures tandis que leur appréhension comme figures dépend de données pour soi qui constituent le fond qui rend possible l'apparition de la figure. Toutes les tentatives pour expliquer le droit en recourant seulement à un de ses éléments n'ont fait, en réalité, que reconnaître que cet élément avait été ignoré dans les efforts précédents tandis que la tâche de la philosophie du droit est d'expliquer comment ces différents éléments peuvent constituer un système cohérent.

Le but original de ce travail fut d'abord de voir si et dans quelle mesure les théories phénoménologiques du droit étudiées étaient fidèles à l'esprit phénoménologique et ensuite de faire progresser notre compréhension de la mise en oeuvre de la méthode phénoménologique. Or l'étude de ces trois approches phénoménologiques du droit nous a enseigné que nous devons demeurer fidèle au mode d'apparaître de la chose en sachant reconnaître l'attitude naturelle dans toutes ses manifestations sournoises. Cette fidélité à la chose elle-même -pour nous, le droit- se manifestera d'emblée à un niveau méthodologique et à un niveau doctrinal. Nous ne devons pas nous laisser entraîner par les sirènes du droit naturel ou du positivisme juridique mais nous devrons mener notre enquête entre Scylla et Charybde. Toute tentative de ramener la phénoménologie au service d'un des grands courants de la philosophie du droit doit être résolument écartée car elle déformera la description de notre expérience première, naïve, pas encore thématisée, du phénomène, qui porte

en elle la véritable signification du droit. Or cela implique non seulement la mise à l'écart des anciennes théories juridiques mais aussi de leurs présupposés épistémologiques et métaphysiques. Une phénoménologie du droit a pour objet le droit tel qu'il se donne dans son apparition originaire avant tout effort de théorisation et les vieilles catégories engendrées par l'objectivisme et par le subjectivisme ne doivent pas intervenir et déformer la description du droit. Cependant si nous devons nous méfier des appels tentateurs à ces éléments explicatifs qui ne sont pas immédiatement présents dans le droit, nous ne devons pas non plus hésiter à suivre la voie que notre description phénoménologique dévoilera car ce mouvement sera commandé par le phénomène juridique lui-même et non par des idées empruntées à d'autres systèmes explicatifs.

L'UTOPIE ET SES METAMORPHOSES

Par

Antoine LECA (*)
Assistant à l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille

L'Utopie est un genre politico-littéraire né en Grèce au V^{ème} siècle avant notre ère et, depuis deux millénaires et demi, elle n'a pas cessée d'être illustrée par les auteurs les plus variés, depuis cet architecte de génie qu'était Hippodame de Milet.

Le propos de cette conférence est d'en retracer les métamorphoses, pour en dégager les lignes de force invariantes (1).

Le champ d'étude est immense. Il importe donc de le délimiter préalablement en éclairant le sens que revêt le concept d'Utopie.

* _ * _ * _ *

Or, la notion ne se prête pas à une définition aisée.

Le vocable d'Utopie lui-même est assez récent puisqu'il a été forgé au début du XVI^{ème} siècle par Thomas More (2). Il joue admirablement sur une double étymologie, car ses deux sens se recoupent. En effet, il désigne à la fois "ou-topos",

(*) Conférence prononcée le 20 janvier 1987, dans le cadre du Centre d'Etudes et de Recherches d'Histoire des Idées Politiques de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence.

(1) Cette démarche laisse de côté le problème de l'interprétation idéologique du phénomène, voir dans ce sens : "L'Utopie est-elle réactionnaire ? Essai d'interprétation", A. Leca, A.F.H.I.P., vol. 5, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1987.

(2) "Utopia", Louvain, 1516. Le texte original est en Latin, la traduction française date de 1550, l'anglaise, de 1551 ("L'Utopie", T. More, Editions Sociales, Paris, 1976, Introduction de M. Bottigelli-Tisserand, p. 14).

littéralement le non-lieu, c'est-à-dire l'endroit qui n'existe pas (3) et "eu-topos", le pays du bonheur (4).

Cette ambivalence transparaît à la fois dans le langage courant et dans la langue savante.

Dans son sens commun, tout d'abord, le terme d'Utopie suggère toutes sortes de rêves impossibles (5).

En revanche, au sens strict, sa définition diffère suivant l'optique littéraire ou politique dans laquelle on se situe.

- Pour les spécialistes de la Littérature, l'Utopie est un genre narratif, un récit, le plus souvent d'un voyageur, aussi vraisemblable que possible, qui décrit un pays fictif, où la vie est idéale ou, en tous cas, meilleure que dans celle du pays de l'auteur (6).
- Pour les Politologues, c'est une méthode théorique déductive, qui consiste à assujettir la réalité du monde donné à un schéma de perfection découlant de l'imagination (7).

- * -

Ces deux approches peuvent assurément être opposées l'une à l'autre.

En premier lieu, on peut décrire par la bouche d'un voyageur imaginaire, un pays fictif, qui ne s'analyse pas comme une Utopie, soit que ne soit pas exposé un genre de vie supérieur à celui de la patrie de son auteur, soit que ce genre de vie, indéniablement idéal, ne soit pas conçu comme une critique de la réalité et un programme de transformation positif de celle-ci. En d'autres termes, il convient de ne pas confondre d'une part l'Utopie et les voyages imaginaires en général, d'autre part l'Utopie et les Eden, les "pays de Cocagne".

Tout d'abord, le thème du pays imaginaire ne recoupe pas le champ de l'Utopie. Il a été exploité pour la première fois de façon systématique dans l'Odyssée d'Homère. On le retrouve avec l'Atlantide de Platon qui n'a pour but que de montrer le

(3) Sur une autre racine, Rabelais a forgé le temps synonyme de "Medamothi", dans le "Quart Livre des faicts et dits héroïques du bon Pantagruel" ("Oeuvres complètes", Gallimard, La Pléiade, 1955, p. 542) et W. Morris, celui de "Nowhere" (trad. fr. "Nouvelles de Nulle part", Aubier-Montaigne, Paris, 1976).

(4) La bonne étymologie paraît cependant être la première. En effet, dans une lettre du 3 septembre 1517 à son ami Erasme, More appelait son île imaginaire du nom de "Nusquama", qui est la traduction latine du terme grec "ou-topos". En revanche, c'est le vocable "eu-topos", qui a été retenu dans le titre du roman politique d'édification chrétienne, la "Relation du voyage de l'isle d'Eutopie" (1711), dont on ignore l'identité de l'auteur ("Pour une histoire de l'Utopie en France au XVIIIème siècle", I. Hartig, A. Soboul, Paris, 1977, p. 39).

(5) Petit Larousse, 1980, p. 960.

(6) "L'avenir du passé - Utopie et Littéraire", A. Cioranescu, Gallimard, 1972, p. 22.

(7) "La mentalité utopienne", A. Kolnai, La Table Ronde, n° 153, sept. 1960.

châtiment qui guette un peuple décadent (8). Dans la littérature française, on pourrait citer dans le même sens toutes les contrées fictives que l'on rencontre dans les oeuvres de Rabelais, notamment le "Quart Livre" (9) et le cinquième (10) ou les "Etats et Empires de la Lune" de Cyrano de Bergerac (11), Sirius et Saturne, qui apparaissent fugitivement dans "Micromégas" de Voltaire (12). Dans tous ces écrits, il ne s'agit jamais de présenter un nouveau projet de société.

Par ailleurs, le thème du pays imaginaire et idéal ne correspond pas toujours à celui de l'Utopie, notamment en deux cas, d'une part celui de l'Eden, du Paradis perdu, de l'Age d'Or révolu, d'autre part celui du Pays de Cocagne.

Ceux-ci ont un point commun : leur particularisme est tel qu'il se révèle insusceptible d'être transposé dans l'univers ordinaire. Ce ne sont donc pas des projets de transformation de la société.

A la tradition de l'Age d'Or, il convient de rattacher l'Eden biblique, qui est décrit dans la Genèse (13), celui que nous dépeint Hésiode, dans "Les travaux et les jours", au VII^{ème} siècle avant J.C. (14), ou encore le mythe de Prométhée, pour s'en tenir à la seule littérature grecque. Quelque soit l'exemple retenu, le lecteur se trouve toujours confronté à un monde idéal, qui n'est point légendaire, car ses narrateurs n'en récusent pas la réalité passée (15) : le travail, l'injustice et la douleur n'y existaient pas (16). Mais un tel univers est dépeint comme appartenant à un temps révolu, car la science a corrompu l'homme. L'idée est présente dans la Genèse qui rapporte qu'en goûtant aux fruits interdits de l'arbre de la Connaissance Adam et Eve se sont souillés (17). On la retrouve dans la mythologie païenne,

(8) "Critias", Platon, 120 a - 120 c.
(9) "Oeuvres complètes", op. cit., pp. 542, 561, 566, 587, 619-620, 655, 660, 667, 713 et 723.
(10) Ibid., pp. 751, 773, 789, 800, 822, 825 et 838.
(11) Certes, dans son ouvrage, Bergerac (1619-1655) ne se prive pas de critiquer la société de son temps, notamment les croyances religieuses ("Voyage dans la Lune", Garnier-Flammarion, 1970, pp. 49-50), le clergé fanatique et obscurantiste (ibid., pp. 73-79) et l'institution familiale (ibid., pp. 84-85). Certes, il y dévoile ses idées, tout spécialement en matière de liberté des moeurs (ibid.,, p. 78). Mais son livre demeure fondamentalement satirique (ibid., pp. 64-65, 81, 105-106 et 108) et les royaumes de la Lune n'apparaissent jamais, tout au long de son oeuvre, comme un modèle politique quelconque.
(12) "Romans et Contes", Voltaire, Librairie Générale Française, Paris, 1973, p. 69 à 82.
(13) "Genèse", II et III.
(14) "Précis de Littérature grecque", J. de Romilly, P.U.F., 1980, p. 39.
(15) Au demeurant, il s'agit ici du critère décisif permettant d'opposer d'une part les mythes, d'autre part les contes et légendes ("Ethnologie générale", Ouvrage collectif, Gallimard, La Pléiade, 1968, p. 1052-1053).
(16) "Histoire et Utopie", E.M. Cioran, Idées-Gallimard, 1960, p. 125.
(17) "Genèse", III.

notamment avec l'histoire de Prométhée. Les propos que lui prêtait Eschyle étaient d'ailleurs fort révélateurs : "Autrefois, les hommes voyaient mais ils voyaient mal, ils écoutaient mais ne comprenaient pas (...). Ils agissaient mais toujours sans réflexion" (18). D'où l'idée de leur révéler les "sources de vie" que les dieux grecs, comme Yavhé, leur avaient cachées. Or, ceci ne leur apporta pas le bonheur, mais la malédiction et les tourments du titanisme ou le départ forcé de l'Eden. Ce thème de l'Age d'Or ressurgit dans la littérature latine. On le rencontre de façon classique chez Ovide (19) et de manière atypique chez Virgile qui, dans la IV° Bucolique, annonce son avènement dans l'avenir sous la forme du règne de Saturne (20). On en découvre encore de tardives références chez Rabelais (21). Il est peut-être possible de rattacher à cette tradition de l'Age d'Or révolu le concept rousseauiste d'état de nature, voire celui qu'Engels a décrit sous le nom de "communisme primitif", étant précisé que ces deux auteurs espèrent que l'humanité pourra dans l'avenir, non pas y revenir, ce qui serait chimérique, mais renouer avec le bonheur qu'elle a alors connu, en se dotant d'une forme nouvelle d'organisation.

A la tradition des pays de Cocagne, il faut relier un certain nombre de contrées imaginaires, érigées en véritables lieux communs : dans l'Antiquité, le fameux jardin des Hespérides qui était couvert d'arbres portant des fruits d'or (22), qui apparaît chez Homère sous la forme des Jardins d'Alkinoos (23), au Moyen-Age, les "Isles Fortunées", comme l'"Insula Deliciosa" du moine Bérinte (24), à la Renaissance, l'Eldorado, ce pays où tout était d'or, jusqu'au toit des maisons et aux pavés des chemins (25), dont Voltaire s'est encore fait l'écho dans "Candide ou l'Optimisme" (26). Le vocable de "pays de Cocagne" n'est apparu lui-même que tardivement, sans doute pour la première fois dans un poème anglais du XIV^{ème} siècle, justement intitulé "Le Pays de Cocagne" ("Land of Plenty"), qui décrit une île d'abondance magique, située "loin en mer à l'ouest de l'Espagne" (27). Au XVI^{ème} siècle, Rabelais a beaucoup sacrifié au genre. En toutes hypothèses, la contrée écrite est un monde parallèle qui dérive de circonstances inédites, inexportables et l'auteur qui la dépeint ne se préoccupe aucunement d'être crédible : il suffit pour s'en

(18) "Histoire et Utopie", op. cit., p. 127.
(19) "Les métamorphoses", t. 1, Garnier, Paris, 1936, p. 9.
(20) "Les Bucoliques", Garnier-Flammarion, Paris, 1967, p. 13 et 53.
(21) "Oeuvres complètes", op. cit., p. 303 et 344.
(22) "Les pays légendaires", R. Thevenin, P.U.F., Paris, 1971, p. 12.
(23) "Odyssée", chap. VIII.
(24) "Les pays légendaires", op. cit., p. 62.
(25) Ibid., p. 80.
(26) "Romans et Contes", op. cit., p. 122 et s.
(27) "L'Utopie anglaise", A.L. Morton, François Maspero, Paris, 1964, p. 10 et s.

convaincre de relever les mentions de ruisseaux de lait et de miel, voire de bâtiments de sucre candi (28). En plein XIX^{ème} siècle, on trouve encore des résurgences analogues chez Ch. Fourier qui prédit qu'un jour, dans sa société "harmonique" l'eau de mer deviendrait potable et les baleines seraient remplacées par des antibaleines qui aideraient à tirer les bateaux.

En second lieu, on peut défendre un système politique, économique et social novateur et supérieur, sans recourir à la fiction d'un voyage imaginaire. "La République" de Platon qui, au plan idéologique, est la première grande oeuvre utopique, retrace un débat d'idées entre plusieurs intervenants et ne recourt pas à ce procédé littéraire.

\- * -

Aussi bien, les deux définitions de l'Utopie, littéraire et politique, aussi différentes soient-elles, méritent d'être rapprochées pour donner ainsi la définition la plus stricte et la plus précise de l'Utopie, appréhendée à la fois comme un genre littéraire et une méthode théorique.

En effet, sans description d'un pays imaginaire et, a fortiori, sans référence aux détails de la vie quotidienne des Utopiens, l'Utopie devient un traité abstrait, qui, de notre point de vue, perd sa spécificité qui est d'être une "réalisation pour voir" (29) ou, si l'on préfère, "une description d'un pays imaginaire destiné à enseigner un pays véritable" (30).

Aussi bien, paraît-il opportun de poser comme règle que l'appellation d'Utopie devrait être refusée à toute présentation d'un modèle d'organisation politique qui serait dépourvue d'images de la vie quotidienne. C'était déjà l'avis de B. de Jouvenel en 1965 (31).

* - * - * - *

En dépit de cette définition restrictive, l'étendue du phénomène utopique demeure extrêmement large.

Dans le temps, ce genre de littérature politique est apparu au début du V^{ème} siècle avant J.C., avec Hippodame, qui avait tracé les plans géométriques de sa Cité idéale (32), fixé préci-

(28) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 58.
(29) "L'Utopie dans les buts pratiques", B. de Jouvenel, 1965 ; "Du Principat et autre réflexions politiques", Hachette, 1972, p. 234.
(30) "Les philosophes utopistes", C. Rihs, Marcel Rivière et cie, 1970, p. 24.
(31) "L'Utopie dans les buts pratiques", op. cit., p. 235.
(32) La Cité était parcourue d'axes principaux, les "plateiai", que recoupaient des transversales. Elle formait ainsi un gigantesque damier. Après Hippodame, nombre d'urbanistes, préoccupés par des questions politiques ont tracé des plans de Cité

sément le nombre de ses habitants, 10000 exactement (33), et décrit ce qui était à ses yeux la meilleure constitution possible (34). Toutefois, ses idées n'avaient pas l'ampleur de celles de ce grand philosophe qu'était Platon, lequel acheva sa "République" vers 375 avant notre ère. Quelle que soit la richesse de l'oeuvre de ce dernier, il n'en demeure pas moins que, si l'on considère que l'Utopie trouve sa forme la plus caractéristique dans les récits de voyageurs (35), les premiers auteurs à y recourir se rencontrent à l'époque hellenistique. Au I° siècle avant J.C., Diodore de Sicile nous rapporte ainsi le récit d'un certain Iamboulos au pays fictif des Héliopolites, gouverné par une gérontocratie, sous le règne de laquelle les hommes sont égaux et l'esclavage, inconnu (36). Dans la description, par un certain Euhéméros de l'île de Panchaia, que nous connaissons également grâce au témoignage de Diodore, la propriété du sol n'existait pas et les citoyens étaient distribués en trois classes (37). En dépit de ces précédents, le premier écrivain à populariser le genre utopique fut Thomas More, au XVI° siècle. Ce dernier consacra également une autre règle essentielle de l'Utopie, qu'il a d'ailleurs emprunté à "La République" de Platon (38), l'orientation communiste de ce genre politico-littéraire, qui allait profondément le marquer durant quatre siècles, au point qu'on a souvent, à tort, assimilé celui-ci à celle-là.

Dans l'espace, en effet, il est aisé d'observer que l'on rencontre des Utopies à l'intérieur, comme à l'extérieur des limites idéologiques des doctrines communistes.

- * -

idéale. Aux Temps Modernes, on pourrait mentionner Filarète, avec sa "Sforzinda", présentée dans le livre premier de son "Trattato di Architettura", paru vers 1460, ou Francesco di Giorgio Martini, dans ses "Trattati di Architettura ingegneria e arte militare" (les plans ont été reproduits dans l'Encyclopaedia Universalis", t. XVI, 1980, Article "Urbanisme - Théorie et Réalisation", F. Choay, p. 493). A l'époque contemporaine, plus près de nous, Le Corbusier, qui n'a jamais dissimulé ses opinions progressistes, envisagea dans son "Plan Voisin" de Paris (1925) de raser la ville, à l'exception d'un secteur-musée, et de recomposer notre capitale sous forme de vingt-cinq gratte-ciel spécialisés, orthogonalement répartis dans la verdure.

(33) & (34) cf. "Politique", Aristote, liv. XI.

(35) "Les Philosophes utopistes", op. cit. p. 234.

(36) "Les Utopies égalitaires à l'époque hellenistique", C. Mosse, in "Revue Historique", avril-juin 1969, p. 303.

(37) Cette répartition ternaire, qui puise ses racines dans le passé archaique de la Grèce ("L'Utopie est-elle réactionnaire ? Essai d'interprétation", A. Leca, op. cit.) apparaît sous des formes sensiblement analogues chez ces trois auteurs : Hippodame distinguait les hommes d'élite, les hommes robustes et les hommes laborieux ("Pol.", Aristote, II, 8), Platon, les Sages, les Guerriers et les travailleurs ("Rép.", III, 415), Euhéméros, les prêtres, les guerriers et les cultivateurs.

(38) More connaissait bien l'oeuvre politique du philosophe athénien et "La République" a été "sa source d'inspiration la plus importante", "Sir Thomas More and his Utopia", G. Dudok, Amsterdam, 1923, p. 72.

L'Utopie communiste est le premier et le plus durable des avatars par lesquels est passé ce genre politico-littéraire.

En son temps, le philosophe athénien avait imaginé une Cité idéale (39) qui présentait trois caractères distinctifs. Elle était tout d'abord collectiviste, car ce dernier voulait éliminer le désir de posséder plus qu'autrui, qui, à ses yeux, était la principale source des maux dont souffrent les sociétés humaines (40).
Elle était en outre autarcique, car il importait selon lui d'éviter les échanges avec l'étranger, qui lui apparaissaient comme un risque de contamination extérieure. Dans "Les Lois", écrites peu avant sa mort, en 348-347 (41), il précisait qu'elle devrait d'ailleurs s'élever loin de la mer pour se prémunir contre de telles influences (42).
Elle était enfin hautement dirigiste. Sa population était limitativement fixée, un fois pour toutes : dans "Les Lois" il la plafonnait à 5040 familles (43). Certes, tous les citoyens de sa Cité étaient frères (44), mais chacun avait une place et une seule, les Sages, qui étaient nés pour commander, les Guerriers, pour se battre et les hommes de métier appelés à nourrir les autres (45). Cette distribution sociale autoritaire ne débouchait pas sur la reconnaissance de trois castes fermées car tout individu faisait l'objet d'une affectation définitive qui reposait, non sur l'hérédité, mais les aptitudes personnelles (46). Mais l'idéal était que les rapports sexuels et la procréation soit organisés entre membres d'une même classe pour que le "troupeau (humain) garde sa qualité éminente" (47). Dans ce but, Platon avait d'ailleurs imaginé que le choix des partenaires pourrait être fixé par la Cité-Etat (48). La sphère de compétence de celle-ci était illimitée, car il pensait que "ce serait se tromper que de croire qu'il suffit de faire des lois sur les actions relatives à l'ordre public, sans qu'il faille descendre, à moins de nécessité, jusque dans les familles (...) ce serait toujours se tromper que de croire qu'en abandonnant ainsi les citoyens à eux-mêmes, dans les actions privées, ils n'en seraient pas pour cela moins exacts observateurs des lois, en ce qui touche l'ordre public" (49). Aussi bien, sa Cité-Etat était également une Eglise avec ses propres dieux et elle était investie du pouvoir culturel : elle était

(39) "Rép.", V, 472.
(40) Ibid., I, 374.
(41) "Oeuvres complètes", Platon, t. 1, Gallimard, La Pléiade, 1950, p. XI.
(42) "Les Lois", IV, 705-706.
(43) Ibid., V, 737.
(44) "Rép.", II, 415.
(45) Ibid., III, 415.
(46) Ibid., III, 415.
(47) Ibid., V, 4459.
(48) Ibid., III, 416.
(49) "Histoire des Idées Politiques", M. Prelot, G. Lescuyer, Dallos, 1977, p. 63.

notamment chargée de déterminer sur quels sujets et dans quelles formes les poètes auraient le droit de composer leurs fictions (50).

La riposte que Platon opposait ainsi au modèle institutionnel de son temps, l'Athénes démocratique et "capitaliste" (51) inspira T. More et ses héritiers qui assistèrent, du XVI° au XIX° siècle, à la genèse, puis à la maturation d'une société individualiste également fondée sur la richesse, avec son inévitable cortège d'inégalités sociales.

More, comme Platon (52), rejettait le droit de propriété privée (53), non en raison des troubles qu'il suscitait, mais au nom d'une exigence éthique d'égalité entre les hommes (54), ce qui était plus original.

Utopia, qui incarnait ses vues, était un île depuis que le roi Utopus avait fait couper l'isthme de terre qui la reliait au continent (55), geste éminemment symbolique. Sa capitale, Amaurote, avait la forme d'un carré (56), protégé par "une ceinture de murailles hautes et larges" (57), ses autres villes étant exactement semblables (58).

Ces traits essentiels se retrouvent dans la pensée utopique d'obédience collectiviste depuis quatre siècles.

Tous les auteurs qui s'y rattachent prennent soin d'isoler soigneusement leur cité idéale du monde extérieur, par crainte des contaminations : parfois, l'accès du pays est interdit aux étrangers et les nationaux n'ont pas le droit de le quitter (59), mais le plus souvent, le problème ne se pose même pas en raison de la situation géographique excentrique de la Cité. En effet, la plupart

(50) "Rép.", III, 379.
(51) Si cet anachronisme est acceptable pour désigner une économie fondée sur la richesse mobilière, notamment le commerce.
(52) Il existait cependant des différences entre eux. L'Etat platonicien est une Cité-Eglise intolérante, l'"Utopia" morienne connaît au contraire la liberté religieuse, encore que vingt ans après sa parution, More écrivit à Erasme une longue lettre où il demandait "que l'on grave sur son épitaphe que j'ai persécuté les hérétiques, car je hais ces gens, à moins qu'ils ne se repentent" ("Histoire de l'Utopie", op. cit., p. 131). De même, au refus platonicien d'une économie commerciale, répond l'ouverture d'"Utopia" au commerce extérieur.
(53) "Partout où la propriété est un droit individuel, où toutes choses se mesurent par l'argent, là on ne pourra jamais organiser la justice et la propriété sociale" ("L'Utopie", op. cit., p. 107).
(54) "L'égalité est (...) impossible dans un Etat où la possession est solitaire et absolue, car chacun s'y autorise de divers titres et droits pour attirer à soi autant qu'il peut, et la richesse nationale, quelque grande qu'elle soit, finit par tomber en la possession d'un petit nombre d'individus qui ne laissent aux autres qu'indigence et misère (...) l'unique moyen de distribuer les biens avec égalité et de constituer le bonheur du genre humain, c'est l'abolition de la propriété. Tant que le droit de propriété sera le fondement de l'édifice social, la classe la plus nombreuse et la plus estimable n'aura en partage que disette, tourments et désespoir" (ibid., p. 108).
(55) Ibid., p. 116.
(56) Ibid., p. 119.
(57) Ibid., p. 120.
(58) Ibid., p. 119.
(59) "La Nouvelle Atlantide", F. Bacon, Payot, 1983, p. 58 à 60.

des Utopistes situent leur Pays de perfection dans une île (60). Il ne s'agit pas là d'une coïncidence fortuite, mais du reflet d'une préoccupation fondamentale : la recherche de l'isolement. Aussi bien, si, pour les Utopistes, l'insularité n'a de valeur qu'en tant qu'isolat, la mer qu'en tant que barrière, il ne faut pas s'étonner que nombre d'entre eux aient opté, à défaut d'îles, pour d'autres territoires présentant les mêmes caractéristiques. La Cité des Troglodytes, décrite par le jeune Montesquieu (61) des "Lettres Persanes" (1721), était installée au coeur du désert d'Arabie, la république-modèle, que Bernardin de Saint-Pierre voulait établir, en 1723, devait s'élever dans le désert d'Arabie centrale et celle que les Mormons édifièrent en 1847 fut construite en plein désert de l'Utah. Le pays découvert par le chevalier de Mouhy, dans "Lamekis ou les Voyages extraordinaires d'un Egyptien" (1735-1738), celui du baron de Holberg, dans son "Voyage de Nicolas Klimius" (1741), celui de Lord Lytton, dans "La Race future" (1871), se situaient dans les profondeurs de la Terre. "Pyrna", parue sans nom d'auteur à Londres, en 1875, décrivait une Cité de perfection protégée, quant à elle, par les glaces du Pôle. Plus radicalement encore "Ajedhora" (1986) se trouve sur une planète lointaine, située à un demi-million d'années-lumières de notre Terre (62).

(60) "Du fantasme de l'insularité en matière politique", A. Leca et "Isule", G.G. Franchi, "Kyrn", n° 163, août-septembre 1985, p. 25 et 62-63. Déjà, à l'époque antique, la Cité des Héliopolites, décrite pas Iamboulos, se situait dans un archipel, les Iles du Soleil, et celle d'Euhéméros, dans l'île de Panchaia. A l'époque moderne, suivant l'exemple de l'"Utopia" de More, la "Macccaria" (1555) de C. Stiblin et celle de S. Hartlib (1641), qui s'en inspira, étaient également situés dans des îles. Tout comme la "Christianopolis" (1614) de J.V. Andreae, la Bensalem, décrite par F. Bacon, dans "La Nouvelle Atlantide" (1620), celle de R. Burton, dépeinte dans son "Anatomie de la Mélancolie" (1621), la "Città del Sole" de T. Campanella (1623), l'"Oceana" de J. Harrington (1623), "Noland" (1666), la "Terre Australe" de G. de Foigny (1676), l'île méridionale de D. Vairasse d'Alais, présentée dans son "Histoire des Sévarambes" (1677), celle de Calévaja, découverte par C. Gilbert dans l'"Histoire de Calévaja ou de l'isle des hommes raisonnables" (1700), celle de Tyssot de Patot, dans ses "Aventures de Jacques Sadeur" (1709), la "Salente" décrite par Fénelon, dasn ses "Aventures de Télémaque" (1717), la République idéale que, selon Mably, Lord Stanhope avait l'intention de fonder, la Cité imaginée par Morelly dans "La Basiliade" (1753), celle conçue par Tiphaigne de la Roche, dans sa "Giphantie" (1760), par Fontenelle dans sa "République des Philosophes" (1768), Moutonnet de Clairfons dans ses "Iles fortunées" (1778), G. Grivel, dans les six volumes de "L'île inconnue" (1783-1787), Sade, dans "Aline et Valcour" (1793).

(61) Il ne s'agit pas stricto sensu d'une utopie, mais plutôt d'une fable et son auteur n'était pas un utopiste, quoiqu'il ait sans doute lu More, Campanella et Vairasse, dont il possédait les oeuvres chez lui ("Le catalogue de la bibliothèque de Montesquieu", L. Desgraves, Droz, Genève, 1954, p. 104-172-186).

(62) "Ajedhora", F. Lalanne, Flammarion, 1986, p. 68. On pourrait s'étonner de voir citer cet ouvrage dans une étude scientifique. Certes son auteur est un artiste et assurément pas un penseur politique. Mais "Ajedhora" reflète un certain idéal de l'époque, elle est représentative d'un certain courant d'idées et paraît devoir être brièvement mentionnée à ce seul titre.

Parfois, des fortifications accentuent ce repli interne, notamment chez T. Campanella, dans sa "Città del Sole" (1623), et S. Gott, dans sa "Nova Solyma" (1648), et celles-ci se doublent même de murailles internes destinées à séparer les classes sociales. Tel est le cas dans les Cités conçues par Alberti et de Vinci (63), ou du moins les secteurs d'activité économique, comme dans la Stahlstadt de J. Verne (64).

Depuis Hippodame et More, toutes les Cités idéales ont en outre des formes géométriques parfaites, orthogonales, carrées ou circulaires. On retrouve cette idée chez A.F. Doni, le traducteur italien d'"Utopia" (65), Campanella, Morelly, Vairasse, Cabet entre autres (66).

Un tel souci de perfection serait illusoire si l'élément humain pouvait un jour le contrecarrer. La plupart des Utopistes craignent ainsi le désordre, notamment en matière démographique. Depuis Hippodame et Platon, les Utopistes posent volontiers des règles très strictes en la matière. Chez T. More, les villes ne comptent jamais plus de six mille familles et des préoccupations très voisines affleurent dans les Utopies italiennes de la Renaissance. On les retrouve encore au XIX° siècle. Ainsi les phalanstères de Fourier devaient grouper mille six cents personnes environ (68). Les communautés du projet présenté par R. Owen, dans son rapport à la Chambre des Communes, en 1817, devaient chacune réunir mille deux cents habitants (69). Dans "La Race future" (1871) de Lytton, les communautés de Vril-ya atteignaient rarement plus de cinquante mille âmes (70). L'"Etynomia" d'un auteur anonyme anglais de 1875, présentait des collectivités de mille personnes, travaillant en mettant tout en commun comme dans les colonies agricoles décrites par Emile Thirion, dans "Neustria" en 1901 (70).

La vie communautaire est de règle dans toutes ces unités socio-politiques et, en leur sein, le principe de base est assurément la substitution de la propriété publique à la propriété privée, qui permet de distinguer les Utopies proprement communistes des Utopies progressistes, comme celles d'Agostini (1585), de Bacon (1620), de Burton (1621) et d'Harrington (1656), qui laissent une place plus ou moins importante à l'appropriation privée.

(63) "Histoire de l'Utopie", op. cit., p. 153.
(64) "Les cinq cent millions de la Bégum", J. Verne, Hetzel, 1879.
(65) "Histoire des Doctrines Politiques en Italie", E.A. Albertoni, P.U.F., Paris, 1981, p. 77.
(66) "Les philosophes utopistes", op. cit., p. 278 et s., "Utopie et Littérature", op. cit., p. 127 ; "Utopie et civilisation", G. Lapouge, Flammarion,, Paris, 1978, p. 11-280.
(68) "Histoire de l'Utopie", op. cit., p. 250.
(69) "Utopie et Civilisation", op. cit., p. 279.
(70) "L'Utopie anglaise", op. cit., p. 161.

Le style communautaire qui imprègne la vie sociale induit les pratiques les plus diverses. Le thème des repas pris en commun se retrouve chez Platon, à la Renaissance, chez More (71), les Républicains de Florence (72), Doni (73) et Agostini (74), au XVII° siècle, chez Campanella (75). Au XVIII° siècle encore, Mably rêvait à cette institution (76).
En outre, dans la pensée socialiste utopique, la communauté s'étend volontiers au sexe féminin et s'accompagne alors de l'abolition du mariage, perçu comme l'appropriation privée d'une femme par un homme. Cette option radicale se retrouve au XVI° siècle chez Doni (77) et Agostini (78), au XVII° siècle, chez Campanella (79), au XVIII° siècle, chez Gilbert (80), Tiphaigne de la Roche (81), Morelly (82) et, plus près de nous, H.G. Wells y sacrifia, dans "Des hommes comme des dieux" en 1923 (83). Toutefois nombre d'Utopistes refusent le risque de tels débordements sexuels. Les plus réalistes le font en sacralisant le lien matrimonial, comme Bacon (84), dans sa "New Atlantis" (1620), mais en ce cas, ils sont très rares à admettre la liberté dans la conclusion et la dissolution du mariage (85). En effet, celui-ci ne s'analyse pas comme un contrat, mais une institution d'intérêt public dans laquelle l'Etat laisse une part assez restreinte à la liberté individuelle. More écrit ainsi qu'on "donne un mari" aux filles nubiles, mais ne précise pas que celles-ci ont le droit de le choisir (86). Dans son Utopie, les moeurs sont austères : les dîners collectifs commencent par la lecture d'un livre de morale, toute frivolité est bannie (87), les relations sexuelles extra-maritales sont rigoureusement punies, surtout lorsqu'elles sont de nature adultérines, la récidive en la matière étant passible de mort (88). Ses successeurs les plus extrémistes ont parfois résolu le

(71) "L'Utopie", op. cit., p. 134-135.
(72) "La Renaissance de Sparte", H. Morel, A.F.H.I.P., vol. 4, P.U.A.M., 1986.
(73) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 127.
(74) Ed. de L. Firpo, Torino, 1957, p. 121.
(75) "La Cité du Soleil", T. Campanella, Librairie Droz, Genève, 1978, p. 12.
(76) "L'idéal spartiate chez Mably", N. Dockes, A.F.H.I.P., vol. 5, P.U.A.M., 1987.
(77) "Utopisti e Riformatori sociali del Cinquecento", C. Curcio, Bologna, 1941, p. 27 et s.
(78) "La Cité du Soleil", op. cit., p. 15.
(79) Ibid., p. XXII-10.
(80) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 61.
(81) Ibid., p. 169.
(82) "Histoire de l'Utopie, op. cit., p. 331.
(83) "Men like Gods", Sphere Books, London, 1976, p. 68-69.
(84) "La Nouvelle Atlantide", op. cit. p. 67.
(85) Il existe toutefois des exceptions, notamment chez le plus libertaire des Utopistes, W. Morris, dans ses "News from Nowhere" (1891).
(86) "L'Utopie", op. cit., p. 130. Plus loin, il parle cependant d'un choix (ibid., p. 162).
(87) Ibid., p. 136.
(88) Ibid., p. 162 à 164.

problème de la sexualité de façon encore plus rigoureuse : chez G. de Foigny, dont l'imagination est particulièrement fertile (89), ce type de rapports n'existe plus et son île utopique est peuplée d'hermaphrodites pratiquant avant la lettre de véritables manipulations génétiques, deux siècles et demi avant que l'idée n'en soit systématiquement développée dans cette contre-utopie féroce qu'est "Brave New World" (1939) d'A. Huxley. De même, W.H. Hudson, dans "A Christal Age" (1887) supprimait les relations "animales" (90), que G. Tarde, dans "Fragment d'une histoire future" (1904) limitait aux sujets d'élite (91).

En effet, l'Etat utopique, tel que le conçoit ce courant d'idées, est par essence totalitaire et ne laisse rien à l'initiative privée. Chez Campanella, la Cité réglemente l'heure et la périodicité des accouplements, tous les trois soirs, "digestion faite et après avoir prié" (92). Elle détermine même la coupe (93) et la couleur (94) des vêtements de chacun. Ce dernier trait est d'ailleurs particulièrement fréquent : au XVI° siècle, l'évêque espagnol Guevara (95) et Doni (96), au XVIII° siècle, Fénelon (97) et l'auteur anonyme du "Changement du monde entier" en 1787 (98), au XIX° sicèle, Cabet, dans son "Voyage en Icarie" (1842) le mentionnent.

L'ambiance générale est à la rigueur, l'austérité, encore que dans son île parfaite, Morelly décrive des fêtes générales ponctuant les travaux agricoles (99). Mais il est absolument exceptionnel que règne dans la Cité idéale, la joie, "l'agréable pagaille" des "Nouvelles de Nulle Part" (1891) de W. Morris qui décrit une société socialiste d'abondance ou la bonne humeur et le vin coulent à flots.

Tout n'est pourtant pas aussi rébarbatif dans les utopies collectivistes. Dans un univers aussi minutieusement réglé, parfait et équilibré, comme un "mobile", voué à la stabilité perpétuelle, l'appareil législatif et coercitif est souvent devenu inutile. En effet, ce courant de pensée tend généralement à l'Unomie : la

(89) Ce médecin-philosophe du XVIII° siècle avait pressenti la photographie en couleurs, la radio, la télévision et les produits alimentaires synthétiques ("La Giphantie de Tiphaigne de la Roche", E.C. Flamand, La Nouvelle Revue Française, mai 1962, p. 964-975), dont Gustave Le Rouge s'est certainement inspiré en 1908-1909 ("Oeuvres", G. Le Rouge, R. Laffont, 1986, p. 781).
(90) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 209.
(91) Ibid., p. 284.
(92) "La Cité du Soleil", op. cit., p. 19-20.
(93) Ibid., pp. 12-17.
(94) Ibid., p. 18.
(95) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 122.
(96) Ibid., p. 127.
(97) Ibid., p. 177.
(98) "Histoire de l'Utopie", op. cit., p. 222.
(99) "Naufrage des isles flottantes ou Basiliade du célèbre Pilpai", t. 1, Messine, 1753, p. 105.

perfection "spontanée" y est telle que les lois n'existent plus ou se réduisent à un petit nombre. More en avait d'ailleurs donné l'exemple (100). Au pays des Garamantes, décrit en 1528 par l'Espagnol Guevara, il n'existe que six lois et la première est qu'on n'en fera plus de nouvelles (101). En Basiliade, selon Morelly, le seul délit susceptible de poursuites est l'appropriation privée d'un bien (102). A "Nowhere", d'après Morris, il ne paraît plus subsister la moindre loi, ni en matière civile (103), pénale (104) ou constitutionnelle (105), tout comme dans l'"Utopia" de H.G. Wells (106).

Un tel univers a fait rêver les écrivains et les penseurs qui n'en ont sans doute pas mesuré pleinement le prix à payer et ce, bien au-delà des cercles utopistes. Dans son célèbre chapitre sur "Les Cannibales" (107), Montaigne louait les sauvages qui ignoraient l'Etat et la propriété privée (108). Dans un discours de Gonzalo, extrait de "La Tempête" (109), Shakespeare se prit également à rêver d'un Etat sans richesse, magistrats et roi, où tout serait mis en commun. Le jeune Montesquieu, dans son histoire de Troglodytes (110), en 1721, ne dissimulait pas que le peuple qu'il décrivait devait son bonheur à l'absence d'Etat et de propriété privée. Et le "Discours sur les Sciences et les Arts" (1750) de Rousseau fit largement écho à de telles conceptions, même si leur auteur se défendit ensuite d'être un Utopiste (111).

De tels témoignages de séduction justifient peut-être l'espérance des Utopistes qui comptent souvent sur la propagation spontanée de leur système, à partir d'une communauté exemplaire, dont le modèle ferait tache d'huile : c'est particulièrement net pour les colonies d'Owen ou les phalanstères de Fourier. Dans un tout autre ordre d'idées, d'autres penseurs comptaient plutôt sur un bon despote qui saurait appliquer leur programme. Platon, le premier, pensait pouvoir édifier sa République "avec le concours d'un honnête tyran" (112), sans doute Denys de Syracuse. Deux mille ans après, Harrington

(100) "L'Utopie", op. cit., p. 107-106.
(101) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 122.
(102) "Utopie et Propriété : l'exemple de Morelly", N. Dockes, A.F.H.I.P., vol. 3, P.U.A.M., 1984, p. 82.
(103) "Nouvelles de Nulle Part", op. cit., p. 241.
(104) Ibid., p. 241.
(105) Ibid., p. 231.
(106) "Men like Gods", op. cit., p. 52 à 55, 64 à 69.
(107) "Les Essais", I, 21.
(108) *Cf.* "Aspects du Nouveau Monde dans l'imaginaire européen", B. Valetti, in "Analyse et réflexions sur Tocqueville", Ouvrage collectif, Ellipses, Paris, 1985.
(109) II, I, vers 147 et s.
(110) "Lettres Persanes", XI à XIV.
(111) Lettre de J.J. Rousseau au marquis de Mirabeau, 26 juillet 1767.
(112) "Les Lois", IV, 710.

commit la même erreur avec Cromwell (113). Dans une même perspective, à plusieurs reprises, R. Burton insista sur la nécessité d'un dictateur pour réformer les moeurs et faire entrer l'humanité dans une ère nouvelle qu'il préconisait (114). Le premier, peut-être, Campanella, songea à une conspiration, idée dont se souviendra Babeuf. Toujours est-il qu'en 1599-1600, il fut arrêté à ce titre en Calabre et, bien avant Blanqui, le moine italien aurait mérité le surnom de "l'Enfermé", puisqu'il passa vingt sept années de sa vie en détention continue (115). Avec une clairvoyance qui fut bientôt vérifié en Russie, W. Morris imagina la société socialiste émergeant d'un chaos d'une révolution sanglante (116).

Aussi homogènes qu'elles puissent paraître, par delà des différences secondaires, les Utopies socialistes ne résument pas à elles seules l'Utopie toute entière. En effet, celle-ci, telle qu'elle se présente à l'historien des idées, est, au fond, un instrument polyvalent, qui, négativement, peut servir à condamner ou, positivement, à promouvoir les formes les plus variées d'idéaux politiques.

- * -

Les Utopies anticommunistes elles-mêmes se répartissent en oeuvres de condamnation et de promotion.

Au titre des premières, il convient de citer la lignée des "contre-utopistes", qui se plient au genre littéraire de l'Utopie, non pour présenter une Cité idéale, mais pour en démontrer les vices. Leur "réalisation pour voir" n'a pas pour but de défendre un nouveau modèle politique, mais de démolir un projet présenté avant eux. Aussi bien, ce genre n'intéresse-t-il pas directement notre propos, encore qu'il arrive que ces oeuvres contiennent en filigrame un programme politique positif.
Aristophane, dans sa comédie "Les Oiseaux" (vers 414 av. J.C.) mit en scène une Cité imaginaire, "Néphélococcygie", la Ville des Nuées et des Coucous, dont le but était de ridiculiser les architectes utopistes qui, comme Hippodame, voulaient construire les villes sur des plans géométriques (117) ou les "marchands de décrets" qui rêvaient d'appliquer des lois toutes faites sans tenir

(113) "Histoire de l'Utopie", op. cit., p. 168.
(114) "L'Utopie de R. Burton", P. Mesnard, in "Les Utopies de la Renaissance", op. cit., p. 79.
(115) "La Cité du Soleil", op. cit., Introduction de L. Firpo, op. cit., p. XII et s. : "Les Socialismes Utopiques", J.C. Petitfils, P.U.F., Paris, 1977, p. 25.
(116) "Nouvelles de Nulle part", op. cit., p. 287 et s.
(117) "Théâtre complet", t. 2, Garnier-Flammarion, Paris, 1966, pp. 67-69.

compte des circonstances de lieu (118). Le message politique "positif" de sa comédie est qu'au fond une cité heureuse s'édifie en laissant les choses suivre librement leur cours, comme l'illustrent les intentions des fondateurs de Néphélococcygie, qui sont plus que pragmatiques (119). Dans "L'Assemblée des Femmes" (vers 392), l'écrivain décrit, dans une Athènes uchronique, située dans un futur indéterminé, les effets pervers de l'égalitarisme et de la mise en commun des biens. Aristophane, qui n'est assurément pas un Utopiste, ni même un théoricien politique, se méfiait de toute évidence de l'idée même d'un Etat parfait et lui préférait l'imperfection et la diversité inhérente à la vie. Dans "Ploutos" (388), il fit ainsi "l'éloge du travail et l'apologie de l'inégale et aveugle répartition des richesses" (M. J. Alfonsi), préfigurant ainsi tout un courant d'idées qui ne méconnaît pas qu'un Etat libre et prospère repose forcément sur certaines injustices et des vices apparents.

Sans nul doute, la contre-utopie rejoint l'Utopie classique avec le plus d'exactitude lorsqu'elle se présente comme la description d'un pays imaginaire d'apparence idéale, dont la finalité est de constituer un repoussoir.

Selon nombre d'auteurs (120), les "Voyages de Gulliver" (1726), de J. Swift, appartiennent à ce genre, parfois qualifié également d'"utopies négatives" (121) ou d'"anti-utopies" (122). Dans ce sens, le récit de Lilliput aurait pour but de caricaturer la vanité de nos sociétés humaines (123), celui de Brobdingnag, de montrer une Cité idéale, dont les habitants ne sont que des géants stupides (124) et l'histoire de Laputa, d'offrir une caricature grincante de la Bensalem de Bacon (125).

On pourrait rapprocher de ce genre la "Fable des Abeilles" (1740), dans laquelle Mandeville présente un rucher idéal, devenu incapable de produire du miel, démontrant en quelque sorte que l'inégalité et l'"injustice" (au sens commutatif du terme) sont indispensables à la vie.

De son côté, "Erewhon" (1872) de S. Butler renoue, moins avec la pensée politique d'Aristophane, qu'avec sa verve destructive, en analysant un pays prétendument parfait où le dogmatisme et l'absurdité sont tels que les délinquants sont soignés et choyés, tandis que la maladie est considérée comme une infraction

(118) Ibid., pp. 70-71.
(119) Ibid., pp. 32-33.
(120) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 224 ; "Utopie et Civilisation", op. cit., pp. 204 à 213.
(121) "Utopie et Littérature", op. cit. p. 224.
(122) "La pensée politique de Jonathan Swift dans les Voyages de Gulliver", Etudes offertes à A. Audinet, P.U.A.M., 1972, p. 309.
(123) "Utopie et Littérature", op. cit., p. 227.
(124) Ibid., p. 229.
(125) Ibid., p. 231.

passible des tribunaux (126). Avec une férocité qui rappelle celle de Swift, il explique l'originalité de l'impôt régressif sur le revenu, qui taxe la pauvreté pour encourager l'opulence, ainsi que les particularités du système éducatif erewhonien, au sommet duquel trône un "Collège de la Déraison" (127).
La Cité idéale de Stahlstadt, décrite par J. Verne, dans "Les cinq cents millions de la Bégum" (1879) est également un repoussoir (128), que l'auteur oppose à la Cité imparfaite, mais libre, qu'est France-Ville (129).

Un premier courant s'attaqua à la tyrannie de la Science, accusée d'opprimer l'humanité. C'est là l'idée-maîtresse du "Monde tel qu'il sera" (1846) d'un précurseur, E. Souvestre, de "The Machine stops" (1912) d'E.M. Forster et, plus près de nous, d'un grand nombre de romans de science-fiction, comme "This Perfect Day" (1969) d'Ira Levin, qui, le premier, de façon systématique, illustra les menaces que le développement de l'Informatique faisait planer sur les libertés individuelles en imaginant un monde gouverné par un ordinateur géant, "Uni-Ord".

Un second courant s'attela plus spécialement à la dénonciation de la tyrannie des idéologies. "The Master Beast" (1907) de H. W. Newte décrivit ainsi le bilan négatif du Socialisme, s'il venait à triompher. Deux décennies après, une Nouvelle russe, "Nous Autres" (1929) d'E. Zamyatine, tourna en dérision le Socialisme soviétique (130), qui a également inspiré "1984", le fameux roman de G. Orwell (1949), -dans lequel le personnage de "Big Brother" reprenait celui du "Père du Peuple", dégagé auparavant par Newte- et, sans doute, "Les Hauteurs Béantes" (1976) du dissident russe A. Zinoviev. "Land Under England" (1935) de J. O'Neil, "Swastika Night" (1937) de M. Constantive et, dans une moindre mesure, "Fahrenheit 451" de R. Bradbury (1953), concernaient en revanche le National-Socialisme allemand. Aucun de ces ouvrages n'a serré de plus près l'Utopie classique que "Brave New World" d'A. Huxley (1939). En effet, tous les grands thèmes des oeuvres de Platon, More et leurs héritiers y réapparaissent. On découvre dans son récit plusieurs catégories sociales, individualisées par des vêtements de couleurs différentes (131) et la destination d'un individu y est déterminée dès sa naissance, d'autant plus aisément que l'Etat opère des

(126) "Erewhon", S. Butler, Penguin Classics, Hardmandsworth, 1985, pp. 96-97, 106 et 115.
(127) Ibid., p. 96.
(128) "Les cinq cents millions de la Bégum", J. Verne, Librairie Générale française, 1979, pp. 60-62-64-68 et s.
(129) Ibid., pp. 144-150-153.
(130) "Le phénomène dissident en Union Soviétique", A. Leca, Thèse III' cycle, Aix-en-Provence, 1983, p. 126.
(131) "Le Meilleur des Mondes", A. Huxley, Plon, 1977, p. 82 et 183.

manipulations génétiques (132) qui rendent inutiles les rapports sexuels. Dans "Ape and Essence" (Temps futurs) en 1948, Huxley repris expressément l'idée que "La République" de Platon conduisait à la tyrannie (133). C'est le principe même d'un Etat idéal qui est critiqué, notamment dans "The ones who wolk away from Omelas" (Ceux qui partent d'Omela), où U.K. Le Guin, en 1973, décrit un monde parfait bâti sur le martyr d'un seul innocent (134), ainsi que dans "A Ticket to Tranai" (Un billet pour Tranai) où R. Scheckley démontre que l'absence d'appareil répressif engendre l'arbitraire (135).

Au plan des idées positives, il faut bien admettre que l'Utopie, dans son sens le plus strict, a été indifféremment utilisée pour promouvoir les modèles politiques les plus différents.

La monarchie absolue tout d'abord. Tel est le cas dans l'"Entretien d'un Européen avec un insulaire du Royaume du Dunocala" (1754) de Stanislas Lesczynski, ancien roi de Pologne, alors duc de Lorraine : dans son île heureuse, un roi gouverne seul, de façon paternelle et les inégalités sociales qui subsistent n'empêchent pas le bonheur de tous. A peu près à la même époque, la "Relation du Royaume des Féliciens" (1756) du marquis de Lassay décrit un pays de perfection, où le prince gouverne, entouré de sa noblesse. L'égalité y est purement juridique, le commerce est libre et la société connaît le luxe et l'abondance. "Les Aventures de Périphas" de Puget de Saint-Pierre (1761) décrivent dans une île de la mer Egée, une monarchie de droit divin, paternelle et bienveillante, où la noblesse, vertueuse et respectueuse des usages traditionnels, joue un rôle important. "Le Roi Voyageur" de J.A. Perreau (1784) met en scène une monarchie tempérée, qui rappelle davantage l'utopie de Lassay.

Au-delà de ces oeuvres plus ou moins conservatrices (136), l'Utopie a également été utilisée pour prôner l'avènement d'une société libérale. "Olbie ou Essai sur les moyens d'améliorer une nation" de J.B. Say (1800) présentait ainsi, à l'occasion d'un concours ouvert cette année là par l'Institut (137), une société qui avait établie sa liberté politique sur les ruines d'une monarchie absolue, en prenant le contrepied d'une Utopie mystique (138).

(132) Ibid., p. 25.
(133) "Temps futurs", A. Huxley, Presses Pocket, 1982, p. 11.
(134) "Anthologie de la littérature de Science-Fiction", J. Sadoul, Ramsay, Paris, 1981, p. 337 à 342 et notamment 342.
(135) "Anthologie de la Science-Fiction", 2e série, "Histoire de Mondes étranges", Librairie Générale française, 1984, p. 347 à 402.
(136) L'idée d'égalité juridique était éminemment "progressiste" dans les sociétés d'Ordres du XVIIIe siècle.
(137) "Les Economistes, le pouvoir politique et l'ordre social en France entre 1830 et 1851", Y. Breton, "Histoire, Economie et Société", 1985-2, p. 234.
(138) Il s'agit d'"Olbia, une île récemment découverte" (1660), écrite par un

absolue, en prenant le contrepied d'une Utopie mystique (138). En cela, "Olbie" préfigure "Ajedhora", une utopie libérale récente, qui s'édifie sur les décombres d'un Etat socialiste et s'oppose, en tous points, aux Utopies communistes qui l'ont précédée (139). Quant à son contenu idéologique, ses lignes de force, à l'exception de la monarchie (140) et du rôle de la religion (141), reprennent des thèmes déjà développés par le Libéralisme contemporain, comme la privatisation de la monnaie, défendue par M. Hayek (142), le système des bons-éducation, exposé par M. Friedman (143) ou l'abolition de l'impôt sur le revenu. Du point de vue littéraire, elle emprunte beaucoup à la littérature d'anticipation qui, dans son développement, a maintes fois croisé la route de la littérature politique utopique (144), avec notamment

(138) Il s'agit d'"Olbia, une île récemment découverte" (1660), écrite par un anonyme anglais ("Histoire de l'Utopie", op. cit., p. 225).

(139) Cf. note n° 62. On remarque au passage que tous les cadres dirigeants du vaisseau spatial, à l'intérieur duquel règne un véritable Etat-Providence, portent des noms d'auteurs communistes, tels More ("Ajedhora", op. cit., p. 25), Campanella (ibid., pp. 26-31), Deschamps (ibid., p. 32), Owen (ibid., p. 32), etc...

(140) Ibid., p. 147 et 190.

(141) "Mais si les Ajedhoriens affirmaient le droit des meilleurs à s'épanouir hors du carcan de l'égalitarisme, ils clamaient également son corollaire, le devoir, pour les forts, de prendre en charge et de protéger les faibles. Et, pour la plupart, il s'agissait là, non d'une promesse vide de sens, mais d'une obligation religieuse. Les Ajedhoriens tenaient pour évidente cette vérité que l'Univers entier reste l'oeuvre d'un seul Dieu tout-puissant et que toutes les créatures engendrées par lui ont la même valeur en soi devant la loi suprême" (ibid., p. 126).

(142) "Denationalization of Money" (1978).

(143) "Capitalisme and Freedom" (1962).

(144) Certes les deux genres sont nés séparément. C'est ainsi que l'idée d'un voyage interstellaire est d'abord apparue comme une fantaisie littéraire, notamment avec "L'Histoire Véritable" de Lucien de Samosate, au II° siècle de notre ère, puis elle a été utilisée à des fins politiques à partir de F. Godwin ("The Man in the Moon", 1638). En fait, l'Utopie s'est surtout rapprochée de la littérature d'anticipation à partir de la fin du XVIII° siècle ("L'an 2440", L.S. Mercier, 1770 ; "L'an 2000", Restif de la Bretonne, 1790) et, bien sûr, du XIX° siècle. Il n'en demeure pas moins qu'il existe aujourd'hui une littérature de Science-Fiction non politique, ainsi que des Utopies qui ne doivent rien au genre fantastique, par exemple celle d'H. Mendras ("Voyage au pays de l'Utopie rustique", 1979).

le thème du voyage spatial (145), celui de l'arche stellaire (146) et des animaux intelligents (147).

* _ * _ * _ *

Au-delà de ses métamorphoses et de son contenu idéologique formel, l'Utopie présente donc des caractères immuables qui font son unité.

On pourrait donc imaginer de la plier toute entière à un seul et même mécanisme d'interprétation (148).

(145) Voir notamment le "Somnium" de Kepler (1634), "The Man in the Moon", de F. Godwin (1638), l'"Histoire comique des Estats et Empires de la Lune", de C. de Bergerac (1656), l'"Itinerarium exstaticum" d'A. Kircher (1656), "Micromégas" de Voltaire (1752), les "Voyages de Milord Céton dans les sept planètes" de L.G. de la Follie (1775), "Le retour de mon pauvre oncle ou la relation de son voyage dans la Lune", de J.A. Dulaure (1784), "A voyage to the Moon", de J. Alterley (1827), l'"Aventure sans pareille d'un certain Hans Pfaal", d'E. Poe (1835), les "Aventures d'un aéronaute parisien dans des mondes inconnus" d'A. Driou (1856), le "Voyage de la planète Vénus" d'A. Eyraud (1864), "De la Terre à la Lune", de J. Verne (1865), "Les exilés de la Terre", d'A. Laurie (1887), le "Voyage de Vénus", de C. Guyon (1888), sans parler de leurs innombrables héritiers du XX' siècle.

(146) Voir notamment "Wish upon a Star", J. Merril, Scott Meredith, 1947 ; "Stardhurst", C. Oliver, Street and Smith Publication, 1953 ; "The Wind blows free", C. Oliver, Mercury Press, 1957 et "Things Lost", T.M. Disch, Harlan Ellison, 1972.

(147) Voir notamment les "bêtes-hommes" de Cyrano de Bergerac ("Voyage dans la Lune", op. cit., p. 54) et la race simiesque de Z. Seriman ("Viaggi di Enrico Wonton", 1749) qui anticipe sur "La planète des singes" de P. Boulle (1963).

(148) Cf. "L'Utopie est-elle réactionnaire ? Essai d'interprétation", A. Leca, op. cit.

R. R. J. 1988

Pages 749 à 784

VARIETES

ESSAI DE DEFINITION DE LA FRAUDE INFORMATIQUE

Par

Guillaume CHAMPY
D.E.A. de droit pénal et de sciences criminelles
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

L'importance économique de l'information est mise en exergue à l'époque moderne.

Le phénomène n'est pas totalement nouveau, "l'information" ayant toujours fait l'objet d'un enjeu (politique, économique, militaire, etc. ...).

Il n'est qu'à se référer à l'adage fort ancien selon lequel "le pouvoir dérive du savoir".

Ce que l'on appelle aujourd'hui "l'information" au sens économique est apparu avec le dépassement des capacités humaines de "traitement de l'information", c'est ici que réside la véritable nouveauté.

Si "l'information", en raison des capacités de traitement accrues offertes par les technologies nouvelles, possède une valeur économique indéniable, elle ne correspond en tant que telle, du moins dans nos systèmes issus du droit romain, à aucun concept juridique.

L'on peut dire que dans nos systèmes latins, "l'information", notion essentiellement économique, ne fait l'objet que d'une protection juridique résiduelle.

C'est à partir de là que s'est posé le problème de l'élaboration d'un cadre juridique à portée générale.

Les théories nord-américaines sur la propriété de l'information, paraissaient prometteuses.

En effet, en droit américain la "property" correspond à une valeur marchande laquelle est susceptible d'appropriation.

Mais comme le faisait remarquer un auteur français (1), critiquant les doctrines de "l'analyse économique du droit" reprenant sur ce sujet les thèses anglo-saxonnes, une telle conception ne saurait être adaptée dans notre droit.

En effet, la "property" découle d'une conception "féodale" du droit de propriété et ne revêt pas la force que lui ont donnée nos constitutions révolutionnaires.

C'est pourquoi la majorité des auteurs s'accordent à reconnaître l'inadaptation du droit de propriété comme instrument juridique apte à appréhender cette notion économique qu'est l'information.

Du reste, la conception française du droit de propriété ne risquerait-elle pas de constituer une entrave à la libre circulation des idées et à la liberté du commerce et de l'industrie ?

Il semblerait selon les derniers travaux de la doctrine, que l'on s'oriente vers un droit de propriété fortement atténué, et qui n'aurait de propriété en fait que le nom (2).

En tout état de cause, les contours de ce qu'on appellerait "l'information", restent à définir.

En attendant l'élaboration problématique d'un statut général, la plupart des législations des pays de l'O.C.D.E. opérèrent un glissement de la protection de l'information, à la protection du système qui permet de la traiter.

Cette question se posait avec d'autant plus d'acuité qu'en accroissant les possibilités de traitement d'assimilation et de stockage de l'information, les systèmes de traitement automatisés, multipliaient les moyens d'y porter atteinte.

C'est dans ces circonstances qu'apparut un nouveau type de criminalité, la délinquance informatique, générée par un nouveau type d'agissement, la "fraude informatique" (2 bis).

Le principe admis de la protection du système de traitement de l'information se posait alors la question cruciale de la politique à adopter.

Il s'agissait en premier lieu de cerner le phénomène.

---

(1) C. Atias, "La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face" in la R.R.J. 1987-2 pp. 477 à 496. Plus spécifiquement pp. 492 à 493 : "La common law raisonne tout autrement et le terme de propriété y est plus proche du mot français "titularité" que du terme défini à l'article 544 du Code civil, le locataire et le titulaire d'une servitude peuvent ainsi faire valoir en justice leurs "propriétés" ... L'analyse économique du droit se fonde sur des notions d'origine féodale : faut-il rappeler que le droit anglais de la propriété fait encore très largement appel à l'idée de tenure ? ... qui se souvient du sens anglais du mot propriété comprend mieux pourquoi l'analyse économique du droit méconnaît allègrement les catégories les mieux définies du droit civil ...";

(2) L'appropriation de l'information : cf. Catala, "La propriété de l'information", Mélanges Raynaud 1985, p. 97 ; J.P. Chamoux et al, Litec 1986, p. 84, "Ebauche d'une théorie juridique de l'information", D. 1984, chron. p. 97.

(2 bis) Le terme n'est pas utilisé ici dans le sens où nous l'emploierons par la suite.

Les définitions ne manquaient pas, chaque auteur ou presque ayant la sienne.

Cette absence d'unité ainsi que l'imprécision jointe au manque de clarté des définitions n'allaient pas arranger les choses.

C'est néanmoins la critique des définitions existantes et leur passage au crible du droit pénal qui peut seule permettre de résoudre la difficulté d'élaborer une indispensable définition du phénomène (3).

Poser les vraies questions, c'est déjà apporter un début de réponse.

En ce sens, nous nous efforcerons de cerner les failles pour tenter d'apporter notre contribution à la recherche de concepts juridiques appropriés.

De ce dernier point de vue, l'approche pénale est avant tout guidée par son objectif d'efficacité.

C'est donc une démarche pragmatique, bien que théorique que nous tenterons.

I - LES DIFFICULTES DE CONCEPTUALISATION DE LA FRAUDE INFORMATIQUE

Devant les problèmes soulevés par la définition juridique de l'information notion immatérielle difficilement appréhendée par le droit traditionnel, une nouvelle approche du phénomène semblait nécessaire.

La protection du système de traitement de l'information paraissait une idée d'autant plus séduisante qu'elle permettait d'une part d'éluder le problème juridique posé par "l'appropriation de l'information" et d'autre part de pouvoir être examinée directement par le droit pénal.

Cette approche à caractère pragmatique devait cependant soulever le problème de la conceptualisation de la notion de "fraude informatique" et révéler à l'usage le caractère artificiel de

(3) Sur l'opportunité d'une définition de la fraude informatique : I. de Lamberterie et J. Huet : "Les conséquences juridiques de l'informatisation", rapport au Conseil de la recherche du ministère de la justice, L.G.D.J. 87, p. 41 à 82, plus spécialement p. 46 et 52. Sur la nécessité de définition en droit en général et en droit pénal en particulier, cf. R. Gassin, "Les définitions dans les textes en matière pénale", R.R.J. 1987-4, pp. 1019 à 1042. Sur les définitions juridiques en général, cf. R.R.J. 1987-1 et R.R.J. 1987-4 (cahiers de méthodologie juridique n° 1 et 2). A ce sujet, contrairement à ce qu'il a pu être avancé lors des débats parlementaires, le Code pénal contient de nombreuses définitions, tout dépend évidemment de savoir, si l'on peut dire, comment l'on définit la notion de définition (R. Gassin, op. cit.). Contra : Devèze, "Le droit criminel face aux technologies modernes de communication", Economica, pp. 185-201.

la séparation du système et de son contenu dans la définition de cette dernière.

Des diverses définitions tentant de cerner le phénomène, on peut distinguer celles qui procèdent par abstractions, de celles qui procèdent par énumération d'actes.

Si la nécessité de telles définitions n'est pas contestable dans son principe, il apparaît à l'évidence que la plupart d'entre elles découlent de constatations techniques échappant à toute systématisation rationnelle.

A - L'imprécision des définitions procédant par énumération d'actes

Il s'agit de répertorier les divers comportements frauduleux recensés à ce jour, de cerner leurs limites ainsi que celles des qualifications pénales classiques susceptibles d'être retenues.

On observera que la nature de ces limites n'est pas la même, à l'imprécision des typologies de fraude informatique, on peut ajouter l'insuffisance des incriminations pénales classiques.

a) Les limites des principales typologies de comportements frauduleux

Lorsque l'on observe les diverses tentatives de classification des fraudes informatiques, l'on est frappé par le manque de rigueur qu'elles reflètent.

Bon nombre d'auteurs changent de critère au sein d'une même classification, ou bien, emploient des concepts flous, qu'ils maîtrisent mal, et ceci aboutit souvent à ôter toute valeur à leur typologie du fait que les comportements ainsi recensés se chevauchent et s'entrecroisent.

Nous allons tenter de mettre en lumière les insuffisances ainsi constatées, en reprenant les principales typologies.

Classification de l'O.C.D.E. (4).

L'O.C.D.E. opère les distinctions suivantes :

Fraude commise par manipulation d'ordinateur
Espionnage informatique et piratage de programme
Sabotage informatique
Usage non autorisé d'ordinateur
Accès non autorisé.

On peut observer à l'évidence que la plupart de ces actes se recoupent.

(4) O.C.D.E. "La fraude informatique", 1986, doc. du P.I.I.C., p. 32.

Il en est ainsi de la fraude commise par manipulation d'ordinateur et de l'usage non autorisé, ou de l'accès non autorisé.

La notion de fraude relève d'un concept mal défini en droit français, comme nous le verrons plus loin. Mais on peut déjà se poser la question de savoir si l'usage non autorisé ne constitue pas une fraude commise par manipulation.

Dans le même sens, l'accès non autorisé ne peut-il pas s'identifier à l'espionnage informatique, ce dernier pouvant utiliser ce moyen, que constitue "l'accès non autorisé" pour parvenir à cette finalité, l'espionnage informatique.

Il en est de même, pour le sabotage informatique qui peut dans certains cas, se résoudre en une fraude commise par manipulation d'ordinateur, selon le sens dans lequel on emploie cette expression.

De façon plus rationnelle, nous dirons simplement que cette typologie mélange les actes matériels, les mobiles ou l'intention, en retenant de façon arbitraire tantôt l'un, tantôt l'autre comme critère de classification. Il faut reconnaître cependant qu'elle correspond davantage à l'énumération de comportements bien spécifiques des pirates de l'informatique, mais que par là même elle ne peut être retenue comme typologie rigoureuse car elle échappe à toute conceptualisation.

Classification de Tiedman (5).

Les manipulations :

Lors de la phase d'entrée (imput)

Lors de la phase de sortie (output)

Lors de la phase de traitement.

Lors de la phase de traitement, il s'agit de sous-distinguer Parmi les manipulations :

Les manipulations de programme

Les manipulations de pupitre

Les manipulations de hardware (matériel).

A la suite des manipulations, Tiedman distingue :

L'espionnage d'affaire (vol de software)

Le sabotage informatique (destruction de programmes et/ou de données)

Le vol de temps machine (utilisation non autorisée de l'ordinateur).

On observera que là encore, les critères sont mal définis, la seule classification vraiment rigoureuse correspondant aux sous-distinctions de la première catégorie (les manipulations).

Elle vient inévitablement se recouper avec les autres qui y ajoutent et mélangent actes matériels, mobiles, intentions, etc. ...

(5) K. Tiedman, "Fraude et autres délits d'affaires commis à l'aide d'ordinateurs électroniques", Revue de droit pénal et de criminologie 1984, p. 611.

Les moyens employés et les finalités poursuivies sont retenus alternativement, et de façon arbitraire.

C'est ainsi que la "destruction de programmes et/ou de données" (sabotage informatique) laquelle pourrait être commise dans un but commercial (espionnage d'affaire ?) sera peut-être effectuée au moyen d'une manipulation quelconque.

De même, l'espionnage d'affaire pourra être commis au moyen d'une utilisation non autorisée de l'ordinateur.

En résumé, les trois dernières catégories d'actes pourront être réalisées au moyen d'une des quelconques sous-distinctions de la première, et réciproquement.

On le voit, cette classification s'accommode mal de la rigueur d'une construction juridique, bien qu'elle soit utile, ne serait-ce que pour mesurer la difficulté, de toute tentative de systématisation des comportements frauduleux.

Classifications de N. Aupècle (6).

L'ordinateur instrument actif :

- Intervention sur les données (données fictives ou falsifiées)
- Intervention sur le logiciel (modification de programmes ou création de nouveaux programmes)

L'ordinateur instrument passif :

Utilisation illicite des informations contenues dans la machine (en dehors du fonctionnement de l'ordinateur, ou bien du fonctionnement de l'ordinateur).

Utilisation abusive des prestations (cartes de paiement).

Cette typologie semble la plus rationnelle du fait qu'elle opte pour un seul et même critère, et distingue selon que l'ordinateur constitue l'objet, ou le moyen de l'acte.

Néanmoins, outre le fait que la notion d'ordinateur reste vague et non définie, certains comportements se chevauchent là encore, l'intervention sur les données par exemple, peut constituer une utilisation illicite des informations contenus dans la machine, il en est de même en ce qui concerne l'intervention sur le logiciel.

L'on peut également observer que "l'utilisation abusive des prestations" (cartes de paiement) n'a qu'un lointain rapport avec le notion d'ordinateur.

En effet, soit l'on considère que c'est l'appareil distributeur qui a été abusé et dans ce cas l'on tombe dans une utilisation illicite des informations contenues dans la machine ou dans la carte (microprocesseur ou bande magnétique) ; soit l'on part du principe selon lequel, c'est l'homme situé derrière la machine qui a été trompé, et dans ce cas, l'on tombe sous le coup

(6) N. Aupècle-Guicheney, "Les infractions pénales favorisées par l'informatique", thèse Montpellier, 1984.

d'incrimination classique, ce qui ôte toute spécificité "informatique" à ce type de fraude.

En résumé, le défaut de cette typologie, réside dans l'imprécision de la notion "d'ordinateur" qui n'a pas été définie préalablement et qui du reste, est aujourd'hui dépassée avec l'apparition des réseaux.

Classification de M. Briat (7).

Les atteintes au patrimoine d'autrui :

L'entrée, l'altération, l'effacement et/ou la suppression de données et/ou de programmes informatiques dans l'intention de commettre un transfert illégal de fonds.

L'entrée, l'altération, l'effacement et/ou la suppression de données et/ou de programmes informatiques dans l'intention de commettre un faux.

Les atteintes aux systèmes informatique et de télécommunication.

Dommage aux données et/ou aux programmes informatiques.

(l'entrée, l'altération, l'effacement et/ou la suppression de données et/ou de programmes informatiques effectués sciemment dans l'intention d'entraver le fonctionnement du système informatique et/ou de télécommunication).

L'accès non autorisé dans un système informatique et/ou de télécommunication.

"Les atteintes aux informations et aux données" ("l'acquisition, la copie, et la divulgation illicite d'informations et de données"). "Elles se distinguent donc des dommages aux données et aux programmes, décrits ci-dessus, où ces derniers sont détruits supprimés ou mis hors d'usage".

La distinction entre atteinte au patrimoine d'autrui, atteinte au système et atteinte aux informations et aux données, est arbitraire. Sans avoir recours à la notion de propriété, ne peut-on pas dire que les données, de même que le système informatique et de télécommunications, font partie du "patrimoine" d'autrui.

Par définition, on porte atteinte à une chose qui ne vous appartient pas, ou sur laquelle on outrepasse les droits qu'on possède sur elle. Sans avoir à poser le problème de la propriété, c'est ici le défaut ou le dépassement de droit, qui doit être sanctionné.

On observe également des recoupements entre "atteintes au système informatique et de télécommunications" et "atteintes aux informations et aux données".

(7) M. Briat, "La délinquance informatique, aspect de droit comparé", VIII Congès de A.F.D.P., Grenoble 28 au 30/12/1985, "Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication", Economica, pp. 263 à 279.

En effet, l'accès non autorisé, outre le fait qu'il peut être commis dans l'intention d'entraver le fonctionnement du système informatique et/ou de télécommunication, peut également avoir pour objet l'acquisition, la copie, la divulgation illicite d'informations.

En second lieu, si l'on examine chacune des sous-distinctions faites, on peut observer des recoupements en leur sein.

C'est ainsi que parmi les atteintes au patrimoine d'autrui, l'intention de commettre un faux peut recouper celle de commettre un transfert illégal de fonds, ce qui sera généralement le cas.

En définitive, s'il fallait adopter une distinction binaire au sein de cette typologie, en procédant par acte matériel, on pourrait dissocier ce qui relève de "l'altération, l'effacement et/ou la suppression de données et/ou de programmes effectués sciemment, de ce qui touche à l'accès ("l'entrée ...") non autorisé.

L'entrée, commise dans un but frauduleux paraît pouvoir relever de l'accès non autorisé, tout dépend de savoir comment l'on conçoit "l'autorisation".

Si l'on prend en compte l'intention frauduleuse de l'auteur, alors l'entrée émanant d'un individu pourtant régulièrement avalisé, constituera un accès frauduleux.

Si au contraire on ne retient que le respect des procédures de code d'accès alors seuls seront visés les individus qui n'auront pas été agréés.

Selon que l'on retienne une conception subjective ou objective de la notion d'autorisation, on obtiendra une acception large ou étroite de "l'accès non autorisé".

Il s'agit également de reconnaître que la notion d'autorisation est elle-même dépendante de la notion de système informatique que l'on adopte.

Il faudra distinguer dans cette optique, la partie technique proprement dite de la partie humaine, chargée de superviser les opérations.

Nous reviendrons sur les conséquences de cette distinction. Le critère de l'acte matériel, une fois conceptualisé, il s'agira de sous-distinguer en fonction de l'intention.

La classification commune des pays de l'O.C.D.E. (8)

L'entrée, l'altération, l'effacement et/ou la suppression de données et/ou de programmes informatiques, effectués sciemment dans l'intention de commettre un faux.

L'entrée, l'altération, l'effacement et/ou la suppression de données et/ou de programmes informatiques, effectués sciemment dans l'intention de commettre un transfert illégal de fonds ou d'une autre chose de valeur.

L'entrée, l'altération, l'effacement et/ou la suppression de données et/ou de programmes informatiques ou d'autres interférences avec un système informatique, effectués sciemment dans l'intervention d'entraver le fonctionnement du système informatique et/ou de télécommunication.

La violation du droit exclusif du détenteur d'un programme informatique protégé avec l'intention de l'exploiter commercialement et de le mettre sur le marché.

L'accès dans un système informatique et/ou de télécommunication ou l'interdiction d'un tel système fait sciemment et sans l'autorisation du responsable du système, en violant les règles de sécurité ou dans une autre intention malhonnête ou nuisible.

"L'acquisition, l'utilisation, la divulgation non autorisées d'information" n'ont pas encore été résolues.

Cette typologie de l'O.C.D.E. présente l'intérêt d'exprimer un certain consensus international envers les divers comportements frauduleux, touchant les technologies informatiques.

On ne s'étonnera pas des similitudes que l'on ne peut manquer de relever avec la précédente classification du fait qu'elles ont toutes les deux pour origine le même auteur (M. Briat). Elle s'en distingue cependant en ce que d'une part elle ajoute à la typologie précitée, certains comportements, d'autre part elle en oublie d'autres.

En effet, "la violation du droit exclusif du détenteur d'un programme informatique protégé, avec l'intention de l'exploiter commercialement et de le mettre sur le marché", ne figure pas dans la typologie de M. Briat.

En fait, cela correspond en droit français à la contrefaçon, quoique l'incrimination résultant de la loi du 3 juillet 1985 soit plus large, du fait que l'exploitation commerciale ne figure pas nécessairement parmi les éléments constitutifs de la contrefaçon de logiciel.

(8) Classification finale de l'O.C.D.E., doc. op. cit. p. 78. (L'O.C.D.E. distingue les comportements qu'il serait souhaitable d'incriminer et ceux faisant l'objet d'un consensus).

Le problème de savoir si l'on peut retenir la contrefaçon de logiciel, au titre de la "fraude informatique" est discutable et sera examiné ultérieurement.

En fait comme on le verra par la suite, à moins de considérer la copie de programme comme un "vol d'information", on conçoit difficilement qu'elle puisse constituer en tant que telle, une atteinte portée à "un système informatique".

En second lieu, "l'acquisition, l'utilisation, ou la divulgation non autorisées d'information" qui demeurent un problème crucial, n'ont pas été retenues par l'O.C.D.E.
Ceci résulte de l'absence de consensus des pays concernés, sur l'attitude à adopter face à de tels comportements et ne saurait aboutir à exclure ces actes éminemment préjudiciables qui demeurent au coeur de la fraude informatique.

On ne saurait prétendre être exhaustif dans le recensement et la critique des différentes énumérations d'agissements frauduleux en informatique tant elles sont nombreuses. Elles présentent cependant un minimum commun que nous avons essayé de cerner, sans nous faire cependant trop d'illusions quant aux capacités inventives des éventuels "fraudeurs" dont l'imagination et le "génie" semblent proportionnels à l'avancement de la technologie.

Face à de tels comportements, le droit pénal n'était pas totalement lacunaire, bien que largement dépassé". Il s'agit donc également de cerner les limites du "droit pénal traditionnel".

b) Les insuffisances des incriminations classiques

Le problème n'était évidemment pas posé dans les mêmes termes selon les systèmes juridiques concernés. la relative souplesse d'interprétation du droit pénal de certains pays de l'O.C.D.E. incita nombre d'entre eux à considérer la phénomène dans un cadre classique.
Cette attitude consista à estimer que (9) "... la fraude liée à l'informatique ne présente pas une spécificité telle que des mesures législatives spéciales doivent être prises ou bien qu'il ne convient pas de faire une distinction entre l'informatique en tant que telle et l'information automatisée, l'informatique n'étant qu'un des instruments pour perpétrer des actes déjà couverts par des lois existantes" (Belgique, Islande, Japon) (Doc. O.C.D.E. 86, p. 13). Ceci fut rendu possible dans certaines législations en raison de l'absence de principe de légalité ainsi que par le fait que "l'information" était considérée comme un bien susceptible d'appropriation (property aux U.S.A.).

(9) M. Briat, op. cit.

A dire vrai, il s'agirait de distinguer cas par cas, pour constater, que ces incriminations déjà existantes ne touchaient qu'une partie des actes caractéristiques de fraudes informatiques. En fait dans la typologie de M. Briat, cela ne recouvre que les actes dans lesquels l'ordinateur est le moyen utilisé pour commettre des détournements de fonds ou prendre connaissance du contenu d'un fichier.
C'est ainsi que l'incrimination de vol a pu être appliquée dans les pays où la monnaie scripturale est considérée comme un bien corporel (Canada, Suisse, U.S.A.).
Dans le même sens, l'incrimination d'escroquerie est retenue dans les pays où le juge dispose d'une marge de manoeuvre suffisante pour admettre qu'à travers la machine, c'est l'homme qui est trompé (Etats-Unis, Australie, France, Canada).
L'abus de confiance étant doublement limité à certaines personnes (Allemagne, Autriche, France, Japon, Luxembourg, Suisse) et à certains actes (Belgique, France et Luxembourg) la plupart des "manipulateurs" de clavier restent hors de portée de cette incrimination dans les pays visés.

En France, il a pu être soutenu que le vol d'information était possible, bien que la majorité des auteurs ainsi qu'une jurisprudence non équivoque s'y soient fermement opposés (cf. M.P. Lucas de Leyssac) (10).

On voit d'ailleurs mal comment on aurait pu consacrer une telle interprétation de l'article 379 du Code pénal, en raison de l'absence de définition et de statut de l'information, ce qui n'aurait pas été sans poser de problème en droit civil et particulièrement dans le droit des propriétés intellectuelles.

En distinguant, selon que l'informatique soit l'objet ou l'instrument du délit, nous prendrons l'exemple du cas français (11) tout en écartant les atteintes physiques au matériel, qui ne constituent pas à notre sens des "fraudes informatiques" (il conviendrait en fait de distinguer selon qu'il est porté atteinte au matériel en tant que tel, ou bien en tant que partie intégrante du système, dans ce dernier cas, seuls ne devraient être retenus comme spécifiquement informatiques que les actes ayant eu pour but la falsification du système de traitement. Rappelons que le logiciel peut avoir une consistance physique en la forme d'un circuit intégré.
"Les divers éléments qui composent l'informatique peuvent faire l'objet d'actes délictueux, soit en vue de les détruire ou de les

(10) M.P. Lucas de Leyssac, "Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens", Dallos 1985, chronique, p. 43.
(11) R. Gassin, "Droit pénal de l'informatique", Dallos 1986, chronique, p. 35.

détériorer (sabotage) soit en vue de se les approprier (piratage)" (11 bis).

Dans le cadre du sabotage informatique, les atteintes au matériel tombent sous le coup des articles 435 à 437 du Code pénal. Les atteintes "logiques" au contraire, jusqu'à la loi du 5/01/988, laissaient apparaître le trou béant de l'absence d'incrimination (la séparation entre atteintes logiques et atteintes au matériel en fait, n'est pas étanche dans la mesure ou une atteinte au matériel, peut également constituer une atteinte logique, ex. : modification d'un circuit intégré).

Dans le cadre du piratage, le "vol de temps machine" n'était réprimé que de façon lacunaire, uniquement dans le cas où ce dernier émanait "... d'un salarié affecté au service informatique d'une entreprise ou d'un service public", la qualification d'abus de confiance devait pouvoir alors être retenue.
Ni le vol, ni l'escroquerie ne semblaient applicables (cf. pour un exposé complet des arguments, Gassin, Devèze, Lucas de Leyssac, Crose et Bismuth, N. Aupède-Guicheney, etc. ...) (12).
L'appropriation frauduleuse d'information n'était incriminée que dans la mesure où elle passait par une appropriation momentanée du support (vol par photocopie, cf. trib. correc. de Montbéliard, 26 mai 1978, Soc. des automobiles Peugeot et crim. 8/01/79 "Logabax").

Depuis la loi du 3 juillet 1985, le logiciel présentant une certaine originalité est assimilée à une oeuvre de l'esprit, et son appropriation frauduleuse est sanctionnée dans le cadre de la contrefaçon.

Le problème de savoir si une banque de données peut être assimilée à une oeuvre de l'esprit et dans quelles conditions, n'ayant pas été totalement résolu, l'application de l'incrimination pénale de contrefaçon, sanctionnant les droits d'auteurs, reste en suspens.

Le recours aux diverses catégories de secrets ne vient incriminer la divulgation frauduleuse d'informations protégées que de façon lacunaire (violation du secret de fabrique, violation du secret professionnel, corruption de fonctionnaires, etc. ...).

Mais l'informatique peut aussi être le moyen d'un délit contre les biens (la nuance réside dans le degré d'implication de l'informatique) (13). Il s'agit dans la distinction envisagée de

(11 bis) R. Gassin, op. cit.
(12) Cf. pour un exposé complet des arguments, M.P. Lucas de Leyssac, "Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?", D. 1985, chron. p. 43 ; H. Croze et Bismuth, "Droit de l'informatique", n° 427 et s. ; J. Devèze, "Le vol de biens informatiques", J.C.P. 1985-1 n° 3210 ; A. Lucas, "Droit de l'informatique", thémis 1987.
(13) R. Gassin, op. cit.

distinguer selon que l'ordinateur soit un instrument actif ou passif de l'infraction.

Dans le cas où l'ordinateur est envisagé comme un instrument actif d'une infraction contre les biens, le droit pénal traditionnel constitue une "structure d'accueil suffisante".

L'intervention frauduleuse peut porter sur les données (introduction de données fictives ou falsifiées, la falsification pouvant consister en une substitution de données ou en effacements sélectifs) ou sur le logiciel (modification de programmes existants ou création de nouveaux programmes).
Le résultat recherché est toujours frauduleux (remise de fonds, inscription au crédit d'un compte, fabrication de fausses factures, passation en comptabilité d'écriture fictive ou inexacte pour frauder le fisc, etc. ...).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la qualification d'escroquerie en caractérisant les manoeuvres frauduleuses dans l'emploi de documents édités par un ordinateur, lesquels étaient, "de nature à persuader de l'existence d'un crédit imaginaire, dès lors qu'ils émanaient de l'utilisation d'un procédé électronique de calcul et de gestion leur donnant force de crédit.

Le raisonnement appliqué par le juge consiste à considérer que derrière la machine, c'est l'homme qui a été trompé.

Quant à la notion de "remise" exigée en matière d'escroquerie, il semblerait là encore que l'on puisse recourir à la théorie de la "remise par équivalent", élaborée à propos de l'escroquerie à la T.V.A., au parcmètre et au téléphone.

La qualification de faux en écriture par contre sera difficilement applicable du fait de l'absence d'écrit à valeur probante, ce dernier étant nécessaire à la mise en oeuvre de l'incrimination.

Elle pourra au contraire être retenue dans le cas d'une utilisation abusive d'un distributeur automatique de billets, (ordinateur étant envisagé dans ce dernier cas, comme un instrument passif de l'infraction).
Quand la fraude aura consisté en une fabrication de fausse carte, faux, usage de faux et escroquerie peuvent être retenues.

Nous verrons plus loin ce qu'il en est depuis la loi du 5 janvier 1988.

Une seule lacune subsiste, dans la "répression" de l'utilisation abusive d'un DAB et dont nous nous garderons bien d'apprécier la légitimité.
Elle réside dans l'hypothèse de l'utilisation abusive d'une carte régulière (compte bancaire épuisé ou insuffisamment approvisionné). En effet, depuis le désormais célèbre arrêt de la Chambre criminelle (Laffont 24 novembre 1983) "... les faits

reprochés s'analysent en l'inobservation d'une obligation contractuelle et n'entrent dans les prévisions d'aucuns textes répressifs".

Face aux carences législatives, les tribunaux réagirent de façons diverses, soit en étendant les incriminations anciennes jusqu'à procéder parfois à de véritables acrobaties juridiques (cas du "vol par photocopie" en France) soit en mettant le législateur devant ses responsabilités (Jurisprudence Laffont) en refusant de sanctionner certains actes à la limite des incriminations classiques.

L'évidence d'une réforme s'imposait dans la plupart des pays de l'O.C.D.E.

Néanmoins, à l'absence de cohérence des définitions procédant par énumération d'actes, s'ajoutait la limite, inhérente à cette dernière.

Les comportements frauduleux en informatique suivant le parallèle du développement technologique et l'imagination des fraudeurs ne peuvent faire l'objet que d'une énumération purement indicative. Qui peut dire aujourd'hui ce qu'il en sera demain des possibilités technologiques de fraude informatique.

On peut d'autant plus en douter que l'on voit déjà s'ébaucher une révolution dans la conception même de l'architecture des systèmes de traitement avec l'apparition de ce que l'on appelle les "systèmes neuronaux".

Il s'agit dès lors de tenter de conceptualiser la notion de fraude informatique, en procédant non plus par énumération mais par abstraction. A cet égard, l'on peut déjà observer que les diverses définitions existantes à l'heure actuelle ne sont pas davantage satisfaisantes.

B - L'imprécision des définitions procédant par abstraction

Nous tenterons dans un premier temps de cerner les notions de fraude et d'informatique afin de porter une appréciation sur les différentes définitions existantes à l'heure actuelle.

* *Les notions de fraude et d'informatique*

La notion de fraude

Doit-on parler de la fraude, ou des "fraudes" ?

Elle est conçue dans son sens le plus courant comme une infraction pénale, bien qu'elle ne soit pas délimitée à proprement parler, elle possède également un sens civil (fraus omnia corrompit). La fraude existe chaque fois que celui qui est soumis à une règle générale ou individuelle, utilise des moyens, actes

juridiques ou faits juridiques, qui la font efficacement échapper à son emprise, mais qui se trouvent viciés parce qu'ils ont été mis en oeuvre dans l'intention d'éluder la règle applicable" (14).

En droit romain, à l'origine, le mot fraude signifie dommage, préjudice (15).

La "fraus", c'est la rupture de la règle de conduite, l'offense du droit, la violation de l'impératif. Mais, "ce n'est que par une évolution postérieure que "fraus" a désigné par extension la conséquence de la violation du droit : le dommage". "La fraude est devenue tromperie, ruse".

"Si c'est parce que le dommage, ou mieux, la violation de l'impératif, s'accompagnait ordinairement de ruse et de tromperie, que "fraus" a fini par signifier tromperie, on doit admettre la coexistence des deux éléments.

La "fraus" c'est le préjudice ou plus exactement la violation de la règle impérative réalisée au moyen d'une tromperie" (16).

Si "la mauvaise foi est le genre : la fraude n'est qu'une des espèces qui y ressortissent" (17).

L'idée qui préside à celle de fraude réside donc dans celle de tromperie, et de résultat préjudiciable.

La fraude en droit pénal ne correspond pas à une qualification précise, l'on parle d'intention frauduleuse dans le vol (18), de moyens frauduleux dans l'escroquerie (19), etc. ...

Certains "agissements illicites par emploi de moyens illégaux" (20) revêtent cette qualification. On parle ainsi de fraudes alimentaires, douanières, électorales, fiscales, etc. ...

Concernant cette dernière catégorie, il semblerait qu'il s'agisse en fait d'une escroquerie au préjudice du Trésor, érigée en délit distinct (21).

La fraude en droit pénal semblerait donc être un véritable "fourre-tout", désignant soit l'intention de l'auteur de l'acte soit l'emploi de "moyens frauduleux", soit enfin certaines variétés d'escroquerie érigées en délit distinct.

Un tel désordre contraire à toute conceptualisation juridique, semble éminemment dommageable en matière informatique. N'est-il pas possible de distinguer la "fraude", des autres incriminations pénales ?

---

(14) Gabriel Marty, préface de la thèse de J. Vidal in "Théorie générale de la fraude", Toulouse 1957, Bibliothèque de droit privé.
(15) J. Vidal, thèse op. cit., p. 11.
(16) J. Vidal, op. cit., p. 13.
(17) Josserand, "Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé", 1928, n° 17 cité in Vidal, op. cit., p. 59.
(18) Art. 379 C.P.
(19) Art. 405 C.P.
(20) G. Cornu, Dictionnaire vocabulaire juridique, P.U.F. 1987, voir le mot fraude.
(21) Art. 1741 Code général des impôts. Cf. également G. Tixier et J.-M. Robert, "Droit pénal fiscal", Manuel Dallos de droit usuel 1980.

Il s'agit en fait de revenir à la notion de "furtum" en droit romain de laquelle découlent les principales incriminations contre les biens contenues dans notre Code pénal (vol, escroquerie, abus de confiance).

Cette incrimination se décomposait en trois catégories.

Le furtum rei, qui correspond à une soustraction de la chose ou à son dessaisissement par le propriétaire, à la suite de manoeuvre frauduleuses.

Le furtum possessionis qui "... peut être commis par le propriétaire de la chose qui la reprend d'entre les mains de son possesseur ou détenteur" (22).

Le furtum usus qui consiste à "se servir de la chose alors que l'on n'a pas le droit de le faire ou autrement qu'il était convenu".

Cette dernière catégorie qui correspond à une véritable incrimination de l'usage abusif, n'aurait été qu'imparfaitement reprise dans le découpage des incriminations lors de la rédaction du Code pénal en 1810, selon une étude qui lui est consacrée (23).

Le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, procèdent du découpage incomplet de la notion de "furtum".

L'usage abusif ou le larcin dans l'ancien droit français ne subsisterait que subsidiairement au sein d'incriminations telles la contrefaçon ou l'abus de confiance.

C'est pourquoi selon l'auteur, la jurisprudence française n'aurait eu de cesse que d'étendre les incriminations classiques à la limite parfois du principe de légalité, afin de combler le vide causé par l'absence d'une incrimination générale de "furtum usus".

En résumé, bien que notre but ne soit pas de porter la discussion sur une théorie générale de l'incrimination de fraude, on peut poser ainsi le problème.

Soit l'on considère que la fraude concerne tout acte de tromperie ayant causé un certain préjudice social et l'on retourne à la notion de furtum en droit romain,

Soit l'on tente ainsi que le fait l'étude précitée, de conceptualiser les vides de la répression en ne retenant au titre de cette qualification que "l'usage frauduleux de la chose d'autrui" (24).

On remarquera comme nous allons le voir, qu'en informatique cette dernière conception trouve particulièrement son application.

(22) A. Sériaux "L'usage frauduleux de la chose d'autrui", mémoire de D.E.A. "Droit pénal et sciences criminelles", Aix-en-Provence octobre 1978, p. 16.
(23) Idem.
(24) Ex. : "le vol d'usage".

La notion d'informatique

Etymologiquement, le terme "informatique" provient de la contraction des mots "information" et automatique.

L'on peut définir l'informatique par ses composants (matériel, logiciel, données) ou par ses fonctions (traitement automatique de l'information).

En fait, l'approche consistant à définir l'informatique par ses composants, procède d'une double insuffisance.

En premier lieu elle ne tient pas compte du fait selon lequel les limites entre matériel, logiciel et données, sont très floues (un microprocesseur peut être un logiciel).

En second lieu, cette approche, essentiellement statique, ne rend pas compte du fonctionnement de l'ordinateur, résultant de l'interaction de ses diverses composantes.

On pourrait ajouter enfin que cette approche méconnaît l'avancement technologique actuel qui se tourne vers de nouvelles architectures de systèmes (systèmes neuronaux) et risque de rendre obsolète la distinction entre matériel, logiciel et données.

Il nous faut donc recourir à une approche dynamique de l'informatique, nous dirions davantage, systémique.

"L'informatique peut être définie comme la science du traitement logique et automatique du support des connaissances et des communications humaines, à savoir : l'information. Ce qui veut dire que l'informatique comprend, tout à la fois et de manière indissociable, les moyens du traitement et leur fonctionnement, les méthodes de traitement et l'étude des domaines d'application" (25).

Cette définition émanant d'un homme de l'art s'accommode mal d'une conceptualisation juridique, elle est beaucoup trop large. Elle confond à la fois les moyens matériels, les moyens logiciels et les hommes chargés de les mettre en oeuvre.

D'autre part, ainsi conçue, l'informatique peut correspondre à tout système, toute organisation sociale, toute vie, dont l'essence est de traiter l'information, c'est-à-dire le milieu ambiant dans lequel il évolue, afin d'assurer sa propre survie.

Légalement, l'informatique a été définie comme la "science du traitement rationnel notamment par machines automatiques, de l'information considérée comme le support des connaissances humaines et des communications, dans les domaines technique, économique et social (26).

Là encore, cette définition issue d'une consécration réglementaire, ne peut nous satisfaire, elle est à la fois trop, et pas assez précise.

(25) P. Mathelot, "L'informatique", Que sais-je ? 7ème édition refondue 1987.
(26) Arrêtés des 22/12/81, 30/12/83, 30/03/87 et 3/10/84.

Elle est trop précise en ce qu'elle limite l'application du traitement rationnel de l'information, aux seuls domaines technique, économique et social.

Elle est trop large par l'emploi du terme "notamment" ce qui sous-entend que toute science du traitement rationnel de l'information, même non automatisée, correspondrait à la notion d'informatique, ci-dessus définie.

On admettra sans peine que toutes les sciences de l'homme et de la nature procèdent ainsi au traitement rationnel de "l'information considérée comme le support des connaissances humaines ...".

En réalité, il faut poser le problème différemment.

En effet, de quoi s'agit-il ? De réglementer l'usage de la "science du traitement rationnel ...", mais plus précisément, de protéger l'information qu'elle traite, et nous savons les problèmes que cela pose.

La question à envisager est celle de la protection des moyens techniques de traitement de cette information. Il nous faut donc définir l'informatique non par son objet, mais par les moyens qu'il emploie.

La connaissance de la "science informatique" est donc nécessaire, mais seuls les moyens matériels ou intellectuels qu'elle utilise doivent faire l'objet d'une protection.

Ce n'est pas l'informatique qui est susceptible de porter atteinte à cette notion très vague, qu'est l'information, mais "l'utilisation frauduleuse d'un système de traitement automatisé de données".

Et c'est tout naturellement que les textes successifs se sont attachés à définir l'objet de leur protection.

La loi "informatique et libertés, ainsi que le projet Badinter parlent de "système de traitement automatisé d'information".

La proposition devenue loi Godfrain (27) dans la première version modifiée par le Sénat, envisageait la définition d'un système de traitement automatisé de données.

L'article 467 A du texte, définissait le système de traitement automatisé de données comme "... tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoires, de logiciels, de données, d'organes d'entrée-sortie et de liaisons, qui concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositifs de sécurité" (28).

L'intérêt d'une telle définition résidait dans le fait qu'elle cumulait l'approche statique et l'approche dynamique. L'unité de but (résultat déterminé) délimitait les frontières du système. Cette précision était fort utile dans le cas des systèmes internationaux

(27) Loi du 5/01/88, J.O. du 5/01/88.

(28) Rapport du Sénat relatif à la proposition Godfrain adoptée en première lecture à l'Assemblée Nationale : rapport "Thyraud" au nom de la commission des lois n° 3.

ou la superposition et/ou l'imbrication des réseaux posent le problème des limites.

La loi du 5 janvier 1988, tout en reprenant la notion de système de traitement automatisé de données, n'a pas jugé utile de reprendre les définitions du Sénat.

Faut-il y voir un rejet de cette dernière en particulier ou une volonté de ne pas entraver le juge dans sa liberté d'appréciation.

Les opinions émises lors d'un diner-débat de l'A.F.D.I. (28 bis), nous inclinent à conclure dans ce dernier sens.

Le juge pourra donc recourir aux travaux du Sénat à titre indicatif.

Il est à craindre cependant que, dans une matière qui allie aussi étroitement le droit et les technologies modernes, des difficultés d'interprétations, voire des divergences, se fassent jour rapidement.

Le juge risque d'être prisonnier non plus d'une définition trop étroite, mais d'un no man's land technico-juridique...

* *Les conséquences au niveau des définitions existantes de la "fraude informatique"*

Les définitions abstraites peuvent faire l'objet de deux sortes de critiques, l'une générale, l'autre spéciale.

Critiques communes à l'ensemble des définitions abstraites

Elles possèdent leurs propres limites, bien que leur nécessité ne soit pas discutable.

Elles sont d'une part, à la fois trop et pas assez précises, d'autre part elles méconnaissent l'aspect international de la fraude.

Critique tenant à la précision des définitions abstraites.

Elles sont trop précises en ce qu'elles interdisent toute évolution technique. Certains actes impossibles ou inimaginables aujourd'hui, le seront demain du fait de l'évolution technologique et de l'imagination conséquente des fraudeurs. Le principe d'interprétation stricte en droit pénal interdira toute adaptation d'une définition trop précise.

Elles ne sont pas assez précises, car elles confondent trop "délinquance informatique", "droit pénal de l'informatique", "infractions favorisées par l'informatique", "fraude informatique" et "fraude liée à l'informatique".

(28 bis) Association Française de Droit de l'Informatique. Diner débat sur la fraude informatique (proposition de loi Godfrain), Paris, 17/11/87.

* Fraude informatique et droit pénal de l'informatique.

Le droit pénal de l'informatique fait appel aux infractions existantes venant sanctionner certaines normes sociales en matière informatique. Il vise aussi bien à protéger les personnes que les biens et recouvrent les actes involontaires. Le droit pénal, comme l'a souligné le professeur Gassin, entretient des rapports plus ou moins étroits avec l'informatique. Cet auteur distingue ainsi de façon décroissante selon que l'informatique est l'objet, le moyen, ou l'occasion du délit.

Or comme nous l'avons vu, seuls les actes situés au coeur de la technologie informatique, méritent le qualificatif de fraude informatique et la limite est double à notre sens, tant dans la notion d'informatique que dans celle de fraude.

Depuis la loi du 5 janvier 1988, la fraude informatique est désormais incluse au moins en grande partie dans le droit pénal de l'informatique (28 ter).

* Fraude informatique et infractions favorisées par l'informatique.

Ces dernières ne concernent que les incriminations déjà existantes dont la technologie informatique favorise, et favorise seulement, la commission.

Au sens de la classification adoptée par Monsieur Gassin, ceci ne concerne que les actes dans lesquels l'informatique n'est que le moyen ou l'occasion du délit, c'est-à-dire ceux pour lesquels, les liens avec l'informatique sont les plus souples.

A propos de la loi du 5 janvier 1988, on ne peut précisément dire qu'il s'agit d'infractions "favorisées par l'informatique" car elles n'ont pas d'existence hors de ce contexte.

De plus les infractions favorisées par l'informatique visent autant les incriminations contre les personnes que contre les biens.

* Fraude informatique et fraude liée à l'informatique.

La fraude liée à l'informatique peut aussi bien être de nature civile, que pénale.

Elle désigne des comportements que la morale ou l'éthique, voire le droit civil, réprouvent.

Ces comportements peuvent être déjà l'objet d'incriminations pénales, d'autres ne le sont pas encore, ou le seront dans l'avenir, en fonction du préjudice qu'ils causeront, de la réprobation morale dont ils seront l'objet et de la politique criminelle nationale et/ou internationale du moment.

(28 ter) Tous les comportements susceptibles de relever de la qualification de "fraude informatique" ne sont pas visés par la loi du 5/01/88. Certains "vides de répression" demeurent tels le "vol de temps machine" ou "le vol d'information" (bien qu'ils puissent relever d'incriminations classiques dans des hypothèses résiduelles).

Critique tenant à la méconnaissance de l'aspect international du problème.

La fraude informatique s'internationalise du fait du développement croissant des moyens de télécommunication (télématique) et de la difficulté accrue de détection et de répression des fraudes commises depuis un pays étranger.

De plus le droit pénal international possède des moyens d'action limités.

Selon un arrêt de la Cour permanente de justice internationale (29), le droit international fixe comme limite à l'Etat "d'exclure tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat (...) mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer dans son propre territoire dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger".

"Le rattachement des infractions aux souverainetés se fait principalement par leur lieu de commission" mais "la territorialité du droit pénal n'est pas un principe absolu et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale".

C'est le cas des compétences subsidiaires qui concernent "la compétence personnelle, fondée sur la nationalité de l'auteur ou de la victime, et (de) la compétence réelle fondée sur la nature particulièrement attentatoire aux intérêts essentiels de l'Etat à condition que leur mise en oeuvre ne conduise pas à violer "la restriction "primordiale" ci-dessus évoquée" (30).

Or la condition minimum d'application du droit pénal international réside dans le principe de réciprocité d'incrimination, l'absence d'une incrimination réciproque dans le pays concerné, pouvant constituer un obstacle à l'entraide répressive internationale (risque de constitution de "paradis de fraude informatique").

La limite d'une définition abstraite de la fraude informatique dans cette optique réside dans le risque d'un manque de cohésion internationale résultant de la diversité des systèmes juridiques.

Cette absence d'unité peut déboucher sur une impunité totale des comportements frauduleux, alors même que la plupart des pays sont d'accord pour définir un certain nombre de comportements devant faire l'objet d'une incrimination pénale.

Néanmoins nous avons vu que la limite de toute énumération réside dans le risque de la voir être interprétée de façon limitative.

---

(29) Masse, "La délinquance informatique : aspects de droit pénal international", VIIIème Congrès de l'A.F.D.P., op. cit., p. 281 à 306 ; plus particulièrement un arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 7 septembre 1927, p. 292.

(30) Masse, op. cit.

Aussi nous semble-t-il important de consacrer les deux approches, en énonçant une définition abstraite, tenant compte des réalités techniques, qui permettent d'en déduire de façon indicative toute une série de comportements frauduleux.

Auparavant, nous devons, au regard des éléments dégagés, critiquer les principales définitions existantes actuellement.

* Critiques des définitions existantes

Sans vouloir être exhaustif, on peut citer les définitions suivantes.

"Fait de capter frauduleusement un programme, une donnée ou tout autre élément d'un système de traitement automatisé d'information, ou de les utiliser au mépris des droits d'autrui (31).

Cette définition dissocie bien les deux aspects de la fraude informatique, mais outre le fait qu'elle oublie qu'ils peuvent se cumuler, les termes qu'elle utilise sont trop vagues. La notion de captation par exemple ne paraît pas adaptée à celle de programme. En d'autres termes, si l'on conçoit aisément la captation d'une donnée, on conçoit plus difficilement celle d'un programme.

On "accède à ... ", on "reproduit", on "utilise frauduleusement", mais l'on ne "capte" pas un programme informatique;

De plus, la notion de captation semble restrictive, dans la mesure où elle ne correspond qu'à une partie des actes frauduleux pouvant être commis à l'occasion de la transmission d'informations (31 bis).

"Manipulation de données, dans le but de dépouiller autrui" (sens étroit).

"Ensemble des agissements répréhensibles intéressant l'informatique (sens large) (32).

Cette définition est critiquable, tant dans son sens large, que dans son sens étroit.

Dans son sens étroit, deux objections peuvent être formulées.

La manipulation de données n'est pas le seul acte constitutif de fraude informatique pouvant être commis dans le but de dépouiller autrui.

---

(31) Réponse question écrite n° 5903, J.O. débat Assemblée Nationale 18/02/85, p. 685.

(31 bis) Encore qu'une controverse subsiste à ce sujet, voir les divers commentaires de la loi du 5/01/88 parus à ce jour : J.P. Buffelan "Expertises", n° 103 et 104, p. 99 à 110 ; F. Chamoux, J.C.P. 2/03/88, n° 3321 ; H. Crose, J.C.P. 5/05/88, n° 3333.

(32) Devèze, "Les qualifications pénales applicables aux fraudes informatiques" VIIIème Congrès de l'A.F.D.P., op. cit., p. 185 à 201.

Sans aller chercher très loin, nous pensons immédiatement à la manipulation de programme.

La volonté de dépouiller autrui ne constitue généralement qu'une intention subsidiaire. Dans l'immense majorité des cas, l'intention principale de l'auteur est de "s'enrichir" plus ou moins directement et à plus ou moins long terme.
La volonté de dépouiller autrui n'existera à titre principal que dans un nombre limité de cas, en particulier dans le cadre de relations commerciales.

Dans son sens large, la critique est encore plus aisée, puisque nous avons vu que la notion de fraude correspondait à quelque chose de précis, or cette définition empiète déjà largement, non seulement sur les incriminations existant avant la loi du 5 janvier 1988, mais également sur toutes les fraudes civiles. Néanmoins, on retiendra le souci de l'auteur de limiter la qualification de fraude informatique aux cas où l'agissement incriminable se situe au coeur de la technologie nouvelle.
La fraude doit, dans cette optique, être nécessairement liée au fonctionnement d'un ordinateur ou porter atteinte à ces valeurs nouvelles appelées "biens informationnels".

"Procédés permettant une appropriation de biens ou de fonds, au moyen de manipulations irrégulières d'ordinateurs". La fraude informatique dans cette optique, "... ne concerne pas l'ensemble des actes délictuels dans lesquels l'informatique est l'objet, le moyen ou l'occasion du délit" (33).

Cette définition ne donne pas entièrement satisfaction là encore car d'une part l'appropriation n'est pas forcément le but recherché, notamment quand il s'agit de choses dont la nature, biens ou services, n'est pas définie, d'autre part, elle ne vise l'ordinateur qu'en tant que moyen, excluant par là même les actes dans lesquels il est l'objet d'atteintes. Or l'auteur le reconnaît lui-même, il s'agit précisément des cas dans lesquels les liens avec l'acte délictueux sont le plus ténus.
Mais précisément, la qualification de "fraude informatique" doit être réservée aux seuls actes répréhensibles dans lesquels "la technologie nouvelle se situe au coeur de l'agissement incriminable".
On ajoutera que la distinction objet et moyen du délit est devenue discutable depuis la loi du 5 janvier 1988. Développés à un certain niveau, tous les actes prenant l'informatique comme objet, ont une finalité qui va au-delà.

L'O.C.D.E. lie les notions de fraude liée à l'informatique et d'abus informatique.

(33) R. Gassin, "Droit pénal de l'informatique", Dallos 1986 chronique p. 35, op. cit.

"L'abus informatique est tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé, qui concerne un traitement automatique de données et/ou une transmission de données" (34).

Cette définition est très large tant dans la délimitation de l'interdit social, que dans celle des actes visés.

En ce qui concerne la délimitation de la norme transgressée, il est fait référence au caractère illégal ou contraire à l'éthique, ou non autorisé, du comportement.

Ce rappel est important dans la mesure où la dénomination de "délinquance informatique", pouvait laisser penser qu'elle renvoyait à une norme pénale, qui la stigmatisait comme telle. Or la plupart du temps, ce n'était pas le cas. Ce que l'on dénommait abusivement "délinquance informatique", n'avait donc pas de fondement juridique.

Il est vrai que l'O.C.D.E. emploie l'expression d'abus informatique mais en l'absence d'incrimination pénale précise, comment caractériser autrement des actes qui ne feront pas forcément l'objet d'une incrimination.

Néanmoins, dans la caractérisation particulière de la fraude, telle que nous l'avons envisagée, la notion d'abus est trop large.

Le clivage adopté en ce qui concerne les actes retenus est intéressant en ce qu'il dissocie le traitement de la transmission des données.

On peut voir s'esquisser l'élaboration de deux "valeurs sociales" nouvelles, le droit des créations informatiques et le droit des relations informatiques.

II - A LA RECHERCHE D'UNE DEFINITION DE LA FRAUDE INFORMATIQUE

Tous les agissements frauduleux dans lesquels l'informatique est impliquée en tant qu'objet ou moyen au sens où nous l'avons définie, peuvent être regroupés en deux catégories d'actes matériels, l'accès frauduleux à un système de traitement automatisé de données et l'usage frauduleux d'un système de traitement automatisé de données.

C'est ce que nous proposons d'envisager ici de façon succincte.

Nous noterons que cette dernière typologie semblait avoir obtenu les faveurs du Sénat.

(34) "La fraude liée à l'informatique, analyse des politiques juridiques", doc. n° 10 du comité de la P.I.I.C. de l'O.C.D.E., p. 7.

Après avoir tenté de définir les notions d'accès et d'usage frauduleux, qui nous paraissent particulièrement appropriées en la matière, nous soulèverons quelques difficultés d'application.

A - La protection de l'accès et de l'usage

a) Essai de définition abstraite de la fraude informatique

Au terme des critiques énoncées, il nous faut proposer une définition de la fraude informatique.

Nous avons pu constater les insuffisances respectives des définitions procédant par abstraction ainsi que celles des définitions procédant par énumérations d'actes.

Nous avons pu observer également que les notions de fraude, et d'informatique bien que de contours imprécis, étaient susceptibles de conceptualisation.

Ceci nous permet de définir la fraude informatique comme consistant dans l'utilisation frauduleuse d'un système de traitement automatisé de données.

Cette utilisation pouvant se décomposer en deux actes matériels distincts, selon que l'on se situe à l'intérieur ou à l'extérieur du système visé.

En fait nous verrons plus loin que cette distinction en fonction de l'acte matériel n'est pas aussi simple qu'il y paraît. En bonne logique, le critère de l'acte matériel une fois défini, il s'agira de sous-distinguer en fonction de l'élément intentionnel ou du mobile.

C'est donc une définition procédant doublement par abstraction et par énumération d'actes, que nous proposons.

Si l'on revient à la notion classique de l'usage, on peut dissocier "l'usage finalité", de "l'usage moyen".

Ce dernier "se caractérise par l'utilisation d'une chose, non pas dans ce but précis d'usage, ce qui correspond à la notion de l'usage fin, mais dans un autre but, tel que la pression morale à exercer sur la victime" (35).

L'usage finalité au contraire, constitue un détournement, une utilisation de la chose, autrement qu'il était convenu.

Au sein de "l'utilisation frauduleuse d'un système de traitement automatisé de données" on voit donc s'esquisser un clivage en fonction de l'acte matériel, ce qui va nous permettre de dessiner les contours de deux incriminations principales.

(35) A. Sériaux, op. cit.

b) Les conséquences de la distinction abstraite

A notre sens, deux catégories d'actes matériels peuvent définir l'utilisation d'un système de traitement automatisé de données, l'accès et/ou l'usage.

L'accès peut s'apparenter à "l'usage moyen", et l'usage en tant que tel, à "l'usage finalité".

Il s'agit dans un premier temps de les délimiter, pour tenter d'en cerner les applications en informatique.

Délimitation de l'accès et de l'usage

Ces notions ne sont pas inconnues en droit et s'appliquent semble-t-il parfaitement à l'informatique.

L'accès recouvre à la fois une consistance physique et juridique.

On parle de "droit d'accès", accès au dossier pour une personne poursuivie devant les juridictions pénales, accès aux documents administratifs, accès aux tribunaux ou à la justice, etc. ...

En particulier, la notion de droit d'accès a trouvé particulièrement application avec la loi du 6 janvier 1978 dans ses articles 34 à 40, accordant un droit d'accès aux informations nominatives, ce dernier se décomposant selon Monsieur Gassin, en droit d'interroger et droit d'obtenir communication (36).

Mais, l'accès vise également une notion physique. A cet égard, on parle de "voie d'accès" ("voie qui permet d'entrer dans un lieu" et par extension est aussi visée la possibilité d'entrer dans ce lieu (dic., voc., jurid., voir ce mot)).

L'usage quant à lui vise le "droit de se servir d'une chose selon sa destination, qui constitue l'un des attributs (usus) de la propriété et de l'usufruit (associé au fructus, jouissance ... ou qui est conféré au détenteur d'une chose, à titre de droit personnel et non réel, en vertu de certains contrats (prêts à usage, bail)" (37).

L'usage est un concept déjà connu en droit pénal (usage de faux, usage frauduleux de la chose d'autrui, furtum usus en droit romain, etc. ...).

L'usage revêt également une acception physique dans le sens d'utilisation.

L'usage traduit les rapports d'une personne sur une chose sur laquelle elle n'a pas forcément de droit de propriété.

Il reflète l'idée de détention, davantage que celle de propriété. Nous verrons qu'en informatique, le recours à la notion de détention peut être d'un utile recours.

(36) R. Gassin, "Informatique et libertés", Encyclopédie Dallos.
(37) Dictionnaire vocabulaire juridique voir ce mot.

"... Il suffit que quelqu'un puisse invoquer sur la chose un droit réel, qu'il soit complet (propriété) ou seulement partiel (détention régulière)" (38).
L'usage suppose la détention d'une chose, dont la nature conditionne la façon dont est réalisée l'appréhension (39).

La détention pourra ou non être frauduleuse à l'origine, dans ce dernier cas, la fraude résidera dans l'utilisation de cette chose" ... au détriment de son propriétaire, ou de son premier détenteur".

"User de la chose d'autrui, c'est en tirer un bénéfice qui peut être moral ou matériel, et le plus généralement les deux à la fois".

Mais, "... user d'une chose, ce peut être aussi bénéficier du service procuré par cette chose".

"En ce sens l'usage frauduleux pourra consister en un "détournement", une appréhension irrégulière d'un ou plusieurs services ...".
"Le lien avec la chose utilisée subsiste ... il demeure que ce service, cette satisfaction ne pourront être obtenus sans un support matériel, parfois même de grande envergure" (40).

Au terme de l'analyse citée, l'intention de l'auteur d'un usage frauduleux porte sur les deux premiers éléments constitutifs du droit de propriété (usus fructus).
Il sait que la chose ne lui appartient pas, mais son intention, le pouvoir qu'il entend exercer sur cette chose va jusqu'à en user et, le cas échéant, à en tirer les fruits".
Mais "...l'intention d'user cesse dès l'instant où le détenteur de la chose en dispose" (41).

En résumé, l'usage pourra porter directement sur une chose, et se manifestera en une "... détention matérielle d'une chose susceptible de déplacement" ou sur un "... service procuré par la chose d'autrui, manifesté en une "occupation" ou "contact" avec une chose insusceptible de déplacement" (42).
L'élément intentionnel découlant implicitement de l'élément matériel dans le second cas, l'auteur propose d'incriminer l'usage frauduleux dans le premier cas en précisant l'élément intentionnel.

"Quiconque aura détenu, avec l'intention de la restituer, une chose qui ne lui appartient pas, contre la volonté de son propriétaire ou légitime détenteur, pour en user ou l'exploiter momentanément à son bénéfice personnel, sera puni ...".

(38) A. Sériaux, op. cit., p. 123, n° 186.
(39) Idem, p. 125.
(40) Idem, p. 128, n° 195.
(41) Idem, p. 131, n° 199.
(42) Idem, p. 140, n° 215.

"Les mêmes peines seront applicables à celui qui aura bénéficié personnellement du service procuré par une entreprise publique ou privée, sans en acquitter le prix ou la redevance ...".

Les applications en informatique

L'accès en informatique est défini comme "l'autorisation d'utiliser des ressources ou de pénétrer dans un local. On fait la distinction entre accès libre et accès protégé" (43).

Nous retiendrons simplement la notion d'autorisation à laquelle renvoie l'accès et le double aspect intellectuel et physique qu'il renferme.

De nombreuses législations ont choisi de protéger le contenu d'un ordinateur en incriminant l'accès frauduleux ou indu (Danemark, etc. ...) (44).

Les contours qu'il conviendra de donner à l'incrimination varient déjà selon les pays qui l'ont acceptée, en tout état de cause le problème se pose maintenant en France depuis la loi du 5 janvier 1988 (article 462-2).

Au sein de "l'accès frauduleux", il convient de dissocier la simple entrée par effraction, de la prise de connaissance du contenu.

En fait, à notre sens, un tel aspect relève de l'usage, nous pensons donc qu'il s'agit de cerner l'accès, en incriminant la seule "entrée par effraction".

Si l'on considère la loi du 5 janvier 1988, on pourra distinguer par opposition à "l'accès frauduleux" "l'usage frauduleux" du fonctionnement du système de traitement" (sabotage) (art. 462-3) de l'usage frauduleux "des informations traitées" (art. 462-4 à 6) (44 bis).

La distinction une fois établie, le mobile importera peu, mais il conviendra de sous-distinguer en fonction des éléments du système auxquels on a accédé ou qu'on a utilisé, et en fonction de l'intention.

En ce qui concerne l'élément intentionnel, la loi du 5 janvier 1988 emploie les termes "frauduleusement" (art. 462-2) "... intentionnellement et au mépris des droits d'autrui ..." (art. 462-3, 4), "de nature à causer un préjudice à autrui ..." (art. 462-5) et sciemment.

(43) O1 informatique n° 990 janvier 88, "petit lexique du parfait monsieur sécurité", p. XIV.

(44) Lamy informatique, n° 2170.

(44 bis) Dans le premier cas nous serons en présence de l'usage frauduleux d'un service et dans le second cas l'on pourrait dire qu'il s'agit de l'usage frauduleux d'un bien ? Ceci permettrait de résoudre la dualité inhérente à la notion d'information, bien ou service.

Quant aux éléments du système objet ou instrument de fraude, la loi distingue tantôt le système de sa totalité, (art. 462-2), tantôt des éléments de ce dernier (art. 462-3 à 6).

Nous ne nous étendrons pas davantage sur ces questions, mais nous retiendrons qu'en bonne logique il aurait fallu suivre le découpage suivant.

acte matériel / mobile	Accès frauduleux		Usage frauduleux	
	système de traitement	informations traitées	système de traitement	informations traitées
détournement de fonds				
commission d'un faux				
espionnage ou piratage				
sabotage (destruction ou falsification				
utilisation abusive des prestations (vol de temps machine)				

A cet égard, l'incrimination proposée par le Sénat paraissait plus large (45).

B - Les difficultés d'application

Si à l'origine l'incrimination de l'accès et de l'usage procèdent de deux approches différentes (protection du contenant et protection du contenu), en réalité, un judicieux découpage des actes matériels permet de cerner la notion de fraude informatique et d'englober la totalité du phénomène.

(45) Rapport sénateur Thyraud, op. cit.

a) A l'origine, deux approches différentes du phénomène : la protection du contenant (STAD) et la protection du contenu (l'information)

"Le "simple accès non autorisé" ... "à un système de traitement et de stockage de données ..."désigne le fait de s'y introduire sans causer à son propriétaire un dommage autre que celui d'acquérir connaissance des informations sans but précis" (46).

"C'est un acte comparable au fait de reproduire une clé ou de s'introduire chez autrui sans y causer le moindre dommage".

"Le problème le plus important qui se pose ici, est de savoir si l'on doit réglementer l'accès à l'information et aux données ou si l'on doit protéger l'information pour elle-même (ou adopter en même temps les deux approches en considérant qu'il existe une atteinte aux informations et aux données à partir du moment où il existe une atteinte au système informatique (47).

L'accès à un système doit-il être accompagné d'autres actes (modification de l'information, acquisition, utilisation, dommages causés) pour être répréhensible pénalement ?
Le simple accès non autorisé peut-il être incriminé hors de ce contexte ?
Oui ont répondu les législations suédoise (1973) et danoise (Loi du 1er juillet 1985). Certaines législations ajoutent une condition celle de la violation des mesures de sécurité (Allemagne, Norvège, France depuis la loi du 5 janvier 1988) ou celle résultant d'une intention précise de l'auteur.

Il faut encore se demander "si toute information stockée dans un système informatique, appartient au propriétaire du système informatique" ou si, du moins ce dernier peut en avoir l'exclusivité d'usage du seul fait qu'elle se trouve dans le système informatique qu'il détient" (48).

En résumé, si l'accès s'adresse à l'ensemble du système et donc indirectement à son contenu, l'usage a pour objet essentiel de protéger le contenu, le système de traitement, mais aussi indirectement les informations traitées.

On le voit les risques de recoupement sont importants.

En effet, si l'on prend par exemple, l'article 462-2 de la loi du 5 janvier 1988 qui incrimine l'accès ou le maintien dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données, on constate tout de suite que dans le sens où nous l'avons défini, seul ne pourra être retenu que l'accès aux informations contenues dans le système.

(46) M. Briat, op. cit., p. 263 à 279.
(47) Idem.
(48) Idem.

L'accès au système de traitement, constituerait un usage.

Or, le texte vise indistinctement tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données.

En fait, si l'on conçoit mal que l'on puisse accéder au système de traitement sans l'utiliser, cela ne joue qu'au niveau de l'intention.

L'acte d'accès sera distinct de l'acte d'usage. On pourra peut-être établir une présomption d'usage frauduleux, une fois établie la preuve de l'accès.

Il faut également noter que le logiciel constitue tout autant de l'information, qu'une partie du fonctionnement du système de traitement.

Son utilisation frauduleuse pourra aussi bien être constituée par une falsification ou une destruction que par une appropriation (contrefaçon).

Cependant à notre sens, la contrefaçon de logiciel ne constitue pas en tant que telle une atteinte portée au fonctionnement du système de traitement.

En effet, seul est visé un élément du système, dont il est détachable, de même qu'un enregistrement musical est détachable de son appareil de lecture.

En second lieu, la protection du système dans sa globalité, rejaillie, inévitablement sur le contenu de ce dernier, se pose donc à nouveau le problème du statut de l'information.

En fait, la notion d'usage permettrait de résoudre le problème posé par l'appropriation laquelle paraît totalement inadaptée dans ce domaine.

Sans nécessairement s'interroger sur le point de savoir si les informations traitées et stockées dans un système de traitement automatisé de données, appartiennent au propriétaire (en fait cela n'a aucun sens, étant donné l'étendue d'un système et sa complexité) ou au détenteur (la notion de maître du système, utilisée par le Sénat était fort utile à cet égard), on pourrait au moins s'accorder à reconnaître qu'il en a l'exclusivité d'usage.

A fortiori si le traitement leur a conféré une certaine valeur ajoutée.

En troisième lieu, il est bien évident que la plupart des agissements frauduleux en informatique pourront tomber sous le coup de la qualification d'accès et/ou d'usage.

On pourrait soit considérer que deux actes différents ont été commis, ce qui permettrait d'appliquer les deux qualifications, soit s'il est impossible matériellement de dissocier l'acte d'accès de celui de l'usage, imaginer que deux valeurs sociales différentes ont été violées (concours idéal d'infractions).

En effet, "l'accès frauduleux" paraît sanctionner le "droit des relations informatiques" et "l'usage frauduleux" celui des "créations informatiques" (49).

b) En réalité une complémentarité effective des deux approches

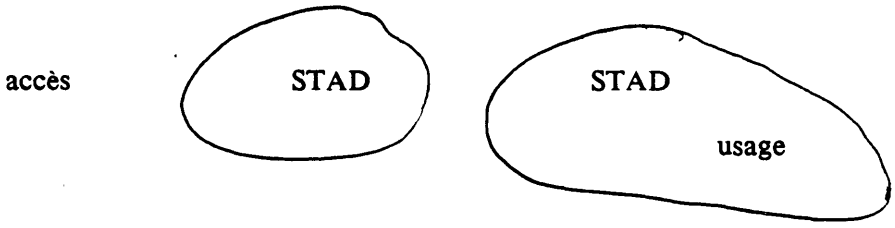
A la simplicité du recours à deux incriminations principales, il semblerait qu'il faille ajouter l'efficacité, tant d'un point de vue technique, que juridique.

D'un point de vue technique, la totalité du phénomène semble pouvoir être appréhendée.

L'accès frauduleux à notre sens, peut s'apparenter à l'entrée par effraction ou au perçage d'un coffre-fort.

L'usage frauduleux s'apparente au pillage, que ce soit dans le sens d'un détournement ou d'une destruction ou d'une falsification.

L'usage frauduleux par définition ne sera possible qu'à partir du moment où l'on se trouvera à l'intérieur du système que ce soit à la suite d'un accès frauduleux ou bien d'un accès régulier.



On le voit déjà, cette distinction en fonction de l'acte matériel devra faire l'objet de sous-distinction en fonction du mobile et s'accommode mal des typologies "classiques" dont la plupart des divisions semblent pouvoir relever à la fois de l'accès et de l'usage (ex. : le "vol d'information").

D'un point de vue juridique, il semble que de nombreuses législations se soient orientées en ce sens dans les pays de l'O.C.D.E. (50).

(49) A. Lucas in "L'appropriation de l'information", ouvrage édité par l'association "Droit et informatique" J.P. Chamoux.
(50) Lamy informatique n° 2170 et suivants, op. cit.

Du point de vue de l'efficacité de la répression, on sait ce que cela signifie quand on songe à l'aspect international de la fraude et au principe de réciprocité d'incrimination, véritable "clef" de mise en oeuvre des mécanismes du droit pénal international (51).

(51) L'expression vise aussi bien l'application internationale des "normes de comportement" françaises que les principes régissant "l'entraide répressive internationale". La réciprocité d'incrimination est exigée comme condition de poursuite en France d'un national ayant commis un délit à l'étranger (art. 689 Code procédure pénale). Mais c'est en matière d'entraide répressive internationale que le principe de réciprocité d'incrimination prend toute sa valeur. Il permet en effet la mise en évidence d'un minimum d'intérêt convergent entre deux Etats (ce que l'on appele un "minimum de communauté juridique"). Une telle communauté de vue existe "a priori" entre les pays membres du Conseil de l'Europe et signataires de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (article 1) bien que l'exigence de la double incrimination réapparaisse à l'article 5 "toute partie contractante pourra... se réserver la faculté de soumettre l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisitions ou saisie d'objets à une ou plusieurs des conditions suivantes : a) l'infraction motivant la commission rogatoire doit être punissable selon la loi de la partie requérante et de la partie requise". D'une façon générale l'exigence de la réciprocité d'incrimination peut être totale ou partielle. L'on peut enfin faire valoir que la technique de réciprocité d'incrimination possède l'immense avantage de procéder à une "stigmatisation internationale" des comportements défendus.

R. R. J. 1988

Pages 785 à 790

ACTUALITES DOCTRINALES

Charles JARROSSON

"La notion d'arbitrage"
Ed. L.G.D.J., "Bibliothèque de droit privé", tome 198,
Paris 1987, 424 pages
Préface B. Oppetit

L'actualité de l'arbitrage et l'ambiguïté de sa notion auraient pu suffire à donner à cette thèse tout son intérêt. Alors que, du fait de la technicité de certains litiges et d'une certaine défiance envers la justice publique dont on dénonce souvent les lenteurs, voire les rigidités, le domaine de l'arbitrage se développe considérablement, le concept en demeure très incertain. Sa diffusion dans les secteurs les plus divers, l'absence de toute définition légale et la diversité de ses acceptions doctrinales semblaient soustraire l'arbitrage à toute définition générale et unitaire, capable d'en circonscrire les multiples aspects. Le premier mérite de Monsieur Jarrosson est de démentir cette impression. Mais cet ouvrage dépasse les frontières techniques de la procédure pour pénétrer le domaine de la méthodologie juridique.

L'auteur ne se contente pas de caractériser l'arbitrage. Il se demande d'abord s'il faut le définir et, pour répondre par l'affirmative, s'interroge opportunément (p. 215 et s.) sur l'utilité et la typologie des définitions juridiques. Considérant que définir, c'est "délimiter", l'auteur veut renouveler l'analyse des "contours de la notion d'arbitrage" (Ière partie) et procéder à une recherche méthodique de son "contenu" (IIème partie).

Il définit ainsi l'arbitrage comme "l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci".

Quant à l'analyse conceptuelle, on observera que l'auteur aboutit à une définition à la fois réelle et fonctionnelle, dont l'énoncé a une consonance aristotélicienne puisqu'elle précise d'abord le "genre prochain" (une institution) pour déterminer

ensuite la "différence spécifique". Si l'on préfère, elle donne successivement "la compréhension" et "l'extension" du concept d'arbitrage. La doctrine peut parvenir à de telles définitions scientifiques mais sans caractère normatif alors que le législateur craint de la faire. Elles ont pour le juriste un rôle explicatif et clarificateur qui contribue fortement à la cohérence du système juridique.

On notera, sur le terrain méthodologique, que l'auteur a commencé par tracer les "contours" de l'arbitrage dont il fait une notion "dépendante du modèle juridictionnel" et distincte des notions voisines que sont l'expertise, "l'arbitrage" de l'article 1592 du Code civil, la médiation et la conciliation, ou encore la transaction.

Il ne s'attache au contenu de la notion que dans la seconde partie de son ouvrage.

Il montre qu'une définition classique peut parfaitement abriter une acception nouvelle et élargie car les éléments constitutifs de cette définition peuvent, selon les cas, être entendus plus ou moins largement, ce qui conduit à étendre ou restreindre le domaine auquel elle s'applique. Ainsi, une perception plus large de la notion de litige conduit à développer celle d'arbitrage.

Monsieur Jarrosson insiste sur l'idée que l'arbitrage est une "institution" et non, comme le pense Monsieur René David, "une technique" de règlement des litiges. Mais est-ce réellement significatif ? Si l'arbitrage est une institution, c'est une "institution-chose", au sens de la classification faite jadis par Hauriou : c'est une "institution-mécanisme" qui ne paraît donc pas fondamentalement différente d'une "technique" cohérente et organisée.

Dans cette recherche sur la notion d'arbitrage, l'auteur a su judicieusement dissocier le concept d'arbitrage qui, même élargi, peut être précisément déterminé, de l'idée d'arbitrage qui semble, au contraire, bien impalpable.

Quant au domaine proprement dit de l'arbitrage, Monsieur Jarrosson en exclut l'arbitrage forcé. L'arbitrage est présenté ici comme une notion unitaire qui coexiste avec des notions voisines souvent mal qualifiées, même par le législateur. Certes, il n'est pas, pour autant, enfermé dans des limites étroites. Mais, "l'arbitrage forcé", même s'il emprunte son régime à l'arbitrage volontaire, semble se rattacher davantage à "des variétés de juridictions étatiques" : les parties y ont l'obligation du fait de la loi, de soumettre leur différend à l'arbitrage au sens large, ce qui élude l'aspect conventionnel caractéristique de l'arbitrage proprement dit (n° 14 et s., 116 et s. et 188 et s.).

Pour séduisante qu'elle soit, cette analyse, liée à une conception moniste de l'arbitrage, élimine de son champ les effets de la déjudiciarisation qu'impose la loi en certaines matières et les diverses commissions de conciliation ou de consultation, parfois qualifiées d'arbitrales, auxquelles les textes commandent de soumettre certains différends. Peut-être est-ce un peu regrettable..., même si c'est scientifiquement plus rigoureux.

En revanche, en droit international public ou en droit procédural, en particulier en droit commercial international, l'extension de la notion d'arbitrage ainsi conçue, est parfaitement compatible avec l'extension des pouvoirs de l'arbitre, la réalité pratique et le droit positif.

On retiendra de cet ouvrage la qualité de ses analyses, l'utilité de ses perspectives et l'étendue de ses développements et de ses implications. Tout cela allie avec bonheur préoccupations fondamentales et soucis pratiques. Il s'agit d'une contribution méthodique et essentielle à l'étude des modes de règlement des litiges, autrement dit, à celle des principales formes de réalisation du droit.

Jean-Louis BERGEL

Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Institut d'Etudes Judiciaires

"LES STANDARDS DANS LES DIVERS SYSTEMES JURIDIQUES"

PREMIER CONGRES DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE
DE METHODOLOGIE JURIDIQUE
Aix-en-Provence - 5, 6 et 7 septembre 1988

PROGRAMME

Lundi 5 septembre 1988

Thème n° 1 : Définition et utilisation des standards dans les divers systèmes de droit

Matin :
- "Les dimensions éthiques de la notion de standard"
par M. Enrico Pattaro, Professeur à l'Université de Bologne (Italie)
- "Les standards et les principes généraux du droit"
par M. Valentin Petev, Professeur à l'Université de Münster (R.F.A.)
- "Standards et règles de droit"
par M. Juan-Santos Navarro, Chargé d'enseignement à l'Université de Lyon

Après-Midi :
- "Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit"
par M. Jerzy Wroblewski, Professeur à l'Université de Lodz (Pologne)
- "Les standards dans les droits romano-germaniques"
par M. Philippe Delebecque, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
- "La place des standards dans la Common Law"
par Sir William Dale, KC. MG, Université de Londres (G.B.)
- "Les principes de la vie en société en tant que standard des droits socialistes"
par M. Zygmunt Ziembinsky, Professeur à l'Université de Poznan (Pologne)

- "Les standards en droit japonais"
par Mme Mamiko Ueno, Professeur adjoint à l'Université Chuo de Tokyo (Japon)
- Discussion

Mardi 6 septembre 1988

Thème n° 2 : L'utilisation des standards dans les normes juridiques : Traités, constitutions, lois et décrets, contrats

Matin :
- "L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues"
par M.A. Yiokaris, Professeur assistant à l'Université d'Athènes (Grèce)
- "Les standards dans les textes bilingues au Canada"
par M. Michel Sparer, Président du Conseil Supérieur de la Langue Française à Ottawa (Canada)
- "Les objectifs de la C.E.E. comme standards du droit communautaire"
par M.A. Vernardos, Vice-avocat général à la Cour de cassation - Athènes (Grèce)
- "Les standards dans les textes constitutionnels"
par M. José Woehrling, Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
- Discussion

Après-Midi :
- "Les standards dans les textes législatifs traitant de matières techniques spécialisées (Radiodiffusion, transports, contrôle de l'investissement étranger"
par M. Pierre Trudel, Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
- "Les standards de "equitable principles" et de "equitable results" dans la délimitation des zones maritimes en droit international"
par M. P. John Kozyris, Professeur à l'Ohio State University (U.S.A.)
- "Les standards en droit public"
par M. Pavlopoulos, Professeur à l'Université d'Athènes (Grèce)
- "Les standards en droit criminel"
par Mme Mireille Delmas-Marty, Professeur à l'Université de Paris II

- "L'utilisation des standards dans la législation, au Royaume-Uni"
par Sir William Dale, KCMG, Université de Londres (G.B.)
- Discussion
- Assemblée Générale de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique

Mercredi 7 septembre 1988

Thème n° 3 : L'utilisation des standards dans la pratique et la jurisprudence

Matin :
- "Les standards et les pouvoirs du juge"
par M. P. Orianne, Professeur à l'Université Catholique de Louvain (Belgique)
- "Le droit et le fait dans l'application des standards"
par Mme Danielle Pinard, Professeur à l'Université McGill (Montréal-Canada)
- "La justification des décisions fondées sur des standards"
par M. Michele Taruffo, Professeur à l'Université de Pavie (Italie)
- "Standards et contrôle de la constitutionnalité des lois"
par M. Alessandro Pizzorusso, Professeur à l'Université de Florence (Italie)
- "Le contrôle de l'application des standards par la Cour suprême brésilienne"
par M. J. C. Barbosa Moreira, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro (Brésil)
- "Utilisation des standards et adaptation du droit à l'évolution sociale"
par M. N.-J. Mazen, Avocat, Maître de Conférences à l'Université de Dijon
- Discussion

Après-Midi :
- Rapport de synthèse
par M. Ph. Jestaz, Professeur à l'Université de Paris XII

Pour tous renseignements s'adresser au :
SECRETARIAT DU CONGRES :
Association Internationale de Méthodologie Juridique (I.E.J.)
Faculté de Droit et de Science Politique
3, Avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex 1
Tél. : 42.59.19.45

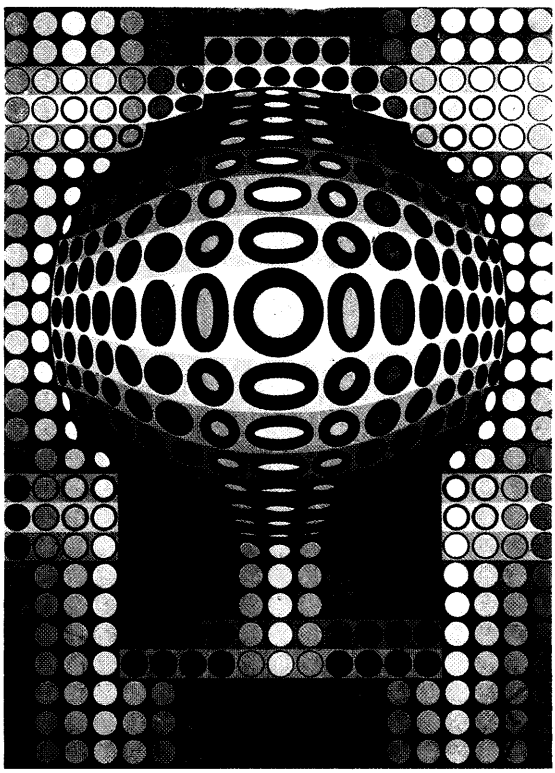
DEPOT LEGAL 3ème Trimestre 1988

No I S S N 0249-8731

Imprimerie Paul Roubaud - Aix-en-Provence

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 3

LES STANDARDS DANS LES DIVERS SYSTÈMES JURIDIQUES

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1988 - 4

La Direction de la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (alinéa premier de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que ce soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

(C) PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - 1989

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
1988-4

Publiée par la FACULTE DE DROIT et de SCIENCE POLITIQUE
d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : R. R. J.

N. XIII - 35 (13ème année - 35e numéro)
(4 Numéros par an)

COMITE DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Jean-Marie AUBY	Professeur à l'Université de Bordeaux I Président honoraire de l'Université de Bordeaux I Correspondant de l'Institut
M. le Doyen Henri BATIFFOL	Membre de l'Institut
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur à l'Université de Paris I
M. le Doyen Fernand BOULAN	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. Pierre CATALA	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Charles DEBBASCH	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Roland DRAGO	Professeur à l'Université de Paris II
M. le Doyen Louis FAVOREU	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III Président honoraire de l'Université
M. Maurice FLORY	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. André de LAUBADERE (+)	
M. Michel LESAGE	Professeur à l'Université de Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
M. Edmond LISLE	
M. le Doyen Guillaume MATRINGE	Professeur à l'Université de Paris II
M. Bruno OPPETIT	Professeur à l'Université de Paris II
M. François TERRE	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	

*_*_*_*

Rédacteur en Chef : Jean-Claude RICCI
Pages de Philosophie du Droit : Alain SERIAUX
Secrétaire de Rédaction : Michel GARCIN

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M.J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI

COMITE SCIENTIFIQUE

M. le ProfesseurJ.-L. BERGEL
M. le Professeur D. BERRA
M. le Doyen F. BOULAN
M. le Professeur J. BOURDON
M. le Professeur J.-Y. CHEROT
M. le Professeur Y. DAUDET
M. le Président Ch. DEBBASCH
M. le Professeur Ph. DELEBECQUE
M. le Président L. FAVOREU
M. le Professeur M. FLORY
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur C. MOULY
M. le Professeur J.-Cl. RICCI
M. le Professeur A. SERIAUX

EQUIPE DE REDACTION

M. le Doyen F. BOULAN
M. le Président L. FAVOREU
M. M. GARCIN
M. le Professeur J. MESTRE
M. le Professeur J.-L. MESTRE
M. le Professeur J.-Cl. RICCI

Service Commercial : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1988

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 270 F
Abonnement étranger : 330 F
Numéro (France) : 85 F

Chèque à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
C. C. P. 9404 15 E Marseille

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE
12, Rue Nazareth - Aix-en-Provence

Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

Correspondant de
LA DOCUMENTATION FRANCAISE
OCDE - INSEE - ONU - UNESCO

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

CAHIERS DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

- N° 3 -

LES STANDARDS DANS LES DIVERS SYSTEMES JURIDIQUES

THE STANDARDS IN THE DIFFERENT LEGAL SYSTEMS

Ce Colloque a bénéficié de subventions du Ministère de l'Education Nationale (D.A.G.I.C. 8), du Conseil Général des Bouches-du-Rhône, de la Ville d'Aix-en-Provence, de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille (Faculté de Droit et de Science Politique et U.E.R. de Recherches Juridiques).

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité de M. le Professeur Jean-Louis BERGEL, Directeur de l'Institut d'Etudes Judiciaires d'Aix-Marseille, Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique.

TABLE DES MATIERES

Avant-Propos, par J.-L. Bergel 805

I - THEME N° 1 - Définition et utilisation des standards dans les divers systèmes de droit

- M. le Professeur Enrico PATTARO, **Les dimensions éthiques de la notion de standard** 813

- M. le Doyen Valentin PETEV, **Les standards et les principes généraux du droit** 825

- M. Juan-Santos NAVARRO, **Standards et règles de droit** 833

- M. le Professeur Jeizy WROBLEWSKI, **Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit** 847

- M. le Professeur Philippe DELEBECQUE, **Les standards dans les droits romano-germaniques** 871

- Sir William DALE, **L'utilisation des standards dans le système juridique anglais** 887

- M. le Professeur Zygmunt ZIEMBINSKI, **Les principes de la vie en société en tant que standard des droits socialistes** 895

- Mme le Professeur Mamiko UENO, **Les standards en droit japonais** 909

II - THEME N° 2 - L'utilisation des standards dans les normes juridiques : Traités, Constitutions, lois et décrets, contrats

- M. le Professeur A. YOKARIS, **L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues** 929

- M. Michel SPARER, **Les standards dans les textes bilingues au Canada** 941

- M. Anastassios VERNARDOS, **Les objectifs de la C.E.E. comme standards du droit communautaire** 953

- M. le Professeur Procopios PAVLOPOULOS, **Les standards en droit public** 961

- M. le Professeur Alessandro PIZZORUSSO, **Standards et contrôle de constitutionnalité des lois** 977

- M. le Professeur Pierre TRUDEL, **Les standards dans les textes législatifs traitant de matières techniques spécialisées** (Radiodiffusion : "la haute qualité") 989

- Mme le Professeur Mireille DELMAS-MARTY, **Les standards en droit criminel** 1019

III - THEME N° 3 - L'utilisation des standards dans la pratique et la jurisprudence

- M. le Professeur Paul ORIANNE, **Les standards et les pouvoirs du juge** 1037

- Mme le Professeur Danielle PINARD, **Le droit et le fait dans l'application des standards** 1069

- M. le Professeur Michele TARUFFO, **La justification des décisions fondées sur des standards** 1123

- M. le Professeur José Carlos BARBOSA MOREIRA, **Le contrôle de l'application des standards par la Cour Suprême brésilienne** 1147

- M. Noël-Jean MAZEN, **Utilisation des standards et adaptation du droit à l'évolution sociale** 1157

- M. le Professeur Philippe JESTAZ, **Rapport de synthèse** 1181

- Liste des Participants 1195

AVANT-PROPOS

Par

Jean-Louis BERGEL

Ce troisième "Cahier de Méthodologie Juridique" contient les actes du premier congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, organisé à Aix-en-Provence les 5, 6 et 7 Septembre 1988, conjointement par cette association et l'Institut d'Etudes Judiciaires de l'Université d'Aix-Marseille III, avec le précieux concours du Ministère de l'Education Nationale, du Conseil Général des Bouches-du-Rhône, de la ville d'Aix et, dans notre Université, de l'U.E.R. de Recherches Juridiques et de la Faculté de Droit et de Science Politique.

Ce congrès, consacré aux "standards" dans les divers systèmes juridiques, a réuni des universitaires et des praticiens de nombreux pays très divers, issus de quatre continents et appartenant aux diverses familles juridiques du monde. C'est dire la richesse de ses travaux et des débats passionnants qu'ont présentés et animés avec talent les présidents des diverses séances, Mme le Professeur A. de Vita, M. le Premier Président P. Mignucci, M. le Bâtonnier P. Bredeau et MM. les Professeurs P. Delnoy, M. El Hatimi et L. Favoreu. Hélas, des contraintes matérielles et la crainte de déformer par des résumés infidèles les propos des présidents de séances et des intervenants empêchent de rapporter ci-dessous la substance des débats. Celle-ci transparaît néanmoins dans le remarquable rapport de synthèse de M. le Professeur Ph. Jestaz. Elle est également présente, bien que diffuse, dans les nombreuses et excellentes communications publiées dans ce volume.

Qu'il nous soit permis de remercier très vivement ici tous ceux qui ont contribué à l'organisation, au déroulement et au succès de ce colloque et dont cet ouvrage manifeste les efforts et la participation à une très belle réflexion collective sur un aspect essentiel, constant et souvent encore méconnu de la science juridique.

Le terme de "standard" a été l'objet de tellement de définitions différentes qu'il paraît difficile de le définir de manière indiscutable.

Roscoe Pound a conçu le standard comme "une mesure moyenne de conduite sociale correcte".

Selon Perelman, les "standards" s'entendent des critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société du moment où les faits doivent être appréciés (C. Perelman "le raisonnable et le déraisonnable en droit", Bibl. de Philo. du droit, t. 29, préf. M. Villey, p. 136).

M. le doyen Cornu, partant du sens anglais de ce mot qui signifie "niveau", "modèle", "moyenne", considère, mis à part ses sens particuliers au droit international public, qu'il désigne une "norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, une notion-cadre" (Vocabulaire juridique, V° standard).

Ainsi, constituent des "standards" les références à la bonne foi, à la conciliation des intérêts en présence, à l'intérêt de la famille, à l'intérêt de l'enfant, aux bonnes moeurs, aux règles de l'art, à la due diligence, au raisonnable ...

Les "standards" se rencontrent, semble-t-il, dans tous les systèmes juridiques.

Ils semblent actuellement en plein essor dans les textes et la jurisprudence.

Leur rôle pratique et fondamental dans l'ordre juridique paraît essentiel car ils permettent au juge "de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger" (M.O. Stati, "Etudes Gény", t. 2, p. 244). En effet, l'indétermination d'une loi, volontairement ou fortuitement imprécise, impose de se référer non seulement aux éléments stables du système juridique, mais aussi à des "standards".

L'importance des standards dans la stratégie législative et dans l'appréhension des faits par le droit, notamment par le juge, montre leur intérêt méthodologique.

M. le doyen Carbonnier a saisi, à cet égard, la nécessité d'introduire délibérément dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, pour laisser au juge le soin de les préciser dans chaque espèce avec une plus grande liberté d'appréciation.

Il en a largement usé pour concevoir les réformes du droit français de la famille (J. Carbonnier "Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille", in "Les notions à contenu variable en droit", Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, Bruxelles, ed. Bruylant 1984, p. 99-112).

De telles lacunes "intra legem", volontaires de la part du législateur, se traduisent dans la loi par des notions intentionnellement vagues et ont pour objet de reporter sur le juge, en fonction des faits qui lui sont soumis, le soin de les préciser en appréciant si ceux-ci sont conformes aux "standards" légaux. Ils doivent permettre ainsi, avec beaucoup de souplesse, une bonne application du droit aux faits.

Roubier avait lumineusement décrit la fonction que revêtent alors les standards. "Le standard, écrivait-il, ne lie pas étroitement le juge, il constitue seulement une directive générale qui, en indiquant le but poursuivi, guide le juge dans l'administration du droit ... ; ainsi donc le "standard" ne tend pas à une délimitation objective de ce qui est permis et de ce qui est défendu, comme le font les règles ou les principes ; il constitue une formule d'appréciation de la conduite des particuliers sur la base d'un type-modèle. A la vérité, on a pu remarquer que ce mode d'organisation de la discipline juridique n'était pas nouveau, et que le droit romain, tout au moins le droit romain développé, avait connu aussi des "standards", par exemple le "standard" de la bonne foi dans les "negotia bonae fidei", le "standard" du "bon père de famille" pour apprécier la diligence requise de certaines personnes ... Mais il est bien vrai que le droit anglo-américain a considérablement développé ce procédé ; on cite par exemple le "standard" de conduite déloyale (unfair competition) en matière de restriction du travail et de monopoles, le "standard" de prudence nécessaire (due care) dans l'appréciation de la faute, le "standard" de procédure régulière (due process of law) dans l'appréciation de la constitutionnalité des lois ...".

On a récemment montré que le législateur se contente, dans certains cas, de codifier des standards jurisprudentiels préexistants. Cela se produit surtout dans des droits prétoriens comme, en France, en droit administratif (S. Rials "Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)", Paris, 1980, LGDJ, Bibl. de Dr. Public t. 135, Préf. P. Weil, n° 87), et dans les droits anglo-saxons.

Il arrive aussi que ce soit le juge qui transforme les prescriptions des textes en "standards formels", soit en créant "de toutes pièces un "standard" pour la mise en oeuvre de prescriptions textuelles n'en comportant pas", soit en transformant des "standards textuels" en "standards" différents.

Par exemple, la notion "d'acte de gestion normal", instituée par la jurisprudence fiscale pour apprécier les dépenses engagées dans "l'intérêt direct de l'entreprise", a permis plus de commodité pour appliquer les textes (S. Rials, op. cit., n° 88, et s.).

Là encore, Roubier avait montré que "le standard aboutit évidemment à donner un rôle plus considérable au juge, qui ne se bornera plus à appliquer d'une manière mécanique une règle ..., mais qui devra vérifier la conduite du défendeur et la comparer à un type-modèle".
Il observait qu'on y "gagne assurément ceci que, dans les matières neuves et encore mal connues, comme le sont les questions difficiles de la vie industrielle moderne ..., le droit n'est pas immobilisé trop tôt par des formules abstraites".

Naturellement, soulignait encore Roubier, "cet avantage se paie ... car il est acquis aux dépens de la sécurité juridique", même si l'on peut soutenir "que l'individualisation du droit appliqué dans telle espèce donnée représenterait un progrès, parce que la justice doit être concrète et tenir compte des mille circonstances particulières du cas". On n'aboutit pas pour autant à instaurer l'arbitraire judiciaire en s'affranchissant de toute règle.

Toujours selon Roubier, "Les juges, au-delà de la directive qui leur est donnée, introduisent peu à peu des sous-directives plus précises, de telle manière que progressivement la réglementation devient plus complète. En définitive, le procédé du "standard" est un procédé d'attente, qui permet à la jurisprudence de classer peu à peu les difficultés et d'embrasser l'ensemble d'une question nouvelle, avant de poser des règles détaillées, et du même coup plus rigides" (P. Roubier "Théorie générale du droit", 2e éd., Sirey, 1951, p. 111 et s.).

On aperçoit ici une fonction plus fondamentale des "standards".

Ils contribuent à ce qu'on peut appeler "l'engendrement du droit" (G. Timsit "Sur l'engendrement du droit" Rev. Dr. Pub. 1988 n° 1, p. 39).

On a même récemment soutenu qu'ils participeraient à une transformation de la logique juridique traditionnelle, "linéaire" et binaire,procédant par régressions successives.

Les standards relèveraient de cette "logique floue" de Mireille Delmas-Marty ("Le flou du droit", Paris 1986, PUF, Coll. "Les voies du droit") ou de cette "normativité relative" évoquée par Prosper Weil (P. Weil "Vers une normativité relative en droit international public ?", Rev. Gén. de Dr. Int. Pub., p. 547).

La prolifération actuelle de "notions à contenu variable", ("Les notions à contenu variable en droit", op. cit.), de "directives", de "standards", ... démontrerait "que la logique linéaire est désormais menacée et que c'est une tout autre logique, la "logique floue", qui n'aurait plus rien à voir avec la logique linéaire qui doit être maintenant théorisée" (G. Timsit, op. cit., p. 44).

Les normes, n'acquérant désormais leur juridicité et leur signification que par l'interprétation et l'exécution auxquelles elles donnent lieu après un "décodage" beaucoup plus libre par des organes divers, ne s'intègreraient plus dans les syllogismes juridiques classiques.

Il n'est pas sûr que les "standards" et autres procédés ainsi envisagés bouleversent à ce point la logique juridique.

Ils imposent dans le raisonnement une opération de "qualification" qui est bien connue et dont la réalisation donne lieu, dans l'enchaînement des syllogismes successifs, à un syllogisme intermédiaire habituel.

S'ils impliquent plus de liberté dans l'appréciation juridique des faits et s'ils laissent plus de place à l'argumentation, ils ne modifient probablement pas pour autant la nature du raisonnement juridique.

Leur apport essentiel au système juridique est sans doute leur extrême plasticité qui permet au droit de mieux saisir l'infinie diversité des faits et de mieux absorber dans des règles stables l'évolution sociale, économique ou technologique ...

Les "standards" contribuent dès lors à une meilleure adéquation et à une bonne adaptation du droit aux faits.

Ils intègrent dans la création, l'évolution et l'application du droit cette marge de souplesse et de liberté qui élargit le pouvoir de l'interprète et permet de peser les comportements humains et la valeur des actes.

Si l'on considère que la hiérarchie des normes est l'une des propositions fondamentales de la logique juridique, celle-ci est également affectée par le contrôle de la constitutionnalité des lois et de la légalité des règlements.

La prise en considération de "standards" n'y concerne pas seulement l'application du droit aux faits, mais aussi les rapports entre les règles de rangs différents dans la hiérarchie des normes, dès lors qu'elle conduit à apprécier leur compatibilité ou leur incompatibilité, leur inconstitutionnalité ou leur illégalité ...

Il était donc primordial de réfléchir dans ce colloque international de méthodologie juridique sur le rôle des standards dans les divers systèmes juridiques.

Pou discipliner cette réflexion, une large concertation dans divers pays nous a conduit à regrouper les communications et les discussions autour de trois grands thèmes :

- la définition et l'utilisation des standards dans les divers systèmes de droit,
- l'utilisation des "standards" dans les diverses normes juridiques et,
- l'utilisation des standards dans la pratique et la jurisprudence.

- THEME N° 1 -

DEFINITION ET UTILISATION DES STANDARDS DANS LES DIVERS SYSTEMES DE DROIT

DEFINITION AND USE OF "STANDARDS" IN THE DIFFERENT LEGAL SYSTEMS

Présidents de Séance

Chairmen

Matin : *M. le Professeur Paul DELNOY*

Après-Midi : *M. le Professeur M'hamed EL HATIMI*

LES DIMENSIONS ETHIQUES DE LA NOTION DE STANDARD JURIDIQUE

****

THE ETHICAL VALUES OF THE CONCEPT OF STANDARD

Par
Enrico PATTARO
Professeur à l'Université de Bologne (Italie)

Mon exposé se divise en deux parties : une partie générale, où le standard juridique est situé dans une perspective, -ou plus exactement, dans une tradition- de discours éthique ; une partie spécifique, où, dans le cadre de la distinction entre standard juridique et règle de droit, je mets en évidence d'autres dimensions éthiques du standard juridique.

- I -

L'histoire de la pensée occidentale a été marquée par une continuité conceptuelle et thématique significative par rapport à la pensée grecque ancienne. Cela s'est vérifié jusqu'au XVIIe siècle dans le domaine proprement scientifique, et jusqu'au XIXe siècle dans le domaine des sciences humaines et sociales. Au XVIIe siècle, la révolution scientifique, en ce qui concerne le domaine de la nature, et au XIXe siècle le positivisme philosophique, en ce qui concerne le domaine des sciences humaines et sociales, dévalorisèrent et bannirent le paradigme aristotélicien déjà dominant.

Dans les sciences naturelles, le dépassement de l'ancien paradigme fut définitif et complet grâce à la venue d'objets de recherche réellement nouveaux, ainsi que d'ensembles théoriques-conceptuels nettement plus puissants, et non moins compréhensifs que ceux qui étaient en vogue précédemment. Dans le domaine des sciences humaines et sociales, au contraire, il resta, est resté ou est réapparu, même longtemps après, et parfois aussi sans qu'il y eût conscience de la part de ceux qui les avaient proposés, des concepts et des thèmes anciens parce que les nouveaux paradigmes, dans le domaine des sciences humaines, n'ont pas toujours produit des résultats meilleurs, des thèmes nouveaux, des théories et des concepts plus puissants, et plus exhaustifs que ceux qui étaient en vogue précédemment.

Le standard juridique, dont je vais parler, est justement un exemple significatif dans le domaine moral et juridique de reviviscence -sous un mot relativement récent, puisqu'il semble que le terme "legal standard" ne remonte pas au-delà de la deuxième moitié du XIXe siècle- d'anciens thèmes et d'élaborations conceptuelles, déjà aristotéliciennes, romaines, médiévales, et puis, en particulier, baroques.

Les thèmes auxquels je me réfère et auxquels l'idée de standard se réfère, sont ceux de la prudence ou de la sagesse du jugement et de l'esprit, entendus, à partir d'Aristote, comme des thèmes typiques du discours moral, politique et esthétique. Prudence, jugement et esprit sont des facultés intuitives par excellence, capables de s'adapter aux circonstances du cas concret

et à ce qui est individuel, comme, justement, la vie morale et politique ainsi que l'expérience esthétique l'exigent, et comme, au contraire, la science, générale et abstraite, n'est pas à même de le faire.

Les penseurs baroques, en particulier par les traités moraux, politiques et esthétiques-littéraires (qu'on se rappelle, par exemple, des oeuvres sur la raison d'état, de la poétique de Baltasar Gracian, d'Emmanuel Tesauro, ou bien encore de John Lyly), déployèrent de grands efforts afin de réduire l'esprit à l'art, comme l'écrivait Matteo Pellegrino : pour rendre explicite et fixer les règles de la prudence, pour exposer à grands traits l'art de la politique entendue comme acquisition et conservation du pouvoir, pour établir les canons du bon goût littéraire (il faut rappeler les oeuvres du marquis Bonhours, de Mme Dacier, de Lodovico Antonio Muratori).

Le droit est imprégné de prudence, d'esprit et du jugement. A partir d'Aristote, avec *l'epieicheia*, équité, qui fait partie du jugement et de la prudence, pour arriver au droit romain, aux *jurisprudentes* du droit commun, et jusqu'aux codifications au moins, en particulier au Code Civil, les grands thèmes de la pensée intuitive et concrète se développent continuellement aussi dans les oeuvres des juristes ; dans ce cas-là aussi ils demandent -en particulier, au cours du XVIIe siècle, à l'époque baroque- que le *jus* soit *in artem redactum*, que les règles (ou standards, pour employer un terme de nos jours) de la prudence, de l'esprit, du jugement, de l'équité soient données avec le but de poser des limitations et des critères de guide, dans cette matière fluide, au subjectivisme excessif et à l'arbitraire : autant en droit qu'en esthétique, en morale ou en politique.

De nos jours, la nouvelle rhétorique de Perelman (1958) s'est attachée à nouveau à ces thèmes et à ces concepts en proposant de récupérer la rhétorique ou le raisonnable dans le discours qui a pour objet les valeurs. D'ailleurs, Théodor Viehweg, dans un livre (1953) qui a eu du succès, avait déjà relancé le discours topique, dialectique, "prudentiel" comme typique du raisonnement juridique et moral.

Même Jürgen Habermas, dans ce remaniement radical du rapport entre théorie et pratique qui constitue le fil conducteur de sa recherche, remet amplement en valeur la conception rhétorique-humaniste des disciplines concernant le comportement social, en opposant, par exemple, dans ce sens la *prudentia* de Giambattista Vico au volontarisme de Hobbes. Enfin, dans le cercle juridique-analytique international, dans un livre tout récent (1987), Aulis Aarnio traite du raisonnable et de l'acceptabilité dans le discours éthique et juridique en des termes qui, qu'il en soit conscient ou non, en passant par Perelman et Habermas, le

reconduisent à des thèmes et à des analyses déjà présents chez Aristote.

Or, si l'on prend la caractérisation classique que Roscoe Pound donna du standard juridique, on n'aura pas de mal à y reconnaître l'idée de prudence et de raisonnement "prudentiel" ; cette idée et ce raisonnement constituent l'une des principales dimensions morales du standard juridique, dimensions sur lesquelles est focalisé mon exposé.

Cela rendra plus clair, peut-être, la raison pour laquelle je suis parti de si loin, dans cet exposé : de la pensée grecque et de la division entre les deux cultures, l'humaniste et la scientifique.

Roscoe Pound donc écrit :

"Les juristes romains élaborèrent certains standards ou modèles de conduite comme celui du bon père de famille, qui mène son ménage d'une façon attentive et diligente, ou celle du fermier prudent et diligent dans l'exploitation de son domaine. D'une manière analogue, l'*equity* anglaise élabora le standard de "fair conduct" du fiduciaire, et le droit anglo-américain élabora, en ce qui concerne les dommages, le standard de la conduite qu'une personne raisonnable et prudente aurait dans des circonstances données. De la même manière, dans le droit des services publics, furent élaborés les standards de "reasonable service", "reasonable facilities", "reasonable incident of service"." "Ce qui est intéressant n'est pas tellement la règle qui est fixée par le standard ; ce qui est intéressant c'est la marge de discrétion que le standard entraîne et le fait qu'il se réfère aux circonstances du cas concret."

Selon Pound, il y a trois caractéristiques du standard juridique :

1) Il entraîne "un certain jugement moral sur la conduite, qui doit être "fair", ou "consciencieuse" ou "raisonnable", ou "prudente", ou "diligente"."

2) Le standard, en outre, ce n'est pas une question "de connaissance juridique précise ou appliquée avec précision". Le standard, au contraire, demande "common sense" sur les "common things", ou encore de "l'intuition bien exercée à propos des choses qui sont au-delà de l'expérience de l'homme moyen".

3) Le standard, enfin, "n'est pas formulé d'une façon absolue, n'a pas de contenu exact" ; au contraire, "il est relatif au temps, au lieu et aux circonstances" ; il doit être appliqué en tenant compte des faits ; dans une certaine mesure il implique la reconnaissance "que chaque cas est d'une certaine manière unique". (R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, revised edition, New Haven : Yale University Press, 1955, pp. 57-58).

Il serait facile de citer maintenant des passages d'Aristote, St Thomas, Vico, ou par exemple, de Pascal, où il oppose l'esprit

de finesse à l'esprit de géométrie et où il identifie dans l'esprit de justesse le moment de l'application de l'esprit de finesse, application -comme il dit- qui se fait "naturellement et sans art", non pas par raisonnement mais d'une manière intuitive.

Dans ces passages, on retrouverait les idées synthétisées par R. Pound dans les trois caractéristiques qu'il attribue au standard juridique : l'idée d'un jugement moral sur la conduite prudente, diligente, attentive, etc... ; l'idée du *common sense* et de l'intuition exercée ; l'idée de l'unicité de chaque cas à juger.

Toute autre analyse mise à part, que ces idées suggèrent, elles comprennent l'essence de ce courant de la pensée éthique qui, à partir de l'*Ethique à Nichomaque* jusqu'à quelques thèses récentes de Ronald Dworkin, tourne autour de la prudence, en tant que vertu intellectuelle pratique, capable de saisir, par un procédé particulier mêlé de rationalité (ou, mieux dit, de raisonnable) et d'intuition, ce qui est uniquement correct (*right : the only right answer*) dans un cas déterminé.

Celle que je viens d'esquisser de cette manière est peut-être la dimension éthique principale du standard juridique.

Elle nous dit que le standard juridique, non seulement tient de la morale, mais en particulier tient de la morale critique : c'est-à-dire de la morale qui découle non seulement de la conduite et de la coutume (ce qui constitue la morale positive), mais aussi de la réflexion, de l'analyse, de l'élaboration éthique théorique. En effet, la tradition de la pensée que j'ai rappelée jusqu'ici, afin d'y reconduire, comme à sa propre matrice, le standard juridique, est, avec ses différentes manifestations qui reviennent dans l'histoire et ses diverses variantes, l'une des deux grandes traditions de la pensée éthique occidentale, l'autre étant celle qui est représentée par la doctrine rationaliste du droit naturel.

L'éthique de la conduite raisonnable dans le cas concret ainsi que l'éthique abstraite de la doctrine rationaliste du droit naturel ont représenté et représentent de grands efforts cherchant à fonder de manière critique les choix moraux de l'homme en lui fournissant les critères "objectifs" pour faire ces choix.

- II -

Dans cette partie de mon exposé, je vais signaler d'autres dimensions éthiques spécifiques du standard juridique dans le cadre de quelques mises au point concernant la distinction entre règle de droit et standard juridique.

Il m'est arrivé de remarquer dans la littérature courante que lorsqu'il est question de distinguer la règle de droit du

standard juridique, on ne précise presque jamais si la distinction dont il s'agit est une distinction entre règle de droit et prescription d'appliquer un standard ou bien entre règle de droit et standard proprement dit, c'est-à-dire standard en tant que modèle effectif de conduite, existant dans la pratique sociale, standard en tant qu'objet de la prescription.

Moi, au contraire, je crois qu'il faut distinguer entre prescription d'un standard et standard prescrit. Il faut, en outre, distinguer la prescription d'un standard juridique des autres prescriptions qui prescrivent quelque chose de différent d'un standard. Il faut enfin distinguer le standard juridique des autres modèles de conduite existant dans la pratique sociale et qui sont différents du standard juridique.

Comme cela est évident, la prescription d'appliquer un standard est, elle-même, une règle de droit, un énoncé linguistique, émané d'un législateur ou d'un juge, tandis qu'un standard est un modèle de conduite effectivement pratiqué dans la vie sociale.

Autrement dit, la prescription d'un standard n'est pas de nature coutumière. Ce qu'il y a de coutumier se trouve dans le standard lui-même qui fait l'objet de la prescription, dans le standard en tant que tel.

A ce propos, il me semble utile de remarquer ce qui suit.

Premièrement, l'une des différences les plus intéressantes et évidentes entre règle de droit et standard juridique est une différence de *genre*, c'est une différence qui tient de la différence entre loi et coutume. La règle de droit est une prescription qui appartient au genre de la loi ; le standard juridique, au contraire, est un modèle de conduite qui existe dans la réalité sociale, qui appartient au genre de la coutume.

Celui-ci est d'ailleurs -il faut bien le souligner- un important profil qui relève pour l'individualisation des dimensions morales du standard juridique.

Deuxièmement, la différence entre règle de droit et prescription d'appliquer un standard est tout autre chose. Un standard, en effet, est normalement lui-même l'objet d'une règle de droit qui prescrit de l'appliquer, d'y avoir recours. A cet égard, alors, il s'agit de distinguer parmi de différentes *espèces* de règles de droit : il ne s'agit plus de différence entre règle de droit et standard proprement dit (différence de genre), mais de la distinction entre la règle de droit qui prescrit d'appliquer un standard juridique et les règles de droit qui prescrivent autre chose (différence d'espèce).

Je vais alors montrer quelques différences entre la règle de droit qui prescrit un standard et les règles de droit qui ne prescrivent pas un standard mais quelque chose d'autre.

Tout d'abord, la prescription d'un standard n'est pas une règle qui prescrit une conduite déterminée comme l'est, au contraire, par exemple, la règle de conduite qui défend le vol ou le meurtre.

La prescription d'un standard n'est d'ailleurs même pas une règle de compétence, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une règle qui attribue un pouvoir de produire du droit, comme classiquement le fait la règle qui attribue un pouvoir réglementaire à un organe administratif ou la règle qui attribue aux juges le pouvoir (et le devoir) de décider comme s'ils étaient les législateurs (comme cela est prévu par l'article 1 du Code suisse de 1907) ou encore la règle qui attribue le pouvoir de résoudre une question selon l'équité ou selon la nature des choses.

Finalement, encore, la prescription d'un standard n'est même pas simplement une règle à contenu indéterminé ou vague, comme le sont des règles qui établissent certaines conséquences juridiques, lorsqu'on cause "un grave dommage à quelqu'un", ou qui établissent des conséquences juridiques particulières, lorsque "la non-exécution du contrat a peu d'importance", en laissant à la pratique jurisprudentielle le soin de déterminer ce qui est grave comme dommage et ce qui a peu d'importance comme inexécution d'un contrat.

En réalité, à mon avis, il faut compter la prescription d'un standard parmi les règles de renvoi, à savoir parmi les règles qui prescrivent de se tenir à une ligne de conduite qui existe déjà, qui est déjà déterminée hors de la règle même. Telles sont les règles qui renvoient au droit romain ou au droit canonique ou aux traités internationaux, les règles qui renvoient à d'autres lois du système juridique qui doivent être appliquées directement ou par analogie, les règles qui renvoient aux principes généraux du droit, aux coutumes, aux traditions locales. Et telle est la règle qui renvoie à un standard.

En outre, la prescription d'un standard discipline, en particulier par renvoi, non pas une conduite, mais plutôt la façon de tenir une conduite. La prescription d'un standard n'est pas la prescription de quoi faire, mais plutôt la prescription de comment faire.

La prescription d'un standard prescrit, par exemple, de se comporter comme le bon père de famille lorsqu'on a l'administration des biens d'autrui ; ou elle prescrit de se comporter selon la bonne foi dans la préparation, la conclusion et l'exécution d'un contrat ; ou elle prescrit de se comporter d'une façon diligente, prudente, raisonnable dans l'exercice d'un devoir ou d'une fonction.

La prescription d'un standard prescrit -je pourrais dire- des vertus. Elle prescrit des vertus civiles (la prudence, la

diligence, la bonne foi, le bon sens) en renvoyant aux modèles relatifs, tels qu'ils sont pratiqués dans la société. Comme c'est évident, cette dimension aussi -la prescription de pratiquer des vertus- est une dimension morale du standard juridique.

Le standard, auquel la règle renvoie, se situe, comme je viens de le dire, parmi les modèles de conduite existants dans la pratique sociale. Il se situe à côté de la coutume et, en tant que participant d'une nature factuelle, sociale, psychologique, il se distingue comme genre de tous les modèles de conduite formulés d'une façon abstraite dans les prescriptions, c'est-à-dire par des énoncés linguistiques. On pourrait dire que le standard juridique est *law in action*, qu'il n'est pas *law in books*, ou, mieux encore, qu'il est *morality in action* à laquelle on renvoie par des *laws in books*.

Cela établi, il faut maintenant distinguer le standard sous un profil spécifique, c'est-à-dire qu'il faut distinguer le standard des autres espèces de modèles de conduite qui existent dans la pratique sociale. En effet, le standard se distingue soit de l'habitude, soit de la coutume.

L'habitude, entendue au sens strict, n'a pas un caractère obligatoire. C'est une uniformité de conduite qui ne constitue pas un paramètre, un étalon d'action correcte.

De plus, l'habitude n'est pas nécessairement l'expression d'une aptitude critique et consciente à l'égard du comportement : au contraire on pourrait dire, peut-être, qu'elle ne l'est jamais, ou qu'il est très rare qu'elle le soit.

Le standard, par contre, est un modèle de conduite qui entraîne l'idée d'action correcte, et, de plus, comme on l'a déjà vu, d'une action correcte mise au point par l'apport de la réflexion critique. Tout cela manque à l'habitude.

L'idée d'action correcte propre au standard est bien remarquée par Pound lorsqu'il écrit qu'un standard "est une mesure moyenne de conduite sociale correcte" (R. Pound, *Administrative Application of Legal Standard*, p. 12).

L'idée d'action correcte, de "rightness" est, à son tour, typiquement morale.

L'idée d'action correcte, en effet, est commune au standard juridique et à la coutume. Mais le standard se distingue de la coutume par d'autres caractéristiques : a) parce que le standard -comme je viens de le dire- tient de la morale critique tandis que la coutume appartient à la morale positive ; b) parce que le standard garde un caractère de flexibilité et de souplesse, tandis que la coutume est rigide et fixe.

Si l'on voulait établir une hiérarchie, on pourrait suggérer la suivante.

L'habitude appartient à la pratique sociale non obligatoire et acritique ; ce n'est pas de la morale : ni morale positive, parce qu'il lui manque l'idée d'action correcte, ni morale critique, parce qu'il lui manque en plus l'élaboration critique. En outre, l'habitude est fondamentalement rigide.

La coutume appartient à la morale positive : à la différence de l'habitude, elle entraîne l'idée d'action correcte, mais elle n'est pas élaborée de manière critique non plus. Enfin, elle n'est ni souple ni flexible : elle est rigide.

Le standard, au contraire, appartient à la morale critique. En tant que moralité, il entraîne l'idée de devoir et de droiture ; en tant que critique, il est sophistiqué, c'est le fruit de l'élaboration. Enfin, il est flexible, élastique et non rigide.

En faisant le point de ce que j'ai dit jusqu'ici, il me semble que l'on peut distinguer au moins les dimensions éthiques du standard juridique suivantes, en les entendant comme des perspectives ou des points de vue selon lesquels le standard semble pouvoir être ramené à l'éthique dans quelques acceptions de ce terme.

a) Le standard juridique *s'adresse à la pratique* ; c'est un modèle de conduite. Comme tel, le standard entre dans "l'éthique" dans l'acception traditionnelle plus large de ce mot qui comprend la morale (ou éthique au sens strict), le droit, la politique, l'économie et qui exclut, par exemple, l'art, la religion et la science.

Il faut remarquer que, de ce point de vue, la règle de droit qui prescrit un standard (aussi bien que les autres règles de droit) entre dans l'éthique, ainsi que le standard prescrit.

b) Le standard juridique est aussi un modèle de conduite qui *appartient à la pratique* : il existe dans la pratique sociale ; ce n'est pas une règle écrite, énoncée, promulguée ; il a ce type d'existence, propre aussi à l'habitude et à la coutume, consistant en des attitudes psychiques et des conduites présentes au niveau intersubjectif à l'intérieur d'un groupe, d'une classe, ou d'un milieu social. De ce point de vue, le standard juridique fait partie de l'éthique, entendue dans une autre acception du mot "éthique" : celle selon laquelle *ethos* s'oppose à *eidos*, pratique à théorie, action à pensée. Le standard non seulement *s'adresse* à la conduite (ce qui est typique aussi des lois écrites), mais aussi *c'est* un type de conduite.

Qui admet qu'il n'existe pas d'éthique en dehors de la conduite réelle ne situera pas la simple règle de droit dans l'éthique, mais pourra y inclure le standard juridique. De ce point de vue, la règle de droit même qui prescrit le standard n'entre pas

dans l'éthique, tandis que le standard juridique prescrit, lui, y entre, tout cela se représentant en tant que renvoi du droit (de la règle de droit) à la morale (ou standard juridique).

c) Le standard juridique, en outre, est un modèle de conduite qui *appartient à une pratique qualifiée.* Aussi bien que la coutume, et contrairement à l'habitude, le standard juridique est un modèle réel de conduite dans lequel intervient l'idée de devoir : l'idée d'une conduite correcte, qu'il faut avoir simplement parce que c'est la conduite correcte, indépendamment de tout but (par exemple, indépendamment de l'obtention de quelque chose d'utile) ou motif (par exemple, indépendamment de la crainte d'une sanction).

Qui pense (comme moi, par exemple) que l'idée de devoir et de conduite correcte est une donnée essentielle de la morale aura de bonnes raisons pour inclure le standard juridique dans le domaine de l'éthique.

d) Le standard juridique est aussi *un modèle d'exercice de vertus.* La règle de droit qui prescrit un standard juridique (qui prescrit, par exemple, la diligence du bon père de famille) prescrit une vertu civique, en renvoyant, en ce qui concerne son application, au standard, reconnu comme propre à l'exercice correct de la vertu prescrite. On connaît très bien l'acception du mot "éthique" qui comprend la référence à la vertu. Ce point de vue éthique touche la règle de droit (qui prescrit la vertu et par renvoi le standard qui y est relatif) ainsi que le standard prescrit, qui est en fait la façon correcte d'exercer la vertu en question.

e) Le standard juridique vise à la réalisation de la justice du cas concret : il faut rappeler la définition aristotélicienne de l'*epieicheia* (équité), justement comme justice du cas concret. Aristote comparait l'équité au réglet utilisé par les maçons de Lesbos qui, puisqu'il était fait en matériel ductile, pouvait s'adapter aux sinuosités et aux aspérités du terrain. Le jugement, d'ailleurs, l'*eusinesia* et la *gnome* aristotéliciennes sont des capacités de juger ce qui est équitable.

Il y a des conceptions de l'éthique qui caractérisent l'éthique -par opposition, par exemple, au caractère abstrait du droit- non seulement ou pas tellement par son appartenance à la pratique (cf. b)), mais aussi ou surtout par son caractère concret en ce sens qu'elle adhère aux circonstances concrètes. L'éthique, dite de la situation, par exemple, est l'une des éthiques admises par ces conceptions de l'éthique. Je n'entends pas dire par là que le standard juridique peut être ramené à l'éthique de la situation. J'entends plus simplement observer que quelques éthiques, parmi

lesquelles l'éthique de la situation, présupposent une conception de l'éthique comme adhérence aux particularités spécifiques, parfois uniques, du cas concret, et que le standard juridique -il faut rappeler la troisième des trois caractérisations que Pound en donne- présente certainement une dimension éthique, même dans la conception de l'éthique que je viens d'indiquer.

f) Enfin, le standard juridique appartient à une des deux traditions les plus importantes de la pensée occidentale sur l'éthique. Voilà donc le thème que j'ai traité dans la première partie de mon exposé. Parmi les grandes orientations de la pensée éthique occidentale, il en est deux qui se détachent sans doute des autres par leur vétusté et leur richesse : la tradition rationaliste du droit naturel, productrice d'éthiques *more geometrico demonstratae*, et la tradition du raisonnable, tournant autour des idées de prudence (*phronesis*) et de jugement (*sunesis, eusinesia, gnome*), productrice de méthodes et de procédés pour bien délibérer sur les cas concrets (aussi sur les *hard cases*). Le standard juridique appartient à cette tradition éthique.

STANDARDS ET PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

***

STANDARDS AND GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Par
Valentin PETEV
Professeur à l'Université de Münster (R. F. A.)

I - UTILISATIONS DE LA CATEGORIE DES STANDARDS

Les législations modernes font d'abondants usages des standards dans les textes qu'elles produisent. Une vue d'ensemble montre que les standards se présentent comme des formules générales, par lesquelles le législateur exprime une idée normative et ouverte, qui est nécessaire à l'application d'une règle ou d'un principe de droit. Diverses formules y sont utilisées, par exemple, l'intérêt social, les bonnes moeurs, les intérêts des consommateurs, l'action nuisible à la société, la concurrence déloyale, l'avantage déraisonnable, la diligence des professionnels. Cette énumération, en quelque sorte arbitraire, fait allusion à la diversité des domaines sociaux, où les standards peuvent être utilisés. Elle donne aussi une idée sommaire de la nature des standards comme critères normatifs.

Dans une acception large, les standards sont des conventions, des principes ou des règles qui s'établissent en société et donnent aux actes sociaux un fondement moral (1). Pour certains auteurs, les standards servent de base à toute réglementation juridique (2) ; pour d'autres, ils se présentent comme des principes et même des règles de droit.

De telles analyses n'expliquent pas de manière satisfaisante le rôle des standards dans l'ordre juridique. Ils ne précisent pas suffisamment l'usage spécifique que l'on pourrait faire de la catégorie du standard. L'intérêt actuel est orienté, me semble-t-il, non seulement vers une synthèse des vues et des résultats déjà obtenus dans de diverses branches de la science juridique (3), mais aussi et surtout vers une analyse catégorielle au niveau de la théorie générale du droit (4). Celle-ci permettrait de mieux utiliser les standards dans la pratique législative et judiciaire.

(1) H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford, 1961, p. 163 : "It is... necessary to characterize, in general terms, those principles, rules and standards relating to the conduct of individuals which belong to morality and make conduct morally obligatory".

(2) N. MacCormick, H.L.A. Hart, London, 1981, p. 40 passim.

(3) K.H. Strache, Das Denken in Standards, Berlin 1968 ; G. Teubner, Standards und Direktivent in Generalklauseln, Francfort s. M. 1971.

(4) Cf. l'ouvrage de Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3 éd., Tubingen 1974, qui a enrichi les vues méthodiques dans la jurisprudence par les aboutissements de l'herméneutique et de l'épistémologie juridique. Les recherches en France ont été poussées, déjà dans les années trente. L'ouvrage de Stéfan Rials (Le juge administratif français et la technique du standard, Paris, 1978), donne beaucoup de références sur ces recherches ; il offre une analyse théorique très approfondie en la matière qui englobe aussi la dimension de la politique législative et jurisprudentielle.

II - APPROCHE SOCIO-AXIOLOGIQUE DE LA PROBLEMATIQUE DES STANDARDS

1. Une première approche sociologique nous montre que le législateur, quand il formule des textes normatifs, se propose d'intervenir et intervient en effet dans la réalité sociale par des règles de conduite qu'il crée. Ces règles donnent aux rapports sociaux un nouveau profil ou bien confirment les rapports sociaux, tels qu'ils existent en réalité, en leurs accordant un caractère obligatoire général. Ce faisant, le législateur ne se réfère qu'à des rapports sociaux typiques qui revêtent à ses yeux une valeur générale et qui, par conséquent, doivent être réglés et protégés. Des comportements jugés particuliers sont dans ce contexte négligeables. Ils ne suscitent pas l'action du législateur. Le mode de pensée en catégories de situations typiques, "standardisées", est donc propre au législateur ; il est dû à sa fonction régulatrice. Il faut, toutefois, mentionner que le recours du législateur à des comportements standardisés des sujets, auxquels le texte législatif s'adresse, révèle une problématique plus complexe.

2. Le législateur s'efforce de donner aux rapports sociaux qu'il vise dans ses actes une réglementation qui est précise et suffisamment détaillée. Mais, dans certaines situations, le législateur se voit obligé, pour mieux répondre aux exigences d'une dynamique sociale, de rendre les textes normatifs qu'il produit plus souples, en utilisant de notions ouvertes, des termes d'une plus haute généralité. A cette fin, il "ouvre" la réglementation à une réalité sociale abondante et complexe d'où il puise certains critères.

Ainsi, par exemple, quand le législateur règle les conséquences juridiques de la concurrence déloyale dans le domaine économique il ne s'applique pas à décrire les traits caractéristiques de comportements déloyaux et à les fixer en termes précis, dans les textes normatifs. Il se contente de dire que la concurrence déloyale est interdite. Ou bien, quand il s'agit de déterminer la responsabilité délictuelle des professionnels, le critère de leur diligence sera emprunté aux actes des spécialistes dans un domaine donné, qui représentent le bon usage de la profession au niveau des connaissances actuellement acquises. La norme correspondante ne peut être formulée qu'en termes généraux, en utilisant des standards.

Ici, l'on n'est pas en présence d'une réglementation juridique incomplète ou de contenu indéterminé. Les éléments "ouverts" du texte normatif, c'est-à-dire, ceux qui sont exprimés par des formules de standards, peuvent et doivent être remplis en

partant des idées correspondantes qui se modifient selon les circonstances et qui dominent dans la société à un moment donné. Ainsi conçu, le mode de réglementation juridique des rapports sociaux, en utilisant des standards, n'est pas une "fuite" du législateur dans des clauses générales, mais répond plutôt aux exigences d'une société ouverte et pluraliste, soucieuse de régler ses affaires par un droit moderne.

Si l'on suit cette ligne d'argumentation, on est conduit à se demander d'où les critères normatifs obtenus à travers des comportements standardisés, reçoivent leur caractère obligatoire.

3. La thèse selon laquelle les standards se situent dans les "faits" reflète une expérience première du législateur : celui-ci est toujours tenu d'observer et d'analyser les comportements sociaux, tels qu'ils se présentent au cours de l'interaction sociale. Cependant, le législateur ne les considère pas comme des faits "bruts". Il les approuve seulement dans la mesure où de tels comportements correspondent aux idées, convictions et conceptions socio-éthiques et politiques, qui, à une certaine époque, dominent en société. C'est ainsi que les comportements typiques (standardisés) s'inscrivent dans les institutions sociales. Une vue institutionaliste permettrait, en effet, de mieux saisir la nature des standards, situés dans le contexte social.

Les institutions (5) se présentent comme un ensemble de rapports sociaux, orientés vers un but déterminé, qui sont régis essentiellement par des principes et des règles juridiques aussi bien qu'éthiques et qui procurent aux acteurs sociaux, par l'uniformité des comportements qu'elles englobent, la certitude nécessaire à la poursuite de leurs buts personnels (6). Les comportements sociaux en cause établissent une régularité stable et adéquate aux attentes des sujets qui s'engagent dans l'interaction sociale (p. ex. l'exercice d'une profession, les activités économiques, le mariage, la propriété).

Les conduites-standards appartiennent à ce type d'actes sociaux. Elles se caractérisent, de surcroît, par la densité de leur régularité continue. Cependant, il serait erroné d'admettre que le législateur, en considérant de tels comportements typiques, de telles pratiques sociales répandues, se "soumet" à leur régularité factuelle. Aucune conduite en société ne possède une force telle qu'elle s'impose immédiatement comme norme générale et obligatoire pour tous. Pour que les standards de conduite sociale

(5) D.N. MacCormick / O. Weinberger, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, Berlin, 1985 ; W. Krawietz, Rechtssystem als Institution ?, dans Rechtstheorie, Beiheft 6, 1984, p. 209 s. ; N. MacCormick, Institutions, Arrangements and Pratical Information, Ratio Juris, 1988, p. 73 s.

(6) V. Petev, Recht als Existenzbedingung, dans Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Supplementa, vol. IV, 1988, p. 25 s.

obtiennent un tel caractère obligatoire, il faut qu'ils soient consacrés au préalable dans le cadre d'institutions sociales. L'exemple des "bonnes moeurs" illustre assez bien cette pensée. Dans sa généralité originaire, ce standard est inopérant. Les bonnes moeurs n'existent pas en tant que telles, en dehors des conceptions éthiques et politiques des groupes sociaux. Seulement, en faisant partie de telles conceptions, les bonnes moeurs entrent dans diverses institutions sociales où elles se concrétisent et reçoivent leur qualité de critère normatif.

III - STATUT DES STANDARDS DANS LE SYSTEME JURIDIQUE

1. Si l'on admet que le système (l'ordre) juridique (7) est, pour de multiples raisons, toujours incomplet et que, d'autre part, il doit rester ouvert à l'interaction sociale, on est conduit à accepter qu'au système juridique appartiennent deux catégories de normes : les règles de droit et les principes généraux du droit (8).

Les principes généraux du droit sont des idées majeures et directrices qui constituent la base et assurent le fonctionnement d'un ordre juridique en lui procurant une justification éthique et politique. Or, ces principes (9) déterminent le caractère du système juridique et donnent à l'interprétation et à l'application de ses règles un sens commun. La jurisprudence, en créant des règles nouvelles en cas de lacune, y trouve appui (10).

Ainsi convient-il de se demander où si situent les standards parmi les normes (règles et principes) que comprend le système juridique. Plusieurs auteurs considèrent les standards comme des normes juridiques, tout simplement. Les standards sont pour eux une sorte de normes "souples", fondées sur un critère indéterminé, qui doit être précisé. Je ne partage pas cette vue.

Les standards sont dépourvus des structures nécessaires à une norme juridique ; ils sont, en ce sens, des catégories normatives incomplètes. Néanmoins, quand une norme contient des formules qui se réfèrent à des standards, on en tire des critères normatifs pour rendre la norme applicable. Le standard des bonnes moeurs ne constitue pas, à cause de sa structure, une norme juridique mais traduit seulement un critère normatif qui permet de préciser le contenu d'une norme complète portant, par

(7) V. "Ordre juridique", dans Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, sous la direction de A.J. Arnaud, Paris, Bruxelles, 1988.
(8) N. MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford, 1978, p. 152 s.
(9) J. Wroblewski, Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, dans Archivum Juridicum Gracoviense, vol. XVII, 1984, p. 5 s.
(10) R. David, La doctrine, la raison, l'équité, R.R.J., 1986, p. 130.

exemple, sur la validité des contrats. Cette problématique surgit d'une manière nette quand il s'agit de manier les principes généraux du droit.

2. Les principes généraux du droit s'établissent à chaque niveau de l'ordre juridique, aussi bien au niveau constitutionnel qu'au niveau des lois simples, comme des normes juridiques de pleine puissance ; cela veut dire que tous les agents de la mise en oeuvre du droit peuvent appuyer leurs décisions sur ces principes en cas d'absence de règle explicite. Ce qui caractérise les principes généraux, quant à leur structure, c'est qu'ils ne contiennent pas de références concrètes et explicites aux faits sociaux auxquels ils sont applicables. Or, les principes généraux ne peuvent être construits qu'en utilisant des catégories d'une haute généralité. C'est là qu'entrent en jeu les standards.

Le contenu des principes généraux n'est pas, de ce fait, indéterminé. Il ne serait pas concevable parce que le système juridique abandonnerait alors ses fondements, à savoir ses principes, qu'ils soient flous. Au contraire, il semble évident que les principes généraux du droit expriment des idées politiques et éthiques bien précises, en particulier celles qui dominent une société à une certaine époque, et cela dans le dessein d'organiser les rapports sociaux conformément à ces idées. Ce qui doit être déterminé de plus près, à un moment donné de l'application d'un principe général, c'est le contenu des circonstances sociales typiques dans lesquelles le principe prend forme et où il se réalise.

Ces circonstances, c'est-à-dire les comportements sociaux qui y sont concernés, sont, on l'a déjà vu, exprimés dans le texte, normatifs par une formule de standard. Ici, le rôle du standard devient clair : il est le médiateur entre une réalité sociale complexe qui doit être saisie de manière institutionnelle et le principe de droit. La tâche du juge consiste en une analyse des comportements visés par le principe pour en déterminer l'extension ; en même temps le juge fait ressortir le contenu du principe dans sa plénitude variable.

Ce résultat est à retenir. Il nous permet de voir la logique spécifique de l'application des principes généraux du droit (11) qui est due à leur structure et à leur nature. Cette logique conduit le juge inéluctablement à des réflexions en termes de standards. Le principe de la liberté contractuelle, par exemple, explicite bien cette pensée.

(11) D'après Ronald Dworkin, cette logique se traduit par l'idée que "principles provide reasons for taking a decision in one direction or another", tandis que les règles de droit ne connaissent qu'une "all-or-nothing fashion" d'application.

Quand le juge apprécie la liberté contractuelle des parties à un contrat de consommateurs, il est obligé d'analyser les pratiques des contrats qui se sont établies dans le domaine des rapports sociaux en cause. Il procède à cette analyse pour pouvoir décider si les intérêts de la partie contractante la plus "faible" ont été en fait respectés. De cette manière, le juge détermine le contenu du principe : ce que signifie vraiment la liberté contractuelle dans certaines conditions sociales.

La fonction du standard devient, me semble-t-il, manifeste quand deux ou plusieurs principes généraux du droit interfèrent. Je prends par exemple le cas d'expériences dans les sciences biomédicales et des responsabilités qui en découlent. Ici, le juge aura à analyser la pratique sociale de telles expériences qui est un indicateur sensible du développement des sciences et qui est bien sûr protégée par le principe fondamental de la liberté scientifique. Mais, d'autre part, le juge aura à observer le principe de la dignité de l'homme et les droits subjectifs des personnes, atteintes par de telles expériences. Le mode de pensée qui procure au juge la souplesse nécessaire à la réflexion, en délimitant l'extension des deux principes, c'est celui des standards.

Les développements qui précèdent permettent de voir que le juge remplit une fonction profondément créatrice en décidant des espèces à partir des principes généraux du droit. Le juge fait sortir les effets implicites des principes et formule lui-même la norme juridique qui sert de base à la décision d'espèce. Mais il n'y arrive que par une analyse socio-axiologique (12) des circonstances sociales typiques qui encadrent le cas concret. Cette analyse ne consiste pas en de simples constatations de fait ou une pure opération logique. Une telle tâche ne dépasse ni la compétence ni les possibilités factuelles du juge. Au contraire, le juge qui opère dans le cadre d'un système politique et juridique, censé pluraliste et ouvert, est tenu d'apprécier toutes les conditions sociales dans lesquelles se situe le cas à traiter ; et le juge effectue les opérations requises sur le plan des valeurs éthiques et des conceptions politiques prédominantes à une époque donnée.

Pour remplir sa fonction, il est nécessaire au juge, en ce sens politique, d'avoir un appareil conceptuel suffisamment différencié. La catégorie du standard en fait partie intégrante.

(12) V. Petev, Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence, A.P.D., t. 30, 1985, p. 187 s.

STANDARDS ET REGLES DE DROIT

****

STANDARDS AND LEGAL RULES

Par

Juan-Santos NAVARRO
Chargé d'Enseignement

INTRODUCTION

1. Le droit n'est pas le seul système normatif de la compétence duquel relève la régulation des "rapports entre les hommes groupés dans des liens "sociétaires"" (1). Ce particularisme du droit est souligné par la "Théorie du pluralisme normatif" (2) ; il explique l'existence de "phénomènes d'internormativité" (3).

Mais si "le droit n'est pas seul à régler, à réguler la vie de l'homme en société" (4), la vie de l'homme en société n'évolue que dans un domaine que le droit lui assigne : la juridicité ou le non-droit (5).

Le droit positif, en effet, régit l'ensemble des activités humaines à caractère sociétaire : de façon positive, par la juridicité ; de façon négative, par le non-droit. Le domaine respectif du droit et du non-droit est une délimitation à l'origine de laquelle se trouve le droit positif lui-même. Dès lors, parler d'"autonomie" de la morale, du droit religieux, du droit naturel, du droit international, etc., par rapport au droit positif (interne), est un non-sens, sauf à considérer, ce qui est le cas, que cette autonomie est concédée par celui-ci.

2 - L'origine juridique de la juridicité et du non-droit est d'une grande conséquence.

En effet, face à une manifestation quelconque de l'activité sociale, le droit positif réagit et selon que sa volonté est de la situer dans la juridicité ou dans le non-droit, il adopte une "réaction d'intégration" ou une "réaction de répulsion". Ces deux

(1) J. Dabin, Théorie générale du droit, Nouvelle édition, Coll. Philosophie du droit, t. 11, Paris, Dalloz, 1969, n° 15, p 19 s., spéc. p. 20.

(2) V. sur cette théorie, V. Carbonnier, Sociologie juridique, 1re éd., Coll. Thémis - Droit, Paris, P.U.F., 1978, p. 183 s. Elle est à distinguer de la "Théorie du pluralisme juridique" V. sur cette dernière, J. Carbonnier, op. cit., p. 183 et p. 208 s.

(3) "Entre le droit et les autres systèmes normatifs des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent. Ce sont là des phénomènes autonomes (un peu comme le droit international privé est autonome à l'égard des droits nationaux) : les phénomènes d'internormativité". J. Carbonnier, op. cit., p. 185. V. pour un conflit entre l'art. 1141 du Nouveau Code de droit canonique (principe de l'indissolubilité du lien matrimonial) et l'art. 237 Ç. civ. (faculté pour un époux de demander le divorce pour rupture de la vie commune) avec demande d'application de l'art. 240 C. civ. (Clause de dureté) : T.G.I. de Perpignan, 29 fév. 1984, D. 1984, 520, note A. Sériaux et J. Villacèque. V. sur les phénomènes d'internormativité J. Carbonnier, op. cit., p. 185 s.

(4) J. Carbonnier, op. cit., p. 183.

(5) Sur le domaine respectif du juridique et du non-juridique, v. notamment : J. Carbonnier, op. cit., p. 174 s. ; J. Dabin, op. cit., n° 93 s, p. 109 s. ; K. Stoyanovitch, Le domaine du droit, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 21 s.. V. aussi (l'auteur analyse des "situations intermédiaires" entre le droit et le non-droit) R. Demogue, Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 9 s.

attitudes du droit trouvent leur fondement dans les "buts suprêmes" (6) qu'il poursuit. Ceux-ci ne sont autres que des valeurs. C'est en effet par référence aux valeurs que les faits emportent des conséquences juridiques ou non juridiques. Ainsi par exemple, c'est par référence à la "sécurité juridique" ("sécurité contre des modifications" (7) que "l'apparence" est créatrice de droits au profit des tiers. Cette référence aux valeurs n'est en définitive que la mise en oeuvre par le droit positif de sa dimension axiologique. Car "le droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs : c'est en fonction même de sa valeur que telle règle pourra être une règle juridique, entraînant des obligations pour l'activité humaine" (8).

3 - L'axiologie est ainsi intimement liée à la téléologie, au "but" ; ce qui pour notre sujet est d'une importance capitale. D'une manière générale, le "*but* ou, en langage philosophique, la *fin* (...) implique l'idée d'un résultat désirable parce que bon, donc un jugement de valeur ; il comporte aussi la différenciation du but et du moyen" (9). Pour le droit positif, il en résulte que ce jugement "doit tout naturellement conduire à un impératif juridique" et que le "résultat de ce jugement est nécessairement qu'une préférence doit être accordée à la règle qui se révèlera appropriée aux fins poursuivies" (10) par lui. Et à cet égard, les règles contenant des standards sont particulièrement appropriées. A telle enseigne que les standards constituent l'une des catégories d'instruments juridiques, à côté des règles de droit, des principes et des concepts. De ces quatre catégories, relevées en 1919 par le Doyen R. Pound lors d'un Congrès de l'*American Bar Association*, nous n'en retiendrons que deux : celle des standards et celle des règles de droit (11).

(6) G. Radbruch, Le but du droit, in Annuaire de l'Institut International de Philosophie du droit et de Sociologie, 1937, p. 48 s., spéc. p. 48 (Ces buts sont pour l'auteur : le bien commun, la justice, la sécurité).
(7) G. Radbruch, op. cit., p. 54.
(8) P. Roubier, Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1951, p. 317.
(9) C. du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 3e éd., Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, Paris, 1948, p. 309.
(10) P. Roubier, op. cit., p. 318.
(11) R. Pound parlait de "rule" lequel n'est pas à proprement parler l'équivalent de règle de droit. Le rule comme Lambert l'a relevé "ce sont les solutions jurisprudentielles". Sur R. Pound, et d'une manière générale sur le "mouvement du standard", V. : S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (Thèse dactylo., Paris II, 1978), Paris, L.G.D.J., 1980. V. pour une bibliographie sur la notion de standard : S. Rials, op. cit. V. pour les différentes définitions "classiques" du standard, S. Rials, op. cit., p. 11 s., n° 10 s.

4 - Comme le Doyen de Harvard le relève, les standards et les règles de droit sont deux techniques juridiques qui coexistent sans s'identifier l'une à l'autre. Cette coexistence semble être l'une des constantes du phénomène juridique. Déjà le droit romain la consacrait. Des systèmes juridiques aussi différents que le droit musulman (par exemple, la "*Maslaha*" dont l'équivalent français est l'"intérêt") et le droit anglais la connaissent. Elle dépasse même les frontières : on la relève dans le droit communautaire, notamment.

5 - Mais ce n'est guère qu'avec les auteurs tels R. Pound, A.A. Al-Sanhoury, M.O. Stati, et bien entendu E. Lambert, que prend naissance un intérêt réel porté au phénomène des standards, et par conséquent au rapport entre les standards et les règles de droit, et ce, bien qu'en fait on puisse remonter jusqu'à F. Gény (12).

6 - C'est à un tel rapport que nous consacrerons la première partie de cette étude. A cet occasion, il sera montré que bien que les standards soient inclus dans *certaines règles de droit*, ils sont distincts de celles-ci (par "règles de droit", il convient d'entendre les diverses catégories de règle de droit y compris les règles d'origine jurisprudentielle) (I). Dès lors, dans la deuxième partie, il sera fait état de certains effets, de certains résultats auxquels aboutissent les standards, résultats qui, par principe, s'opposent à ceux des règles de droit (II).

I - RAPPORT ENTRE LES STANDARDS ET LES REGLES DE DROIT

7 - Il nous faut d'abord examiner le rapport qui existe entre la notion de standard et la notion de règle de droit. Existe-t-il une différence entre ces deux notions ? Dans l'affirmative, quelle est-elle ? Parler d'équité, d'intérêt général, d'ordre public, d'urgence, de bonnes moeurs, de bonne foi, de bon père de famille, de faute, de négligence (13), etc., ne revient-il pas à désigner, d'une manière synthétique un type particulier de règle de droit ?

(12) V. S. Rials, Thèse dactylo. précit., p. 13 s., n° 13 s.
(13) Cet énoncé de standards est emprunté à M. le Professeur J.-L. Bergel, V. J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 1985, p. 214.

8 - On a pu relever que les règles de droit et les standards sont deux modes d'expression du droit positif (14). Faut-il en conclure que les standards sont des règles de droit ? La négative semble s'imposer. Car, outre le fait que les standards ne sont pas à titre exclusif des modes d'expression du droit objectif puisqu'ils se rencontrent aussi dans les actes juridiques et principalement les contrats (15), "le standard n'est aucunement une alternative à la règle, c'est-à-dire un procédé de régulation juridique utilisable au lieu et place d'une norme. Il s'agit au contraire d'une technique particulière d'expression de la règle (...), l'autorité posant ou consacrant une norme choisissant d'utiliser un standard dans sa formulation" (16) (règle et norme sont à considérer ici comme des synonymes).

9 - Le rapport entre les standards et les règles de droit peut en effet s'énoncer en ces termes : les standards sont des notions juridiques incluses dans *des* règles de droit (A) ; les standards sont des notions juridiques distinctes des règles de droit (B).

Il convient d'envisager successivement les deux termes du rapport.

A - Les standards, notions juridiques incluses dans des règles de droit

10 - Les standards sont des notions juridiques incluses dans *des* règles de droit en ce sens qu'ils apparaissent dans l'énoncé juridique normatif même ; ils constituent l'un des éléments formels de la structure d'une proposition juridique ; ce qui les distingue des autres éléments c'est leur nature éminemment axiologique : l'inclusion n'est donc pas une inclusion exclusivement formelle ; l'inclusion formelle n'a pour fonction que de formuler l'inclusion substantielle d'une donnée axiologique (une valeur : équité, intérêt du malade, etc.). L'inclusion substantielle est capitale. Mais elle n'est décelable qu'autant que l'on s'attache au contenu formel de l'énoncé normatif. L'inclusion juridique est une inclusion dans *des* règles de droit que l'on qualifie parfois de règles à standard.

(14) J. Maury, Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, t. 1, p. 421 s., spéc. p. 422, n° 4.
(15) V. S. Rials, Thèse dactylo. précit., p. 46, n° 43.
(16) Groupe stéphanois de recherches critiques sur le droit, Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit, Procès, 1982, p. 5 s., spéc. p. 19. V. aussi A. Jeammaud, Des oppositions de normes en droit privé interne, Thèse, Lyon III, 1975, n° 68 ; S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 31 s., p. 120.

11 - Ainsi par exemple, le standard de "faute" se rencontre (notamment) dans le libellé de l'article 1382 du Code civil : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer". Il en est de même pour "l'ordre public" ainsi que pour les "bonnes moeurs" à l'article 6 du même Code : "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs".

12 - Nous pourrions encore illustrer notre proposition (laquelle n'est autre qu'un simple constat) en faisant appel à des règles tirées de textes d'origine interne ou internationale. Nous aboutirions au même résultat par le biais de la jurisprudence judiciaire, administrative, ou autre (celle du Conseil Constitutionnel, notamment). La jurisprudence internationale nous serait aussi d'une grande utilité. Il en serait pareillement si nous nous attachions au contenu des actes juridiques et principalement à celui des contrats (17) lesquels seraient envisagés en tenant compte de l'article 1134 du Code civil.

13 - Mais la multiplication des exemples ne s'impose nullement. Toutefois prenons en quelques uns au moins pour mentionner que la formulation des standards dans *des* règles de droit est effectuée au moyen de termes ou d'expressions tirés généralement du langage courant et auxquels les juristes donnent un sens particulier.

14 - Dans l'Index du Code civil de J. Ray, on relève notamment les standards législatifs suivants : "grave", "gravité", "abus", "grand", "gros", "important", "inhabitable", "raisonnable" (18). Parmi les standards constitutionnels citons : "juste ... indemnité" (article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) et "menacées d'une manière grave...", "fonctionnement régulier", "pouvoirs exceptionnels" (article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958).

15 - Dans la mesure où les standards relèvent généralement du langage courant faut-il en conclure qu'ils peuvent être décelés à la simple lecture de l'énoncé normatif qui les recèle ? La réponse

(17) Sur l'ensemble, v. notamment : S. Rials, Thèse dactylo., précit., notamment p. 36 s., n° 34 s. ; A. Tunc, Standards juridiques et unification du droit, Rev. Intern. Dr. Comp. 1970, p. 247 s. ; F. Sudre, La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, D. 1988, Chr., p. 71 s.

(18) J. Ray, Index du Code civil contenant tous les mots qui figurent dans le texte du Code, accompagnés des références à tous les articles où ils se trouvent et illustrés de citations qui peuvent en éclairer le sens ou l'emploi, Th. Lettre Paris, 1926.

est loin d'être évidente (sauf bien entendu pour les standards traditionnels : la faute, l'urgence, le bon père de famille, etc.).

16 - Certes, on a pu relever qu'il existe des "formes privilégiées de la notion de standard" que sont certains mots (tels normal, immoral, manifeste et sérieux, raisonnable ou exceptionnel, abusif ou notable, prévisible ou exorbitant) ainsi que l'adjectif qualificatif et l'adverbe (19). Mais on a pu également relever que les "formes privilégiées de la notion de standard" sont parfois utilisées pour désigner une notion autre que celle de standard. Ainsi le terme "normal" remplace parfois l'expression "de droit commun" laquelle n'est pas un standard ("règles de procédure normale", "règles normales de recrutement", "règles normales de compétence", etc.) (20).

17 - Ainsi, malgré leur inclusion formelle dans *des* règles de droit et l'utilisation (en principe) du langage courant, il semble impossible d'établir une typologie exhaustive des standards (en tout cas une typologie formelle par opposition à une typologie substantielle laquelle serait fondée sur la notion de valeur).

18 - L'inclusion des standards dans *des* règles de droit est d'une grande conséquence quant à leur nature juridique. Elle a en effet pour conséquence de leur attribuer la nature de notion de droit. Boland a très justement relevé que "Toute notion citée dans une loi devient juridique parce qu'elle constitue un des éléments de la règle et participe donc, qu'on le veuille ou non, à son caractère normatif" (21). Marty aboutit à la même conclusion : "Du moment qu'un mot, même usuel, est employé par la loi, la notion correspondante, quoique tirée de la vie courante, devient notion légale" (22). Il convient d'étendre ces considérations à toutes les catégories de règle de droit, selon nous. Les standards sont des notions de droit. Certes, tous les auteurs ne partagent pas cette opinion. Certains, par exemple, considèrent l'"urgence" comme une notion de fait. Le législateur lui-même considère expressément (parfois) que tel standard est une notion de fait. Ainsi, lors des débats à l'Assemblée Nationale, le Garde des Sceaux qui défendait le projet de réforme des régimes matrimoniaux (1965) disait que l'intérêt de la famille est une

(19) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 47 s., n° 45 s.
(20) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 48, n° 49.
(21) Boland, La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belique, in "Le fait et le droit", Bruxelles, 1961, p. 187, Cité par Ph. Jestaz, L'urgence et les principes classiques du droit civil (Thèse, Paris, 1966), L.G.D.J., 1968, n° 298, p. 254 s., spéc. p. 254.
(22) G. Marty, La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation, Thèse, Toulouse, 1929, n° 115, Cité par Ph. Jestaz, op. et loc. cit.

"formule nécessairement large qui ne sera jamais une notion de droit, mais qui devra être appréciée dans chaque cas particulier" (23). L'avenir lui prouvera le contraire : en 1976, par l'arrêt Epoux Alessandri (24).

19 - Mais si les standards sont des notions de droit, il ne s'ensuit pas toujours un contrôle exercé par les juridictions de cassation et principalement par la Cour de cassation, juge du droit. Par exemple, la Cour de cassation, en principe, ne contrôle pas l'"urgence" (25). On relève une situation similaire s'agissant du standard d'"intérêt" : alors que les "intérêts en présence" (des articles 915, 832, 832-1 du Code civil) relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation contrôle l'"intérêt légitime" (de l'article 57 du Code civil) ainsi que l'"intérêt collectif" invoqué par les groupements (26) (cette liste de standards n'est qu'indicative).

20 - Cet état de chose prête à réflexion, assurément. Il tend déjà à souligner l'existence d'une différence entre les standards et les règles de droit.

B - LES STANDARDS, NOTIONS JURIDIQUES DISTINCTES DES REGLES DE DROIT

21 - Les standards sont distincts des règles de droit à plusieurs points de vue. Mais s'ils sont distincts, ils ne s'opposent pas à elles. Certes, Al-Sanhoury conçoit-il la distinction en termes d'opposition (27). Mais sa position, comme d'ailleurs celle du "mouvement du standard" (en général), procède d'une donnée fondamentale : il n'est nullement certain que les standards soient des notions de droit (28) ; ce qui justifie amplement son idée d'opposer les standards aux règles de droit. Mais dans la mesure où (comme nous l'avons indiqué) les standards sont des notions de droit (bien qu'ils ne soient pas toujours des "questions de droit"), les standards sont à distinguer et non pas à opposer aux règles de

(23) V. R. Théry, L'intérêt de la famille, J.C.P. 1972.II.2485, n° 3.
(24) Civ. 1re, 6 janv. 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 4, p. 5 ; D. 1976, 253 s., note A. Ponsard ; Rép. du Not. Defrénois, 1976, I, p. 787 s., note A. Ponsard ; Journ. des Not. 1976, art. 53105, pp. 1118 et 1119, note J. V. ; Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 537 s., obs. R. Nerson ; M. Henry, L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux, D. 1979, Chron., p. 179 s.
(25) V. Ph. Jestaz, op. cit., p. 254 s., n° 298 s.
(26) V. A. Tribes, Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, Thèse, Paris II, 1975, p. 408.
(27) V. A.A. Al-Sanhoury, Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jursiprudence anglaise, (Thèse, Lyon), Paris, M. Giard, 1925, p. 38 s.
(28) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 26 s., n° 22.

droit. A cet égard "M. le Professeur Zajtay souligne qu'il ne saurait être question de prendre parti pour ou contre les standards, ni même d'opposer les règles juridiques aux concepts, aux principes et aux standards. En réalité, les concepts sont des éléments de la règle juridique, et certaines règles n'existent pas sans principes ni standards" (29). Par ailleurs, il convient aussi de ne pas considérer que "Tout en réalité est standards" sous prétexte que l'on ne peut "éviter les concepts de faute, d'urgence, de circonstances atténuantes, de droit même, etc." (30). Cette prise de position de M. le Professeur R. David nous semble excessive, bien qu'elle contienne une grande part de vérité. Car il existe des règles de droit qui ne comportent pas de standards comme celle de l'article 144 du Code civil : "L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage".

22 - Les standards sont distincts des règles de droit. En quoi cette distinction consiste-t-elle ? Fondamentalement, et au-delà d'une différence tenant (notamment) à leurs effets que nous abordons dans la deuxième partie, il s'agit d'une différence de nature (a) et d'une différence de domaine (b).

a) Distinction par leur nature

23 - Point n'est besoin d'être long pour montrer que les standards et les règles de droit sont par nature des notions distinctes. Tous les auteurs en conviennent.

24 - D'une manière générale, les auteurs définissent les règles de droit par leur précision et leur fixité (leur rigidité). Al-Sanhoury en donne la définition suivante : "Il y a règle juridique toutes les fois que le droit (soit écrit, soit non écrit), prévoit une hypothèse déterminée et lui donne une solution fixe. La règle juridique se distingue donc par un trait caractéristique : la fixité, soit quant aux faits prévus, soit quant à la solution applicable à ces faits. Grâce à cette précision, celui qui est chargé d'appliquer une règle juridique, fait un travail presque mécanique. Il n'a qu'à vérifier si les faits prévus se sont produits ; si oui, il doit y appliquer la solution toute prête, donnée par la règle" (31).

(29) Zajtay, in A. Tunc, op. cit., p. 260.
(30) R. David, in A. Tunc, op. cit., p. 259.
(31) A.A. Al-Sanhoury, op. cit., p. 38.

25 - Dès lors, d'une manière générale, c'est l'imprécision (le vague), la "maléabilité" (32), la "flexibilité", "l'appréciation subjective et évolutive" (33), qui caractérisent les standards. Par suite, il n'est pas étonnant que les standards relèvent des "notions à contenu variable" (34) et ressortissent au problème général des définitions en droit (35). Tous ces caractères se trouvent (nous semble-t-il) systématisés dans la définition donnée du standard par R. Pound : "mesure moyenne de conduite sociale correcte" (36). Laquelle définition souligne l'une des fonctions des standards : la définition d'un comportement juridique en faisant appel à un comportement non juridique (comportement d'un père à l'égard de ses enfants, usages commerciaux, etc.) (37).

26 - La différence de nature conduit à une différence de domaine.

b) Distinction par leur domaine

27 - Entre les standards et les règles de droit, il existe assurément une différence de domaine d'application. Mais est-il possible de délimiter leur domaine respectif ?

28 - Al-Sanhoury (38) et à sa suite Stati (39) distinguent deux domaines qu'ils tentent de délimiter approximativement. Les règles de droit régiraient les institutions dans le cadre desquelles domine le besoin de sécurité et de stabilité (telles les questions d'incrimination, les questions de procédure, la réglementation de la lettre de change ou du billet à ordre, le régime de la propriété et des droits réels, les statuts familial et successoral). A l'inverse,

(32) J. Dabin, op. cit., p. 281 s., n° 245.
(33) J.-L. Bergel, op. cit., p. 213 s., n° 185.
(34) V. Travaux du Centre National de Recherches de Logique (section juridique), Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, E. Bruylant, 1984.
(35) A cet égard, il est révélateur que J. Dabin les analyse, à titre principal, dans un paragraphe portant sur la définition mais aussi sur le conceptualisme. V. J. Dabin, op. cit., p. 267 s., n° 232 s.
Les standards ressortissent aussi au problème général des "lacunes" (V. sur les "lacunes" : Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, E. Bruylant, 1968). D'une manière générale, en effet, le législateur s'abstient volontairement de définir certaines notions, lesquelles sont souvent des standards. Il en a été ainsi pour l'"intérêt social" (V. J.O. Déb. Ass. Nat., 12 juin 1965, p. 2031). Mais si les standards ne sont pas définis (au moins dans le texte, et s'agissant des standards législatifs au sens large), cela ne signifie pas qu'ils ne soient pas définissables (contra : V. Groupe stéphanois de recherches critiques sur le droit, op. cit., p. 18).
(36) V. supra note 11.
(37) V. Panchaud, in A. Tunc, op. cit., p. 255.
(38) A.A. Al-Sanhoury, op. cit., p. 56 s.
(39) M. O. Stati, Le standard juridique, (Thèse Paris, 1927), Paris, L.G.D.J., 1927, n° 80 s.

les standards auraient pour domaine (d'une manière générale) les institutions en constante évolution et qui seraient de nature économique et de nature sociale (40). Or le droit positif (contemporain) connaît de nombreux standards relevant (notamment) tant des régimes matrimoniaux ("intérêt de la famille") que du contrat de travail ("cause réelle et sérieuse"). Sans doute est-il possible de considérer que le domaine des règles de droit est celui de la sécurité juridique (aspect statique du droit) et que le domaine des standards est celui de l'adaptabilité du droit positif aux faits (aspect dynamique du droit). Mais il ne s'agit là, semble-t-il, que d'une distinction de principe.

29 - Dès lors, ne conviendrait-il pas de rechercher les domaines où la précision est nécessaire et possible et ceux qui devraient être régis par des standards (41) ?

30 - Etant différent par leur nature et par leur domaine, il s'ensuit aussi une différence quant à leurs effets.

II - RESULTATS DES STANDARDS OPPOSES AUX RESULTATS DES REGLES DE DROIT

31 - Parmi les résultats auxquels conduisent les standards et qui s'opposent à ceux auxquels aboutissent les règles de droit, il est généralement fait état de l'arbitraire du juge et de l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Ces résultats sont toujours présentés comme des inconvénients des standards. Mais si les standards présentent des inconvénients, ils présentent aussi des avantages. M. le Professeur Keeton les a analysés dans son ouvrage *Venturing to do justice* (42). Sans aucune référence faite à cet ouvrage, l'avantage majeur des standards semble être de permettre une adaptabilité des règles de droit aux faits (43) (A), l'inconvénient majeur étant (semble-t-il) d'être des facteurs d'insécurité juridique (B).

(40) V. J. Maury, op. cit., n° 12.
(41) Comme le suggère M. le Professeur Hamson, V. in A. Tunc, op. cit., p. 258.
(42) Cité par A. Tunc, op. cit., p. 250.
(43) V. J.-L. Bergel, op. cit., p. 290 s., n° 252.

A - ADAPTABILITE DES REGLES DE DROIT AUX FAITS

32 - Les règles de droit sont souvent en décalage par rapport aux faits. De par leur nature de notions souples, de notions à contenu variable, les standards sont des "facteurs d'adaptabilité de la règle de droit aux faits" (44). Ils font en effet échec à la raison logique laquelle ne saurait présider à elle seule à l'édification du droit positif. "La règle de droit positif ne procède pas de la seule raison logique. Elle dérive de choix philosophiques, moraux, techniques", écrit très justement M. le Professeur J.-L. Bergel (45).

33 - Cette adaptabilité est non seulement une adaptabilité dans le temps (a), mais encore une adaptabilité dans l'espace (b).

a) Adaptabilité dans le temps

34 - L'adaptabilité dans le temps peut être illustrée par deux phénomènes : "l'individualisation judiciaire" et "l'adaptation des qualifications juridiques".

35 - Les standards sont en effet des facteurs d'"individualisation judiciaire" (46), des facteurs de justice concrète. L'article 311, al. 2 du Code civil (Loi du 3 janvier 1972 sur la filiation) dispose que "La conception est présumée avoir lieu à un moment quelconque de cette période (période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement avant la date de naissance), suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant". En appréciant "l'intérêt de l'enfant", le juge passe de l'abstraction légale à une application concrète, "personnalisée".

36 - Les standards sont aussi des facteurs d'"adaptation des qualifications juridiques" (47). A cet égard, il suffit de mentionner les "bonnes moeurs".

(44) J.-L. Bergel, op. et loc. cit.
(45) Ibidem.
(46) V. A.A. Al-Sanhoury, op. cit., p. 50 s. ; G. Cornu, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Cours de Doctorat (D.E.S. Droit privé, sciences criminelles), 1970-1971, Paris, Les cours de droit, p. 224 s. ; A. Tribes, op. cit., p. 347 s.
(47) V. J.-L. Bergel, op. cit., p. 321 s., n° 277.

b) Adaptabilité dans l'espace

37 - L'adaptabilité dans l'espace peut être illustrée par la présence de standards dans des dispositions à caractère international. Il en est ainsi de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par exemple, les standards de "mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique", etc., se rencontrent dans divers articles.

38 - Mais l'adaptabilité des règles de droit dans l'espace (international) est limitée par un obstacle : l'absence d'interprétation uniforme de lois uniformes. La Convention de Varsovie en est un exemple. Elle réalisait en 1929 une unification du droit en posant un standard : l'exclusion de la limitation de responsabilité en cas de dol, ou de faute qui, dans la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol. Mais ce standard avait donné lieu à des difficultés et surtout à des divergences d'interprétation. Aussi le protocole de La Haye de 1955 remplace-t-il le standard par une règle : "Les limites de responsabilité prévues à l'article 22 seront écartées si le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ses préposés, fait soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement" (48).

39 - Sur le plan international ou sur le plan interne, l'absence d'interprétation uniforme des règles contenant un standard (et donc du standard) est un facteur d'insécurité juridique.

B - INSECURITE JURIDIQUE

40 - G. Radbruch propose trois définitions de la notion de sécurité juridique : la sécurité comme "sécurité par le droit" (sécurité contre le vol, par exemple), la sécurité comme "certitude du droit" et la "sécurité contre des modifications" (qualifiée dans le cadre du droit subjectif de "principe des droits acquis") (49). Les standards remettent en question la sécurité comme "certitude du droit". Puisqu'en effet les standards ne permettent pas "la perception certaine de la norme de droit, la preuve certaine des faits dont dépend son application et l'exécution certaine de ce qui a été reconnu comme droit" (50). En témoigne (notamment)

(48) V. A. Tunc, op. cit., p. 252.
(49) V. G. Radbruch, op. cit., p. 53 s.
(50) G. Radbruch, op. cit., p. 54.

l'absence d'interprétation uniforme et constante des standards d'"erreur légitime" (apparence), de "dommage anormal" (pollution), de "cause réelle et sérieuse" (licenciement), notamment.

41 - Toutefois, cette insécurité est tempérée. Car les standards (comme tous les auteurs le soulignent) sont non seulement utiles mais également indispensables, non seulement en tant qu'expression de la dimension axiologique du droit mais encore en tant que technique juridique. Le recours inflationniste au standard d'"intérêt" peut en témoigner : alors que dans le Code civil de 1804 on n'y trouve que six utilisations (semble-t-il), leur nombre est aujourd'hui considérable (51).

CONCLUSION

42 - En guise de conclusion, nous nous interrogerons. Dans la mesure où les standards expriment la dimension axiologique du droit d'une part, et d'autre part, puisque le recours aux standards (par préférence aux règles de droit "rigides") présente de nos jours un caractère inflationniste, quelle est la signification profonde de l'appel aux standards ? Crise des valeurs et donc crise du droit ? Mutation de la forme du droit et donc pouvoirs accrus des juges ? Répondre aux exigences sans cesse renouvelées de la vie sociétaire de l'homme ? Ces questions conduisent à F. Gény (notamment) dont l'oeuvre fut déterminante pour "le mouvement du standard" (52).

(51) V. A. Tribes, op. cit., p. II.
(52) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 13 s., n° 13. Sur l'environnement idéologique du "mouvement du standard", V. Rials, op. et loc. cit.

LES STANDARDS JURIDIQUES : PROBLEMES THEORIQUES DE LA LEGISLATION ET DE L'APPLICATION DU DROIT

****

LEGAL STANDARDS : THEORETICAL PROBLEMS OF LEGISLATION AND ENFORCEMENT OF LAW

Par

Jerzy WRÓBLEWSKI
Professeur à l'Université de Lodz - Pologne

INTRODUCTION

1 - Le standard juridique est une notion plutôt vague. Dans les langages liés au droit, cette notion n'a pas de contenu précis, et ce terme semble avoir un "air de famille" dans sa sémantique.

En fait, comme "standard juridique" on traite : (a) les règles de droit ("on doit agir de bonne foi") ; (b) les fragments de règles ("bonne foi") ; (c) les règles extra-juridiques ("les principes de la morale") ; (d) les principes, qui ne sont pas des règles ("le bon père de famille") ; (e) chaque prétendu principe (général) du droit ; (f) les expressions évaluatives contenues dans les règles du droit ("intérêt justifié") ; (g) clauses générales ; (h) les standards technologiques de normalisation (standardisation).

Alors, le terme "standard juridique" semble flou et ambivalent. Or, pour notre analyse, nous choisissons cinq usages de ce terme qui paraissent les plus importants, à savoir : (SJ-1) la règle juridique ayant des caractéristiques définies ; (SJ-2) la clause générale ; (SJ-3) l'expression évaluative (estimation) ; (SJ-4) le principe général du droit ; (SJ-5) le "standard technologique".

2 - Malgré cette multiplicité des notions du standard juridique, il n'y a pas de controverses sur les fonctions des standards juridiques. Cela semble être un paradoxe, mais c'est un fait bien connu : les conceptions théoriques du standard sont très controversées mais on le traite comme le moyen de l'élasticité des décisions juridiques qui les ouvre aux évaluations. C'est vrai aussi bien pour les décisions législatives que pour celles de l'application du droit.

Ces caractéristiques fonctionnelles des standards juridiques sont liées à leurs constructions théoriques. En effet, on oppose la règle juridique conçue comme standard à une règle juridique "ordinaire" (SJ-1) ; cette élasticité et cette ouverture son liées aux standards traités comme clauses générales (SJ-2) et aux principes (SJ-4), surtout quand les unes et les autres sont traitées comme évaluations (SJ-3).

3 - Notre rapport vise aussi bien la notion du standard juridique que ses fonctions. Or, dans la première partie, nous présenterons les quatre constructions théoriques fondamentales du standard juridique. Dans la seconde et la troisième partie nous parlerons des fonctions des standards juridiques dans la technique législative et dans l'application du droit.

I. - LA NOTION DU STANDARD JURIDIQUE

4 - La notion de standard juridique dépend de sa construction théorique. Nous avons choisi comme les plus importantes cinq constructions (n° 1). Or, entre les constructions SJ-1 règle juridique, SJ-2 clause générale, SJ-3 expression évaluative, et SJ-4 principe général du droit, il y a un air de famille : les clauses générales sont traitées comme des expressions évaluatives ; toutes les deux font certainement partie des règles de droit et, de même, certains principes généraux du droit sont traités comme des règles ou comme leurs prémisses ou leurs conclusions. En revanche, le standard technologique n'appartient pas à cette famille car il est descriptif.

5 - Le standard juridique règle juridique SJ-1 est traité comme une espèce de règles du droit. Or, pour le traiter ainsi, il est nécessaire de préciser la notion de règle, sans quoi on définit *ignotum per ignotum*. Dans ce contexte, il suffit de préciser que la règle de droit est traitée comme une partie du texte de l'acte normatif ayant un sens dans le langage du droit, ou comme une directive construite avec des éléments contenus dans ce texte (1). La règle est juridique quand les conditions déterminées au niveau de la théorie du droit ou de la dogmatique juridique sont remplies ; une partie de ces conditions est d'ailleurs déterminée par le droit en vigueur lui-même. Cette constatation métathéorique suffit pour notre analyse, sans faire une description des conceptions des règles juridiques dans les diverses théories qui font leur typologie.

Mais on doit souligner qu'il n'y a pas d'identité entre les règles juridiques et les standards juridiques. Les SJ-1 sont traités comme les règles qui contiennent les clauses générales (SJ-2-) et/ou les expressions évaluatives (SJ-3), ou comme un genre de principes généraux du droit (SJ-4).

Il n'est pas possible de présenter ici toutes les constructions des SJ-1. Par exemple, selon l'analyse de N. MacCormick, H.L.A. Hart énumère parfois *"the principles, rules and standards"*, et parfois les *"standards"* couvrent toutes les catégories (2). Dans la littérature, on discute plus sur les relations entre règles et principes du droit, que sur les standards juridiques (cf. parag. 8). En tous cas, si les standards juridiques sont traités comme des sortes de règles, ils sont plus vagues, généraux, moins

(1) Les titres et références des ouvrages des auteurs cités figurent dans la bibliographie publiée à la fin de ce rapport).
J. Wróblewski 1986 C.
(2) H.L.A. Hart 1961, p. 161 ; N. MacCormick 1981, p. 40-41 ; Or, on propose aussi les "mid-level principles" entre les règles et principes, M.D. Bayles 1986.

concrets que les autres règles, et, dans ce sens, sont plus proches des principes généraux que des autres règles (3).

6 - Le standard juridique SJ-2 est traité en tant que clause générale. Or, comme dans le cas SJ-1, on doit faire référence à la notion controversée de "clause générale". Il y a beaucoup de conceptions de ces clauses (4) mais les plus importantes, à mon avis, sont au nombre de trois : la clause comme (a) règle du droit, qui contient des expressions très générales, vagues, floues à contenu variable (5) et/ou évaluatives ; (b) les fragments de règles (a), à savoir les expressions qui rendent la règle générale ou évaluative, ou vague en demandant, pratiquement dans chaque cas d'application, une interprétation, ou (c) les références de la règle de droit aux règles et/ou aux évaluations extra-systémiques. On voit clairement les relations de ces trois constructions : (a) peut être traitée comme définie par (b) et (c), et (b) peut être interprété comme (c).

Or, il y a deux versions du SJ-2.

Dans la version forte, le standard juridique correspond à chaque type de clause générale, et se présente (a) comme une clause étant une règle (et alors c'est aussi une SJ-1), soit (b) comme clause constituant une expression évaluative ou (c) comme référence extra-systémique (et alors SJ-2 et aussi SJ-3) ou, encore selon la conception du principe général, ce peut être SJ-4.

Dans la version faible, SJ-2 est une sous-catégorie des clauses générales, à savoir la clause générale qui définit la façon d'agir par la qualification de cette action (par exemple : la "diligence", la "bonne foi", le *"due process of law"*), ou par la qualification du sujet de l'action (par exemple ; "le bon père de famille", l'"arbitre impartial", l'"homme raisonnable") ou la clause qui définit le but (par exemple : "justice", "égalité", "équilibre réciproque").

Dans chaque version, le standard juridique sert de critère de qualification de l'acteur ou de l'action par le contenu de la clause générale. La qualification en règle générale est évaluative à cause du contenu caractéristique de la clause. Mais elle est problématique si, dans le cas de la clause générale construite comme référence extra-systémique, on doit chaque fois évaluer et s'il n'est pas possible de faire une comparaison descriptive (par exemple une opposition entre l'observation des bonnes moeurs et les règles d'une technique professionnelle de l'ingénieur). C'est le

(3) Mais il y a aussi des différences dans la plus ou moins stricte conception des règles entre les pays de common law P.S. Atiyah, R.S. Summers 1987, chap. 3.
(4) L. Leszczyński 1986.
(5) Cf. J.L. Bergel 1985, n° 185, 277 ; ch. Perelman 1980, ch. 10 ; Ch. Perelman R. van der Elst éd., 1984 passim ; sur le langage flou, J. Wróblewski, 1983 B 1985 B.

problème que l'on va aborder à propos des standards juridiques et des principes généraux du droit (n° 8).

Il y a deux façons de traiter les clauses générales selon la distinction de la méta-éthique. Or il y a une morale situationnelle et une morale supra-situationnelle. Selon la première, le jugement moral est seulement concret, adapté à une situation donnée sans aucune possibilité de généralisation. Selon la seconde, la morale est composée de règles générales et on les applique aux situations concrètes. Dans la science juridique, il y a aussi deux types de conceptions de clauses générales : les unes les traitent comme des estimations concrètes ; les autres comme des règles. C'est par exemple le cas avec la clause générale d'équité ou son corollaire dans les systèmes socialistes du droit, les principes de la coexistence sociale (6).

7 - Le standard juridique SJ-3 est défini comme une expression évaluative. Or, il y a les problèmes bien connus des expressions de ce genre qui sont liés aux controverses philosophiques de l'axiologie et la sémiotique (7). Dans notre essai, nous ne pouvons qu'effleurer ces controverses dans la mesure où cela est nécessaire pour notre analyse. En effet, il y a deux perspectives de base des valeurs. On peut les présenter par l'opposition de non cognitivisme et du cognitivisme (8).

Selon l'optique non cognitiviste, les valeurs comme objets idéaux n'existent pas au sens de l'ontologie acceptée. On peut utiliser des termes tels que "valeur", "savoir ou accepter une valeur", etc., mais seulement comme des métaphores ou comme des expressions abrégées que l'on transpose à la rigueur dans les expressions qui se réfèrent aux personnes et à leurs évaluations (9) ou aux faits sociaux et aux opinions des groupes (10).

Dans cette optique, il y a deux façons de concevoir les valeurs : émotivisme (subjectivisme) qui les traite comme des expressions des états mentaux émotionnels de l'individu et intersubjectivisme (sociologisme) qui les traite comme des phénomènes sociaux. Dans chaque cas, le jugement de valeur n'est nullement une description de l'objet évalué ou de l'état psychique d'évaluation. Ainsi, ces jugements ne sont ni vrais ni faux dans le discours, sauf quant à leur propre relativisation quand les conditions de leur caractère propositionnel sont remplies (11).

(6) J. Wróblewski 1970 B ; 1982 C, p. 362-363.
(7) G. Kalinowski 1985 ; J. Wróblewski 1981 A, 1987 A, p. 52-53 ; N. MacCormick, O. Weinberger 1981, chap. VII.3.
(8) J. Wróblewski 1981 A.
(9) M. Rokeach 1973, p. 25.
(10) K. Grzegorczyk 1982.
(11) J. Wróblewski 1981 A.

Dans l'optique cognitiviste, les valeurs sont les objets idéaux qui existent au sens de l'ontologie acceptée ; elles peuvent être connues ; les jugements de valeur sont vrais ou faux dans le langage du discours déterminé. A côté des valeurs objectives, il existe aussi des valeurs subjectives résultant des goûts et/ou des préférences personnels, que l'on traite à la manière du subjectivisme ou de l'intersubjectivisme.

Pour notre analyse des valeurs en droit, nous acceptions la position de non cognitivisme, intersubjective et historique, et pour les valeurs acceptées par le législateur ou par l'organe appliquant le droit, nous admettons soit l'intersubjectivisme, soit le subjectivisme, selon le champ de l'analyse.

Alors, pour le standard juridique expression évaluative (SJ-3), il n'y a pas de différence avec le standard clause générale (SJ-2) quand les clauses générales sont traitées comme des évaluations. La fonction de l'expression évaluative SJ-3 correspond à celle de la clause générale (12).

La situation du standard évaluation SJ-3 est plus complexe quand l'évaluation est conçue comme une comparaison avec une règle. Selon Kelsen, chaque norme en vigueur fonctionne comme "le standard de valeur appliqué à un comportement actuel" (13). Ici, "la valeur" est traitée comme l'expression de la qualification descriptive, et chaque norme est un standard. Cette terminologie n'est pas heureuse, car elle traite le standard en fonction de chaque règle et en même temps le conçoit comme une "valeur". Il semble pourtant que l'expression "X est conforme avec la règle en vigueur R" peut être soit une description, soit une évaluation, ce qui dépend des caractères de la règle R et de la façon dont elle détermine X (14). C'est aussi le cas du standard juridique (SJ-3) conçu comme général et non comme une clause générale situationnelle SJ-2 (n° 6).

8 - Le standard juridique (SJ-4) est traité comme principe général de droit. La polysémie du terme "principe (général) du droit" est bien connue. La relation entre "principe général du droit" et "règle de droit" a été analysée dans plusieurs contextes comme la construction et la structure du système juridique (15) ou comme leur caractéristiques au niveau sémantique et pragmatique qu'impliquent les diverses constructions théoriques (16).

(12) K Larenz 1983, p. 447 ; M. Rokeach 1973, p. 13.
(13) H. Kelsen 1973, p. 275.
(14) J. Wróblewski 1970.
(15) J. Wróblewski 1983 B ; 1985 C.
(16) R. Alexy 1979 ; T. Benditt 1978 ; M.T. Bayles 1987 ; J. Raz 1984 ; J. Wróblewski 1984 A.

Le terme "principe du droit" est utilisé dans tous les langages sur le droit, à savoir dans le langage du droit, le langage juridique (jurisprudentiel), le langage juridique scientifique et le langage juridique commun (17). On y trouve des formules standardisées comme "le principe de l'article N ..." ou "le principe du droit", en précisant le contenu de ce principe. L'analyse théorique montre que les principes appartiennent aux trois catégories de base, que sont : (a) les règles (ou dispositions légales) en vigueur ; (b) les règles qui sont leurs conséquences ou leurs prémisses, et (c) les autres règles ou constructions n'appartenant pas aux catégories précédentes. Cette typologie très générale doit être développée pour une analyse plus détaillée.

Pour simplifier notre analyse, nous éviterons la relativisation d'usage du terme "principe" selon les types de langages liés au droit, en traitant de manière abrégé de "langages juridiques" tout court. La justification de cette simplification est fondée par les assertions suivantes : (a) les langages liés au droit sont interdépendants en ce sens que le langage juridique jurisprudentiel suit le langage légal dans lequel les textes du droit sont formulés, et le langage juridique scientifique les prend tous deux pour point de départ ; (b) le langage juridique scientifique ne propose pas de conventions linguistiques qui soient contraires à l'usage du langage légal et du langage juridique jurisprudentiel ; (c) les décisions d'application du droit sont prises dans le régime déterminé par l'idéologie de la décision légale et rationnelle (18), ce qui a des conséquences pour le langage juridique jurisprudentiel ; (d) prenant comme base le langage légal comme langage - objet, chacun des langages juridiques est plus riche que le précédent qui constitue son meta-langage.

Avec cette simplification, nous énumérons cinq concepts de principes du droit dans "le langage juridique" dont nous proposons les noms conventionnels (19) :

PJD - "principe positif du droit", à savoir règle qui est explicitement formulée dans le texte de droit, c'est-à-dire, une disposition légale, ou, qui est construite avec des éléments contenus dans ces dispositions ;

PJI - "principe implicite du droit", à savoir une règle qui est traitée comme prémisse ou conséquence des dispositions légales ou des normes ;

PJE - "principe extrasystémique du droit", c'est-à-dire une règle qui n'est ni PJD ni PJI ;

PJN - "principe - nom du droit", à savoir un nom caractérisant les traits essentiels des institutions juridiques ;

(17) J. Wróblewski 1988 B.
(18) J. Wróblewski 1984 B.
(19) J. Wróblewski 1984 A.

PJC - "principe - construction du droit", à savoir construction du législateur rationnel ou parfait, présupposée dans l'interprétation juridique.

Dans le langage juridique, on trouve le concept du "principe positif du droit" (PJD). Ce principe, c'est une norme du droit en vigueur, c'est-à-dire ou une disposition légale ou une règle construite, selon un modèle, avec les éléments contenus dans les dispositions légales. On ne peut pas s'arrêter ici sur les controverses à propos des relations entre les dispositions légales et les normes. Il suffit d'admettre que, dans le langage juridique, se trouvent les règles de la construction qui garantissent que l'on peut transformer les dispositions légales en vigueur en normes sans changer leur validité, en d'autres termes, sans changer la réglementation du droit en vigueur. D'ores et déjà, je veux parler des normes du droit au sens large de ce mot, sans faire la distinction entre les dispositions légales et les normes *sensu proprio*.

Les principes positifs du droit, ce sont les normes du droit en vigueur. On peut se demander pourquoi une partie des normes est qualifiée de "principes". L'analyse de la pratique judiciaire montre que cette qualification sert pour traiter quelques normes comme plus importantes que les autres. L'analyse théorique montre, que les critères utilisés dans cette classification des normes sont strictement analogues dans la jurisprudence et dans la science du droit. On qualifie de principes les normes qui jouent un rôle décisif dans l'institution juridique, ou dans l'acte normatif (par exemple dans une loi) ou dans un système de droit tout entier (20). Leur importance réside dans la structure de l'ensemble de normes ou dans les estimations de leur importance du point de vue des valeurs non-relativisées ("pures", "primaires") ou relativisées ("systémiques", "instrumentales", "conditionnelles") (21).

Dans le langage juridique, on utilise aussi le concept de "principe implicite du droit" (PJI). Ce principe, c'est une règle qui est traité comme prémisse ou conséquence des normes. Dans le premier cas, c'est un raisonnement réductif qui donne les prémisses des normes. Cependant dans le second, c'est une déduction. Mais dans chaque cas, le principe est formulé selon les règles de raisonnement admises dans le langage juridique (22).

Or, le problème de la caractéristique logique - de ce raisonnement est très discutable. On sait très bien quels dilemmes on rencontre si on veut appliquer une logique formelle alétique

(20) CF. P.S. Atiyah and R.S. Summrs 1987 ch. 3/5/.
(21) J. Wróblewski 1981 A.
(22) Une conséquence est soit formelle, soit interprétative, selon la conception de la structure du système du droit (J. Wróblewski 1983 B). Les prémisses et les conséquences font implicitement partie du droit : J. Wróblewski 1988 C. Cf. aussi L.L. Fuller 1968 cité par R.S. Summers 1984, p. 12, 51.

ou non-alétique aux normes. On se pose la question de savoir si la logique formelle en tant que telle peut résoudre les questions des prémisses ou des conséquences des normes de droit et si ce n'est pas plutôt du domaine de la rhétorique ou de l'argumentation non formalisée et non formalisable. Or, nous ne pouvons pas traiter ce problème dans notre essai (23). Je me borne donc à souligner que pour accepter le concept du PJI on doit admettre que : (a) il y ait des règles de raisonnement d'après lesquelles on peut formuler les prémisses ou conséquences des normes en vigueur et contrôler si elles sont justifiées ou non ; (b) le concept du système du droit contienne les prémisses et les conséquences découlant des normes et les considère comme valides (24).

L'hypothèse (a) pose le problème de la justification des raisonnements et des PJI : ce sont les normes du droit ou les règles extrasystémiques. La première situation se présente quand le raisonnement est correct ; la seconde, quand il ne l'est pas ; dans la première, on a un principe implicite du droit (PJI) ; dans la seconde, un principe extrasystémique (PJE). Mais cette qualification exige une analyse extrinsèque de l'activité judiciaire dans laquelle on formule le principe.

L'hypothèse (b) suppose un système dans lequel non seulement les dispositions légales sont valides, mais quelques règles construites par la pratique ou par la science peuvent aussi être valides quand elles remplissent les conditions déterminées.

Dans le langage juridique, on trouve aussi le concept de "principe extrasystémique du droit" (PJE). C'est une règle qui n'est ni un PJD ni un PJI. Par définition, cette règle n'est pas contenue dans le système du droit si bien qu'à vrai dire, le nom de "principe extrasystémique du droit" est paradoxal. Mais, en dépit des contingences linguistiques, on emploie parfois dans la langue juridique les "principes" de ce genre, bien qu'on puisse plutôt les qualifier de "postulats du droit".

Sans proposer une convention terminologique, on doit souligner que ces "principes extrasystémiques" proviennent ou du droit comparé ou des règles sociales acceptées par la pratique judiciaire. Dans le premier cas, on formule, dans la macrocomparatistique, les principes propres aux types ou familles de droit ("principes extrasystémiques du droit comparatifs") ; dans

(23) En général, J. Brkic 1885. Pour le langage formel, I. Tammelo 1978 ; O. Weinberger 1970 ; Pour la logique de l'argumentation, Ch. Perelman 1979 ; Th. Viehweg 1974. A propos de la différence entre la logique heuristique et justificatoire, J. Wróblewski 1982 B, p. 30-35 ; 1979 réimprimé J. Wróblewski 1983 A, p. 49-70 ; 1986 B. En dehors de la dichotomie entre la logique formelle et non-formelle se trouve la théorie du raisonnement juridique, basée sur la notion de la rationalité pratique et les transformations en droit : A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik 1981 ; A. Peczenik 1983 ; J. Wróblewski 1983 C ; A. Peczenik et J. Wróblewski 1985.

(24) Mais on critique aussi la pratique qui ne démontre pas si et comment les PIJ sont inférés. K. Larenz 1983, p. 407.

le second, ce sont "les principes du droit extrasystémiques simples", puisés dans la morale, les moeurs, le droit naturel, la politique etc.

Pour parler de ce type de principes, le concept de système de droit est naturellement nécessaire, car il détermine quelles règles appartiennent au système comme normes en vigueur (25).

Dans le langage juridique, on connaît aussi les principes qui ne sont pas des règles. Le premier type de tels principes correspond aux "principes - noms du droit" (PJN). Ce sont les noms caractérisant les traits essentiels des institutions juridiques ou la ligne générale de régulation du droit. Par exemple, on évoque le principe de la liberté contractuelle, de la vérité objective, de la bonne foi etc. Ce sont les noms qui caractérisent les ensembles de normes ; mais ce ne sont pas les règles du comportement, même si, parfois, on les traite comme des "sources" dans l'interprétation juridique d'où provient leur signification normative. Comme noms, ce sont, au premier chef, les instruments de description du droit en vigueur mais dotés d'une importance normative.

Dans le langage juridique, on rencontre aussi les "principes - construction du droit" (PJC). L'illustration paradogmatique en est la conception du législateur rationnel ou parfait. Cette construction sert de source à plusieurs procédés de la pratique et de la science du droit. Les caractéristiques du législateur, comme la cohérence, la compétence linguistique, la création des normes pariologiquement justifiées etc., influent sur l'interprétation juridique.

Comme dans le cas des PJN, les "principes - constructions" ne sont pas des règles, ce sont les constructions qui déterminent l'argumentation juridique d'une façon parfois décisive. La formule traditionnelle de l'interprétation juridique, qui évoque "la volonté du législateur" comme principe de réduction des ambiguïtés est le meilleur exemple du PJC. On peut le critiquer du point de vue de la théorie du droit ou de telle idéologie de l'interprétation, mais on ne peut négliger son influence, ni dans la pratique judiciaire, ni dans la dogmatique juridique.

La notion de principes du droit est déterminée par plusieurs facteurs. Les lois en vigueur peuvent les traiter comme partie du droit (par ex. France). la pratique juridique, et surtout celle de l'application judiciaire du droit, les détermine et les place soit comme arguments ayant une validité, soit comme raisons supportant leurs décisions. Mais c'est surtout la science juridique

(25) Or, la limite entre le droit et le non droit est floue et dépend de la conception théorique. Cf. A.J. Arnaud 1981, ch. 3, 2 ; V. Ferrari 1987, p. 47-48 et la conception de L.L. Fuller analysée par R.S. Summers 1984, ch. 4.

qui s'occupe de leurs caractéristiques et donne leur formulation définissant les concepts dans la langue juridique scientifique.

Le standard juridique, conçu comme principe général du droit (SJ-4) implique ainsi un choix entre plusieurs notions différentes de principe du droit. Enumérons en les possibilités, selon notre typologie.

SJ-4 comme PJP (principe positif du droit) est une version de la construction de SJ-1, à savoir du standard juridique comme règle du droit. Le standard juridique, en tant que clause générale (SJ-2) correspond seulement à telle conception du PJI (principe implicite du droit) quand le principe est une directive qui fonde les règles du droit et cette directive est en même temps une clause générale selon la conception admise (cf. n° 6). Le standard expression évaluative (SJ-3) correspond au PJE (principe extra-systémique), ou clause générale traitée aussi comme référence extrasystémique.

Pourtant il ne semble pas que le standard principe général soit traité comme PJN (principe - nom), sauf dans le cas où ce principe formule un modèle de comportements et/ou d'attitudes ; ainsi par exemple, "le bon père de famille" classique est traité comme un standard juridique et comme PJN. La même observation peut être faite pour le PJC (principe - construction) : le "législateur rationnel" est un standard de ce genre.

On voit alors clairement que les notions de standard juridique et de principe du droit sont utilisées de la même façon et, dans certains contextes, fonctionnement comme synonymes.

9 - Parmi les notions de base du standard juridique, nous avons retenu le "standard technologique" comme mesure descriptive qui détermine un modèle ou étalon de comportement (SJ-3) donnent comme exemple la "standardisation" technique précisant les "normes" d'un produit par ses caractéristiques quantitatives, technologiques (26) ou, de manière plus discutable, le "standard" de la compétence scientifique ou technique adéquate.

Dans ce cas, "le standard" est formulé de manière descriptive et son application n'exige pas une évaluation mais seulement une comparaison descriptive. En ce sens, la "qualification comparative" avec un "standard descriptif" n'est pas une évaluation (27).

Il nous semble que SJ-5 est différent de tous les autres standards traités ici comme fondamentaux (SJ-1, SJ-2, SJ-3, SJ-4). En fait le standard technologique (SJ-3) n'appartient pas à la même famille de concepts ; son rôle est totalement différent du rôle des autres standards analysés. Le standard technologique SJ-5

(26) A. Michalska 1968.
(27) T. Gizbert-Studnicki 1981 ; U. Scarpelli 1985, ch. 5.

sert la standardisation technique, limite la liberté technologique et c'est seulement dans les cas exceptionnels qu'il peut être utilisé parallèlement aux autres standards. C'est pour cette raison qu'il faut le traiter comme une exception en soulignant pourtant que le terme "standard" désigne aussi les standards technologiques dans les langages liés avec le droit.

10 - Dans notre présentation, nous traitons les standards juridiques comme ayant un caractère normatif. C'est dire qu'il nous semble que, dans sa structure profonde, chaque standard vise à établir un modèle de ce qui doit être.

Il y a pourtant des conceptions théoriques du standard selon lesquelles il correspond à un fait comme la normalité, la régularité, la façon normale d'agir (la pratique), la coutume etc. (28). Mais, dans ce cas aussi, le standard implique que l'on doit suivre les faits, à savoir la normalité, la régularité etc. Dès lors, le recours au fait F dans les standards juridiques dans SJ-1, SJ-2, SJ-3 ou SJ-4, signifie qu'on doit se comporter d'une manière indiquée par le standard. Même le standard technologique est utilisé pour "standardiser" la pratique technologique.

Les "faits" invoqués comme standards sont souvent des constructions normatives ("l'homme raisonnable") cachées sous l'apparence d'une description, mais parfois, il n'ont même pas cette prétention (" les bonnes moeurs", "le bon père de famille").

11 - La définition postulative (29) du terme "standard juridique" est certainement possible. Il y a des raisons pratiques et/ou théoriques pour ne pas utiliser des termes polysémiques, ambivalents et flous dans le discours pratique et théorique, au moins quand leur utilisation entrave la communication et l'entendement ou mène à des controverses verbales.

Une définition stipulative précisant le sens du terme "standard juridique", toujours possible dans le langage scientifique, ne semble pourtant pas efficace, si elle ne peut influencer la pratique législative et celle de l'application du droit. Et c'est, comme on le sait très bien, un aspect très complexe de la science juridique. Or, proposer une définition seulement pour des raisons théoriques sans tenir compte du langage du droit et de la pratique juridique, ne peut conduire qu'à une satisfaction limitée.

A propos des standards juridiques, la formulation d'une définition stipulative est surtout difficile à cause des relations entre les standards juridiques et les règles, clauses générales, évaluations et principes, qui compliquent la situation. On peut

(28) par ex. S. Rials 1980 ;1984.
(29) O. Weinberger 1970, p. 255 ; Ch. et O. Weinberger 1979, ch. 11.3.2 ; U. Scarpellio 1985, ch. 1.

toujours se demander si on ne doit pas se contenter du terme "standard juridique". On peut le faire avec chaque terme qui est défini quand on réduit le *definiendum* aux termes du *definiens*. Mais c'est seulement un argument logique qui vaut pour une espèce de définitions et qui ne prend pas en considération les traditions linguistiques de l'intérêt d'utiliser les termes imprécis mais qui, dans le contexte de leur emploi, pour le cas des standards, par exemple, n'empêchent pas la communication effective. L'exemple le plus connu c'est le terme "source du droit" (30).

Dans cette perspective, nous ne proposerons aucune définition stipulative du terme "standard juridique" et nous poursuivrons notre analyse en tenant compte de l'ambiguïté de ce terme exprimée par les constructions présentées dans cette première partie de cet exposé. Or, comme nous l'avons souligné, les controverses concernant la notion de "juridique" ne touchent pas les opinions sur leur rôle dans la législation et l'application du droit. Au niveau fonctionnel, le standard a une place mieux définie qu'au niveau des constructions théoriques.

II - LES STANDARDS JURIDIQUES ET LA TECHNIQUE LEGISLATIVE

12 - La technique législative a pour objet de définir les directives nécessaires à la formulation optimale des textes de droit en général, et des règles juridiques en particulier (31). Elle formule surtout des directives techniques, c'est-à-dire des directives indépendantes du contenu de la régulation juridique. La présomption que le législateur vise l'efficacité des règles qu'il édicte est une condition évidente de sa rationalité. Les buts sont différents suivant les différentes axiologies (ou idéologies) de la législation (32) ; les formes de l'efficacité sont aussi différenciées (33). Mais, laissant de côté les cas de pathologie législative (34), le législateur veut que ses buts soient réalisés et traite la technique législative comme un moyen de cette effectivité.

D'ailleurs, en choisissant la technique législative, le législateur a un dilemme à résoudre (35). Dans une formulation radicale, ce dilemme peut être présenté de la manière suivante : ou déterminer l'objet de la régulation juridique aussi strictement que possible, ou déléguer cette détermination aux personnes appliquant le droit ou se servant du droit.

(30) J. Wróblewski 1974.
(31) J. Wróblewski 1984 C, ch. 5.
(32) J. Wróblewski 1984 C, ch. 2 ; 1985 D. ch. 12.
(33) J. Wróbleswki 1980.
(34) L.L. Fuller 1969, ch. 2.
(35) J. Wróblewski 1985 D, ch. 11.2.

Le choix de la première solution vise une séparation stricte entre les compétences du législateur et de celui qui applique la loi. Il y a, dans cette position, une idéologie politique sous-jacente liée aux institutions juridiques et à l'organisation de l'Etat. Dans cette perspective, on recherche, une formulation aussi précise que possible des textes de droit. Or, cette option conduit à la création d'un langage artificiel, parce que la langue naturelle ne peut pas assurer cette précision.

Le choix de la seconde solution aboutit à un partage du travail entre le législateur et les organes qui appliquent le droit. Le législateur délègue une partie de ses compétences car il ne voit pas la nécessité ni la possibilité de régler de manière stricte tous les cas *a priori*, en détail, alors qu'on peut mieux le faire cas par cas qu'*a priori*. Or, le législateur ne cède pas ses compétences à la décision arbitraire des autres, il veut en quelque sorte guider le processus de l'application du droit. Alors, il utilise dans les textes qu'il édicte des expressions non strictement définies, générales, évaluatives et floues, des références aux règles et aux évaluations extra-systémiques (et extra-juridiques). C'est le cas des notions dont nous avons parlé en faisant la description des constructions théoriques du standard juridique. Cette option vise l'emploi de la langue naturelle dans les textes de droit ; elle utilise d'une manière consciente l'indétermination juridique. Le législateur se réfugie dans les clauses générales (36) pour ne pas prendre la décision lui-même et la laisser aux décisions d'application du droit. Il y a au fond dans cette démarche aussi bien une connaissance des caractéristiques du langage du droit et de la langue naturelle, qu'une conscience des limites opérationnelles du législateur par rapport aux décisions d'application du droit, qu'une idéologie des rôles respectifs de la législation et de l'application du droit.

Ces deux options ne correspondent pas seulement à des problèmes de technique "pure" mais aussi à des choix axiologiques liés à des ensembles d'idées pratiques et théoriques très complexes. Elles sont liées à l'idéologie de la création du droit (37), de l'application du droit (38) et, au niveau de l'idéologie politique, à la relation entre la législation et l'application du droit présupposée par les institutions constitutionnelles et les pratiques du fonctionnement de l'Etat, ou encore à un niveau plus élevé, aux grandes "visions du droit" formalistes ou "substantives" (39).

(36) J.W. Hedemann 1933.
(37) J. Wróblewski 1985 D, ch. 11.1 ; 14 ; 1987 B.
(38) J. Wróblewski 1974 B ; 1988 A, ch. XI-XIV.
(39) P.S. Atiyah et R.S. Summers 1987, ch. 15/2/.

13 - Il nous semble que la technique législative ne peut pas être indifférente au choix de solution qu'implique ce dilemme. Cette technique doit présupposer la rationalité du législateur (encore un principe ou un standard juridique (cf., n°8)). Le législateur, faisant un choix qui détermine sa propre place dans le fonctionnement du droit en général, et dans l'application du droit en particulier, connaît les caractéristiques de ses propres connaissances et de son langage et celles de l'application du droit. Sa connaissance de la réalité est limitée, surtout en ce qui concerne le futur. Il sait que, dans le processus d'application de la loi qu'il édicte il y a toujours des choix à faire et qu'il ne peut pas forcer la loi sans un minimum d'acceptation des organes d'application du droit qui sinon, pourraient, grâce aux "trucs du métier", "l'appliquer" de manière contraire à ses intentions réelles, si elles sont à reconstruire comme une fiction. Il sait qu'il ne peut pas construire un langage artificiel, à savoir bien précis, de manière à éliminer tout besoin d'interprétation et il sait qu'il doit prendre comme base de formulation la langue naturelle, avec sa sémantique contextuelle et floue. Il sait, enfin, qu'il y a des raisons pour individualiser les décisions d'application du droit, non seulement à cause du manque de prédictibilité du futur, mais encore à cause de l'existence de situations très complexes et indéfinissables, qu'on ne peut pas régler d'avance que par une référence à l'application des critères de la raison aux cas concrets (40).

Ce sont ces facteurs qui influencent le choix de la technique législative par le législateur rationnel qui connaît les facteurs déterminants du processus juridique. Il doit bien connaître ces facteurs en choisissant sa propre position qui ne peut être qu'un compromis établi selon ses préférences axiologiques.

14 - La fonction des standards juridiques dans la technique législative ne semble pas controversée. l'emploi des standards est clairement opposé à une réglementation casuistique et stricte de son objet. Le standard juridique soit comme règle (SJ-1), soit comme clause générale (SJ-2) ou expression évaluative (SJ-3), soit comme principe général (SJ-4) implique une individualisation de la décision d'application du droit : le législateur par le standard juridique délègue la compétence d'individualisation au cas concret à l'organe d'application du droit.

Cette délégation par standard juridique exige des choix de la part de l'organe appliquant la loi. Il y a au moins trois espèces

(40) H.L. Hart 1961, p. 127-128.

de choix : (a) le choix entre les standards juridiques quand ils ne sont pas déterminés par le texte, ou quand ils sont déterminés de manière vague, flou ou ambivalente ; (b) la détermination du contenu du standard quand il n'est pas déterminé de manière assez précise ; (c) le choix de la façon d'appliquer le standard quand cela implique des évaluations et des choix évaluatifs.

Alors, la technique législative qui use des standards juridiques laisse toujours en fin de compte à l'organe appliquant le droit une marge de manoeuvre supplémentaire par rapport à celle qui ne recourt pas aux standards. C'est le trait commun aux règles contenant des clauses générales, des expressions évaluatives et à la mise en oeuvre de plusieurs sortes de principes du droit. Ce fait fonctionnel explique les relations conceptuelles entre les standards juridiques et certaines règles de droit (SJ-1), les clauses générales (SJ-2), les expressions évaluatives (SJ-3), et les principes de droit (SJ-4). Fonctionnellement, ce sont parfois les mêmes phénomènes et des phénomènes semblables ou analogues et, en ce sens, malgré les différences terminologiques, ils forment une "famille des concepts" dans le contexte de la technique législative.

Une fonction différente et même opposée est dévolue aux "standards technologiques" (SJ-5) conçus comme des standards descriptifs (n° 9) ; c'est pourquoi nous les avons éliminés de la famille à laquelle appartiennent les autres standards.

III. - LES STANDARDS JURIDIQUES ET L'APPLICATION DU DROIT

15 - L'application du droit est ici conçue comme l'activité des organes de l'Etat (ou des autres agents autorisés par le droit en vigueur) qui déterminent les droits, les devoirs et/ou le statut des destinataires de la décision (et parfois des tiers), qui est justifiée par les règles appliquées ou les autres raisons d'autorité acceptées comme fondement normatif de la décision (41).

Le contexte du concept de l'application du droit est le système de droit écrit (*statutory law*), car les décisions dans le système de common law ont d'autres caractéristiques, malgré les différences qui existent entre le droit en Angleterre et aux Etats-Unis (42).

L'application du droit n'est pas seulement la fonction des tribunaux comme institutions de l'administration de la justice. Or, l'activité d'application du droit est différenciée. Nous en identifions trois modèles, à savoir celui de l'application judiciaire du droit, celui de l'application administrative du droit et celui de

(41) J. Wróblewski 1988 A, p. 7-10.
(42) C.K. Allen 1988, ch. III-IV ; P.S. Atiyah et R.S. Summers 1987, passim.

l'application directrice (magnagerial) du droit. Chacun de ces modèles a ses particularités théoriques, institutionnelles et idéologiques (43).

Nous limiterons notre essai à l'application judiciaire du droit, considérée comme la plus sophistiquée et la plus institutionnalisée de toutes.

16 - Pour déterminer le rôle des standards juridiques dans l'application du droit, selon le modèle judiciaire, on doit présenter ce modèle d'une manière qui les fait ressortir comme des arguments justifiant la décision. Nous analyserons la justification de la décision en laissant de côté son opportunité.

Nous allons utiliser le modèle substantif décisionnel de la décision d'application du droit. Dans ce modèle, on présente les problèmes qui doivent être résolus de manière justifiée pour que la décision puisse être présentée comme rationnelle (44). Ce sont les problèmes de la validité et de l'applicabilité de la règle, de son sens, des faits de l'espèce, et de leurs conséquences. Chacun de ces problèmes fait l'objet de "décisions fragmentaires" l'application du droit, à savoir la décision sur la validité celle sur l'interprétation, celle sur la preuve, celle sur le choix des conséquences. Toutes ces décisions fragmentaires justifient la décision finale, c'est-à-dire "la décision", selon le langage de la procédure qui met fin au procès devant l'instance concernée de l'administration judiciaire.

Pour l'analyse du rôle des standards juridiques, nous présenterons les formules normales des décisions fragmentaires qui font ressortir les arguments justifiants. Nous présenterons leurs versions simplifiées, laissant de côté la description de leurs éléments et les raisons de leur construction théorique (45).

La décision sur la validité : "la règle R est en vigueur dans les dimensions spatio-temporelles ST selon les règles de reconnaissance RC_1, RC_2, ... RC_n et les évaluations $V^v{}_1$, $V^v{}_2$ ... $V^v{}_n$".

La décision sur l'interprétation : "La règle R a le sens M dans le langage du droit LL et/ou dans la situation S selon les directives de l'interprétation DI_1, DI_2 ...DI_n et les évaluations $V^i{}_1$, $V^i{}_2$ ... $V^i{}_n$".

La décision sur la preuve : "Les faits du cas F existent dans les dimensions spatio-temporelles ST selon les preuves P_1, P_2 ... P_n et les règles empiriques de la preuve REP_1, REP_2 ... REP_n et/ou selon les règles légales de la preuve RLP_1, RLP_2 ... RLP_n et/ou selon les valeurs $V^p{}_1$, $V^p{}_2$ ... $V^p{}_n$".

(43) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki 1986, ch. 22.1.
(44) J. Wróblewski 1988 A, p. 7-10.
(45) J. Wróblewski 1986 A.

La décision sur le choix des conséquences : "Les faits du cas F ayant les caractéristiques C_1, C_2 ... C_n ont les conséquences CQ_1, CQ_2 ... CQ_n, selon la règle appliquée R et/ou les directives du choix des conséquences DC_1, DC_2 ... DC_n et/ou les évaluations V^c_1, V^c_2 ... V^c_n".

La formule normale de la décision finale dans sa structure profonde est la conjonction des formules normales des décisions fragmentaires, tandis que "superficiellement" elle n'apparaît que comme une décision sur le choix des conséquences.

Les formules normales montrent les arguments justifiants, nécessaires dans les cas les plus compliqués. Dans les cas de routine, tous ces éléments ne sont pas réunis.

17 - Les standards juridiques peuvent figurer parmi les règles de droit, directives et valeurs indiquées dans les formules normales des décisions fragmentaires.

Les standards juridiques peuvent intervenir dans la décision de validité. Dans le cas où le concept systémique de validité est accepté (46) -et c'est la majorité des cas dans les systèmes contemporains de droit écrit- les standards apparaissent dans les situations suivantes : (a) quand la règle dont la validité est mise en cause est le standard lui-même (SJ-1) ; (b) quand il y a une contradiction entre les règles qu'on élimine par interprétation et quand pour cette opération précise on a recours au contenu des standards utilisés dans la règle interprétée (SJ-2 ou SJ-3) ou aux principes qui y sont inhérents (SJ-4) ; (c) quand, malgré l'absence de (b), on utilise des standards dans l'interprétation car les directives de l'interprétation sont formulées avec des standards à la manière des clauses générales (SJ-2), des expressions évaluatives (SJ-3) et/ou des principes (SJ-4).

La décision sur l'interprétation à opérer est prise quand le texte de la règle en vigueur et applicable est douteux (47). Les standards entrent ici en jeu quand la règle interprétée (a) est un standard - règle (SJ-1) c'est-à-dire quand cette règle est formulée avec des standards juridiques au sens de clauses générales (SJ-2), d'expressions évaluatives (SJ-3) ou de principes (SJ-4) ; (b) quand les directives d'interprétation sont formulées avec des standards (SJ-2, SJ-3, SJ-4) ; (c) et quand les valeurs inhérentes à l'interprétation sont formulées directement comme standards évaluatifs (SJ-3) ou comme principes (SJ-4).

Dans la décision sur la preuve (48), les standards peuvent aussi être utilisés : (a) dans les règles empiriques de preuve (REP) quand elles se réfèrent aux standards descriptifs, par exemple aux

(46) J. Wróblewski 1982 A ; 1985 C ; A. Aarnio 1983, ch. 7.
(47) J. Wróblewski 1985 A, p. 288 ; 1985 B ; 1987 D, p. 42-62.
(48) J. Wróblewski 1981 A ; 1983 A, p. 104-126.

standards technologiques ou scientifiques, si cette construction est admise (SJ-5) (cf. n° 9) ; (b) les règles légales de la preuve (RLE) peuvent être formulée comme des standards (SJ-1) ou contenir des clauses générales (SJ-2), des expressions évaluatives (SJ-3) ou des principes (SJ-4) ; (c) des évaluations sont nécessaires quand les faits prouvés sont déterminés par la règle appliquée de manière évaluative (par exemple : "le motif bas") et cette détermination est faite grâce au standard ("action dans la mauvaise foi" (SJ-2) ; "le motif bas" (SJ-3) ; "le comportement contraire aux bonnes moeurs" (SJ-4).

Dans la décision sur le choix des conséquences (49), le standard juridique peut être (a) la règle appliquée (SJ-1), ou ses éléments (SJ-2, SJ-3, SJ-4) ; (b) les directives de choix des conséquences aussi bien que (c) les valeurs intervenant dans cette décision peuvent être formulées avec des standards (SJ-2, SJ-3, SJ-4).

En résumé, on peut dire que les standards juridiques interviennent dans les décisions d'application du droit quand les règles appliquées sont des standards ou contiennent des standards et/ou quand les directives d'application du droit (règles de reconnaissance, directives de l'interprétation, directives de la preuve, directives sur le choix des conséquences) sont des standards ou contiennent des standards, et/ou, enfin, quand les évaluations nécessaires pour justifier la décision sont formulées avec des standards juridiques.

18 - Ayant démontré par l'analyse théorique la place des standards juridiques dans l'application du droit, on peut présenter d'une manière générale le rôle des standards dans l'application du droit.

Il y a deux facteurs qui déterminent ce rôle, à savoir la formulation des règles appliquées et l'idéologie de l'application en droit.

Le premier facteur, la formulation du texte, dépend de la technique législative. Nous avons présenté le dilemme de cette technique et le rôle du choix législatif qui détermine l'emploi des standards juridiques (n° 12).

Or, on peut être très bref en indiquant les conséquences évidentes de la technique législative qui utilise les standards juridiques. Le recours aux standards, comme aux clauses générales, sert de délégation à l'organe d'application du droit du pouvoir de détermination du contenu des règles et de la façon de les appliquer dans les cas concrets. Le résultat, c'est l'élasticité de la décision d'application du droit, l'adaptation de la décision aux

(49) J. Wróblewski 1988 A ; 1986 1, p. 212.

caractéristiques de l'espèce, et, peut-être, liée au degré de sa liberté de choix. La technique législative utilisant les standards juridiques est liée d'une façon évidente à leur rôle dans l'application du droit.

Le second facteur, à savoir l'idéologie de l'application judiciaire du droit, joue un rôle plus complexe.

L'analyse théorique de l'application du droit, et surtout de l'application judiciaire, démontre le rôle des évaluations dans cette activité qui se manifeste dans la justification des décisions (cf. n° 16). Or, l'ensemble de ces évaluations et de ces directives, y compris des buts et des valeurs directrices de l'application du droit, forment l'idéologie de cette activité.

L'idéologie de l'application du droit est dans une certaine mesure liée à son contenu et à sa technique législative. mais cela n'est pas complètement déterminant car, dans la pratique, des idéologies différentes coexistent et les conflits entre les diverses décisions démontrent d'une manière évidente que le même cas, gouverné par les mêmes règles, peut être tranché de diverses manières par les tribunaux ; l'un des facteur qui explique cette diversité, c'est la diversité des directives et des évaluations de l'application du droit. Parmi eux, comme nous l'avons démontré, figurent aussi les standards juridiques.

Il y a trois types de base de l'idéologie de l'application judiciaire du droit, à savoir l'idéologie de la décision déterminée, de la libre décision, et de la décision légale et rationnelle (50). Nous ne pouvons pas les caractériser dans cet essai, sauf par référence au rôle des standards juridiques.

Plutôt positiviste, l'idéologie de la décision déterminée ne favorise pas les standards, ni dans la technique législative, ni comme élément des directives de l'application du droit, car, en principe, ils sont dirigés contre la détermination de la décision judiciaire. L'idéologie de la libre décision, au contraire, favorise les standards juridiques dans la technique législative et dans les directives de l'application du droit, car ils servent d'instrument commode pour donner explicitement une liberté de choix et d'adaptation des décisions aux évaluations courantes. Enfin, l'idéologie de la décision légale et rationnelle, qui semble dominer aujourd'hui dans les pays du droit écrit, c'est la position de compromis. La législation peut utiliser la technique des standards pour les raisons déjà expliquées (cf. n° 12, 13) et déterminer aussi *ex lege* certaines limites, quoique floues, des choix dans le cadre de la légalité. Mais le rôle des choix et des évaluations dans l'application du droit est inévitable, et il faut les justifier pour rendre la décision rationnelle (51). D'où le postulat de la décision

(50) Cf. note 35.
(51) J. Wróblewski 1979 ; 1983 A ; 1986 A, p. 214-216 ; cf. R. Alexy 1978, partie C,

rationnelle prise dans les cadres de la légalité. La soupape théorique de cette idéologie est donnée dans notre analyse des formules normales des décisions fragmentaires (n° 16).

OBSERVATIONS FINALES

19 - Le terme "standard juridique" figure dans les textes de loi (le langage du droit) aussi bien que dans des décisions d'application du droit (langage juridique jurisprudentiel) et dans la science du droit (langage juridique scientifique). C'est un terme polysémique, ambigu, vague, et flou. Il ne semble pourtant pas justifié de l'éliminer ou de le définir par postulat, car ce ne serait pas pratiquement efficace. C'est pourquoi nous avons fait une analyse descriptive de l'emploi du terme de "standard juridique", démontrant ses usages de base, à savoir comme règle du droit, comme clause générale, comme expression évaluative, comme principe et comme "standard technologique", en tenant compte de la polysémie de ces termes de référence. Malgré la diversité des constructions théoriques du standard juridique, son rôle n'est controversé ni dans la technique législative, ni dans l'application du droit. Mais le choix de la technique favorisant les standards juridiques aussi bien que l'évaluation de leur rôle dans l'application du droit est liée aussi bien aux conceptions théoriques du langage du droit et des particularités effectives de la régulation juridique et de l'application du droit, qu'aux choix axiologiques.

ch. II 1, 2 ; A. Aarnio 1987, ch. III 4.4 ; Voir conception analogue N. Holmstrom 1986, p. 10.

BIBLIOGRAPHIE

A. AARNIO :
- 1983, Philosophical, Perspectives in Jurisprudence, Helsinki, Societas Filosofica Fennica 1983.
- 1987, Rational as Reasonable. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, D. Reidel 19.

A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK : 1981, The Fundation of Legal Reasoning Rechtstheorie 2, 1981, 3 ; 1981 ; 4, 1981.

R. ALEXY :
- 1978, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- 1979, Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie Beiheft 1.

C.K. ALLEN : 1958 : Law in the Making, Oxford, Clarendon Press 6 ed.

A.J. ARNAUD : 1981, Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ? Paris, LGDJ.

P.S.ATIYAH et R.S. SUMMER : 1987, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford, Clarendon Press.

M.D. BAYLES :
- 1986, Mid-Level Principles and Justification, Nomos XXVIII.
- 1987, Principles of Law. A normative Analysis. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, D.Reidel.

T. BENDITT : 1978 : Law as Rule and Principle, Stanford, Stanford University Press.

J.L. BERGEL : 1985, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1985.

J. BRKIC : Legal Reasoning. Semantic and Legal Analysis, New-York-Basel-Frankfurt am Main, P. Lang.

V. FERRARI : 1987, Funzioni del diritto. Saggio critico costruttivo, Rome-Bari, Laterza.

L.L. FULLER :
- 1969, The Morality of Law, New Haven, Yale University Press, 2 ed.
- 1976, Anatomy of the Law, Westport, Greenwood Press.

T. GIZBERT-STUDNICKI : 1981, Znamiona porównawcze w kodeksie karnym (Les traits comparatifs dans le code pénal) Ruch prawniczy, ekonomiczny y socjoloczny XLIII, 1.

K. GRZEGÖRCZYK : 1982, La théorie générale des valeurs et le droit, Paris, LGDJ.

H.L.A. HART : 1961, The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press.

J.W. HEDMAN : 1933, Die Flucht in di Generalklauseln, Tübingen, Mohr.

N. HOLMSTROM : 1986, Rationality and Moral / Political Decision (in) M. Tanny, R.D. Irani, Rationality in Thought and Action, New-York-Westport-London, Greenwood Press.

G. KALINOWSKI : 1985, Sémiotique et philosophie, Paris-Amsterdam, Hades-Benjamin.

H. KELSEN : 1973, Essays in Legal and Moral Philosophy, Dordrecht-Boston, D. Reidel.

W. LANG, J. WRÓBLEWSKI, S. ZAWADZKI : 1986, Teoria państwo i prawa (La théorie de l'Etat et du droit), Warszawa, PWN, 3 ed.

K. LARENZ : 1983, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Heidelberg-New-York-tokyo, Springer, 5 éd.

L. LESZCZYŃSKI : 1986, Klauzule generalne w stosowaniu prawa (Les clauses générales dans l'application du droit), Lublin, UMCS.

N. MacCORMICK : 1981, H.L.A. Hart, London, T. Arnold.

N. Mac CORMICK, O. WEINBERGER : 1987, An instiuttional Theory of Law, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, D. Reidel.

A. MICKALSKA : 1968, Prawo a nomy techniczne w państwie socjalistycznym (Le droit et les normes techniques dans l'Etat socialiste), Poznań, UAM.

A. PECZENIK : 1983, The Basis of Legal Justification, Lund, Univ. of Lund.

A. PECZENIK, J. WRÓBLEWSKI : 1985, Fuzziness and Transformation : Towards Explaining Legal Reasoning, Theoria LI, 1.

Ch. PERELMAN :
- 1979, Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz.
- 1980, Justice, Law, and Argument, Dordrecht, Reidel.

Ch. PERELMAN, R. von der Elst éd. : 1984, Les notions au contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant.

J. RAZ : 1984, Legal Principles and the Rules of Law (dans) M. Cohen éd., Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, London 1984 Duckworths.

S. RIALS : 1980, Le juge administratif français et la technituqe du standard, Paris, LGDJ.
- 1984, Les standards, notions critiques du droit (dans) Ch. Perelman, R. van der Elst, 1984.

M. ROKESCH : 1973, The Nature of Human Values, New-York, Free Press, London Colllier-MacMillan.

U. SCARPELLI : 1985, Contributo alla semantica del linguaggio normativo, Milano, Giuffrè.

R.S. SUMMERS : 1984, Lon L. Fuller, Stanford, Stanford University Press.

L. TAMMELO : 1978, Modern Logic in the Service of Law. Wien-New-York, Springer.

Th. VIEHWEG : 1974, Topik un Jurisprudenz, Muenchen, Mohr.

Ch. et O. WEINBERGER : 1979, Logik, Semantik, Hermeneutik, München, Beck.

J. WRÓBLEWSKI :
- 1970 A, Statements on the Relation of Conduct and Norm. Logique et Analyse 49/50.
- 1970 B, L'Equité dans le droit polonais, Rapports polonais présentés au VIIIe congrès international de droit comparé, Wroclaw.

- 1974 A, La jurisprudence et la doctrine juridique en tant que sources du droit, Rapports polonais présentés au IXe Congrès international en droit comparé, Varsovie, Osselineum.
- 1974 B, Idéologie de l'application judiciaire du droit, Oesterreichische Zeitschrift f. oeffentliches Recht und Voelkerrecht 25.
- 1978, Systemically relazivized statements, Logique et analyse 81.
- 1979, Justification of Legal Decision, Revue internationale de philosophie 127-128.
- 1980, Skuteczność prawa i problemy jej badania (Efficacité de droit et les problèmes de son analyse), Studia prawnicze 1-2.
- 1981 A, Evaluative in law. An analytical approach to legal axiology, Rivista internazionale di filosofia del diritto.
- 1981 B, La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation (dans) Ch. Perelman et P. Foriers éd., La preuve en droit, Bruxelles, E. Bruylant.
- 1982 A, Three Concepts of the Validity of Law, Tidskrift utgiven av Juridiska Foreningen i Finland 5-6.
- 1982 B, Logic and Judicial Activity, Rapports polonais présentés au XIe congrès international de droit comparé, Wroclaw, Osselineum.
- 1982 C, Morality of Progress Social Philosophy of Leo Petrazycki, ARSP LXVIII/3.
- 1983 A, Meaning and Truth in Judicial Decision, Helsinki, Juridica 2 ed.
- 1983 B, Fuzziness of Legal System (dans) Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen, XVI Oikeustiede Jurisprudentia.
- 1983 C, Towards Foundation of Legal Reasoning (dans) W. Krawietz et R. Alexy éd., Matatheorie der juristischen Argumentation, Berlin, Duncker et Humbolt.
- 1984 A, Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, Archivum Iuridicum Cracoviense XVII.
- 1984 B, Paradigms of Justifuing Legal Decision (dans) A. Peczenik et all, eds, Theory of Legal Science, Dordrecht-Boston-London, D. Reidel.
- 1984 C, Einfuehrung in die Gesetzgebungstheorie, Wien, Manz.
- 1985 A, Presuppositions of Legal Reasoning (dans) E. Bulygin et all, eds. Mon.Law and Modern Forms of Life, Dordrecht-Boston, D. Reidel.
- 1985 B, Legal Language and Legal Philosophy. Law and Philosophy 4.
- 1985 C, Systemic Validity and Limits of the Dogmatic Approach to a Legal System, Studies in the Theory and Philosophy of Law, 1.
- 1985 D, Teoria racjonalnego tworzenia prawa (La théorie de la création rationnelle du droit), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łodź, Ossolineum.
- 1986 A, Livelli di guistificazione delle decisioni giuridiche (dans) L. Gianformagio et E. Lecaldano eds. Etica e diritto, Roma-Bari, Laterza.
- 1986 B, Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman (dans) G. Haarscher et L. Ingber, Justice et argumentation, Bruxelles.
- 1986 C, Legal Rules in the Analytical Theory of Law, Studies in the Theory and phylosophy of Law 2.
- 1987 A, The Rational Law-maker General Theory and Socialistic Experience (dans) A. Guiliani et N. Picardi eds, l'educazione giuridica. V. Modelli di legislatore e scienza delle legislazione, t. III, Le discussione contemporane, Napoli Edizioni scientifiche italiane.
- 1987 B, Legal Culture and Axiology of Law-Making (dans) H. Schaeffer ed., Gesetzgebung und Rechtskultur, Wien.
- 1987 C, Justification through Principles and Justification through Consequences (dans) C. Faralli, E. Pattaro ed. Reason in Law, vol. 1, Bologna.
- 1987 D, An outline of a General Theory of legal Interpretation and Constitutional Interpretation, Acta Universitatis Lodziensi. Folia Juridica 32.
- 1988 A, Sadowe et stosowanie prawa (L'application judiciaire du droit), Warszawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe 2 ed.
- 1988 B, Les langages juridiques : une typologie, Droit et société 8.
- 1988 C, Le non-dit dans le droit, présuppositions et conventions implicites, Rapport colloque "Controverses autour de l'ontologie du droit", (Paris 26-27 mai 1988).

LES STANDARDS DANS LES DROITS ROMANO-GERMANIQUES

****

STANDARDS IN CIVIL LAW SYSTEMS

Par

Philippe DELEBECQUE
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

1. - "N'ayez crainte, c'est standard !" Combien de fois n'a-t-on pas entendu l'expression dans la bouche du commerçant qui vient de nous vendre tel ou tel appareil ? Mais, combien de fois n'a-t-on pas déchanté devant l'inadaptation du produit dit standard qui n'avait pas tenu ses promesses ? Dans d'autres lieux, chez les juristes, le même mot fleurit sur les lèvres, mais sans que l'on sache toujours exactement -au-delà de l'unification qu'il suggère- ce qu'il recouvre. Rien d'étonnant pour un néologisme qui plus est d'origine anglaise. Il faut dire que les standards doivent leur essor au droit anglais.

2. - **Les élèves du comparatisme.** Un temps, les standards n'étaient rattachés qu'au système de la common law. Opposé à la règle -abstraite et générale-, le standard était la marque du régime britannique fait d'appréciations concrètes et reposant entièrement sur le juge. Roscoe Pound (doyen d'Harvard) n'avait-il pas découvert le concept, ne l'avait-il pas défini comme "ce procédé donnant la mesure moyenne de conduite sociale servant à juger une série d'actes", n'avait-il pas montré que l'on demandait au juge, dans un système de common law, essentiellement une méthode, une orientation, un standard ? Un peu plus tard, dans les années 20, l'Ecole de Lyon et son chef de file, Edouard Lambert, poussèrent plus loin les recherches et rendirent le mot plus familier aux juristes des pays latins. Jacques Maury essaya même de systématiser les idées de l'époque (1) et opposa, de cette manière, à la règle donnant la solution une fois réunies ses conditions d'application, le standard, plus vague, indiquant de quelle façon doit se faire l'appréciation juridique des faits, tout en dénonçant les risques du standard, risques -d'incertitude, de désordre ou d'injustice - du moins dans les systèmes ne connaissant pas la règle du précédent ou encore dans les systèmes totalitaires où n'existe qu'une seule façon de penser.

On vécut longtemps sur ces idées, dont les dictionnaires se faisaient l'écho (2), jusqu'au jour où la Société de Législation comparée fêtant son centenaire, des auteurs considérables se mirent à chanter les louanges des standards appelés à "réintroduire la vie et la morale dans le droit" (3), et sans doute, à les suivre, dans le droit romano-germanique. Dix ans plus tard, un autre auteur -il faut citer M. Rials, et son oeuvre colossale (4)-

(1) J. Maury, Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, Mélanges Lambert, t. 2, 421 s.

(2) Le Black's Law Dictionary contient un mot "Standard", mais non le Vocabulaire juridique de Capitant - En revanche, le Vocabulaire de G. Cornu donne une définition du "standard" : "Terme anglais, signifiant, niveau, modèle, moyenne".

(3) R. David, Droit comparé et systèmes socio-politiques, Rev. int. dr. comp. 1970, 263.

(4) S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, L.G.D.J. 1980.

entreprit de chasser les approximations et de définir clairement les standards.

Pour M. Rials, le standard est une "technique de formulation de la règle de droit". Le standard ne s'oppose donc pas à la règle de droit ; il en est simplement une expression. Plus exactement, selon M. Rials, le standard "vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité". Et, M. Rials, de donner toute une série d'exemples tirés de la jurisprudence administrative française : "le suffisant, le défectueux, le courant, le notoire, le convenable, le proportionné, l'irrésistible, la faute, le besoin, l'urgence ...". Les analyses de M. Rials mettent en relief la richesse des standards, mais aussi ,et d'une manière moins directe, leur appartenance à tous les systèmes de droit. L'idée de normalité n'est-elle pas partagée par tous les pays ? N'a-t-elle pas eu un rôle déterminant dans l'évolution du droit de la responsabilité du fait des choses (5) ? N'est-elle pas inhérente, en tout cas, aux droits de la famille romano-germanique fondés sur le droit romain concevant le droit comme la discipline du bien et de l'équitable (6) ?

3. - **Les héritiers de l'histoire.** Si l'on retient la conception de M. Rials, force est de constater que le droit romain lui-même utilisait des standards. Ainsi, le bon père de famille, ce vocable "venu du fond des âges", était l'un des critères d'appréciation du prêteur. La loi Aquilia en créant le *damnum injuria datum*, avait institué un système très rigide de responsabilité. Pour assouplir les règles, le prêteur eut recours au standard du bon père de famille et finit par dire que la responsabilité était engagée chaque fois qu'un homme raisonnable et diligent n'aurait pas commis le *damnum* en cause. On connaît la suite, l'extraordinaire expansion du standard du bon père de famille, vanté par Portalis et retenu dans la plupart des codes européens (7). Mais on sait, aussi, que le bon père de famille n'a plus les faveurs du droit contemporain plus enclin à faire appel au bon professionnel et surtout à mettre au point des textes précis, mais compliqués, évacuant les problèmes d'appréciation de la faute (8). Et, ce qui est vrai du bon père de famille, l'est encore des bonnes moeurs, des *bona mores* (9). Il ne faudrait pas croire, pour autant, que les standards ne jouent plus qu'un rôle résiduel. Au contraire, l'époque actuelle

(5) V. Ch. Blavoet, Normalité, sécurité et garde, D. 1955, Chron. 37 - V. également du même auteur, De l'anormal devant les juridictions civiles et administratives, J.C.P. 1946, I, 560.

(6) Cf. R. David, Grands systèmes de droit, précis Dalloz, 8° éd., par C. Jauffret-Spinosi, n° 17 ; V. également, n° 279.

(7) V. S. David-Constant, Le bon père de famille et l'an 2000, textes choisis, Université de Liège, 1984, p. 213 s.

(8) V. A. Tunc, La responsabilité civile, économica, 1981, passim.

(9) V. I. de Koschembahr-Lyskowski, Le rôle du droit romain pour le droit comparé, Mélanges Lambert, t. 1, 256 s.

s'est fait fort de régénérer les standards sous l'influence de multiples facteurs n'exprimant pas forcément la voix de l'étranger, mais plutôt celle de la société occidentale développée.

4. - **Les "fans des sixties"**. L'époque actuelle favorise l'éclosion et la multiplication des standards. Les standards accompagnent les réformes -nombreuses- du droit de la famille ou du droit des obligations. Ils sont un véhicule du "changement". Les réformes contemporaines visent, en effet, un résultat. On veut protéger l'enfant, le consommateur, un groupe de pression. Ce qui compte, c'est le résultat et non la cohérence (10). De plus, les "mesures" qui sont prises, le sont pour faire "passer" une politique. Ce sont des mesures douces qui ne veulent pas contraindre, mais convaincre. Il n'est pas étonnant que dans un tel contexte, les standards s'épanouissent. Les standards sont ainsi les enfants de ce que les internationalistes qualifient de "soft law" (11), de ce droit fragile fait d'une langue diplomatique et multipliant les dispositions indicatives où les parties "s'engagent à promouvoir", "à faire des efforts pour", "à prendre toutes les mesures en vue de", bref à contracter des obligations de moyens atténuées. Il faut ajouter que la "juridicisation" de la société crée un humus favorable pour le développement des standards. Mais, comme il est impossible de tout prévoir, le législateur ou ses émanations posent des procédés d'attente, fixent des standards (12), laissant à l'avenir, à l'expérience le soin d'apporter les précisions nécessaires.

Au total, les standards font florès. Les codes socialistes, qui ont un substratum de droit romain (13), y recourent. Les "exigences socialement justifiées", "les règles de la coexistence socialiste" en sont de dignes représentants (14). Aucune matière n'y échappe : le droit constitutionnel et sa théorie -triste- des circonstances exceptionnelles, le droit international public (15), le droit international privé lorsqu'il renouvelle ses méthodes (16) ou

(10) V. C. Labrusse-Riou, Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et du droit de la famille, Mélanges Rodière, 151, spéc. p. 161.
(11) V. A.J.P. Tammes, in Essays on international and comparative law in honour of judge Erades, Netherlands international law review, 1983. P. Weil, Vers une normativité relative en droit international ?, Rev. gén. dr. int. public, 1982, 5 s.
(12) V. P. Roubier, Théorie générale du droit, 2 ' éd., S. 1951, p. 113.
(13) V. R. Sacco, The romanist substratum in the civil law of the socialist countries, Review of Socialist Law, 1988, 65 s.
(14) V. Y. Eminescu et T. Popescu, Les codes civils des pays socialistes ; étude comparative, LGDJ 1980, spéc. p. 356.
(15) V. Vellas, Logique juridique et méthodologie juridique en droit international public, in Logique juridique, 2 ' colloque de philosophie du droit comparé, Pédone 1967, p. 225.
(16) Cf. le certain engouement pour la méthode de la "proper law", notamment en matière contractuelle, V. H. Batiffol, La loi appropriée au contrat, Mélanges Goldman, 1 s. - Plus généralement, V. Y. Loussouarn, Les tendances récentes du droit international privé français, in Journées de la Société de législation comparée, 1979, 681 s.

ses solutions, la procédure civile (17), le droit civil réduisant les clauses pénales manifestement excessives, le droit commercial légitimant, dans l'article 102 de la loi du 24 juillet 1966, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. Toutes les relations juridiques les éprouvent, qu'il s'agisse d'apprécier les comportements en termes de diligence, de prudence ou de faute, ou les situations en termes encore une fois de normalité, normalité, au demeurant, difficilement saisissable.

C'est que la normalité est fuyante. Est-ce celle de la loi ? Est-ce celle de la pratique généralement suivie ? Il est difficile de répondre. Là est l'incertitude. Les standards créent des difficultés par leur imprécision volontaire. Ils ne sont pas les seuls à nourrir l'équivoque. C'est le lot aussi des notions à contenu variable (18) ou des concepts mous (19). Mais, les standards accusent sans doute ces difficultés parce qu'ils sont non la règle, mais son mode d'expression. De plus, le standard renforce le rôle du juge à un moment où, trop occupé, débordé, on ne peut plus lui faire une confiance aveugle. Il y a plus. Il y va de la liberté du juge. On a justement remarqué qu'avec ces notions générales qu'il devait appliquer, "le juge était asservi par la loi à la création du droit" (20). La justice, ou une certaine justice, y gagne peut-être, mais au détriment de la sécurité et de la prévisibilité qui ont pourtant marqué les droits romano-germaniques. Et l'unification contenue dans le standard reste, un peu, illusoire. Ainsi, au coeur de l'évolution, les standards constituent des modes privilégiés d'expression du droit contemporain (I), mais entretiennent en même temps une certaine ambiguïté dans les droits contemporains (II).

(17) Cf. N. c. proc. civ., art. 524 disposant que l'exécution provisoire peut être arrêtée si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Cf. également, dans le droit de la concurrence où la cour de Paris peut prononcer un sursis à l'exécution d'une décision du conseil de la concurrence lorsque l'exécution est "susceptible d'entraîner des conséquences excessives ou d'une exceptionnelle gravité, V. Paris, 11 sept. 1987, Rev. jurisp. com. 1988, 58.

(18) V. Les notions à contenu variable en droit, ouvrage collectif, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles 1984.

(19) V. M. A. Hermitte, Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, Archives de philosophie du droit, 1985, 331.

(20) C. Labrusse-Riou, art. préc. spéc. p. 167.

I. - LES STANDARDS, MODES PRIVILEGIES D'EXPRESSION DU DROIT CONTEMPORAIN

Qui exprime le droit contemporain ? Quand ce n'est pas le législateur, c'est le juge. L'un comme l'autre aiment les standards.

A - Le standard, technique d'expression du législateur

A plusieurs reprises, pour exposer ses idées, M. Rials oppose les standards dogmatiques, dotés d'une certaine transcendance par rapport à ce qui se fait, aux standards descriptifs, destinés à rendre compte de ce qui est. De fait, la distinction se retrouve dans la législation contemporaine. Mais comme toujours, avec des plus ou des moins ; tout est relatif.

5. - **Les standards dogmatiques.** L'une des valeurs les plus facilement partagées aujourd'hui, réside dans la protection de l'enfant. Toutes les législations qui ont réformé leur droit de la famille ont pris comme critère, l'intérêt de l'enfant. C'est vrai pour le droit polonais (21) ou pour le droit hongrois (22). C'est vrai pour le droit international privé suisse (23). C'est vrai encore pour le droit substantiel allemand (24), italien (25) ou français. Notre législation contemporaine, écrit le Doyen Carbonnier (26), est "très pédocentrique". "Elle fait pulluler les applications" du critère tiré de l'intérêt de l'enfant. "L'article 287 du code civil, ajoute cet auteur, à titre d'exemple, est relatif à l'attribution de la garde après divorce ; il fait de l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire d'une notion en recherche, la source unique de la décision, alors que l'ancien article 302, sur le même sujet, ne mentionnait "le plus grand avantage des enfants" que comme un critère collatéral, la nette position de conjoint innocent représentant le critère de principe". A travers ce critère, c'est incontestablement une philosophie individualiste qui est défendue ou plutôt que le

(21) V. W. Stojanowski, Le divorce et l'intérêt de l'enfant en droit polonais, in Droit polonais contemporain, Ossolineum, 1981, p. 33.
(22) V. F. Petrik, The major items of the amendment of the act on family, Hungarian Law Review, 1986, 1.
(23) V. A.E. Von Overbeck, L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international de la filiation, Mélanges Schwitzer, Genève 1979, p. 369. V. également Rev. crit. dr. inter. privé, 1988, 237 s.
(24) Loi du 19 août 1969, C. Mariage et famille en question, Institut de droit comparé de Lyon III, sous la direction de H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, spéc. p. 171 à 177.
(25) Loi du 19 mai 1975 portant réforme du droit de la famille, V. G. Brulliard, Travaux de la société de législation comparée, 1975. V. également, Mariage et famille en question, op. cit., p. 205 et 215.
(26) J. Carbonnier, les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in Les notions à contenu variable, op. cit., 99 s., spéc. p. 104.

législateur demande au juge de défendre. Celui-ci y perdra sa neutralité (27).

6. - **Les standards descriptifs.** Les standards qui prennent appui sur la pratique sociologique sont peut-être encore plus répandus que les standards dogmatiques. Ainsi, l'ordonnance du 1er décembre 1986 en incriminant le refus de vente dans les rapports entre les professionnels et les consommateurs, laisse la possibilité au vendeur de se justifier s'il prouve que la demande du consommateur est "anormale" (28). De même, la directive du conseil des communautés relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux, indique (art. 6) que l'agent commercial a droit à une "rémunération raisonnable" tenant compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération. De même encore, un mineur peut accomplir tous les actes de la vie courante, c'est-à-dire tous les actes admis par l'usage (C. civ. art. 389-3) (29). On pourrait multiplier les exemples, tout en relevant que les standards s'inspirent peut-être plus souvent à la fois de considérations philosophiques et d'observations sociologiques.

7. - **Les standards intermédiaires.** Il est intéressant de remarquer que la Convention de Paris du 20 mars 1883, plusieurs fois modifiée, dispose (art. 10 bis al. 2) que "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale constitue un acte de concurrence déloyale". Ces "usages honnêtes", selon l'interprétation communément admise à la suite des apports de la jurisprudence belge et italienne - "corretteza professionale"-, s'apprécient aussi bien au regard de critères moraux qu'au regard des pratiques effectives de l'industrie et du commerce (30). De la même façon, la directive communautaire du 25 juillet 1985 (devenue de droit positif) sur la responsabilité du fait des produits, fait appel à un standard mi-philosophique mi-sociologique, lorsqu'elle définit le produit défectueux comme le produit qui "n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre". L'exposé des motifs indique, en effet, que "pour protéger l'intégrité physique et les biens du consommateur, la détermination du caractère défectueux d'un produit doit se faire en fonction non pas de l'inaptitude du produit à l'usage, mais du défaut de sécurité à laquelle le grand

(27) Cf. Ph. Malaurie, Droit civil, La famille, 1988, n° 17.
(28) Ce caractère anormal résulte des circonstances de la commande ou encore de l'usage que l'acquéreur peut faire du produit, v. Y. Guyon, Droit des affaires, t. 1, n° 868.
(29) V. J.C. Montanier, Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, J.C.P. 1982, I, 3076.
(30) V. La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la C.E.E., t. 1, droit comparé, Dalloz, 1967, spéc. n° 33.

public peut légitimement s'attendre" (31). L'inspiration philosophique n'est certes pas très élevée, mais elle est bien celle de notre société soucieuse de bien-être et de jouissance.

8. - **Contrôle de la Cour suprême ?** Plus juridiquement, on peut se demander si la ligne de partage entre ces standards dogmatiques et ces standards descriptifs, n'est pas faite à l'occasion du contrôle de la Cour suprême. La question est, semble-t-il, essentielle, mais appelle des recherches approfondies. On se bornera ici à constater que certains standards sont contrôlés par la Cour de cassation française, tandis que d'autres sont laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, en 1976, la Cour de cassation a considéré que l'intérêt légitime d'un membre du groupe familial, en l'espèce le conjoint, pouvait représenter à lui seul l'intérêt de la famille, à l'encontre des intérêts d'autres membres, en l'espèce les enfants issus de l'union (32). A l'inverse, il a été décidé que les juges du fond appréciaient souverainement, en fonction des circonstances de temps et de lieu, la limite de la normalité des troubles de voisinage (33). Quoiqu'il en soit, le rôle du juge est déterminant, d'autant plus que le juge affectionne lui aussi les standards.

B - Le standard, technique d'expression du juge

9. - **Précision.** Les standards reposent sur le juge, ou plus exactement sont appliqués par le juge. Ce sont les "standards de la jurisprudence" (34). Mais, il y a plus, car les juges eux-mêmes peuvent s'exprimer et dire le droit au travers de standards, en utilisant des "standards jurisprudentiels" (35). D'ailleurs, la plupart des standards que l'on trouve en droit administratif sont des standards jurisprudentiels, tels "le délai raisonnable", "l'erreur manifeste", "la clause exorbitante". Plus généralement, on peut observer que le juge utilise ses propres standards de plusieurs façons. Tantôt, il améliore et assouplit les règles légales, tantôt,il se sert de la terminologie même du législateur, tantôt, enfin il faut oeuvre créatrice, il innove.

10. - **Le juge améliore.** A de nombreuses reprises, le juge, devant les difficultés d'appliquer une notion lui apparaissant trop rigide, n'a pas hésité à introduire des standards. Ainsi, la force majeure n'est-elle pas l'événement imprévisible, irrésistible et

(31) V. J. Ghestin, La directive ..., D. 1986, chron. 135 - V. également, du même auteur, L'avant-projet de loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux : une réforme partielle du code civil, Rev. jurisp. com. 1988, 201.
(32) Civ. 1ère, 6 jan. 1976, D. 1976, 253 ; V. les observations très fines du doyen Carbonnier, art. préc., p. 205.
(33) Civ. 3e, 3 nov. 1977, D. 1978, 434.
(34) Cf. S. Rials, op. cit., n° 33.
(35) S. Rials, op. cit., ibid.

insurmontable. C'est l'événement "normalement imprévisible" (36). Le juge ne raisonne pas dans l'absolu. Il prend en compte les circonstances, la nature des choses, et, ne retient que le fait "normalement" imprévisible. Le phénomène s'observe dans la jurisprudence française, italienne ou néerlandaise (37). Ainsi, encore, si d'après les textes de droit contractuel, seul le dommage prévisible doit être réparé, le juge exclut le seul dommage "raisonnablement imprévisible". Il se détermine d'après la nature du contrat et envisage les risques qu'un débiteur moyen placé dans les mêmes circonstances pouvait mesurer (38). Et, là aussi, le juge italien ou allemand suit la même ligne (39). On notera également que l'appréciation de la causalité se fait dans des termes équivalents : la chose, instrument du dommage, doit avoir eu un comportement normal ... (40). Les directives sont connues.

11. - **Le juge copie.** N'accusons pas le juge de plagiat. Constatons simplement que le juge reprend à son compte certains standards législatifs. C'est le cas en droit international privé, qu'il soit français, italien ou allemand, lorsque le juge refuse d'appliquer la loi étrangère parce qu'elle lui paraît contraire à l'ordre public, c'est-à-dire contraire à "l'opinion qui prévaut à chaque moment" dans un pays donné (41). Si l'ordre public au sens du droit international privé ne recouvre pas l'ordre public interne, il n'en reste pas moins qu'il "procède d'une projection dans le domaine international, de certaines conceptions qui fondent l'ordre public interne" (42). La reprise de concepts légaux s'observe également en droit purement national : l'exemple suivant en atteste. La société Danone vend des yaourts. Un jour, elle croit bon de vendre des yaourts et des collants, ou plutôt d'offrir en prime à chaque acheteur de yaourts, des collants. Poursuivie pour pratiquer des ventes avec primes, Danone tente de se justifier en plaidant que l'infraction n'est pas caractérisée, puisque les bas, de faible valeur, sont frappés, dans le haut, d'une marque publicitaire et indélébile. L'excuse n'est pas retenue ; "attendu, souligne la cour d'appel de Paris, que les collants comportent bien une inscription publicitaire, mais qui n'est pas visible en position

(36) Cf. G. Viney, La responsabilité, les conditions, L.G.D.J. 1982, n° 399.
(37) V. Les effets du contrat dans les pays du marché commun, Institut de droit comparé de Paris, 1985.
(38) Cf. G. Viney, La responsabilité, les conditions, op. cit., n° 538.
(39) V. Treitel, in Encyclopedia of comparative law, vol. VII, contracts, chap. 16, p. 57 s.
(40) V. G. Viney, La responsabilité, les conditions, op. cit., n° 358.
(41) Civ. 22 mars 1944, D.C. 1944, 145 - V. aussi, J. Ghestin, L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français, in Les notions ..., 77, spéc. p. 95 - V. également, B. Dutoit, L'ordre public, caméléon du droit international privé ? Un survol de la jurisprudence suisse, Mélanges Flattet, 455.
(42) Holleaux, Foyer et Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, Masson 1988, n° 60.

normale d'utilisation, car les consommatrices du produit concerné ne sont pas forcément des désossées ou des adeptes du yoga" (43). La "position normale d'utilisation" a décidément les faveurs du droit contemporain (44).

12. - **Le juge innove.** Le juge, enfin, se permet certaines libertés en créant toutes pièces des standards. La jurisprudence interne et la jurisprudence communautaire offrent de bon exemples de ce genre d'innovations. Prenons la matière du droit des sociétés. N'est-elle pas flexible ? (45). Il est vrai que les juges ont de plus tendance à apprécier les faits et les comportements qui s'y manifestent en fonction de l'intérêt social. La cour d'appel de Bruxelles (46), dans un contentieux connu, vient de déclarer que l'achat systématique d'actions n'a rien d'illicite dès lors que l'auteur de ces achats répétés n'a pas pris dans la société une "position déterminante", mais seulement gagné une "position significative" ; l'arrêt ajoute que l'augmentation du capital peut être une arme efficace pour lutter contre ces acquisitions et contre le changement consécutif de structure si celui-ci est contraire à l'intérêt social. En France, le critère de l'intérêt social permet aux tribunaux d'opposer les "bonnes" conventions de vote, indispensables à la bonne marche de la société, aux mauvaises conventions, génératrices d'abus (47). La convention de vote, *a priori* hérétique, est sauvée lorsqu'elle est utile et conforme aux intérêts bien compris des associés. La cour de justice des communautés, de son côté, n'est pas en reste dans cette création constante de standards. Ainsi, l'article 40 du traité de Rome fixe certains objectifs en matière de politique agricole : accroître la productivité, assurer un niveau de vie équitable, ... Il appartient aux institutions communautaires de mettre en oeuvre ces objectifs. Et, la cour de justice veille à ce que les mesures qui sont prises, s'inscrivent dans le cadre fixé, ce qui la conduit à censurer les actes de la politique agricole qui restreignent la liberté de comportement des opérateurs économiques au-delà de ce qu'exige la poursuite des objectifs arrêtés (48). Pour ce faire, pour contrôler les dérogations et pour limiter les atteintes au droit commun, la cour raisonne en se fondant sur l'un de ses principes, en l'occurrence, le principe de proportionnalité. Elle a ainsi jugé que l'exigence d'un cautionnement requis de la part d'un

(43) Paris, 6 déc. 1976, J.C.P. 1978, II, 18902, note D. Andrei et P.F. Divier.
(44) Rappr. art. 1er L. 21 juil. 1983 sur la sécurité des consommateurs se référant aux "conditions normales d'utilisation".
(45) B. Saintourens, La flexibilité du droit des sociétés, Rev. trim. dr. com. 1987, 457 s.
(46) Bruxelles, 1er mars 1988, Rev. sociétés, 1988, 245.
(47) Cf. Y. Chartier et J. Mestre, Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés, PUF, 1988, n° 22.
(48) V. H. Bauer-Bernet, Notions indéterminées en droit communautaire, in Les notions ..., 269, spéc. p. 276.

opérateur en quête d'un certificat d'exportation, n'était pas disproportionnée au regard des objectifs poursuivis : "la caution est un moyen nécessaire pour atteindre un objectif d'intérêt public, mais qui ne saurait compromettre un autre objectif d'intérêt public qui est la liberté du commerce entre Etats membres" (49). Ce recours au principe de proportionnalité permet bien de mesurer une situation en termes de normalité (économique).

Bien entendu, ces exemples ne sont pas isolés. D'autres tirés du droit fiscal -l'acte anormal de gestion (50)- ou du droit civil -l'erreur commune ou l'erreur légitime- seraient peut-être plus patents. Précisément, lorsqu'il s'agit d'apparence, on peut se demander s'il faut prendre comme critère l'erreur commune ou l'erreur légitime. Ce n'est pas la même chose et sans doute faut-il distinguer selon que l'on veut assurer la sécurité des transactions, comme en matière de sûretés, ou privilégier la rapidité des actes, comme en matière de mandat (51). On le voit, les standards sont une source de difficultés, pire, d'ambiguïtés.

II - LES STANDARDS, SOURCE D'AMBIGUITES DANS LES DROITS CONTEMPORAINS

Le pouvoir d'unification dont les standards sont porteurs est-il factice ? Leur souplesse et leur indétermination favorisent certainement une unification quant à la forme. Quant au fond, la situation est moins évidente compte tenu des ambiguïtés que les standards entretiennent aussi bien au sein des droits de la famille romano-germaniques qu'entre les droits romano-germaniques et la common law.

A - Les ambiguïtés au sein des droits romano-germaniques

13. - **Constatations.** Les standards débouchent souvent sur des interprétations divergentes. Le "motif légitime", cher au droit des sociétés, est ainsi utilisé différemment selon les domaines. S'il s'agit de prononcer une dissolution pour justes motifs, le juge ne retiendra que la mésintelligence entre les associés dans la mesure où, de surcroît, elle conduit à une paralysie du fonctionnement de la société. En revanche, lorsqu'il faut juger de la demande de retrait d'un associé, le juste motif peut intégrer des éléments touchant à la vie personnelle de l'associé (52). Le juste motif

(49) H. Bauer-Bernet, art. préc., p. 278.
(50) On sait que l'administration fiscale peut redresser des actes de gestion anormaux en matière d'impôts sur les bénéfices.
(51) V. en matière de mandat, Ass. plén. 13 déc. 1967, D. 1963, 277 et en matière d'hypothèque, Civ. 26 janv. 1897, D.P. 1900, 1, 33.
(52) V. B. Saintourains, art. préc., n° 66.

fléchit au gré des situations ou des comportements. Si l'on compare maintenant les solutions auxquelles aboutit l'utilisation des standards dans les droits romano-germaniques, on constate, de la même façon, bien des divergences.

Les clauses pénales sont aujourd'hui et dans la plupart des pays réductibles lorsqu'elles sont manifestement excessives ou démesurément élevées (53). Toutefois, les méthodes de modération sont différentes et donnent des solutions concrètes souvent hétérogènes. Le juge français s'efforce de comparer le montant de la clause avec l'importance du préjudice -méthode objective- (54), tandis que le juge allemand préfère prendre en considération tous les éléments et notamment des éléments subjectifs tirés des intérêts du débiteur (55).

De même, le droit français et le droit allemand du divorce connaissent la "clause de dureté". Mais si pour l'apprécier, le juge français retient les éléments plus divers et s'appuie même sur des facteurs extra-juridiques (56), le juge allemand semble s'en tenir uniquement aux conséquences du divorce en négligeant la conduite des parties (57).

Enfin, dans le domaine des sûretés, il peut arriver qu'un créancier abuse de ses droits et s'expose à des sanctions. Tous les juges l'admettent, ne serait-ce qu'en se fondant sur la théorie de l'abus de droit. Seulement, en droit français les appréciations qui en sont faites sont plus que souples et l'on n'a jamais vu, du moins si l'on s'en tient aux arrêts publiés, un créancier se faire condamner sur ce terrain. Au contraire, en droit allemand, les exemples ne manquent pas, puisque l'on considère que les sûretés sont excessives dès lors qu'elles dépassent de 25 % le montant de la créance (58). Nouvelle divergence, et peut-être plus gênante que les autres au moment de la construction européenne.

14. - **Solutions.** Les promoteurs des standards sont eux-mêmes conscients des ambiguïtés suscitées par leurs méthodes. Aussi, s'efforcent-ils de guider les interprètes en leur proposant des sous-standards. L'article 6 de la directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits indique à cet égard que "la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre" s'apprécie,

(53) V. J. Thilmany, Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, Rev. int. dr. comp. 1980, 17 s. - V. également, les divers articles publiés in Dr. et prat. com. int. 1982, 397 s.
(54) Com. 23 janv. 1979, Bull. civ. IV, n° 30 ; 2 oct. 1979, Bull. civ. IV, n° 242.
(55) V. M. Strauch et C.W. Neumann, Les clauses pénales en droit allemand, Dr. et prat. com. int. 1982, 499.
(56) V. Ph. Malaurie, op. cit., n° 385.
(57) V. O. Guillod, La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce, Rev. int. dr. comp. 1983, 787, spéc. p. 806.
(58) V. C. Witz, Les sûretés réelles mobilières en R.F.A., Rev. int. dr. comp. 1985, 27 s. ; Comp. J. Mestre, Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance, Mélanges Raynaud, 439 s.

notamment, en tenant compte de "la présentation du produit", de "son usage raisonnable" et de "l'époque de la commercialisation". La loi allemande du 9 décembre 1976 sur les conditions générales dans les contrats dispose (art. 9) que les clauses qui, "contrairement aux impératifs de la bonne foi, désavantagent le partenaire contractuel du stipulant d'une manière déraisonnable", sont nulles. Mais, le même texte prend le soin (art. 9, al. 2) de préciser, compte tenu de l'incertitude de l'expression "désavantage déraisonnable" (59), compte tenu des "doutes" que l'on peut avoir, qu'il y a lieu d'admettre un tel désavantage lorsqu'une disposition "n'est pas compatible avec les idées fondamentales de la réglementation légale dont elle s'écarte" ou "limite des droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacé". Le système français de réglementation des clauses abusives est différent, car il repose, du moins dans sa conception originaire, sur le pouvoir exécutif à qui il appartient de prendre des décrets pour rendre inefficace une clause imposée à un consommateur par un abus de la puissance économique et conférant à son bénéficiaire un avantage excessif (60).

Précisément, une autre solution pour limiter l'ambiguïté créée par les standards est de faire intervenir le législateur ; les textes, dans ce cas, apportent la précision attendue. M. Tunc avait donné comme exemple le droit de l'usure, un temps soumis à une réglementation élastique, et depuis la loi du 28 décembre 1966, enfermé dans des dispositions strictes (61). Ce n'est pas le seul exemple. Lorsqu'il s'agit de déterminer les modes anormaux de paiement tombant sous le coup des inopposabilités ou des nullités de la période suspecte, et de se prononcer spécialement sur le sort d'une cession de créance, les juges italiens se demandent si la cession correspond ou non à une pratique généralisée et stipulée en même temps que le financement que l'on entend acquitter grâce à elle. Leur solution est donc compréhensive pour la pratique (62). A l'inverse, les juges français ont une position plus dure puisqu'ils annulent toutes les cessions de créances intervenues pendant la période suspecte. Et, cette attitude a provoqué l'intervention du législateur qui a dû prendre une disposition particulière pour valider les cessions reposant sur un bordereau Dailly. Un dernier exemple d'intervention du législateur mérite d'être donné : la protection des minoritaires face aux cessions de contrôle en fournit la matière. En droit

(59) Cf. A. Rieg, Rev. int. dr. comp. 1982, 905, spéc. p. 928.
(60) Comp. Civ. 1ère, 16 juil. 1987, D. 1988, 49, note J. Calais-Auloy.
(61) A. Tunc, Standards juridiques et unification du droit, Rev. int. dr. comp. 1970, 247.
(62) V. B. Cassandro-Sulpesso, La cession de créance comme mode normal de paiement, comparaison entre l'Italie et la France, Rev. trim. dr. comp. 1986, 49 S.

français, on conçoit que la cession puisse être attaquée lorsqu'elle entraîne une discrimination (63). Le droit italien, pour l'instant, laisse faire (64). Le droit allemand est plus précis : l'Aktiengesetz du 5 septembre 1965 donne, en effet, une option aux actionnaires minoritaires qui sont restés en dehors des accords de contrôle ; ils peuvent soit rester dans la société dominée en recevant une compensation adéquate, soit décider d'entrer dans la société dominante à la suite d'un échange d'actions. Cette loi est venue apporter la précision qu'il manquait et d'une manière très heureuse. D'ailleurs tous les projets de réforme en cours s'en inspirent. La vie des affaires a besoin de souplesse, mais aussi de sécurité. Les standards ne parviennent pas toujours à concilier les deux objectifs, du moins dans les droits romano-germaniques, car dans la common law, la règle du précédent évite les débordements. C'est sans doute pour cette raison que les standards créent aussi des ambiguïtés entre les deux familles de droit.

B - Les ambiguïtés entre les droits romano-germaniques et la common law

15. - **L'intégration des standards dans les droits romano-germaniques.** On ne peut nier aujourd'hui qu'un rapprochement s'opère entre les droits latins et la common law. Ici, les règles de fond commencent à prendre de l'importance et les textes de lois se multiplient. Là, la norme se fait plus ronde et les pouvoirs du juge se développent. Il n'est pas improbable qu'à terme et dans certains domaines, notamment économiques, ce rapprochement débouche sur "*un jus commune européen*" (65). Dans cette perspective, le rôle des standards n'est pas négligeable. Les standards anglais peuvent parfaitement se greffer sur le *corpus* juridique romano-germanique. Ainsi, les juristes de common law ont-ils imposé -et avec succès- leur concept de "true and fair view" (par le biais d'une directive communautaire) qui est devenu chez nous la notion "d'image fidèle" chère aux comptables. La greffe a prise parce que les comptes, quels qu'ils soient, ne peuvent être exacts ; ils ne peuvent qu'être réguliers, sincères et donner une image fidèle de la situation financière de l'entreprise (66). Plus profondément, le concept du "raisonnable" peut

(63) Cf. Com. 21 janv. 1970, J.C.P. 1970, II, 16540, note B. Oppetit.
(64) V. G. Cassoni, Le droit international privé des groupes de sociétés. L'exemple italien pourrait-il devenir un modèle ? Rev. crit. dr. internat. privé, 1986, 633.
(65) R. David, Le droit continental, la common law et les perspectives d'un droit commun de l'Europe, in Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, 1978, 113, spéc. 1. 123.
(66) V. J. Lacombe, Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise, la quadrature du cercle ?, Mélanges Roblot, 311 s. - V. E. de Pontavice, La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises, Mélanges Flattet, Lausanne 1985, 85 s.

parfaitement s'intégrer dans le système romano-germanique. Il suffit de s'entendre sur les mots. Comme le démontre très bien un auteur (67), le raisonnable n'est pas fait de subjectivisme ni d'un vague appel au sentiment de justice, mais de raison et de tradition. Dans ces conditions, son intégration est parfaitement acceptable, ce qui est important au moment de l'entrée en vigueur de la convention de Vienne (sur les ventes internationales de marchandises) bourrée de références à l'homme raisonnable. Toutefois, il ne faut pas se leurrer, car les faux-amis restent très présents. On s'en aperçoit notamment en matière économique.

16. - **Les limites.** Une divergence sérieuse d'appréciation créée par les standards se manifeste dans le droit de la concurrence. Aujourd'hui, tous les droits interdisent les ententes, mais tous les droits admettent des exceptions ou introduisent des tolérances. On est conduit, ainsi, et très schématiquement, à opposer les bonnes ententes et les mauvaises ententes. Un standard, la règle de raison, sert de critère. Mais, celle-ci n'est pas comprise de la même façon selon les pays. Dans le droit français, allemand, italien ou même communautaire, les ententes sont validées dès l'instant qu'elles contribuent au progrès économique. Si l'entente favorise les exportations, permet une amélioration de la qualité, voire assure le maintien de l'emploi, elle sera validée. En revanche, en droit américain, l'accord n'est légitimé que s'il renforce la concurrence. Les juridictions américaines refusent de s'engager, avec la règle de raison, dans une évaluation du progrès économique : les objectifs de politique économique sont étrangers à la démarche du juge américain, alors qu'ils sont décisifs pour le juge continental (68).

Gardons nous donc de toute conclusion hâtive. L'unification contenue dans le concept même de standard ne doit pas faire illusion. La bonne traduction (69) est un point capital. Il faut savoir éviter les faux-sens, et dévier les contre-sens. C'est à ce prix que les standards pourront redonner aux droits-romano-germaniques la valeur de standard.

(67) G. Khairallah, Le "raisonnable" en droit privé français, Rev. trim. dr. civ. 1984, 439 s.

(68) V. R. Kovar, Le droit de la concurrence et la règle de raison, Rev. trim. dr. europ. n° 2, 1987 - V. également, P. Bonassies, Les fondements du droit communautaire de la concurrence, Mélanges Weill, 51 s. - A. Frignani, L'utilisation des preuves économiques dans les litiges anti-trust, in 12° Congrès int. dr. comparé, Sydney 1986, p. 247 s.

(69) V. R. Sacco, Les problèmes de traduction juridique, in Rapports nationaux italiens au 12° Congrès int. dr. comp. p. 1 s.

THE USE OF STANDARDS IN THE ENGLISH LEGAL SYSTEM

****

L'UTILISATION DES STANDARDS DANS LE SYSTEME JURIDIQUE ANGLAIS

Par

Sir William DALE
K. C. M. G. University of London (G.-B.)

Professor Bergel, in kindly inviting me to this Conference to contribute a paper on this subject, has conferred a double honour : on me personally, and on my country, because many would doubt whether the English *have* a legal system. Withoout a precise Constitution, and without systematic Codes of law, we have not so much a legal system as the slow deposit of centuries of legal growth. We tend to feel our way, rather than to plan it. Perhaps as a consequence, our great jurists, with one or two notable exceptions, have been historians rather than theorists, or analysts. But it is splendid to be made to think. The idea of "standards" appeared to be novel as a basic factor in our jurisprudence, and I had to ask Professor Bergel what exactly he meant. That matter cleared up, you can imagine my mortification when I recollected that in 1976 the "International and Comparative Law Quarterly" had contained an article by me entitled "Human Rights in the United Kingdom - International Standards".

I recollected something else as well : that the international instruments had themselves "internationalised" - or so we English say - many existing rules of English law upholding the rights of the individual. In other words, the "international standards" were already present in the English common law and a few statutes beginning with Magna Carta - and we never knew it !

So, if I turned the table round again, I had the cue for this paper. I propose to give you a survey - it will be telescopic, there is no time for more - of six factors, or concepts, that have strongly influenced the development of our law, and which have been the sources of certain standards deviving from outside it. In support I shall cite a few judicial decisions, some of them recent. When I have made this survey, I shall put down my telescope, and give you a near view of a few standards set up by modern statutes.

I take my initial stand on the foundations of the whole structure, the common law. I mean the early common law, the common customs of the country, declared in the judgments of the courts and the writings of the jurists. As time went on, and the judges began to find the customs of a feudal society inadequate for a country turning to commerce, they began to look to the law of nature for inspiration. This meant the divine law to begin with, but later, with the influence of Grotius, it meant reason. The concepts of *Natural Justice*, based on reason, have been, and remain to this day, a potent influence on English law. They are especially to be seen in matters of procedure, where fairness is the governing standard. Any issue of a judicial of quasi-judicial character must be settled in accordance with such classic maxims as *nemo judex in parte sua*, and *audi alteram partem*. The Chief Constable of Brighton, for instance, had been tried and acquitted

by a criminal court, but his conduct as chief of police had been strongly criticised by the judge. The Brighton Borough Council dismissed him. There had been a hearing ; but precise charges had not been communicated to the Chief Constable, nor had he been summoned to answer. The dismissal was held invalid on this account (1). Up to date is a case arising out of the miners' strike two years ago, in which the court emphasised that the "standards of fairness are immutable", and must be upheld "despite the heat of industrial warfare" (2).

My first set of standards, then, supplementing the common law, are those of Natural Justice. My second source of standards, which not so much added to the common law as upset it, is *Equity*, following the dictates of conscience. The conscience was supposed to be the royal conscience, the keeper of which was the Lord Chancellor, at first an ecclesiastic. But the Lord Chancellor kept something else, more concrete than the king's conscience, the king's seal, which he could affix to a royal command. By this means he was able to provide a remedy for injustice in circumstances in which the common law courts were unable to do so. There thus evolved many important concepts of English law, especially the trust. Thomas would give or sell land to Edward for the "use" of his nephew Robert. The common law courts knew nothing of a "use" - according to them the land was Edward's. But it was unconscionable that he should keep the benefit of it, and the Lord Chancellor compelled him to hold the land in trust for the nephew. Equity, increasingly intervening in many areas, was administered in its own courts. Naturally a battle developed with the common law courts, and Equity was the victor. The standards of Equity prevailed from Coke's time, but the courts were not themselves unified until 1873. Conscience was, it must be admitted, an elastic standard. John Selden, writing towards the end of the seveteenth century, declared in effect that Equity varied with the length of the Canhcellor's foot (*Table Talk*). But it evolved into well-settled rules, and its standard has recently been stated to be that of "a conscience slightly more sensitive than the average". That may possibly be true of the royal conscience today. What the great Lord Chancellors of the past would have said - and what the one of the immediate past would say - to that "slightly" I hesitate to suggest to an international gathering.

My third source of standards is the customs followed by merchants and seamen in the course of international trade. These went to form what we call the *Law Merchant*. It fell to the lot of Lord Mansfield, Chief Justice of the King's Bench from 1756, to

(1) Ridge v. Baldwin (1964) AC 40.
(2) McLaren v. National Coal Board, Times, Feb. 29, 1988.

adjudicate on legal disputes arising out of our increasing foreign trade. To help him he would summon a special jury of merchants from the City of London to tell him what the practice of the traders was. He adopted the unusual course of at times inviting them to dinner for the purpose, at his house near Lincoln's Inn. One could hardly have a more vivid example of the influence of outside standards on the law. Based on usage, expectancy, common sense and straight dealing, the Law Merchant wholely met the requirements. Our Commercial Court remains a highly successful court, acceptable alike to British and foreign litigants.

Fourth, *Necessity*, as justifying action otherwise against the law, or for which the law does not provide. The standard is objective, an invisible, incalculable force compelling the law to its will. But the judge will say when it is so strong as to do that. When the court had before it two shipwrecked men and a youth, adrift in a boat 1000 miles from land, no food, no reasonable prospect of help, and the men killed and ate the youth, it refused to say that they were excused by necessity (3). As against that, a motorist accused of reckless driving was this year allowed to justify himself on the ground that he was avoiding a threat of death or serious uinjury to his passenger (4). In the political field, necessity will enable the filling of a vacuum, on the ground that *salus populi suprema lex*. There has been more than one instance of this in recent years before Commonwealth courts. On the island of Grenada there was no government, *de jure* or *de facto* ; but there was, luckily, the Queen's representative, the Governor-General, but with no constitutional powers. He legislated by proclamation, setting up various institutions. He was held to be entitled to do so by necessity (5).

Fifth, *Public Policy*, characterised by a judge in 1824 as a "very unruly horse, when once you get astride it you never know where it will carry you" (6). The modern judge has learned to manage it better. Public Policy prohibits a man from benefiting from his own crime, as where the representative of a suicide suing on a life policy which expressly covered death by suicide did not succeed (7). But where a widow sued for compensation on account of the suicide of her husband following an accident for which the company sued was responsible, public policy did not prevent her from succeeding (8). The "public good" (a cognate expression) was defined for the purposes of the Obsence

(3) R. v. Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273.
(4) R. v. Conway, Times, July 29, 1988.
(5) Mitchell v. DPP (1986) LRC (Const.) 35.
(6) Burrough J. in Richardson, v. Mellish 2 Bing. 229.
(7) Beresford v. Royal Insurance Co Ltd (1938) AC 586. Suicide is no longer criminal.
(8) Pigney v. Pointers Transport Services Ltd (1957) 2 AER 807.

Publications Act 1959 as the "interests of science, literature, art or learning, or other objects of general concern". The standard has lately been said to be "what the right-thinking member of the community" thinks. The issue of public policy was raised this year in a case presenting "fundamental difficulties as between, on the one hand, the privacy which every individual (is) entitled to expect, and the freedom of information on the other hand" (9).

I have kept until my sixth and last what is perhaps the English legal standard *par excellence*, that of the *Reasonable Man*, the man "on the Clapham omnibus", so designated by Lord Bowen (10). He is the man "sound of judgment", and by what are taken to be his standards are decided disputes depending on the taking of care. Although to the reasonable man there has occasionally been attrituted (it is said) the agility of an acrobat and the foresight of a Hebrew prophet, he is not expected to have the courage of Achilles, the wisdom of Ulysses, or the strength of Hercules. But he is not the same thing as the average man, for conduct that is customary, normal, may not always be adequate. In the case of the cross-channel ferry disaster the court said that the "fact that the behaviour of the master (of the ferry boat) conformed to standards which were regarded as safe by most, if not all, of his fellow captains, did not preclude his behaviour falling short of the standard of care required of the reasonably prudent cross-channel ferry master" (11). The concept imposes an objective test, not that of the personal disposition of the man in the case. I shall return to the reasonable man in my conclusions.

Here then are six leading influences on the general English law acting by reference to certain standards. We must now take what is in contrast a myopic look at some English statutes.

Now our statute book, as many will know, is to be measured by the yard - or, these days, by the metre. Since the First World War the number of Acts our Parliament has passed year by year has increased in an almost geometrical progression. I cannot deal with all of them. If I were to try to do that, I should no doubt find myself in the situation of the elderly peer who dreamed that he was speaking in the House of Lords,and woke up to find that he was. The subject does not, it seems to me, lend itself to a fruitful, much less a stimulating, study. One can say that, with the growth of the duties legislation has imposed on public authorities and private persons, there can be discerned some increase in the use of exterior tests of quality or quantity, or standards. Some of these of course answer to international

(9) Stephens v. Avery, Times, March 1, 1988.
(10) See McQuire v. Western Morning News Co Ltd (1903), 2 KB 100.
(11) In re The Herald of Free Enterprise, Times, Dec. 17, 1987.

obligations, such as those imposed by the Hours of Employment (Conventions) Act 1936, the Sex Discrimination Acts 1975 and 1986, and the Race Relations Act 1976. Schools are to be "sufficient in number, character and equipment to afford ... such variety of instruction and training as may be desirable in view of different ages abilities and aptitudes" (Education Act 1944 s. 8) ; housing is to be "fit for human habitation" (Landlord and Tenant Act 1985 s. 8), and must contain "standard amenities" as prescribed (Housing Act 1985 s. 209) ; dismissal from employment must be "fair" (Trade Union and Labour Relations Act 1974 Sch. 1 para. 6) ; the "transport needs ... of Greater London" are to be fulfilled having regard to "efficiency, economy and safety of operation" (London Regional Transport Act 1984 s. 2). The Data Protection Act 1984 uses the conception of reasonableness a number of times (e.g. s.9, s. 32). As to social behaviour, a person must not be "drunk on a vehicle" (Sporting Events (Control of Alcohol etc) Act 1985 s.1). "Drunk" is left undefined. The standard can hardly be that of the reasonable man. It must be something between that of Dr Johnson's bookseller, who "got a large fortune by trade", but "was so habitually and equably drunk, that his most intimate friends never perceived that he was more sober at one time than another", and that of the man described by our only Lord Chancellor to have been canonised, Thomas More, who (More said) was "so dowsy drunk that he could neither stand nor reel, but fell down sow-drunk in the mire".

And that reminds me that as a nation we love animals, especially dogs and horses, ruly or unruly, and we have standards for their accommodation, food and so forth (Breeding of Dogs Act 1973, Riding Establishments Act 1964).

By way of conclusion to an exposition which I am aware does not match in learning those already given, and no doubt to come, I return to the "reasonable". The Clapham omnibus still runs - a 19 - and indeed shows signs of running amok. The standard of reasonableness seems to be taking over large areas of English law. Without trying to be in the least exhaustive, I give you the following :

1) Wherever the law imposes a duty of care, the standard of care required is that which should be shown by the reasonably-careful person, company, bank (12), ferry master etc. This imposes a standard external to the party involved. It has long been the standard in tort.

2) It can now be found in contract. The Unfair Contract Terms Act 1977 is shot through with requirements of reasonableness. In

(12) Barclays Bank plc v. Quincecare Ltd, Times, March 2, 1988.

particular, liability for negligence for loss or damage cannot be excluded by a contract term or notice unless it "satisfies the requirement of reasonableness" (s. 2). More widely, in a case from Scotland this year it has been held that where a contract has been made requiring a condition to be fulfilled "to the satisfaction" of one of the parties, that party must, in determining whether he is satisfied, act reasonably (13).

3) In the administrative field, a public authority with power to decide any question, or take other action, must act reasonably (14). It has recently been held that it is reasonable for an electricity board to impose on a householder a requirement that, his house having been burgled, he should bear the loss of the money stolen from his meter, and be responsible for repairing it (15).

4) In the quasi-judicial field similarly, where the rules of natural justice, requiring fairness, must be observed.

5) In the legislative field also, where the bye-laws of a local authority will be annulled if not reasonable (16).

6) I have given you instances from the statutes. I will give you a further - lethal - example, from the Trade Union and Labour Relations Act 1974 Sch.1. para (8) : "... the determination of the question whether the dismissal was fair or unfair, having regard to the reason shown by the employer, shall depend on whether the employer can satisfy the tribunal that in the circumstances (having regard to equity and the substantial merits of the case) he acted reasonably in treating it as a sufficient reason for dismissing the employee".

The effect of all this is to increase the control by the courts, which is no doubt a good thing - or would be if litigation in our courts were not so ruinously expensive. All routes lead to the judicial forum, often by way of our new remedy of "judicial review", by means of which we have, after all these years, caught up with the Conseil d'Etat and similar institutions in the civil law countries. The truth is that the man on the Clapham omnibus has been displaced by the judge on the Holborn Underground. One cannot, can one, think of a man - or a woman, let us not forget them - being more reasonable than a judge ? Yet judges may differ about what is reasonable - though not, we may hope, by the length of their feet. And, as Lord Coleridge once pointed out, if a case depending on the reasonable man is decided one way by a judge of first instance, and the opposite way by the Court of

(13) Gordon District Council v. Wimpey Homes Holdings Ltd, Times, June 24, 1988.
(14) Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation (1948) 1 KB 223.
(15) R. v. Midlands Electricity Board, Ex parte Busby, Times, Oct. 29, 1987.
(16) Kruse v. Johnson (1889) 2 QB 91.

Appeal, the first judge has been put "out of the pale of reasonable men", he is not a man "sound of judgment".

The way out of that dilemma I leave to the judges themselves. But if I may intrude my own view for a moment, I do feel a little unhappy about our increasing reliance on the concept of reasonableness, especially in a statute. If the rule imposed by a statute is no more precise than that a piece of conduct must be reasonable, or fair, is the legislation worth very much ? The civil law countries, I believe, get on well without using the term "reasonable". I may add that my misgivings about our use of the term, on the ground of its vagueness, are shared by two distinguished English lawyers who have recently suggested that "reasonableness" should in part be replaced, in the field of administrative action, by three substantive principles : proportionality, legal certainty and consistency (17).

To go into that would take me too far : but one can sense some new standards appearing.

(17) "Beyond Wednesbury : substantive principles of administrative law", by Prof. Jeffrey Jowell and Anthony Lester QC, (1988) Public Law 365, reprinted in (1988) 14 CLB 858.

LES REGLES DE LA VIE EN SOCIETE EN TANT QUE STANDARD DES DROITS SOCIALISTES

(L'exemple polonais)

****

THE PRINCIPLES OF "LIFE IN SOCIETY" AS SOCIALIST LAWS STANDARD

Par

Zygmunt ZIEMBIŃSKI
Professeur à l'Université de Poznan (Pologne)

Je dois commencer par quelques remarques préliminaires concernant le sujet de mon rapport. Du point de vue des Occidentaux, le droit socialiste représente une famille homogène de systèmes juridiques et on ne s'attache pas à l'origine tout à fait différente des systèmes des divers pays de l'Europe centrale et orientale. Or, les systèmes socio-économiques de ces pays sont bien différenciés : par ex., dans plusieurs pays de l'Est, les exploitations agricoles individuelles n'existent pas, tandis qu'en Pologne la surface totale, aussi bien que le nombre de ces exploitations, est relativement plus grand qu'avant l'année 1944 - et elles fournissent plus de 70 % du produit agricole. Les systèmes juridiques de ces pays, avant la deuxième guerre mondiale, s'étaient formés non seulement sous l'influence de leur tradition nationale, mais aussi des droits allemand, autrichien et français. Par exemple, la partie centrale de la Pologne était régie par le Code civil du Royaume polonais (modification du Code Napoléon), la partie occidentale -par le B.G.B., la partie méridionale - par le Code civil autrichien, sans mentionner les enclaves du droit hongrois et du droit russe dans les frontières de 1945. Donc la doctrine juridique, concernant le rôle des standards dans le droit polonais contemporain (en particulier -selon le Code des obligations de 1933 et puis le Code civil de 1964) était influencée par différents éléments doctrinaux.

- I -

Le terme franglais "le standard" (1) est peu usité dans la doctrine juridique des pays socialistes : ce mot est employé surtout pour dénoter les marchandises d'une qualité moyenne. Pour déterminer les cas dans lesquels les dispositions légales renvoient à des appréciations individuelles d'une situation donnée ou à des critères généraux d'évaluation (par ex. à des règles de comportement ayant une justification morale), on emploie surtout le terme de la "clause générale". Dans un sens plus large, on emploie ce terme pour dénoter tous les cas de renvoi par les dispositions légales à des règles extra-légales de toute sorte, donc à des directives praxéologiques, des moeurs, des règles concernant la destination socio-économique de certains objets, etc.

Le rôle des standards dans les systèmes juridiques des pays socialistes a connu une curieuse évolution. Au début, le système juridique soviétique était, en quelque sorte, antiformaliste. Il admettait le critère de "conscience juridique socialiste" en tant que critère essentiel de la validité des règles du droit. La doctrine

(1) Conf. J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Paris, 1985, p. 213.

juridique n'était pas cristallisée et on essayait (Pasukanis, Stucka, Rejsner) de construire une théorie générale du droit sur la base de divers éléments, incompatibles avec les principales thèses du marxisme, par ex. les éléments du psychologisme de L. Petrazycki. C'est A.J. Vyšinski qui, ayant la confiance de J. Staline, a formulé une théorie générale de l'Etat et du droit, dite socialiste mais qui, en réalité, représentait une espèce de positivisme simplifié, avec quelques idées concernant la fonction du droit en tant que moyen de la lutte des classes, ce qui a eu des effets sociaux bien connus dans l'histoire de l'U.R.S.S. à cette époque. Cette théorie éliminait toutes les sources du droit indépendantes de la volonté de l'Etat -et en même temps la doctrine admettait de larges possibilités de décisions arbitraires des organes de l'Etat ; donc, la sécurité juridique, en partie à cause des standards ayant un caractère politique, était réduite au minimum. Ce danger a diminué après les changements liés au XXe Congrès de PCUS.

En ce temps là, en Pologne, à part des standards traditionnels tels que par ex. les bonnes moeurs, les usages du commerce loyal, etc., après les changements du régime social, quelques standards ayant un caractère évidemment politique, tels que par ex. "les principes du système socio-économique et les buts de la R.P.P." en tant que fondement de l'interprétation des dispositions légales (art. 1 des Règles du droit civil de 1950), ont été introduits, sans bouleverser le système des dispositions écrites.

On pouvait observer le phénomène d'unification de la terminologie des divers systèmes socialistes concernant les formes verbales qui exprimait les clauses générales (standards) - surtout pendant la période 1945-1955, quand on construisait les systèmes juridiques des pays de démocratie populaire en copiant les institutions soviétiques. Durant cette période, on a introduit, par ex. dans le système juridique polonais, les deux principales clauses générales connues dans le système soviétique : "la destination socio-économique du droit" et "les règles de la vie en société". Pourtant, la réception de la terminologie n'est pas équivalente avec la réception de la doctrine. La notion des règles ou principes de la vie en société dans le système juridique de l'U.R.S.S. (principy obszczezitia) diffère de la notion de morale : selon l'art. 5 des Principes de droit civil de l'U.R.S.S. de 1961, on différencie les "principes de la vie en société" et les "règles morales de la société en train de construire le communisme". En Pologne, il n'existe pas une définition légale des "règles de la vie en société en R.P.P.", mais selon l'opinion dominante, dans la doctrine, ce sont surtout les règles de la morale de la société socialiste ou les moeurs acceptées du point de vue de cette morale.

En Pologne, les standards tels que par ex. "les règles de la vie en société" introduits en 1950, ont joué le rôle essentiel, surtout dans la période qui a précédé la codification du droit civil polonais en 1964. Les codifications partielles du droit civil polonais (2) promulguées en 1945-1947 étaient basées sur les travaux préparatoires d'avant 1939 ; donc, il y avait plusieurs divergences entre ces actes et les changements politiques et économiques réalisés dans les vingt premières années après la guerre. Les clauses générales exigeaient la concordance des comportements admis par le droit écrit avec les règles de la vie en société et elles rendaient ainsi impossible la poursuite de certaines prestations estimées incompatibles avec la morale socialiste. Par ex. le "pretium doloris" pour la mort de personnes proches était réduit ainsi au minimum - et actuellement il est très limité par le Code civil de 1964.

A défaut d'une définition légale, l'expression "les règles de la vie en société de l'Etat populaire", introduite dans la loi de 1950, avait un sens assez énigmatique, de même que la déclaration de la Constitution de R.P.P. de 1952 ordonnant aux citoyens de respecter les règles de la vie en société. Ces règles établissaient le critère de l'abus d'un droit subjectif (art. 3 des Règles générales du Droit civil), causaient la nullité de l'acte juridique discordant avec ces règles (art. 41), indiquaient la façon d'interpréter des déclarations de volonté (art. 47, parag. 1), influençaient les effets juridiques des conditions du contrat (art. 82) ; donc elles jouaient le rôle typique d'un standard du droit civil, mais d'un standard à vrai dire indéterminé.

Cette situation a entraîné la désorientation de la jurisprudence pendant les quelques premières années en ce qui concerne le caractère des règles de la vie en société, et des controverses dans la littérature juridique de notre pays. On déclarait par exemple que les règles en question étaient surtout des coutumes de la société socialiste, ou bien des règles de la morale socialiste, ou bien des règles de toute sorte acceptées dans la société socialiste, surtout les règles du droit, suppléées par les autres règles. En général, on insistait sur le fait qu'il s'agissait de règles de la vie dans la société nationale polonaise, donc de règles liées en particulier avec cette société.

Peu à peu, les controverses se sont apaisées (peut-être chaque nouveau standard a une telle histoire), et c'est surtout en effet la jurisprudence prépondérante de la Cour suprême qui a présenté d'une façon implicite l'idée qu'il s'agissait de règles de la morale concernant les relations humaines dans la société socialiste. Cependant cette idée n'a jamais été exprimée de façon

(2) Voir, E. Łetowska, J.S. Piatowski, Code civil de la République populaire de Pologne, Introduction, Warszawa 1980, p. 6.

suffisamment claire. La plupart des jugements de la Cour suprême déclaraient seulement que tel ou tel comportement était "contraire aux règles de la vie en société", sans préciser la règle en question et sans justifier une telle thèse. C'est surtout par voie de rationalisation des décisions de la Cour suprême qu'on pouvait constater que, chaque fois, il s'agissait d'un comportement qui pouvait être considéré comme immoral.

Outre ces controverses concernant la caractéristique essentielle des "règles de la vie en société", on peut observer, pendant la période 1950-1956, un malentendu bien spécifique qui semble être intéressant du point de vue de la théorie des standards. La Cour suprême, malgré son aversion pour formuler les thèses théoriques, inventa durant cette période une idée qui permettait de réaliser une politique d'application du droit assez arbitraire en admettant de se référer aux "règles formulées" ou aux "règles proclamées". Selon la Cour suprême, les premières étaient les règles acceptées déjà par les classes sociales progressistes ; donc elles pouvaient avoir les effets sociaux ex nunc. Les secondes étaient des règles qui, selon la Cour suprême, devaient être déjà acceptées par les meilleurs citoyens, et devaient donc être censées en vigueur ex nunc. Cette sophistique, permettant de "proclamer" les règles les plus opportunes du point de vue de la politique gouvernementale, a été fort critiquée après 1956, mais ce phénomène (bien que les décisions "proclamant" que les règles avaient un caractère exceptionnel) a donné l'occasion de discuter le problème particulier du fonctionnement des standards dans un système juridique.

En admettant que les standards, en particulier - "les clauses générales", dénotent les cas de renvoi par les dispositions légales à des règles extralégales ou à des évaluations acceptées dans un certain cercle social, on doit donc, pour sauvegarder la sécurité juridique, fixer avec une clarté et une netteté suffisante les critères pour distinguer les règles et les évaluations en question, aussi bien que la méthode plus ou moins précise pour constater le fait que telles règles ou évaluations sont acceptées dans un cercle social donné. Evidemment, on ne peut pas organiser par la Cour suprême des sondages de l'opinion publique, mais en même temps on ne peut pas admettre les décisions arbitraires (3).

Bien sûr, la Cour suprême est compétente pour déclarer quelles sont les évaluations des juges du tribunal de la plus haute instance, ou bien quelles sont les évaluations officiellement

(3) Par ex. les sondages préliminaires de l'opinion publique organisés par les participants de mon séminaire en 1964 ont constaté que l'acceptation des diverses règles de la vie en société admises par la Cour suprême changeait de 98 % à 18 % des réponses selon le cas.

admises ; mais il faut distinguer soigneusement les évaluations officielles ou les évaluations admises par une certaine doctrine morale et les évaluations acceptées par la plupart de la société ou même par ceux qui forment l'avant-garde de la société. En plus, surgit le problème de l'évolution des évaluations.

Les codifications polonaises publiées pendant la période 1964-1974 ont augmenté le nombre des dispositions légales renvoyant à des règles de la vie en société, mais ces dispositions, dans le contexte de ces codifications, ont été dotées d'un caractère plus exceptionnel et moins radical. On essaya d'introduire la notion des règles de la vie en société même dans les dispositions de nouveau code pénal mais, après de longues discussions, ce terme est employé dans le code pénal d'une façon marginale (par ex. dans la définition de l'acte de houliganisme, art. 120 C. pénal). Le standard essentiel du droit pénal polonais c'est la notion de danger social en tant qu'élément de la définition d'une infraction.

Le Code civil polonais de 1964 unifia en grande partie la terminologie des clauses générale, du droit civil en éliminant les termes tels que par ex. "les bonnes moeurs", "la justesse", "les coutumes d'honnête commerce", etc., et introduisit surtout la clause de concordance de certains comportements avec "les règles de la vie en société" ou parfois aussi "la destination socio-économique du droit". Cela a provoqué de nouveau une discussion chez les juristes polonais concernant la signification de ces termes et leur rôle dans le système de droit polonais, ainsi qu'une discussion plus générale concernant le rôle des clauses générales dans notre système juridique (4). Je crois qu'il peut être intéressant de présenter les problèmes des standards dans le droit socialiste en analysant l'exemple du rôle des règles de la vie en société dans le droit polonais.

Evidemment, ce n'est pas l'unique façon d'introduire des standards dans le système juridique polonais, j'ajouterai donc quelques remarques supplémentaires concernant cette matière à la fin de mon rapport.

Le Code civil et le Code de la famille et de la tutelle de 1964, ainsi que le Code du travail de 1974, ont introduit la notion en question non seulement dans leur partie générale (le Code de

(4) S. Grzybowski, Struktura i treść przepisów odsyłających do zasad współżycia społecznego (La structure et le contenu des dispositions renvoyant aux règles de la vie en société), Studia Cywilistyczne, vol. IV, Kraków 1965, p. 78 ; A. Stelmachowski, Wstęp do teorii prawa cywilnego (Introduction à une théorie du droit civil), Warszàwa 1969 (I édit.). Récemment il faut noter surtout les monographies de L. Leszczyński, Klauzule generalne w stosowaniu prawa (Les clauses générales en application du droit), Lublin 1986, et de T. Zieliński : Klauzule generalne w prawie pracy (Les clauses générales du droit du travail), Warszawa 1988.

la famille et de la tutelle et le Code du travail sont, selon la doctrine, subordonnés à la partie générale du Code civil), mais aussi dans leurs parties spéciales. En même temps, dans le Code civil, le renvoi aux "règles de la vie en société" est plusieurs fois complété par le renvoi à la "destination socio-économique du droit", ce qui permet d'admettre que les règles en questions ne sont pas immédiatement liées avec des critères économiques. Il faut mentionner aussi plusieurs dispositions du Code de procédure civile de 1964 et d'autres lois publiées en cette période, renvoyant aux règles de la vie en société. L'unification de la terminologie des clauses générales en droit civil et dans les domaines apparentés de ce droit n'est pourtant pas complète : il y a encore plusieurs dispositions qui formulent des standards tels que par ex. "due dilligence", "motifs importants" et les standards socio-politiques, par ex. "les buts de la R.P.P.".

Depuis plus de vingt ans, on peut observer une certaine stabilisation du nombre des dispositions renvoyant aux règles de la vie en société, ce qui permet d'espérer une stabilisation de la doctrine concernant les standards en question. Mais cette stabilisation est seulement partielle. Les points de controverse concernent le caractère et les critères de distinction de ces règles, le besoin et la possibilité de formuler le catalogue de ces règles, leur validité juridique et leur rôle dans le système. Ces controverses ont lieu non seulement dans la littérature juridique, mais elles se manifestent parfois dans la jurisprudence de la Cour suprême.

- II -

Quant au caractère des règles de la vie en société, il existe communis opinio doctorum qu'elles n'ont pas le caractère de normes de droit, malgré la déclaration ambiguë de la Constitution de la R.P.P. (le devoir d'observer les droits, art. 8, et le devoir de respecter les règles de la vie en société, art. 90, sont formulés d'une façon différente). L'opinion prédominante accepte la thèse que ce sont les règles de la morale concernant les relations avec les autres membres de la société, ou bien que ce sont tout au moins les coutumes acceptables au point de vue de la morale socialiste. Les auteurs qui déclarent qu'il s'agit de règles ayant un caractère spécifique ne sont pas capables de formuler la caractéristique positive de ces règles. On rejette, de nos jours, l'idée selon laquelle "les règles de la vie en société" sont une dénomination de toutes règles en vigueur dans notre société et que ce sont surtout des règles juridiques, complétées par les autres règles de la vie sociale.

Malgré cette presque unanimité, le caractère essentiel des règles de la vie en société n'est pas clair. Le renvoi à la morale de la société polonaise contemporaine ne donne pas de critère net. On peut prendre en considération la morale postulée par la doctrine officielle, c'est-à-dire par la doctrine morale du marxisme. On peut cependant ramener ce renvoi à des règles de la morale acceptées en fait par telles ou telles couches de la société. Ces deux solutions, l'une comme l'autre, présentent cependant des points faibles.

La notion de morale elle-même n'est pas incontestable. En général, on se sert d'une notion assez vague qui combine les éléments de la morale perfectionniste et de la morale solidariste avec les règles acceptées par les coutumes. Du point de vue de la jurisprudence, c'est surtout la morale qui s'appuie sur la bienveillance envers les autres membres de la société qui doit être prise en considération dans le processus d'application du droit. Cependant, même si on accepte un tel concept de la morale, plusieurs controverses peuvent surgir entre les partisans du concept holiste ou du concept réductionniste de bonheur de la société, entre les partisans de la morale limitée à un cercle d'hommes ou à un autre et de la morale humaine sans restriction, les partisans de telle ou telle formule de justice, de telles ou telles autres préférences concernant les biens fondamentaux, de l'admission de tels ou tels moyens d'assurer ces biens à nos prochains, etc. (5).

Les doctrines morales ayant une longue tradition et un système d'organisations surveillant la solution des controverses morales peuvent parfois formuler des catéchismes plus ou moins minutieux concernant les situations particulières. Néanmoins, les cas provoquant les conflits du point de vue de la morale dans la pratique judiciaire sont parfois beaucoup plus compliqués que ceux mentionnés par les catéchismes. Il faut être conscient que les règles morales formulées dans les catéchismes ont d'habitude un caractère assez général et que, pour les appliquer, il faut trouver des solutions plus détaillées par des raisonnements qui n'ont pas de caractère d'algorithme.

Pour des raisons historiques, la doctrine morale du marxisme n'est ni capable ni disposée à formuler des catéchismes. Dans tout le système de la philosophie marxiste l'éthique est l'élément le moins développé. K. Marx et F. Engels dédaignaient la morale bourgeoise, mais ils n'avaient pas formulé les règles de la morale socialiste d'une façon explicite et systématisée. Pour W.I. Lénine (au moins dans la version vulgarisée de sa pensée morale) toute la morale communiste se ramène à la lutte pour la

(5) Conf. Z. Ziembiński, Etyczne problemy prawoznawstwa (Les problèmes éthiques de la science du droit), Wroclaw 1972, p. 51 et s.

victoire de la révolution prolétarienne. C'est à peine depuis les changements de 1956 que l'on a intensifié, dans les pays socialistes, le programme de recherches concernant la doctrine morale du marxisme. Les controverses étaient fondamentales surtout pendant une dizaine d'années après 1956. En conséquence, de nos jours, on ne peut pas présenter de catalogue des règles de la morale socialiste dans sa version marxiste. A vrai dire, du point de vue de la jurisprudence, la nécessité de construire un tel catalogue est contestable.

Il est aussi difficile de reconstruire le catalogue des règles de la vie en société par la voie de l'observation des opinions et de la pratique des habitants de notre pays. L'endoctrinalisation marxiste, la tradition chrétienne, les expériences nationales de la dernière centaine d'années, l'urbanisation rapide et les changements de la vie économique ont désintégré les anciens systèmes de valeurs et de règles de comportement généralement acceptés par les divers cercles de la société, sans créer un nouveau système homogène. Tous ces changements ont aussi causé une discordance entre les opinions déclarées et la pratique sociale.

Il reste donc une voie intermédiaire pour reconstruire les principales règles de la vie en société sur la base des éléments de la doctrine morale acceptés par les partisans de différentes idéologies fondées sur le postulat de la bienveillance et de la justice sociale, et prenant en considération non seulement les idéaux déclarés solennellement, mais le point de vue d'un simple honnête membre de la société. Evidemment ce sont des critères assez vagues, mais ils permettent de diminuer la possibilité de décisions arbitraires par les organes de l'Etat.

Il faut distinguer tout au moins deux types de renvoi dans les dispositions légales aux critères évaluatifs extra-légaux de solution des problèmes juridiques. Les clauses générales de type I autorisent les organes de justice à des décisions formulées selon les évaluations concernant les cas particuliers en question : par ex. la Cour qui règle les problèmes de la famille concernant les enfants mineurs doit prendre en considération surtout les intérêts de ces enfants dans une situation concrète. Evidemment, les juges doivent prendre en considération certaines évaluations générales concernant le bien des enfants, mais leurs décisions doivent être fondées sur une évaluation individuelle d'une situation concrète (6). Peut-être la dénomination de "clause générale" est-elle inconvenante pour cette façon de rédiger les dispositions légales. Les clauses générales de type II ordonnent, au contraire, de tenir compte surtout des évaluations générales et des règles générales extra-légales concernant les situations d'un certain genre et, de ce

(6) Conf. Ch. Grzegorczyk, La théorie générale des valeurs et le droit, Paris, 1982, p. 147 s.

point de vue, elles méritent sans aucun doute d'être appelées clauses générales.

Il semble évident que les clauses générales, renvoyant aux règles de la vie en société, en tant que règles générales, représentent la deuxième catégorie. Elles doivent être prises en considération dans les cas dans lesquels l'application stricte des normes légales peut causer des décisions inacceptables du point de vue de la morale ou des coutumes (moeurs) de la société. La décision judiciaire doit donc indiquer la règle juridique stricti iuris et la règle de la vie en société qui sont en question et puis présenter des raisons pour corriger le résultat de l'application formelle du droit. Cependant, on peut rencontrer, même de nos jours, des cas isolés de décisions judiciaires qui, dans leurs motifs, présentent une idée de caractère non-général des règles de la vie en société, en essayant de leur attribuer le caractère de clause générale de type I.

- III -

Quels sont les rôles et les fonctions des règles de la vie en société dans le système juridique polonais ? Ces règles concernent parfois les devoirs des citoyens ou la liberté d'activité dans certains domaines. Leur intervention peut avoir un caractère très général (par ex. art. 56 C.c. : "Un acte juridique ne produit pas seulement les effets qui y sont exprimés, mais aussi ceux, qui résultent de la loi, des règles de la vie en société et des usages établis"), ou un caractère tout à fait particulier (par ex. selon l'art. 826, parag. 3 C. c. en cas de grosse négligence de l'assuré en ce qui concerne la réduction du dommage des biens assurés l'indemnité ne doit pas être payée, à moins que "le payement de l'indemnité de la totalité ou d'une partie ne soit conforme, dans la situation donnée, aux règles de la vie en société ou aux intérêts de l'économie nationale"). Les règles en question déterminent aussi la validité d'un acte juridique (art. 58, parag. 1 C. c. : "L'acte juridique contraire aux règles de la vie en société est nul") et les limites de jouissance des droits du propriétaire (art. 140 C. c.). Elles limitent aussi la dissolution du mariage par le divorce, et cela d'une façon doublement déterminée (art. 56, parag. 2 et 3 du Code de la famille et de la tutelle). Elles influencent aussi le procès civil (par ex. selon art. 185 du Code de procédure civile, le compromis ne peut être accepté par la cour si ce compromis est contraire aux règles de la vie en société : cela concerne aussi le retrait de la demande en justice (art. 203, parag. 4) ou l'exécution de la sentence de la cour d'arbitrage (art. 711, parag. 3).

Le plus souvent des règles de la vie en société diminuent les droits d'un titulaire, mais parfois elles conditionnent les obligations positives formulées par la loi en vigueur. Par exemple, selon l'art. 144 du Code de la famille et de tutelle, l'enfant peut demander à être alimenté par son beau-père "si cela est conforme aux règles de la vie en société" - ce qui est lié à des obligations réciproques formulées d'une même façon (conf. art. 419, parag. 2 C. c.). Il faut aussi mentionner les dispositions du Code du travail (art. 94, art. 100, parag. 2), qui créent l'obligation générale d'observer les règles de la vie en société dans la relation réciproque des sujets d'un rapport de travail.

Mais, du point de vue de la théorie des standards, le plus intéressant est le rôle des règles de la vie en société dans la construction de l'abus d'un droit subjectif. Selon art. 5 C. c. "Nul ne peut faire usage de son droit d'une manière contraire au but social et économique de ce droit ou contraire aux règles de la vie en société en vigueur dans la République Populaire de Pologne. Une action ou une abstention abusive du droit n'est pas considérée comme un exercice de ce droit et ne jouit pas de la protection légale". Cette disposition a une importance particulière dans le système du droit civil polonais. Elle est répétée mot pour mot au titre de l'art. 8 du Code du travail et elle est aussi valable pour tous les domaines de système juridique polonais qui s'inscrivent dans la filiation du droit civil.

L'application de l'art. 5 C. c. est un point crucial où plusieurs problèmes difficiles du droit civil et de la théorie générale du droit se croisent, en particulier ceux qui concernent la notion du droit subjectif, le rôle des standards et -cette fois-ci- les problèmes des règles morales, ainsi que ceux qui concernent la destination socio-économique d'un droit subjectif.

La notion de droit subjectif, dans la littérature juridique polonaise, provoque des controverses semblables à celles de la littérature juridique des pays occidentaux (7). Peu à peu, on accepte l'idée que le "droit subjectif" n'est pas une notion simple et homogène, mais que c'est la dénomination d'un ensemble d'éléments divers de la situation juridique d'un sujet : en particulier c'est l'ensemble des "droits-libertés", "droits-créances" et "droits-pouvoirs" (autorisations, compétences). Il s'agit d'un ensemble de libertés, créances et autorisations liées par une fonction commune qui est d'assurer à un sujet une situation juridique généralement estimée comme avantageuse. Par ex., selon l'art. 140 C. c. polonais concernant le droit de propriété, le propriétaire ("selon les règles de la vie en société" et "conformément à la destination socio-économique de son droit") a

(7) Conf. S. Wronkowska, Analiza pojecia prawa podmiotowego (Analyse de la notion de droit subjectif), Poznań, 1973.

la liberté de jouir de la chose en question "à l'exclusion de toute autre personne" (c'est-à-dire avec l'obligation négative pour les autres sujets de ne pas s'ingérer) comme certains autres sujets, par ex. sur la base d'un contrat avec le propriétaire, sont obligés aux prestations ayant le caractère de fruits civils de cette chose (droits-créances). Le propriétaire est autorisé à disposer de cette chose (droits-pouvoirs), ce qui crée pour lui une situation en général avantageuse. Les controverses traditionnelles entre la "théorie de la volonté" et la "théorie de l'intérêt" résultent du fait de souligner d'une façon particulière un de ces éléments : "l'intérêt" d'un sujet - si on accentue la relation de l'obligation-créance, ou "la volonté" - si on accentue l'élément de l'autorisation d'un sujet à accomplir des actes juridiques, c'est-à-dire des actes conventionnels, ayant des effets juridiques (8).

Le caractère non-homogène du droit subjectif provoque des controverses en ce qui concerne la notion d'exercice de son droit. On fait usage de son droit de créancier en recevant une prestation de la part d'un sujet obligé (tout au moins obligé à tolérer certaines activités du titulaire d'un droit). On fait usage de son droit-liberté en réalisant ou en ne réalisant pas une activité indifférente du point de vue du système des normes juridiques. On exerce son droit-autorisation en accomplissant tel ou tel acte juridique (largo sensu) qui, lorsqu'il est accompli par un sujet autorisé et d'une façon déterminée par les dispositions légales, cause les effets prévus par les normes juridiques.

Le problème de la concordance (c'est-à-dire de la "non-contradiction") du fait de "faire usage de son droit" avec les règles de la vie en société, etc., doit donc être analysé sous trois différents aspects :

1° Est-ce qu'un sujet peut jouir de la liberté de faire ou de ne pas faire quelque chose sans porter préjudice aux autres membres de la société ?

2° Est-ce que la prestation de la part des autres sujets n'est pas injuste du point de vue de la morale de la société en question ?

3° Est-ce que la demande en justice ou l'autre acte juridique (largo sensu) ne provoquent pas des effets injustes dans une situation donnée ?

Ces trois aspects de l'usage de "son droit" sont souvent embrouillés dans la jurisprudence polonaise, mais peu à peu les questions sont posées d'une manière plus claire.

Il faut mentionner qu'avant la codification de 1964, il n'était pas évident de savoir si "l'usage de son droit" d'une façon

(8) Conf. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, Conventional Acts in Law/ en :/ Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law, Amsterdam 1987, p. 115 s.

contraire aux règles en question était seulement interdit, en gardant son caractère ("théorie externe de l'abus de son droit"), ou si cette activité (ou abstention) perdait le caractère de l'exercice de son droit, c'est-à-dire si le contenu du droit subjectif était réduit ("théorie interne"). Il y avait donc des controverses concernant les conséquences juridiques de l'abus du droit subjectif, qui sont éliminées actuellement par la seconde phrase de l'art. 5 C. c. Malgré cela plusieurs problèmes concernant l'application de l'art. 5 C. c. restent obscurs et la jurisprudence présente parfois des points de vue opposés. Cela peut expliquer la ligne générale de la jurisprudence de la Cour suprême visant à limiter l'application de cet article à des situations dans lesquelles la violation des règles morales ou des bonnes moeurs est évidente.

Dans plusieurs cas, la modification de l'application des règles du code civil polonais par des règles de la vie en société a un double caractère : les dispositions particulières, comme par ex. l'art. 140 C. c. et bien d'autres, attribuent des droits subjectifs à contenu limité par les clauses générales telles que la condition de concordance avec les règles de la vie en société ou la destination socio-économique de ce droit ; en même temps, l'art. 5 C. c. élimine, d'une façon générale, la possibilité d'abus des droits subjectifs.

On peut reconstruire sur la base de la jurisprudence de la Cour suprême polonaise une doctrine, parfois assez détaillée, de l'application des dispositions légales renvoyant aux règles de la vie en société. Par ex. on accepte un "principe des moins purs" : un sujet peut opposer à la demande formellement justifiée par les règles juridiques une clause renvoyant aux règles de la vie en société seulement dans les cas où son propre comportement est irréprochable du point de vue de la morale.

La littérature juridique polonaise réserve la dénomination de "clause générale" (standard) pour les cas dans lesquels une disposition légale renvoie, d'une manière explicite, à des évaluations ou à des règles ayant une justification axiologique. On exige aussi un fondement explicite de la clause générale dans la formulation d'une loi, en tant que condition de la légalité d'application du droit et on rejette la possibilité de création d'une clause générale par la doctrine ou par les usages seulement. Cependant ce rigorisme est peut-être exagéré, parce que, à côté des formes classiques des clauses générales, il y a aussi plusieurs formes de dispositions légales qui contiennent un élément évaluatif latent (par ex. art. 355, parag. 1 C. c. "Le débiteur est tenu à la diligence généralement requise dans les rapports d'un genre donné : /la due diligence/" ; de cette façon il crée le standard de l'administration de la justice).

Il faut ajouter que -malgré une certaine analogie- l'application de l'art. 5 C. c., selon la doctrine des civilistes polonais, ne crée pas un système juridique alternatif par rapport aux normes établies dans les dispositions légales, un système de "equity law" spécifique. On déclare aussi que le renvoi aux règles de la vie en société ne provoque pas une abrogation des dispositions légales, mais seulement qu'il "corrige" d'une certaine façon l'application de la loi. Ces déclarations sont évidemment peu précises : il s'agit en fait de certaines modifications du contenu des normes légales par l'introduction d'un élément supplémentaire.

- IV -

On voit donc que l'admission dans un système juridique de standards spécifiques pour le droit socialiste, par ex. le renvoi aux règles de la vie en société ou bien au but social et économique du droit subjectif, entraîne plusieurs problèmes spécifiques, en partie incomparables à ceux qui sont liés aux standards des systèmes juridiques de l'Europe occidentale. Ces différences persistent de nos jours, après la période des changements révolutionnaires des anciens systèmes juridiques des pays subissant les changements de leur système socio-politique.

Ces changements ne se limitent pas à l'introduction dans la technique législative de nouveaux standards, en particulier de clauses générales au sens classique, c'est-à-dire renvoyant d'une manière explicite au système des valeurs, dit socialiste, ou à des standards politiques ou économiques correspondants. Il faut accentuer le rôle analogique des termes ayant un contenu variable ou vague, employés à dessein dans le langage des lois pour donner une certaine liberté d'action aux organes de l'Etat lorsqu'ils appliquent les dispositions légales (9). Ces termes, bien que privés de caractère évaluatif explicite, fonctionnent parfois en tant que standards, modifiant suivant les circonstances le contenu formel des lois. Il faut ajouter que les textes légaux en liaison avec la doctrine juridique permettent de distinguer "les principes du droit", conçus de telle ou telle façon, qui parfois peuvent jouer le rôle de standard en modifiant d'une certaine manière l'application des dispositions particulières (10).

(9) Voir J.-L. Bergel, op. cit., p. 321-322, Les notions à contenu variable en droit, éd. Ch. Perelman, R. Vander Elst, Bruxelles, 1984, p. 363 s.

(10) Conf. J.-L. Bergel, op. cit., p. 104 s. ; S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe (Principes du droit. Problèmes généraux), Warszawa 1974, p. 69 s.

LES STANDARDS JURIDIQUES AU JAPON

En particulier quant à la liberté d'opinion selon la Cour Suprême

****

THE PLACE OF STANDARDS IN JAPANESE LAW

Par
Mamiko UENO
Professeur adjoint à l'Université CHUO (Japon)

Avant-Propos

I - Le système juridictionnel japonais

1 - La Cour Suprême

2 - Les normes juridiques

II - Les standards juridiques à la Cour Suprême

1. Le principe du standard double

2. Les standards juridiques sur la liberté d'opinion

Conclusion

AVANT PROPOS

Il est évident qu'on a le droit de jouir d'une qualité de vie agréable. Au Japon, on interprète le droit à l'environnement comme celui de jouir naturellement de l'air, de l'eau et de l'ensoleillement. Avec le développement économique et technologique, beaucoup de problèmes de pollution sont apparus. Aujourd'hui, on peut dire que les mesures préventives contre les nuisances prises par les entreprises au Japon sont en progrès par rapport aux autres pays. Mais, c'est parce que les japonais ont beaucoup souffert des nuisances comme Minamata (hydrargyrisme) ou Kanemi (nuisance alimentaire) (1).

De plus, dans le cas des recours contre les nuisances, il est très important de faire cesser les activités de telle entreprise ou telle administration qui cause des pollutions. Cependant, au Japon, du point de vue procédural, on doit démontrer les intérêts concrets mis en jeu par les personnes intéressées. Pour cette raison, parfois, on ne peut pas mettre en cause les responsabilités de l'entreprise ou de l'administration. Il est facile d'intenter une action en justice après avoir subi quelque dommage concret. Mais avant la constatation de la pollution, les intérêts concrets sont insuffisants pour justifier les recours au juge.

Au Japon, au fond, on n'admet le droit de l'environnement que dans les textes. C'est dire que les constitutionnalistes reconnaissent l'existence de ce droit en s'appuyant sur l'art. 13 (le droit à la vie, à la liberté et à la recherche du bonheur) et l'art. 25 (le droit de jouir d'un minimum d'hygiène et de culture) de la Constitution. Au contraire, les juges ne reconnaissent pas en général ce droit de façon systématique.

Par exemple, dans l'affaire du Shinkansen ("Shinkansen" qui signifie mot à mot "nouvelle ligne principale" est le T.G.V. des japonais), on a réclamé des dommages-intérêts pour la nuisance causée par le bruit, et demandé l'interruption de la circulation pendant quelques heures chaque jour. Le Tribunal de la région de Nagoya a refusé d'admettre l'existence du droit à l'environnement. Il a considéré que la portée de ce droit n'était pas claire, qu'on ne pouvait pas définir les types de violations, ni limiter les plaignants. Il a donc jugé qu'il était difficile d'appliquer ce droit pour bloquer la circulation de Shinkansen (2).

(1) Dans le cas de la maladie de Minamata, la Cour Suprême vient de rejeter l'appel des anciens dirigeants de la firme Chisso. Ils ont été reconnus définitivement responsables et leur condamnation a été confirmée (Cour Suprême, 1er mars 1988).

(2) Dans l'affaire de l'aéroport d'Osaka, on a réclamé des dommages et intérêts passés et futurs pour la nuisance causée par le bruit, la vibration et le gaz d'échappement de la circulation à partir de 21h jusqu'à 7h. La Cour Suprême a admis seulement des dommages et intérêts passés.

Pourquoi les juges ont-ils pris la décision de refuser ce droit, alors que la notion de ce droit a déjà été reconnue ? Il nous faut ici vérifier l'écart entre la réalité et la discipline.

En fait, les juges ont recours aux standards juridiques pour éviter d'admettre l'existence des droits de l'homme ou des libertés publiques au Japon. Mais, curieusement, les standards juridiques sont utilisés pour mettre en oeuvre des droits ou des libertés.

Nous examinerons donc le fonctionnement concret des standards juridiques au Japon. Toutefois, avant de les aborder, nous présenterons le système juridictionnel et les sources du droit japonais.

I - LE SYSTEME JURIDICTIONNEL JAPONAIS

1 - La Cour Suprême

L'art. 76 al. 1 de la Constitution japonaise affirme que le pouvoir judiciaire appartient à la Cour Suprême et aux autres cours et tribunaux inférieurs que fixe la loi. L'art. 76 al. 2 dispose qu'aucune juridiction d'exception ne devra être créée, et qu'aucun organe de l'administration ne pourra avoir de pouvoir juridictionnel en dernier ressort. L'art. 76 al. 3 édicte que tous les juges exercent leur fonction en toute indépendance. "Tous les juges seront indépendants dans l'exercice de leur conscience, et ne seront liés que par la Constitution et les lois". Cette indépendance joue à l'intérieur du pouvoir judiciaire et se superpose à l'indépendance même de ce pouvoir judiciaire à l'égard des autres pouvoirs.

Tout d'abord, au Japon, selon le principe de séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire appartient à la justice. Et selon la fonction, il y a quatre espèces de juges : juges civils, juges administratifs, juges pénaux, juges non-contentieux. Il y a en principe une hiérarchie des instances à trois degrés : Cour Suprême, 8 Cours d'appel, et Tribunaux de la région au niveau des départements. En outre, il existe des tribunaux de famille et des tribunaux sommaires.

La Cour Suprême est l'institution très importante qui est placée au sommet de la hiérarchie judiciaire. L'art. 81 énonce que "La Cour Suprême est une cour de dernier ressort qui à la compétence de décider de la constitutionnalité de toutes les lois, de tous les règlements, de toutes les règles ou tous les actes".

Le but de ce système est de réaliser strictement la suprématie de la Constitution, en se basant surtout sur les dispositions des droits fondamentaux exposés dans le plus grand détail, toutes les lois, tous les règlements, toutes les règles et tous

les actes. C'est-à-dire que tombent sous sa suprématie toutes les mesures prises par des organes exécutifs, administratifs aussi bien que les actes des organes législatifs qui représentent la souveraineté nationale. Les lois font l'objet de ce contrôle, ainsi que les règlements de police municipale et les arrêtés municipaux.

L'art. 81 ne confie pas le monopole de la compétence du contrôle à la Cour Suprême, et n'interdit nullement aux instances inférieures de l'exercer. Cet article affirme que l'on peut toujours aller jusque devant la Cour Suprême pour faire apprécier la constitutionnalité selon la procédure des recours ordinaires.

On trouve deux modalités dans le contrôle de la constitutionnalité au Japon.

1) Le contrôle par voie d'exception

Le système du contrôle de la constitutionnalité au Japon n'a pas pour but de donner une opinion abstraite sur la constitutionnalité d'une loi, mais de procéder à cette recherche concrètement à propos d'un litige précis. Donc, il est indispensable que des intérêts concrets soient mis en jeu par les personnes intéressées.

2) Le contrôle a posteriori

Quant à l'effet juridique de l'arrêt définitif rendu par la Cour Suprême, une loi déclarée inconstitutionnelle n'est pas annulée ipso facto ; la déclaration d'inconstitutionnalité ne vaut que pour l'affaire en cause. Mais moralement, en général, la norme en cause n'est plus appliquée par les organes étatiques. Parlement ou Cabinet ministériel peuvent alors choisir soit de modifier, soit d'abroger la loi déclarée inconstitutionnelle ; sinon, dans le cas contraire, la voie de la révision constitutionnelle est ouverte. Dans tous les cas, le justiciable s'attend à ce que soient prises des mesures rapides. Mais il n'en est pas toujours ainsi.

Jusqu'à présent (juillet 1988), la Cour Suprême n'a rendu que 6 arrêts d'inconstitutionnalité.

(1) - L'arrêt du 28 novembre 1962 sur la loi de la taxe douanière.

L'art. 118 alinéa 1 de cette loi a prévu la sanction de la confiscation. La Cour Suprême a estimé inconstitutionnelle cette confiscation en raison de l'absence de procédure légitime. Elle a considéré que cet article ne donne pas le droit de défense au propriétaire de la chose confisquée. Par là, il viole le droit de propriété (l'art 29 de la Constitution) et la procédure légitime (l'art. 31 de la Constitution).

(2) - L'arrêt du 4 avril 1973 sur l'art. 200 du Code Pénal.

L'art. 200 du Code Pénal, qui dispose que la peine sera aggravée dans le cas du parricide, a été déclaré inconstitutionnel comme violant le principe d'égalité (l'art. 14 de la Constitution). La Cour Suprême a considéré qu'il est très important de protéger le respect envers les ascendants, qu'il est donc légal qu'un parricide soit puni beaucoup plus sévèrement qu'un meurtre ordinaire. Mais, finalement, elle a décidé que la punition prévue par l'art. 200 (peine de mort ou travaux forcés à perpétuité) était trop sévère, et ne respectait pas le principe de proportionnalité.

(3) - L'arrêt du 30 avril 1975 sur un article de la loi pharmaceutique, qui soumet l'ouverture d'une pharmacie au système d'autorisation.

La Cour Suprême a estimé cette disposition inconstitutionnelle, considérant que ce système ne peut se fonder sur le but de cette législation qui est de protéger la santé publique.

(4) - L'arrêt du 14 avril 1976
et (5) - L'arrêt du 17 juillet 1985
sur le découpage des circonscriptions dans l'élection à la Chambre des Députés.

La Cour Suprême a affirmé l'inconstitutionnalité d'un découpage des circonscriptions entraînant un écart de vote de 1 à 4.99 (4) et un écart de vote de 1 à 4.40 (5) dans l'élection à la Chambre des Députés.

Mais la Cour Suprême n'a pas considéré comme inconstitutionnel un écart de 1 à 5.26 pour l'élection des sénateurs, en reconnaissant en la matière une plus large liberté à la politique législative, justifiée par le particularisme de la deuxième chambre (Cour Suprême, 27 avril 1983).

(6) - L'arrêt du 22 avril 1987 sur l'art. 186 de la loi des forêts.

Cet article a limité le droit de demander le partage des forêts communales. Pour la Cour Suprême, le partage de la chose communale est légitime comme un passage à la propriété privée. Certes, l'objectif de l'art. 186 est aussi légitime pour assurer la stabilité de la gestion forestière et la continuité de la culture et l'accroissement de la productivité des forêts, en prévenant les divisions des forêts. Mais la Cour Suprême a conclu que, bien que l'objectif de la loi se justifiait, la manière adoptée pour atteindre son but, trop brutale et mécanique, ne comportait ni nécessité ni

rationalité. Elle a donc estimé cet article inconstitutionnel, et il a été supprimé immédiatement après cette décision (3).

* _ * _ * _ *

La doctrine japonaise critique de temps en temps l'attitude conservatrice et timide de la Cour Suprême. Cela est expliqué par des considérations politiques.

La nomination des juges de la Cour Suprême dépend uniquement du Cabinet. A cause de la stabilité du pouvoir politique, ce sont toujours des juges de la même tendance qui sont nommés. Ces juges sont donc enclins à rendre des jugements qui conviennent au pouvoir politique actuel. L'indifférence de la nation pour le droit et la justice augmente alors d'autant plus que les juges sont passifs.

2 - Les normes juridiques au Japon

On voit que dans le système judiciaire au Japon, le contrôle de la constitutionnalité est très important. Ce contrôle devient indispensable pour assurer la suprématie de la Constitution. C'est dire qu'au Japon, la Constitution apparaît comme la norme juridique la plus fondamentale. Mais ce n'est pas la seule norme juridique.

L'art. 41 de la Constitution japonaise définit la fonction fondamentale du Parlement en ces termes : "Le Parlement est l'organe suprême des pouvoirs de l'Etat et exerce seul le pouvoir législatif". Ce texte affirme la supériorité du Parlement sur d'autres organes, parce que le Parlement est le seul organe reflétant immédiatement l'opinion publique du fait de son élection. Les règles de droit établies par le Parlement sont donc très importantes en tant que sources de droit, en ce sens que le juge est appelé à les appliquer par préférence à toutes les autres sources de droit pour trancher les litiges dont il est saisi.

Les juristes japonais gardent toujours "Roppou" à portée de la main. Roppou, c'est-à-dire les six Codes indispensables pour juger les litiges, regroupe la Constitution, le Code civil, le Code du commerce, le Code de procédure civile, le Code pénal et le Code de procédure pénale. Bien sûr, on trouve d'autres lois spéciales mais ces six Codes constituent les lois principales.

En outre, comme sources écrites de droit, on peut mentionner les règlements. Les règlements sont tous d'une validité

(3) On peut préciser ici les standards juridiques des décisions d'inconstitutionnalité. Dans les affaires (2), (3) et (6), le juge a utilisé le standard d'appropriation de la mesure, prévu au but de la loi. Dans l'affaire (3), surtout, il a cherché le moyen le plus approprié à la situation donnée.

inférieure à la loi. On peut diviser les règlements grosso modo en trois espèces.

La plus importante catégorie de règlements émane du pouvoir local et s'appelle les "Jorei". L'art. 94 de la Constitution, fondé sur la décentralisation, affirme : "Les autorités locales auront la compétence de gérer leurs biens, leurs affaires et leur administration et d'édicter leurs propres règlements dans le cadre des lois que la Diète pourra promulguer". Les règlements "Jorei" ne deviennent exécutoires qu'après avoir été soumis au vote du Conseil représentatif (Parlement local) de chaque région. Il y a donc entre la loi et les "Jorei" une affinité de caractère, en ce sens que non seulement la loi mais encore les "Jorei" n'expriment que la volonté générale. La Cour Suprême a estimé en 1963 qu'un "Jorei" qui restreint le droit de propriété n'est pas inconstitutionnel, alors que l'art. 29 de la Constitution affirme que le droit de propriété sera défini par la loi conformément à l'intérêt public. On en conclut que l'efficacité des Jorei est la même que celle de la loi, parce qu'il n'y a aucune différence quant à leur formation comme expression de la volonté générale.

Il y a d'autres catégories de règlements d'origine gouvernementale. Ils s'appellent les "Meirei". Dans cette catégorie, il y a plusieurs sortes de règlements, par exemple, les règlements issus du pouvoir réglementaire du premier ministre, les règlements issus du "Cabinet", les règlements promulgués par un ministre, etc... Pour appliquer et exécuter une loi, chaque administration peut édicter des règlements.

Et il y a aussi des règlements d'origine parlementaire ou judiciaire. Ils s'appellent les "Kisoku". Selon l'art. 58 de la Constitution, chacune des assemblées du Parlement peut édicter un règlement pour déterminer la procédure de ses réunions, sa discipline intérieure, etc... De même, l'art. 77 affirme : "La Cour Suprême est investie de l'autorité nécessaire pour fixer les règles de procédure et de pratique et pour traiter des questions relatives au Parquet, à la discipline intérieure des tribunaux et à la gestion des affaires judiciaires.

Les Procureurs généraux devront observer les règles édictées par la Cour Suprême.

Les tribunaux inférieurs peuvent se voir déléguer par la Cour Suprême, le droit d'établir leurs propres règles de procédures".

La valeur juridique des "Meirei" et des "Kisoku" est inférieure à celle de la loi.

Donc, au Japon, on trouve une hiérarchie des normes juridiques dont la Constitution occupe le sommet.

On peut encore mentionner ici l'existence de la jurisprudence comme source de droit. Mais cette source juridique

est peu appréciée parce qu'au Japon, à la différence de l'Angleterre, la stabilité de la jurisprudence est faible. La Cour Suprême peut modifier sa position relativement facilement. Par exemple, la Cour Suprême a modifié en 1973 sa décision de 1950 où elle avait estimé constitutionnel l'art. 200 du Code Pénal, prévoyant une peine aggravée dans le cas du parricide. Cette modification rejette le changement des conceptions sociales.

En réalité, les japonais trouvent en majeure partie les solutions des conflits sociaux en dehors des tribunaux. Mais ce n'est pas dire que les solutions judiciaires aient peu d'importance pour connaître le droit de notre pays. Parce que les lois, formulées en termes généraux et abstraits, sont concrétisées dans chaque espèce par la voie de l'interprétation, on ne peut pas négliger l'existence de la jurisprudence malgré son instabilité.

Dans le domaine du droit civil ou commercial, l'existence de la coutume aussi est très importante.

Selon l'art. 2 de la loi dite "Horei", "Les coutumes qui ne sont pas contraires à l'ordre public, ni aux bonnes moeurs, ont même valeur que la loi, dans la mesure où elles sont admises dans les lois et règlements et où elles concernent des matières qui ne sont pas prévues par les lois et règlements". Il en résulte que la coutume est d'ordinaire une source subsidiaire du droit et que le juge ne peut en principe l'appliquer qu'en l'absence de règles législatives. Mais le Code civil pose une règle un peu différente. Son article 92 affirme : "S'il existe des coutumes contraires aux dispositions législatives qui ne concernent pas l'ordre public, la solution sera donnée selon ces coutumes, si les parties veulent les suivre". Cela veut dire que les règles législatives qui ne concernent pas l'ordre public peuvent être exclues par les parties pour leur substituer des règles coutumières contraires. Il y a quelques oppositions autour de l'interprétation de l'art. 2 de Horei et de l'art. 92 du Code civil.

II - LES STANDARDS JURIDIQUES A LA COUR SUPREME JAPONAISE

Ici, nous examinerons comment les juges utilisent en réalité les standards juridiques. Le standard désigne un critère que les juges tirent de normes juridiques. Les juges se prononcent sur les questions s'appuyant sur les normes juridiques, et, en même temps, ils généralisent et structuralisent les standards plus concrets dans le cadre de la décision. Nous vérifirons surtout l'écart entre les théories des standards que les juristes établissent aux Etats-Unis et la réalité au Japon, sur la liberté d'opinion. Cette liberté est très importante dans la société démocratique, et

on peut connaître immédiatement le niveau de la démocratisation en sachant comment cette liberté est protégée.

1 - Le principe du standard double

La vie quotidienne se base sur la liberté d'opinion. Cette liberté comporte deux libertés : la liberté de pensée, celle pour tout individu de penser ce qu'il veut, et la liberté d'expression, celle d'exprimer sa pensée.

L'art. 19 de la Constitution japonaise affirme que la liberté de pensée et de conscience est inviolable. Originairement, il n'est pas nécessaire d'exprimer le droit à la liberté de pensée, parce que chaque individu a cette liberté en lui-même, indépendamment de toute affirmation de la loi. Cependant, au Japon on n'a pas eu cette liberté pendant la guerre. Le gouvernement militaire, en ce temps-là, a dominé même la pensée de chaque personne. C'est la raison pour laquelle les japonais ont voulu affirmer la liberté de pensée dans la Constitution.

L'art. 21 affirme la liberté d'expression. L'alinéa 1 de cet article déclare que les libertés de réunion et d'association, aussi bien que de parole, de presse et de toutes autres formes d'expression sont garanties. C'est dire que cette liberté d'expression, englobant toutes ses modalités, individuelle et collective, passive et active, culturelle et politique, classique et moderne, assure le fonctionnement dynamique d'une démocratie libérale, pluraliste et ouverte à toutes les critiques. La liberté de parole et de la presse ne peut être limitée que dans la mesure où elle lèserait l'honneur, la vie privée, les bonnes moeurs, ou un intérêt social très important ; ses limitations doivent être réduites au strict minimum, selon des critères raisonnables. Quant à la liberté d'information, la Constitution Japonaise ne la prévoit pas expressément, mais on considère que cette liberté est à l'évidence impliquée par l'article 21.

L'alinéa 2 de cet article affirme que nulle censure ne pourra demeurer et que le secret de tous les moyens de communication ne pourra être violé. De ce texte résulte l'interdiction de l'opération de contrôle qui peut avoir un caractère préventif ou s'exercer a posteriori.

On connaît bien la primauté de la liberté d'opinion dans la société démocratique. Aujourd'hui, les juges pensent que la liberté d'opinion est plus importante que la liberté économique. Alors, ils ont confirmé le principe de "la place prépondérante (preferred position)" de la liberté d'opinion, et établi "le standard double" entre cette liberté et la liberté économique. Cela implique que la liberté d'opinion est beaucoup plus fortement protégée que

la liberté économique et que toute restriction en est beaucoup moins facilement admise.

Or, quant à la restriction des libertés, la Constitution japonaise a recours aux termes de "bien-être public". L'article 12 de la Constitution japonaise dispose que : "Les libertés et les droits garantis au peuple par la présente Constitution doivent être maintenus par les efforts constants du peuple lui-même, qui doit s'abstenir d'abuser de ces libertés et de ces droits, et a toujours la responsabilité de les utiliser au service du bien-être public". L'article 13 énonce aussi les rapports entre les droits fondamentaux de l'homme et le bien-être public. Ces droits doivent être la considération suprême du législateur et de l'administration et ne peuvent être restreints que dans la mesure où ils porteraient atteinte au bien-être public.

Toute restriction à ces droits suppose une nécessité fondée, un degré minimum et une modalité raisonnable, suivant d'une manière concrète, l'esprit et la lettre de la Constitution. En fait, quant au contenu de l'expression "bien-être public", il faut indiquer qu'elle se présente sous deux aspects. Considérant l'importance de la liberté d'opinion, on pense que les limitations apportées à ces droits doivent être les plus étroites possibles et strictement entendues. Au contraire, en ce qui concerne les libertés économiques, comme le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie, on sera moins sévère pour la limitation de ces droits. Cela s'appelle "le standard double".

En général, l'exercice des droits individuels est restreint dans le souci du maintien de l'ordre social. L'ordre social concerne la sécurité publique, la salubrité publique, la tranquillité publique, les bonnes moeurs, etc...

Les libertés économiques, elles, sont limitées non seulement du point de vue du maintien de l'ordre social, mais encore en vue de mesures d'actions positives. Autrement dit, dans ce deuxième cas, il s'agit soit de régler des conflits avec d'autres droits, soit du contrôle du marché. L'article 22 qui pose le principe de la liberté de la profession et de la liberté de déplacement, et l'article 29 qui pose le principe du droit de propriété, affirment ainsi expressément l'existence de limitations de ces droits, l'intérêt du bien public.

Dans la jurisprudence de la Cour Suprême, "le standard double" a été confirmé. Le jugement rendu sur le commerce de détail (Cour Suprême, 22 novembre 1972) et le jugement rendu sur les pratiques pharmaceutiques (Cour Suprême, 30 avril 1975) en sont des exemples (voir l'affaire (3) dans I).

Dans le premier cas, la Cour Suprême a affirmé : "En ce qui concerne la liberté de l'activité économique individuelle, différente de la liberté d'opinion individuelle, la Constitution

prévoit et permet certaines mesures de restriction". Dans le deuxième cas, elle a affirmé : "La liberté des professions, par rapport à la liberté d'opinion, est plus restreinte par la puissance publique".

D'ailleurs, même quant à la liberté économique, la Cour a distingué deux sortes de restrictions : d'une part, les mesures ayant un but positif comme les politiques socio-économiques, d'autre part, les mesures ayant un but négatif et préventif, en vue d'assurer, de maintenir ou de rétablir l'ordre public. Dans le cas des mesures ayant un but négatif et préventif, on exige strictement une proportionnalité entre le but de la restriction et la mesure, comme dans le cas de la liberté d'opinion.

Dans la décision de 1975, il s'agissait de la loi qui soumet l'ouverture d'une pharmacie au système d'autorisation afin de protéger la santé publique de produits pharmaceutiques inadéquats et dangereux. La Cour Suprême a estimé cette loi inconstitutionnelle. Elle a considéré que l'élaboration d'une telle législation avait pour but de rationaliser par des mesures de police adéquates un domaine du secteur public où le bien-être public était insuffisamment garanti. Cependant, la Cour Suprême a pensé que le moyen adopté par le législateur pour un arrangement convenable de la répartition des établissements pharmaceutiques n'était pas adapté au but de protection de la santé publique.

2 - Les standards juridiques sur la liberté d'opinion

La Cour Suprême japonaise, bien qu'elle ait confirmé expressément le principe du "standard double", prend de temps en temps une attitude très conservatrice en ce qui concerne la liberté d'opinion.

Originairement, toutefois, le but de l'établissement du principe du "standard double" était de protéger la liberté d'opinion.

Les juges américains sont très attentifs à protéger la liberté d'opinion. En plus des principes, "place prépondérante de la liberté d'opinion", et "standard double", ils ont établi d'autres principes variés : 1) le principe de la restriction dans le cas de danger clair et actuel ("clear and present danger" rule), 2) le principe de l'interdiction du contrôle préalable (doctrine of "prior restraint"), 3) le principe de la nécessité de la précision des éléments constitutifs, 4) le principe de l'alternative moins restrictive (less restrictive alternatives), 5) le bilan comparant les valeurs....

Les constitutionnalistes japonais ont repris ces principes et affirment la nécessité de les reconnaître en droit japonais.

Cependant, les juges ont une attitude nuancée, comme le montrent les arrêts suivants de la Cour Suprême japonaise.

(1) L'arrêt du 24 novembre 1954
(2) L'arrêt du 20 juillet 1960

Au Japon, chaque assemblée départementale et municipale adopte un règlement sur l'ordre public où, en général, un système d'autorisation des manifestations est prévu, et le Comité départemental ou municipal de la sécurité publique décide de cette autorisation.

Beaucoup de constitutionnalistes critiquent ces règlements qui soumettent la liberté de manifestation au système d'autorisation, en considérant que la Constitution affirme expressément la liberté d'opinion sans aucune réserve. Ils pensent que ces règlements sont illégitimes, surtout si le Comité apprécie le contenu des opinions que la manifestation veut exprimer, parce que cette appréciation correspond exactement à ce qui est interdit par l'art. 21, alinéa 2 de la Constitution (interdiction de censure).

Dans le premier cas, de 1954, qui s'appelle l'affaire du règlement sur l'ordre public du département Niigata, la Cour Suprême a affirmé quelques-uns des principes mentionnés ci-dessus quant aux règles contre la manifestation. Malgré tout, elle a estimé ledit règlement constitutionnel.

La Cour Suprême a raisonné ainsi : 1) on ne peut pas admettre constitutionnellement de restreindre préalablement la manifestation par un système d'autorisation générale, 2) cependant, un système d'autorisation dans un cadre rationnel et clair quant à l'endroit et à la tenue des manifestations n'est pas inconstitutionnel, 3) de plus, on peut prévoir d'interdire ou de ne pas autoriser la manifestation, quand on prévoit expressément que cette manifestation entraînera un danger certain et actuel.

Dans le deuxième cas, en 1960, qui s'appelle l'affaire du règlement sur l'ordre public de Tokyo, la Cour Suprême a estimé ce règlement constitutionnel pour des raisons différentes de l'affaire de 1954. Il s'agissait d'une manifestation de masse. La Cour Suprême a considéré comme une caractéristique particulière des activités de masse d'être le moteur potentiel de troubles. Elle a pensé qu'une telle manifestation était différente de l'expression de l'opinion par la parole ou la publication -ce qu'on peut appeler l'expression pure.

Elle a donc conclu : "On ne peut empêcher que le règlement sur la manifestation prévoit les mesures préalables nécessaires au minimum, pour maintenir l'ordre et le droit en cas d'imprévu, en considération de circonstances régionales ou variées". Elle a aussi mentionné que le système de l'autorisation

n'est pas, en fait, différent du système de la déclaration, parce que les cas où l'autorisation peut être refusée sont très limités.

Bien sûr, beaucoup de constitutionnalistes ont critiqué cette décision, surtout pour avoir tiré trop facilement une jurisprudence des restrictions de la définition des caractéristiques de la masse (4).

(3) L'arrêt du 10 septembre 1975 qu'on appelle l'affaire du règlement municipal de Tokushima.

On peut dire, quand la disposition qui est contestée restreint une liberté reconnue par la Constitution, quand elle restreint plus encore la liberté d'expression que d'autres libertés, quand elle impose une sanction pénale comme moyen de la restriction, qu'il est demandé beaucoup plus de précision au texte. Si la disposition qui restreint la liberté ou le droit est obscure, imprécise ou ambiguë, si cette disposition peut s'appliquer à un champ très large, on peut dire que cette disposition est inconstitutionnelle à cause de son ambiguïté ou de son ampleur excessive. Dans ce cas, au Japon, elle est aussi contraire à l'art. 31 de la Constitution qui affirme le principe de "la procédure établie par la loi (due process of law"), parce que la disposition ambiguë sur la peine ne précise pas expressément au peuple les actes faisant l'objet de la peine.

Dans cette affaire, la Cour Suprême a estimé la disposition du règlement municipal de Tokushima constitutionnelle, tandis que le prévenu a insisté sur l'ambiguïté de la disposition en cause. Alors que le règlement municipal de Tokushima a adopté le système de la déclaration, ce qui est rare, l'art. 3 de ce règlement affirmait sans autre précision, que devait être maintenu l'ordre de la circulation et l'art. 5 prévoyait une sanction pénale. Cependant, la Cour Suprême a considéré que ces dispositions ne soulevaient pas de difficulté d'interprétation parce qu'un "homme ordinaire" qui a capacité pour juger normalement des affaires, pouvait imaginer ce que cette disposition voulait dire.

(4) Au contraire, le Tribunal de la région de Tokyo a estimé la modification du projet d'une manifestation par le Comité de la sécurité publique de Tokyo illégal (Tribunal de la région de Tokyo, 9 juin 1967). Dans cette affaire, un commissaire d'une association de la protection de la Constitution (Gokenrengo) a demandé l'autorisation de manifester pour le jour anniversaire des vingt ans de la Constitution à ce Comité. Le Comité l'a autorisé, à condition de modifier le parcours de la manifestation, c'est-à-dire qu'il a modifié le chemin de la manifestation autour de la Diète, à cause du maintien de l'ordre public. Le Tribunal a considéré que le Comité devait donner l'autorisation sauf au cas où l'exercice de la manifestation entraînerait manifestement un danger immédiat pour l'ordre public, et que, cela va sans dire, le Comité ne devait pas abuser de son autorité. Il a pensé finalement que la manifestation prévue n'entraverait pas l'exercice normal des délibérations de la Diète.

Beaucoup de constitutionnalistes ont critiqué le critère abstrait que la Cour Suprême a adopté : "l'homme ordinaire". Après cette décision, on a dit : puisque la disposition la plus ambiguë, comme en ce cas, n'a pas été estimée inconstitutionnelle par la Cour Suprême d'aujourd'hui, il n'y a plus d'affaire où l'on puisse parler d'inconstitutionnalité.

Aux Etats-Unis, récemment, on a établi "la théorie des deux degrés (two levels theory)" ; dans la liberté d'expression, qui a une place prééminente, le standard de protection de l'action des masses est inférieur au standard de protection de la parole pure. Mais si on reconnaît cette théorie, on ne peut pas admettre de ne pas sanctionner l'imprécision de la disposition critiquée.

(4) L'arrêt du 26 novembre 1969 qu'on appelle l'affaire T.V. Films.

Dans cette affaire, la Cour Suprême a affirmé expressément que le peuple a le droit d'être informé, considérant que l'information des mass-médias fournit les renseignements nécessaires à sa participation à la politique d'Etat dans une société démocratique. Et elle réaffirme que la liberté d'information est bien garantie par l'art. 21 de la Constitution japonaise.

Dans cette affaire, pendant une manifestation d'étudiants au cours de laquelle la police était intervenue, quatre chaînes de télévision avaient enregistré un reportage de ces événements violents. Le Tribunal de la région de Fukuoka ayant demandé la communication de ces reportages aux quatre chaînes afin de les produire comme preuves dans le procès intenté par les étudiants, au titre de la violation de la liberté d'information. Le Tribunal ayant donné l'ordre formel de les présenter, les entreprises firent appel contre cet ordre.

La Cour Suprême estima finalement constitutionnel l'ordre du Tribunal tandis qu'elle reconnaissait l'importance de la liberté d'information des mass-média, considérant que la nécessité de réaliser une justice pénale équitable (ces films de télévision étant en l'espèce presque indispensables pour préciser le fait et les circonstances) doit être considérée comme plus importante que le risque d'attenter à la liberté d'information. Elle a adopté comme standard de cette décision le bilan comparant la valeur de la réalisation d'une justice pénale équitable avec celle de la liberté d'obtenir l'information des mass-médias.

(5) L'arrêt du 11 juin 1986 qu'on appelle l'affaire Journal Hoppou.

Dans cette affaire, il s'agissait de la décision d'un tribunal interdisant de publier un numéro du Journal Hoppou à la demande d'un candidat à une élection préfectorale calomnié dans

ce journal. La Cour Suprême a estimé conforme à la Constitution la décision du Tribunal, considérant que cette décision ne constituait pas un acte de censure, mais ressortissait de la défense des droits en conflit entre personnes privées. Le candidat avait été gravement atteint par le contenu incorrect du journal, et l'interdiction de publication ne dérogeait pas à la liberté d'expression, les censures ou interdictions préalables restant interdites.

* _ * _ * _ * _ *

Dans des affaires sur la liberté d'expression, la Cour Suprême a ainsi oublié de temps en temps le principe fondamental du "standard double". Par exemple, l'affaire concernant l'affichage et la liberté d'expression indique bien l'attitude de la Cour Suprême (Cour Suprême, 17 juin 1970).

Dans cette affaire, deux personnes qui avaient placardé quatre-vingt quatre affiches souhaitant le succès de la grande réunion pour l'interdiction des bombes atomiques sur des poteaux électriques, ont été accusées d'infraction à l'art. 1, n° 33 de la loi du délit. Cette disposition déclare : "Il est interdit de placarder des affiches déraisonnablement" au point de vue de l'ordre public. Depuis longtemps, on discute beaucoup de l'interprétation du mot "déraisonnablement". Ce terme signifiait-il "sans autorisation ou autre chose". Quelques-uns pensaient que cette disposition violait l'art. 31 de la Constitution qui énonce le principe général de légalité des délits et des peines, c'est-à-dire le principe "nulla poena nullum crimen sine lege" et le due process of law.

D'autres critiques ont été faites : l'article 1, n° 33 de la loi du délit violerait l'art. 21 de la Constitution, parce que la disposition susmentionnée entrave l'affichage qui est une expression de la liberté d'opinion aussi bien que du droit légitime des travailleurs.

La Cour Suprême estima cependant constitutionnelle cette disposition de la loi du délit. Elle a considéré que l'objet de ladite disposition était de restreindre l'affichage déraisonnable, pour protéger le droit de propriété et la compétence de gestion du propriétaire sur sa maison. Elle a aussi considéré que, même si l'affichage est une manière d'exprimer la pensée à l'extérieur, on ne peut pas admettre un procédé qui viole illégitimement le droit de propriété et la compétence de gestion du propriétaire. Elle a donc jugé que la restriction inscrite dans cette mesure contre la liberté d'opinion était nécessaire et rationnelle pour maintenir l'ordre public. Finalement, la Cour Suprême a donné la priorité au droit de propriété sur la liberté d'opinion.

On doit ajouter à cette affaire que cette disposition vise, en fait, non l'affichage de la publicité mais l'affichage politique.

CONCLUSION

On reconnaît que la liberté d'opinion constitue la base de la société démocratique. On connaît les standards nécessaires pour assurer la liberté d'opinion. Cependant, tout reste vide de sens si l'analyse demeure théorique. Il est en effet très important de savoir comment, en réalité, on assure cette théorie et comment on utilise cette liberté autant que possible. A fortiori, il en est ainsi quand on constate que beaucoup de standards juridiques, tels que présentés et étudiés, sont utilisés comme le moyen de restreindre la liberté et le droit.

On doit mentionner ici l'autre standard juridique que le juge utilise de temps en temps pour éviter de juger : le principe de "l'illégalité manifeste". Le juge évite de prononcer l'inconstitutionnalité, sauf s'il y a illégalité manifeste.

Au Japon, on a adopté dans la Constitution la séparation des pouvoirs ; en même temps, on a adopté le principe de la suprématie de la Diète. Alors, les tribunaux évitent tout jugement propre, sous prétexte que la décision de la Diète représente la volonté générale. Or, cette attitude méconnaît la raison d'être même des tribunaux. La raison pour laquelle l'art. 81 donne le contrôle de la constitutionnalité aux tribunaux, c'est de protéger l'existence de la minorité et du faible. Parce que la Diète ne représente pas toujours la volonté de tous, par la décision prise à la majorité, la minorité et le faible "dévorent leurs larmes". Le contrôle de la constitutionnalité est très important pour parfaire le système démocratique. Donc, s'il y a doute sur la constitutionnalité, le juge devrait constater l'inconstitutionnalité. Surtout dans les affaires où il s'agit d'une liberté fondamentale, le juge ne devrait pas éviter de se prononcer.

On trouve aujourd'hui des standards juridiques analogues dans les pays démocratiques. L'objet des standards juridiques est de chercher la valeur convenable à la nature ou à la dignité humaine. Plus généralement, la tendance récente est d'utiliser des standards plus concrets comme le principe de l'alternative moins restrictive. Mais l'expérience japonaise est encore trop brève. Les japonais doivent connaître les standards juridiques pour assurer les libertés et les droits. Peut-être les standards établis par le Conseil d'Etat français pourraient-ils être utiles pour le droit japonais.

BIBLIOGRAPHIE

Yosiyuki NODA,
Introduction au droit japonais, Paris, Dalloz, 1966.

Tadakazu FUKASE et Yoichi HIGUCHI,
Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon, une approche comparative, Paris, P.U.F., 1984.

Nobuyoshi ASIBE (sous la direction de),
Les cent grandes décisions du droit constitutionnel II (Kenpo hanrei 100 sen), Tokyo, Yuhikaku, 1988.

Teruya ABE et Masaaki IKEDA (sous la direction de),
La jurisprudence de droit constitutionnel (Shinpan kenpo hanrei), Tokyo, Yuhikaky, 1987.

- THEME N° 2 -

L'UTILISATION DES STANDARDS DANS LES NORMES JURIDIQUES :

TRAITES, CONSTITUTIONS, LOIS ET DECRETS, CONTRATS

THE USE OF "STANDARDS" IN THE GENERAL LEGAL NORMS :

TREATIES, CONSTITUTIONS, STATUTES, DECREES, CONTRACTS

Présidents de Séance

Chairmen

Matin : *M. le Doyen Louis FAVOREU*

Après-Midi : *Mme le Professeur Anna de VITA*

L'UTILISATION DES STANDARDS DANS LES TRAITES ET LES TEXTES PLURILINGUES

****

THE STANDARDS IN TREATIES AND MULTILINGUAL TEXTS

Par

A. YOKARIS
Professeur Agrégé à la Faculté de Droit d'Athènes
Département d'Etudes Internationales (Grèce)

A - LA NOTION DE "STANDARDS" DANS LES TEXTES INTERNATIONAUX

A la différence de la règle juridique qui est précise dans son application une fois réalisée la situation de fait qu'elle régit, le standard est plus vague, plus souple, il indique de quelle façon doit se faire l'appréciation juridique des faits, il fournit une méthode (1).

Dans les droits primitifs on ne trouve pas de notions générales, de standards. On ne trouve que des règles précises. Mais par la suite le droit a progressé par raisonnement. A partir de règles on a dégagé des notions plus générales, d'où l'on a procédé par déduction. On a posé des exceptions ; les formules synthétiques se sont recoupées et ainsi on a élaboré des systèmes logiques. Mais à l'apogée du développement d'un système juridique on utilise un instrument de travail beaucoup plus savant : c'est le standard, règle directrice : "une formule générale comprenant des critères généraux pour l'adoption d'une ligne de conduite qui permettrait une certaine liberté d'action et des possibilités pour une adaptation beaucoup plus souple aux circonstances variables, exemple : la notion générale de "raisonnable".

Le standard juridique, que ce soit en droit interne ou en droit international, est le procédé qui permet à l'organe d'application du droit de prendre en considération le type moyen de conduite correcte pour la catégorie d'actes qu'il s'agit d'apprécier juridiquement (2).

Les comportements rendus obligatoires par le droit, interne ou international, s'expriment par un verbe, un adjectif ou un adverbe qui laissent une marge d'appréciation plus ou moins importante au destinataire de la norme, individu, Etat ou organe d'application, interne ou international : "péril imminent", "notion de raisonnable", "notion d'équitable", "état de nécessité", "bonne foi", etc. ... (3). Le but est de laisser une marge de manoeuvre ou d'appréciation à ceux qui devront appliquer la règle. On parle à propos de règles de ce genre de "directives" ou de "standards".

(1) Sur ces deux notions v. J. Maury, Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, in Recueil Lambert, t. I, Paris 1938, p. 421.

(2) Voir à ce sujet l'analyse du Professeur André Tunc, Standards juridiques et unification du droit, in Livre du Centenaire de la Société de Législation Comparée, Paris 1971, p. 105 ss.

(3) Sur les problèmes de qualification qui en résultent, v. J. Salmon, Le fait dans l'application du droit international, in R.C.A.D.I. 1982, II, p. 277.

B - LES "STANDARDS" INTERNATIONAUX EN TANT QUE "CONSTANTES" EN DROIT

Cette orientation de technique juridique dans la formation des textes est plus particulièrement importante dans le domaine des relations externes des Etats, domaine où la standardisation du droit international est une conséquence naturelle et la tendance vers l'internationalisation de notions juridiques, concepts, principes et standards s'accentue. Les notions juridiques dépassent aujourd'hui largement les frontières nationales.

Ce sont les exigences de justice et de sécurité qui sont invoquées pour expliquer le recours systématique du droit, surtout du droit international, à la généralité : traiter de la même manière des cas semblables car, de plus en plus, aujourd'hui, nous nous trouvons en face de problèmes communs, surtout en milieu international.

Ces problèmes communs correspondent à des éléments communs dans les différents systèmes juridiques, en droit interne, en droit international uniforme ou en droit international public, qui représentent des constantes en droit.

Aujourd'hui, par un examen comparatif approfondi, on peut constater l'existence d'éléments communs, de concepts, de principes et de standards, qui apparaissent comme des constantes en droit, indépendamment du contenu normatif des institutions juridiques et des systèmes socio-politiques ; et c'est cette existence d'éléments communs qui permet l'utilisation de formules générales dans les textes internationaux, ce qui facilite le mouvement pour l'unification du droit international et l'application uniforme des textes conventionnels.

A cet effet, il faudrait préparer un système homogène et complet de notions générales. Ces notions doivent être générales pour qu'elles puissent être valables pour toute connaissance concrète du contenu du droit (privé, public, international). C'est pour cela qu'on peut appeler ces notions des "notions formelles" et, dès lors, distinguer entre le contenu et la forme abstraite du droit.

L'utilisation de formules générales est due au fait que le droit, essentiellement le droit de la famille romaniste -héritière de la science juridique gréco-romaine- a progressé par raisonnements : à partir de règles on a dégagé des notions plus générales sur la base d'inductions et de déductions logiques. Ce processus de "scientification du droit" a atteint son apogée lors de sa reprise en main par les écoles juridiques rationalistes. L'élaboration systématique du droit -à laquelle elles se sont consacrées suivant les règles de stricte logique juridique- aboutit à la présentation de

ce dernier comme un système rationnel composé de règles directrices sous forme de concepts, de principes et de standards.

Les concepts sont donc des abstractions dégagées par un long travail de synthèse de la masse des situations qu'il s'agit de régir et comprenant les quelques traits constants et caractéristiques qui sont nécessaires pour que leur application se déclenche.

Car le formalisme étant inhérent à toute construction conceptuelle, c'est l'autonomie relative des éléments de superstructure face aux conditions sociales et économiques qui fait des concepts des éléments de continuité à travers les systèmes socio-politiques, qui fait d'eux des constantes exerçant, dans leur autonomie relative, une action directrice sur les éléments de l'infrastructure des textes conventionnels, donc, sur le contenu concret des règles.

De ce point de vue, le concept en tant que constante ne serait que l'expression en droit de la logique juridique formelle et sous cet angle nous pouvons le concevoir comme étant antérieur, en tant que forme, au contenu concret du droit.

En effet, sans les concepts, un système de droit ne saurait être pensé. Si, parvenu à un certain degré d'abstraction, le concept est le bilan du passé, il peut être également une anticipation sur l'avenir. Ceci parce que, même s'il résulte d'idées préconçues, il peut par la suite mener une vie autonome et par voie d'interprétation évoluer en sorte que des situations futures puissent être comprises dans sa prévision normative. Cela est plus particulièrement important en droit conventionnel international, système qui se caractérise par l'absence -ou presque- d'organes centralisant le processus de la production normative et le contrôle de l'application des règles conventionnelles.

Le formalisme dans la formation des concepts s'atténue par une approche plus pragmatique de ce processus, due au fonctionnalisme juridique. Cette approche reflète l'idée qu'il serait possible de construire des infrastructures juridiques conventionnelles dont la cohérence et l'uniformité seraient assurées par l'existence de "constantes fonctionnelles" dégagées au moyen d'une analyse fonctionnelle des institutions. Les concepts ainsi dégagés répondraient à la standardisation de plus en plus poussée de la vie internationale et par conséquent rendraient compte de la standardisation croissante du droit international.

Car les concepts, les notions juridiques, tout ce qui est à la base d'une institution juridique, apparaissent à l'occasion d'une expérience d'autrui et des "choses", expérience qui a lieu dans le concret et non pas dans l'abstrait.

Néanmoins, ces concepts et ces notions juridiques, bien qu'ils représentent le contenu normatif d'une institution et

doivent rendre compte de son contenu substantiel, gardent une certaine indépendance par rapport à ce dernier et c'est cette indépendance relative de leur forme qui leur permet de parvenir à un certain degré d'abstraction, d'être le bilan du passé mais de posséder, également, une force d'anticipation sur l'avenir.

C - L'AUTONOMIE DES "PRINCIPES"AU SEIN D'UNE REGLEMENTATION CONVENTIONNELLE

Les principes, au sein d'une réglementation conventionnelle, ce sont des impératifs un peu plus généraux que l'on peut induire d'un ensemble de règles. Ceux-ci sont des propositions premières dégagées par un lent travail d'inductions particulières ; par la voie déductive, ils peuvent par la suite être appliqués à des situations concrètes qui ne sont pas expressément réglées par le droit positif du texte conventionnel.

Ainsi conçus, ces principes ne sont que des normes juridiques formulées à un niveau d'abstraction très élevé et, dès lors, ils constituent, par leur combinaison, l'ensemble des propositions directrices auxquelles, tant la structure que le développement du système normatif d'une convention internationale, sont subordonnées.

Cependant, l'utilisation des standards, concepts, principes, directives, à raison même du caractère imprécis de leur contenu, introduisent dans tout problème de droit un élément inconnu qui risque d'affecter la cohérence et l'uniformité du texte conventionnel lors de son application.

La règle de droit international général, par exemple, qui dicte l'observation des "standards internationaux" pour le traitement des étrangers se caractérise par l'imprécision de la notion de "standards internationaux". Le problème se pose alors du choix à faire entre la certitude du droit et sa faculté d'adaptation. Dans un tel cas le consensus sur le contenu d'une notion générale se fera pas une approche comparative de la pratique internationale sur le standard utilisé dans chaque cas concret. Ce sera à la méthode comparative d'intervenir pour déterminer, par exemple, ce qui est exigé par l'obligation internationale générale de se conformer à des "standards internationaux" pour le traitement des étrangers.

Il en est de même dans le cas des articles 188 du Traité Euratom et 215 al. 2 du Traité C.E.E. qui prévoient qu'"en matière de responsabilité non contractuelle la Communauté doit réparer conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions". Or, la Cour de Justice des C.E.E. n'a pas essayé d'appliquer dans ce domaine

des principes communs aux Etats membres. Les juges communautaires ne se sont pas contentés d'une simple transposition en droit communautaire des principes nationaux en la matière car il serait absurde de procéder, pour découvrir les principes régissant la responsabilité non contractuelle des organes communautaires, à une superposition quasi-mécanique du droit de chacun des pays membres pour ne retenir que les éléments qui se recouvrent. La Cour a, au contraire, adopté une démarche comparative afin de rechercher des principes généraux en cette matière propres aux Traités eux-mêmes.

D - L'UTILISATION DES "STANDARDS" DANS LA TECHNIQUE JURIDIQUE CONVENTIONNELLE

L'utilisation des standards, concepts et principes dans les textes conventionnels a contribué de façon très positive à l'unification du droit sur le plan international par la formation de conventions internationales de droit uniforme et des textes moins contraignants comme les lois-modèles, les contrats-types et les textes comportant des "conditions générales" pour une certaine catégorie d'activité en milieu international, comme p. ex., en matière de transactions internationales commerciales.

D'autre part, dans les conventions internationales, réglant de rapports entre Etats, l'utilisation des "standards" est très complexe et peut servir de support à des finalités multiples.

La notion générale de "raisonnable" (concept de raisonnable) illustre bien les situations qu'on rencontre assez souvent et peut ainsi servir de "typologie".

1 - Au point de vue de la technique juridique

Le concept de "raisonnable" est utilisé par les sujets de droit international pour la création de normes juridiques (4) ; ce faisant, ils se déchargent de la responsabilité de déterminer le contenu sur ceux qui auront à appliquer la norme ou à trancher les litiges.

2 - En ce qui concerne les fonctions qu'elle remplit

a - La notion de "raisonnable" joue un rôle considérable, une fois insérée dans un texte conventionnel, dans le contrôle de l'exercice des droits, compétences ou pouvoirs reconnus à des individus ou aux Etats : contrôle, p. ex., des finalités ou des moyens utilisés pour aboutir à la fin proclamée par la règle

(4) Voir J. Salmon, Le concept de raisonnable en droit international public, in Mélanges P. Reuter, Pedone, 1981, p. 447.

("mesures raisonnables" (5), "limites raisonnables", "discrimination raisonnable").

b - La notion de raisonnable est un moyen d'appréciation de l'adéquation d'un comportement aux circonstances. Il est fréquent en effet qu'une convention n'impose une obligation que pour autant que cela soit raisonnable dans la pratique ("prévision raisonnable", "intervalles raisonnables", "quantités raisonnables").

c - Elle peut servir de moyen de trouver une limite dans le souci de limiter les compétences discrétionnaires que les Etats possèdent dans certains domaines ("dimensions raisonnables" (6), "délai raisonnable") (7).

d - Elle est aussi un moyen d'établir un équilibre entre des droits ou intérêts divergents des particuliers ou des Etats (8).

3 - En ce qui concerne le destinataire de la norme

a - Assez souvent, surtout dans les conventions internationales de droit uniforme, le destinataire est un particulier qui se voit conférer par le texte de la convention un droit (9).

b - Les Etats peuvent être aussi destinataires et la notion de raisonnable joue alors un rôle modérateur dans l'exercice des droits, pouvoirs ou compétences que la convention leur confère.

c - Les Cours internationales ou les tribunaux arbitraux sont aussi destinataires lorsque la notion de raisonnable est liée à la façon de rendre la justice (10).

---

(5) Voir, p. ex., l'art. 1 parag. 7 de la convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 29/11/1969 : "Mesures de sauvegarde signifie toutes mesures raisonnables prises par toute personne après la survenance d'un événement pour prévenir ou limiter la pollution".

(6) Voir, p. ex., l'art. 11 parag. 1 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques : "A défaut d'accord explicite sur l'effectif de la mission, l'Etat accréditaire peut exiger que cet effectif soit maintenu dans les limites de ce qu'il considère comme raisonnable et normal eu égard aux circonstances et conditions qui règnent dans cet Etat et aux besoins de la mission en cause".

(7) Voir, p. ex., l'art. 5 parag. 3 de la Convention de Rome de 1950 sur la sauvegarde des droits de l'homme : "Toute personne arrêtée ou détenue ... a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ...".

(8) Voir, p. ex., l'art. 2 de la Convention de Genève du 29/4/1958 sur la haute mer : "... Ces libertés ... sont exercées par tous les Etats en tenant raisonnablement compte de l'intérêt que la liberté de la haute mer présente pour les autres Etats".

(9) Voir, p. ex., l'art. 3 parag. 1 de la convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de transport de passagers par mer (Bruxelles 1961) : "... lorsqu'un transporteur est propriétaire du navire, il exercera une diligence raisonnable pour mettre et conserver le navire en état de navigabilité ...".

(10) Voir, p. ex., l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou (1949) : "... La preuve pourra résulter de présomptions de fait à condition que celles-ci ne laissent place à aucun doute raisonnable" (Recueil 1949, p. 18).

4 - En ce qui concerne l'organe chargé de la qualification

La qualification appartient, en première instance, aux organes de l'Etat concerné, surtout dans le cas des conventions de droit uniforme pour l'application desquelles ont normalement compétence les organes judiciaires internes.

La qualification peut aussi appartenir à des tribunaux internationaux dans la mesure où des conventions internationales leur reconnaissent une telle compétence.

E - LA PROBLEMATIQUE DE L'APPLICATION DE TEXTES INTERNATIONAUX CONTENANT DES STANDARDS OU DES FORMULES GENERALES

L'application de ces textes pose, sur le plan international et sur le plan interne, deux séries de problèmes. Sur le plan du droit international le problème qui se pose est celui de la portée juridique et de la force contraignante des textes contenant des engagements vagues et imprécis, à la suite de l'utilisation de formules générales. Sur le plan interne les problèmes se présentent au niveau de l'application de ces textes par les organes administratifs ou judiciaires, chargés de leur mise en oeuvre ou appelés à les interpréter et les appliquer.

1 - L'utilisation de formules générales du type, p. ex., "péril imminent", notion de "raisonnable", notion d'"équitable", "état de nécessité", etc., dans des textes internationaux réglant des rapports interétatiques répond à la volonté des Etats de limiter les contraintes auxquelles ils acceptent de se soumettre dans leurs rapports mutuels en les consignant dans des textes les engageant dans la moindre mesure du possible. Pour ce faire, ils ont recours à des modes de rédaction destinées à laisser au débiteur d'une obligation juridique le maximum de liberté d'appréciation du contenu de son obligation internationale ou interétatique et des circonstances dans lesquelles elle se met en oeuvre.

Le problème qui se pose alors est celui de la portée juridique et de la force contraignante en droit international des dispositions comportant des engagements stipulés dans des termes vagues et imprécis ou accompagnés de formules générales qui subordonnent l'exécution à l'appréciation subjective de circonstances non définies, au point où l'on se demande si ces dispositions, ainsi rédigées, ne seraient pratiquement pas dépourvues de toute force contraignante. En effet, des formules telles que "dans la mesure du possible", "s'il le juge approprié" ou "raisonnable", "pour autant qu'il l'estime compatible", "compte tenu de toutes les circonstances raisonnables", et l'usage intensif

du conditionnel permettent ainsi de vider une obligation internationale de toute sa substance (11).

Il faut dire aussi que ce problème se pose, surtout, en ce qui concerne les traités interétatiques traitant des questions bilatérales et non pas les conventions internationales multilatérales conclues au sein d'une organisation internationale concernée et sous le contrôle de ses organes, organes qui peuvent avoir aussi des compétences juridictionnelles. Par contre, dans le premier cas, on se trouve en présence d'engagements bilatéraux dont la mise en oeuvre dépend d'une appréciation subjective ou dont l'exécution est subordonnée à une telle appréciation.

Néanmoins, il faut dire que, même dans ce deuxième cas, un traité en vigueur, soumis à la règle "pacta sunt servanda", constitue toujours un texte de portée juridique, même s'il ne contient que des dispositions vagues, pratiquement dépourvues de force contraignante. Ce sera à l'interprète -organe interne ou international- appliquant le principe de l'effet utile des textes conventionnels, de faire apparaître les droits et obligations que les parties contractantes ont entendu créer en adoptant la forme du traité. Car, dès lors que les parties ont recouru à un instrument qui a le caractère d'un traité, au sens de l'art. 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il ne devrait plus y avoir lieu de se demander si telle ou telle disposition dudit instrument est revêtue ou dépourvue de portée juridique. De l'art. 26 de la Convention de Vienne il ressort clairement qu'aucune distinction n'est à faire en ce sens et que toutes les dispositions d'un traité sont soumises à la règle "pacta sunt servanda" et ont, donc, une portée juridique. Toute autre solution risquerait de déstabiliser les relations contractuelles internationales (12).

Ceci est vrai pour les dispositions dans des traités bilatéraux qui comportent des obligations de négocier, de consulter ou de coopérer. Ceci est vrai également pour les engagements pris sous réserve discrétionnaire. Ces engagements n'ont peut-être pas un contenu très précis. Insérés, cependant, dans un traité international ils sont soumis à la règle "pacta sunt servanda". Il en est de même pour les formules générales insérées dans des "mémoires d'entente" ou des "déclarations d'intention" : pour le peu qu'elles obligent, ce sont des obligations juridiques qu'elles créent (13).

(11) Voir à ce propos le Rapport du Professeur M. Virally à la session de Cambridge de l'Institut du Droit International, La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, in Annuaire de l'I.D.I., 1983, p. 284 ss.

(12) Voire en ce sens, Virally, op. cit., p. 302.

(13) Voir en ce sens, Le Fur, Précis de droit international public, 3e éd. 1937, parag. 396, Mc Nair, Law of Traties, 1961, p. 6, F. Münch, Non-binding Agreements, in ZaöRV, 1969, p. 1. Contrat : P. Reuter, Introduction au droit des traités, 1972, p.

2 - Sur le plan interne, les problèmes qui se posent concernent, d'une part, l'interprétation par les organes juridictionnels des conventions internationales de droit uniforme et, d'autre part, l'application des traités de caractère plus politique réglant, dans un cadre bilatéral ou multilatéral, des rapports entre Etats.

Pour ce qui est des textes conventionnels d'unification du droit, il faut observer que leur application uniforme en droit interne peut être altérée par des interprétations divergentes des tribunaux nationaux si les formules générales utilisées, concepts, principes et standards ne correspondent pas, au point de vue de leur contenu, à des notions générales similaires du droit interne ou si, de façon consciente, elles sont interprétées différemment dans le but de rapprocher ou de rendre compatibles les dispositions de la convention de droit uniforme avec la politique législative interne sur la même matière, poursuivie par le législateur national et appliquée par les tribunaux.

Cet objectif peut être atteint d'autant plus facilement qu'un grand nombre de textes conventionnels d'unification du droit sur une matière donnée, p. ex., droit du travail, n'ont pas un caractère self-executing et, donc, leur mise en oeuvre sur le plan interne nécessite la prise de mesures nationales, administratives ou législatives. Dans ce cas, l'ambiguïté de leurs dispositions, du fait de l'utilisation de formules générales, est sujette à l'"interprétation correctrice" soit du législateur, soit de l'organe administratif chargé de leur application (14).

Les mêmes observations peuvent être faites en ce qui concerne les conventions internationales de caractère plutôt politique.

Dans le cas du recours à des formules générales, lors de la négociation et de la rédaction du texte, l'ambiguïté qui en résulte sert de façon légitime l'interprétation "gouvernementale" du texte conventionnel, surtout si cette ambiguïté a été délibérée. Le gouvernement concerné, devant appliquer la convention qu'il a conclue, se trouve alors devant plusieurs options interprétatives et il est de pratique courante qu'il cherche à tirer profit de l'ambiguïté des dispositions du texte en vue d'altérer le sens et l'étendue des obligations qu'il a assumées.

Ceci est plus particulièrement fréquent dans le cas des traités bilatéraux qui comportent des obligations de coopérer. Cette catégorie de traités, en effet, n'a pas de caractère self-executing car leur application dépend de la prise au niveau

44, O. Schachter, The twilight existence of non-binding international agreements, in A.J.I.L. 1977, p. 296.

(14) Voir Lacharière, La politique juridique extérieure, Economica, Paris 1983, p. 108.

national de mesures complémentaires, administratives ou législatives. Leur mise en oeuvre, donc, la nature et l'étendue des mesures à prendre, dépendent d'une appréciation subjective de l'Etat qui s'est engagé, qui conserve donc une grande liberté lors de l'exécution de son engagement, pour déterminer de façon unilatérale l'étendue de ses obligations et, même, d'apprécier discrétionnairement si les circonstances actualisant son obligation sont ou non survenues.

APERCU DES STANDARDS DANS LA LEGISLATION BILINGUE DU CANADA

****

THE STANDARDS IN BILINGUAL TEXTS IN CANADA

Par

Michel SPARER
Conseil de la langue française (Québec)

La réalité politique et institutionnelle canadienne est complexe. La structure fédérale du pays affronte, en plus des difficultés inhérentes à ce système, le défi de faire vivre ensemble deux peuples porteurs d'une histoire et d'aspirations distinctes, et de leur faire partager les mêmes lois, la même programmation politique.

Le défi est d'autant plus remarquable que les deux peuples fondateurs du Canada moderne sont les héritiers de deux grands courants de civilisation bien distincts par leurs traditions, leurs valeurs, leurs cultures et leurs langues.

Si bien que la constitution du Canada a évité depuis 1867 de nombreux problèmes en se limitant à fixer un minimum de règles d'ordre fonctionnel pour la bonne marche des institutions. En 1982, puis en 1987 la constitution fut modifiée. La principale modification de 1982 (1) consista entre autres choses à introduire une Charte des droits et libertés. On le devine déjà, il ne s'agissait plus seulement de la forme de l'Etat, de la dévolution des pouvoirs et encore moins de leur exercice. Point de quorum, de mode de scrutin ou d'autres mécanique démocratique ou administrative. La constitution s'intéresse désormais à la liberté de conscience et de religion (freedom of conscience and religion, al. 2a), à la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression (freedom of thought, belief, opinion and expression, al. 2b), à la liberté de réunion pacifique (freedom of peaceful assembly, al. 2c) et à la liberté d'association (freedom of association, al. 2d).

Le texte suprême s'intéresse aussi au droit à la liberté (right to liberty, art. 7) au droit à l'égalité (equality right, art. 15).

Autant de notions déjà connues comme figurant dans des déclarations, des conventions internationales et des lois (2). Ce qui en fait le poids particulier au Canada, depuis 1982, est la conjonction de trois caractéristiques.

1 - Les droits et libertés sont déclarés.

2 - Ils le sont dans le texte même de la constitution.

3 - Les tribunaux judiciaires sont compétents au Canada pour juger de la compatibilité des lois avec la constitution. Ils peuvent déclarer nulle une disposition législative qu'ils jugent incompatible.

Ainsi, on peut demander à un tribunal judiciaire de déclarer la non-validité d'une loi à raison de son incompatibilité avec les droits et libertés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés désormais située au niveau constitutionnel.

(1) Loi constitutionnelle de 1982.

(2) Le Québec a depuis 1975 une Charte des droits et libertés de la personne (L.Q. c. C-12).

Or, les Canadiennes et Canadiens sont assujettis à plusieurs dizaines de milliers de pages de législation qui constituent autant de contraintes et de protections. Il suffit donc que la législation comporte une disposition allant à l'encontre d'un droit ou d'une liberté garantis par la constitution pour qu'un tribunal anéantisse cette disposition.

A peine Sa Majesté Elizabeth II avait-elle inauguré la nouvelle loi constitutionnelle à Ottawa en avril 1982, les Canadiens et Canadiennes frappaient à la porte des tribunaux pour donner l'assaut aux lois qu'ils estimaient incompatibles avec ces droits ou libertés.

Ainsi a-t-on vu, à titre d'exemple, une multinationale du jouet invoquer avec succès sa liberté d'expression pour faire déclarer nulle une disposition de la Loi sur la protection du consommateur (3) du Québec qui interdisait la publicité destinée aux personnes de moins de 13 ans. Le législateur québécois avait estimé avisé et légitime en 1978 de protéger ainsi ses enfants contre une publicité qui très souvent les sollicitait de façon abusive en profitant de leur capacité insuffisante de juger des qualités ou de l'utilité des produits vantés (4).

La liberté d'expression a également été invoquée avec succès pour annuler deux dispositions québécoises prescrivant, avec de très larges exceptions, l'unilinguisme français dans la publicité commerciale, l'affichage public et les raisons sociales (5). Troisième exemple (la liste serait interminable). Plusieurs tribunaux canadiens ont été récemment saisis de demande d'invalidation d'un article récent du code criminel (195.1) qui, en substance, interdit qu'on communique sur la voie publique en vue d'offrir ou de recevoir des services sexuels.

La raison invoquée était que cet article serait incompatible avec la liberté d'expression, qu'il entraverait la liberté d'association, toutes deux reconnues par la constitution canadienne et qu'il porterait atteinte au droit fondamental de gagner sa vie. Plusieurs tribunaux ont, chacun à sa manière, fait droit à cette prétention. L'un d'eux l'a fait sans partage (6), un autre indiquant pour sa part que l'article du Code criminel ne pourrait être mis en oeuvre qu'au cas où l'activité de communication entre "l'offre et la demande" engendrerait l'achalandage ou le désordre public que cette contrainte est censée prévenir (7). La question sera, comme les autres, tranchée par la Cour suprême.

(3) L.Q. c. P-40-1, article 248.
(4) Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec (1986) R.J.Q. 2441 (C.A.).
(5) Procureur général du Québec c. Chaussures Brown's (1987) R.J.Q. 80 (C.A.).
(6) La Reine c. Dorman Skinner (1987) 58 C.R. (3d) 137.
(7) Lina Marie Stagnitta c. la Reine (1987) Cour d'appel d'Alberta.

Nous n'entrerons pas dans le détail des argumentations sur la portée de ces standards en contexte.

Signalons simplement, à titre d'exemple, que pour les uns, la liberté d'expression couvre la liberté d'opinion et ne s'étend pas de façon absolue au choix des moyens et de la langue de communication. Pour les autres, la liberté d'expression ne permet pas d'imposer par la loi la langue du message. Pour certains enfin, la liberté d'expression appliquée au message commercial aurait pour corollaire les droits des destinataires du message.

Quoi qu'il en soit, l'Etat fédéral, de même que les dix Etats provinciaux ont entrepris de passer leurs législations respectives au peigne fin pour débusquer et anéantir les dispositions qui seraient contraires à la Charte canadienne des droits et libertés. Les Canadiens et Canadiennes n'ont pas voulu attendre, comme on l'a vu, la fin de cette fastidieuse révision pour demander aux tribunaux d'invalider les dispositions qu'ils ou elles avaient déjà repérées comme étant contraires à la constitution.

Une opération de cette envergure comporte à notre avis au moins deux effets sur la connaissance et l'état du droit. D'une part, le délai de révision et de réforme laisse planer l'incertitude sur la validité de certaines dispositions. D'autre part, la révision judiciaire entraîne une double évaluation : l'interprétation de la loi contestée mais surtout, l'interprétation des droits, et libertés au nom desquels on conteste la loi.

Il va de soi que l'interprétation de la portée de ces standards est un exercice qui, s'il n'est pas nouveau, reste complexe et surtout aléatoire. On aura donc deviné que le droit revu et corrigé à la lumière de la Charte canadienne et de ses nombreux standards n'est pas pour demain.

Le constituant de 1982 semble avoir perçu les inconvénients de l'indétermination des contours de ces standards que sont les droits et libertés en cause. Il n'est pas allé jusqu'à en donner une définition quelconque, solution irréaliste s'il en fût. Il a plutôt introduit deux dispositions prévoyant la limite ou la suspension de ces droits et libertés.

> **Article 1** : La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (8).

Cet article, on peut le constater, n'aide en rien à préciser les contours de ces droits et libertés. Il ne fait que permettre un

(8) Loi constitutionnelle de 1982.

dialogue au terme duquel les tribunaux judiciaires décideront jusqu'où peut aller le législateur. Loin de décrire l'étendue des droits et libertés de la Charte, l'article premier apporte lui-même à notre débat son lot de standards puisqu'il parle de limites *raisonnables* dont la *justification* puisse se démontrer dans le cadre d'une *société libre et démocratique*.

La deuxième disposition (9) permet au fédéral ou à une province de suspendre pour cinq ans la garantie de certains droits ou libertés protégés par la Charte canadienne. Cet article, marqué par l'exceptionnel ou la force majeure, n'offre pas d'intérêt pour notre propos. Il est malheureusement trop clair.

Dernier exemple de l'incursion du flou dans la constitution en 1982.

> **Article 27** : Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens (10).

Au-delà d'une formulation malaisée, les concepts en cause ne renseignent pas précisément sur la balise que semble installer l'article. N'y a-t-il pas, au contraire, accumulation d'incertitudes. Qu'entend-on par promouvoir le maintien ? Promouvoir la valorisation ? Qu'est-ce au juste que le patrimoine multiculturel ? La combinaison de ces interrogations est sans limite.

On aurait pu croire que le recours aux notions floues resterait l'apanage du constituant. Ce ne fut pas le cas et, à la lecture du récent projet de loi sur le maintien et la valorisation du multiculturalisme au Canada, on a dû se résoudre à constater que les méthodes du droit étaient en train de changer. En effet, si jusqu'à très récemment on s'accordait à penser que la règle était d'autant plus générale qu'on se trouvait haut dans la hiérarchie des textes, le législateur fédéral a réussi à être plus flou dans la loi que dans la constitution. Citons à grands traits deux articles centraux du projet de loi :

> **Article 3** : "La politique du gouvernement fédéral en matière de multiculturalisme consiste à :
> a) sensibiliser la population ...
> b) sensibiliser la population,..

(9) Article 33 : (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. - (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. - (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. - (4) Le Parlement ou une législateur peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). - (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).

(10) Loi constitutionnelle de 1982.

c) promouvoir la participation entière et équitable des individus et des collectivités de toutes origines à l'évolution de la nation et au façonnement de tous les secteurs de la société,
d) reconnaître l'existence de collectivités dont les membres partagent la même origine,
e) faire en sorte que ...
f) encourager et aider,
g) promouvoir la compréhension ...
h) favoriser la reconnaissance et l'estime réciproque ...
Article 4 : Le ministre suscite et encourage la coordination de la mise en oeuvre de la politique canadienne du multiculturalisme" (11).

Le reste de la loi est du même genre c'est-à-dire qu'elle se limite à des déclarations et à des dispositions énonciatives d'objet.

Autre et dernier exemple du débat et de l'incertitude que peuvent provoquer les notions floues au sein d'un texte constitutionnel : celui de la liberté d'association (12).

A priori, peu nombreux sont ceux ou celles qui nourrissent des doutes sur le sens et l'objet de cette liberté. Le contexte historique et sociologique de son émergence conduit à s'en faire une idée assez claire. Toutefois, depuis qu'elle figure parmi les libertés qu'on a choisi de doter d'une garantie constitutionnelle, on assiste à un nombre croissant de recours judiciaires dans lesquels on brandit la liberté d'association pour obtenir du tribunal qu'il déclare inopérante telle ou telle disposition qui empêche les Canadiennes et Canadiens de s'associer ? Loin de là. Nombreux sont les cas où on entend renverser une législation qui conduit ou contraint à s'associer. Dans certains cas également on invoque la liberté d'association pour permettre de constituer une association ou un syndicat distincts de ceux déjà en place. Ailleurs, il s'agit de permettre la désaffiliation d'une centrale syndicale. Autant d'initiatives auxquelles s'opposent, bien sûr, les associations ou syndicats déjà constitués et qui revendiquent par exemple la représentation exclusive de travailleurs et travailleuses dans un milieu ou une entreprise donnés.

Tels spécialistes d'un profession libérale désirent constituer une unité autonome de négociation afin de ne pas se trouver représentés par la coalition des professionnels de leur domaine ; tels commerçants refusent que la loi les force à s'associer avec les commerçants de leur quartier aux fins de promotion du quartier et refusent surtout d'acquitter la cotisation correspondante ; tels

(11) Projet de loi C-93, Ottawa 1987.
(12) Charte canadienne des droits et libertés, Lois constitutionnelle de 1982, al. 2 d).

travailleurs se plaignent que l'exigence d'adhésion à un syndicat pour accéder à un emploi d'une entreprise donnée brime leur liberté d'association ... Au Canada comme aux Etats-Unis, il est fréquent de devoir cotiser à un syndicat pour occuper un emploi. Dans le fonction publique du Québec par exemple, l'adhésion à un syndicat n'est pas obligatoire mais la cotisation l'est et est même retenue à la source. La liste serait longue des cas où on invoque la liberté d'association pour refuser de s'associer.

Il serait étonnant que cette grande parmi les grandes libertés publiques ait été conquise pour permettre de ne pas s'associer. Les tribunaux assaillis de demandes de ce genre ont déjà répondu par exemple que l'objet de cette garantie était à l'évidence de protéger l'individu contre l'isolement et de lui permettre d'unit ses forces à celles d'autres afin de promouvoir des intérêts communs.

En l'occurrence, on veut se soustraire au besoin d'appartenir à une association et, lorsque la loi, pour des raisons d'intérêt public, exige qu'il y ait association, on attaque la validité constitutionnelle de cette loi pour incompatibilité avec la liberté d'association garantie.

Si l'on faisait droit aux prétentions des uns et des autres, il faudrait voir dans la liberté d'association notamment la liberté de créer une association et la liberté d'adhérer, mais également la liberté d'en partir, la liberté d'accéder à un emploi sans faire partie d'une association, la liberté de créer des associations parallèles, concurrentes ou dissidentes, etc. ... Autant de questions pour celui qui n'avait jamais pensé que la liberté de s'associer garantie par la constitution servirait à combattre les structures ou règles que la société s'est données pour promouvoir l'union des forces.

Cela pose bien sûr le problème général du volet négatif des libertés garanties par la constitution : un témoin peut-il invoquer la liberté d'expression pour refuser de témoigner ? Vaste débat en perspective.

Il faudra attendre, que les tribunaux sculptent, là encore, l'édifice social.

LA REFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1987 (13)

En mai 1987 les onze premiers ministres du Canada sont convenus d'un nouvel ajout à la constitution canadienne ; ce furent les accords du Lac Meech. Cette réforme apporte aussi son lot de notions floues agencées en série et qui constituent sans doute un défi au talent d'interprètes des tribunaux.

(13) Modification constitutionnelle de 1987 (en cours de ratification).

On introduit deux dispositions destinées à l'interprétation de toutes la constitution.

La première de ces dispositions "reconnaît" comme une caractéristique fondamentale du Canada le fait que des Anglophones et des Francophones coexistent partout au Canada (14).

La seconde de ces dispositions "reconnaît", qu'au sein de ce Canada bilingue, le Québec constitue une société distincte (15).

Le texte attribue au fédéral et aux provinces le "rôle" de protéger la dualité linguistique fondamentale du Canada et confie au Québec le "rôle" de protéger et de promouvoir son caractère distinct (16).

S'il est clair que les "rôles" sont dans le prolongement logique des "reconnaissances" il n'en reste pas moins que le "rôle" est une notion floue. Ces rôles confèrent-ils des droits ou des obligations ? Confèrent-ils des pouvoirs ou des compétences législatives au fédéral ou aux provinces ?

Les uns comme les autres ne tenant pas, pour des raisons différentes, à ce que ces "rôles" nouveaux modifient la répartition des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, on dut ajouter une quatrième disposition (17) pour indiquer que les reconnaissances et les rôles ne doivent pas être interprétés comme conférant d'autres pouvoirs que des pouvoirs existants.

Voilà donc le constituant contraint de veiller à l'interprétation d'un article d'interprétation qui contient lui-même des notions floues. La question est d'autant plus préoccupante que ce dispositif sert à l'interprétation de toute la constitution. Nous passerons sur le fait que l'ensemble des dispositions d'interprétation que nous venons d'évoquer fait à son tour l'objet d'un article (16) qui indique que les dispositions relatives à la dualité linguistique du Canada et au caractère distinct du Québec

(14) Loi constitutionnelle de 1867, al. 2 (1) a) (en cours de ratification).
Article 2 : "(1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec :

- a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constituent une caractéristique fondamentale du Canada ;
- b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.

(2) Le Parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle dé protéger la caractéristique fondamentale du Canada visée à l'alinéa (1) a).
(3) La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir le caractère distinct du Québec visé à l'alinéa (1) b).
(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger aux pouvoirs, droits ou privilèges du Parlement ou du gouvernement du Canada, ou des législatures ou des gouvernements des provinces, y compris à leurs pouvoirs, droits ou privilèges en matière de langue".
(15) Idem, al. 2 (1) b) (en cours de ratification).
(16) Idem 2 (2) et 2 (3) (en cours de ratification).
(17) Cf. texte cité note 14, parag. 2 (4).

ne peut être interprétées comme limitant en substance la protection dont jouir le patrimoine multiculturel du Canada (le revoilà) (18).

Bilan. Une disposition d'interprétation qui nécessite elle-même deux dispositions d'interprétation.

LA LOI SUR LES LANGUES OFFICIELLES (19)

Dans le prolongement immédiat de son rôle de protéger la dualité linguistique canadienne, le parlement fédéral a adopté un projet de loi dont l'objet principal est de promouvoir dans l'ensemble de la société canadienne l'égalité de statut et d'usage de l'anglais et du français.

Première difficulté ; on l'aura deviné : le concept d'"égalité" de statut et d'usage. Il s'agit bien sûr d'un objectif ; celui d'un bilinguisme symétrique et équilibré. Or, la société canadienne n'est à cet égard ni symétrique ni équilibrée puisque les francophones sont minoritaires au Canada (25 %) (et très minoritaire sur le continent américain (2 %)). comble de malchance, le législateur fédéral a choisi de ne protéger que les minorités provinciales. Cela exclut de cette protection les 5,5 millions de francophones du Québec puisqu'ils sont majoritaires dans la province. Dès lors, c'est la minorité anglophone que le fédéral entend protéger au Québec. De plus, promouvoir l'égalité de statut et d'usage des langues dans une province à 85 % francophone revient à promouvoir l'anglais c'est-à-dire la langue de 300 millions de personnes autour de nous. Lorsqu'on connaît les tendances assimilatrices qui s'exercent sur les langues minoritaires, l'objectif d'égalité des langues aboutit, en renforçant l'anglais, à compromettre les chances du français au Québec.

Le concept d'égalité de statut et d'usage a en effet conduit le législateur fédéral vers l'optique surprenante d'*égalité de mesures* alors qu'on aurait attendu un *objectif d'égalité* commandant des mesures asymétriques. L'idée n'est pourtant pas nouvelle et la Cour suprême du Canada le rappelait en 1985 dans une décision relative à la liberté de religion : "La véritable égalité peut fort bine exiger qu'elles (les religions) soient traitées différemment (...). Le sens d'un droit ou d'une liberté garantie par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie" (20).

Comme on peut le constater, qu'il s'agisse de la liberté d'association ou de la notion d'égalité, l'esprit n'est pas encore rompu à l'exercice nécessaire de définition de ces concepts. On

(18) Modification constitutionnelle de 1987, article 16.
(19) Projet de loi C-72, Ottawa, adopté en juillet 1988.
(20) La Reine c. Big M. Drug Mart Ltd (1985) 1 R.C.S. 295.

constate encore trop d'incertitude ou de flottement tant dans certaines lois qui recourent à ces concepts que chez les justiciables qui invoquent ces standards devant les tribunaux.

*

On n'a encore rien dit d'une autre problématique : celle de la présence de standards dans une législation bilingue. Les problèmes de concordance des textes français et anglais pourraient en effet s'ajouter à ceux que nous venons d'évoquer.

S'agissant toutefois de standards, le risque d'écart d'une langue à l'autre est moins apparent. En effet, les concepts en cause sont plus englobants, moins délimités. La non coïncidence des contours sémantiques est donc moins visible. La dérive peut néanmoins se produire. Elle a d'ailleurs d'autant plus de chance de se produire que les concepts sont largement indéterminés dans chacune des langues et qu'ainsi, la vérification de concordance est difficile.

Par ailleurs, il s'agit, comme nous l'avons vu, de notions chargées de valeurs morales et culturelles avant d'être des notions juridiques. Or, derrière les deux langues du Canada, on trouve deux grandes cultures qui comportent chacune un système de valeurs bien distinct. Ces valeurs continuent de se transformer et de perpétuer leurs différences en fonction de la transformation culturelle de chacune des deux sociétés. Le fait qu'elles soient arrimées au sein d'une loi bilingue suffit-il à garantir que leur évolution sera désormais parallèle ou liée en tant que valeur au sein des deux sociétés ?

Est-ce par hasard ou par la force des faits que le Québec a réclamé de se faire reconnaître société distincte dans le texte même de la constitution ? Les exemples ne manquent pas de problèmes de société sur lesquels francophones et anglophones ne portent pas le même regard.

On peut toutefois repérer deux facteurs de rapprochement, de compromis ou de nivellement.

- Il existe un rapprochement progressif de certaines valeurs d'une société à l'autre au Canada, si ce n'est à l'échelle de l'Occident tout entier. Nous ne citerons pas toutes les causes et les effets de ces rapprochements. Il suffit de constater par exemple le nombre d'emprunts faits à la galaxie nord américaine, qu'il s'agisse de mots, de procédés ou même d'institutions. Il est clair que la mondialisation des moyens de communication et des moyens de production culturelle favorise la diffusion des idées. Elle fait également baisser la diversité culturelle en favorisant les modèles forts et surtout en érigeant en modèles virtuels les productions les mieux diffusées.

- Le second facteur de nivellement résulte sans doute de la récupération par la loi des grandes valeurs dont on vient de souligner la dimension culturelle. La présence de ces valeurs au centre de certaines législations constitutionnelles entraîne les tribunaux dans une entreprise complexe de délimitation et d'application concrète de ces standards. Les juges sont alors intronisés philosophes à part entière. Or, au Canada, la philosophie prépondérante est nécessairement celle de la Cour suprême. Cette Cour ne saurait fournir des interprétations différenciées des standards selon les deux grandes cultures du Canada. Le sens que leur donnera la Cour suprême s'imposera uniformément aux deux groupes culturels et linguistiques du Canada.

S'agira-t-il de solutions de compromis ou de l'interprétation inspirée par l'une des deux cultures ? Ou bien s'agira-t-il d'un oeuvre de création de la Cour suprême ?

Dans tous les cas, il restera à "vendre" la solution retenue aux groupes sociaux concernés.

THE OBJECTIVES OF THE E.E.C. AS STANDARDS OF THE EUROPEAN COMMUNITY LAW

****

LES OBJECTIFS DE LA C.E.E. COMME STANDARDS DU DROIT COMMUNAUTAIRE

By

Anastassios VERNARDOS
Vice-Advocate General, Supreme Court of Greece

I

Legal rules in terms of their objective dimension as standards of evaluation of conduct (1) are actually the safest methodological basis. However, legal standards do not cover the field of standards of appraisal fully (2). The indeterminacy due to unsettled law, in particular to standards in the narrower sense mentioned below, necessitates having recourse not only to the more stable parts of the system, but also to additional extra-legal standards. By virtue of this, the general social goals of the system can be considered as standards by which to evaluate the claim of rights (3). Equally we cannot disregard the interpretative value of the social aims of the given institution or set of rules or particular rule. Principles, on the other hand, differ from policies in that they are general standards. Moreover, even the above mentioned sorts of standards are not exhaustive of the totality of second order standards. So Dworkin speaks about other standards at the end of his own enumeration (4). Indeed, in the context of legal reasoning are also included other criteria known as guiding standards (5). Generally speaking, traditional standards in the broad sense are divided into first order standards and various implicit elements. It is a matter of more general interest if these elements are still another source of law (6).

The varied interpretative weight of the various subordinate standards must briefly be discussed for the purposes of this lecture. To begin with, the consequence of a concret social situation or relation is governed by a principle and thus a new norm in its entirety as condition and consequence comes into being. Accordingly and in view of the fact that principles are anyway accepted as part of positive law, the technique of transformating principles into complete norms is the same, whether the norm be a legal rule or original judge-made law. The principle of the judgment in the case Riggs v. Palmer (115 N.Y. 506, 22 NE 188, 1889), relying on the general principle that no one can profit by his own fraud (7), is practically equivalent to

(1) The term is used by Raz in analyzing the structure of rules (J. Raz, The concept of a legal system, 1980, pp. 22 ff.).
(2) Evaluation relates to conduct, appraisal to judicial decisions ; See H.L.A. Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, pp. 105, 109.
(3) H. Bredemeier, Law as an intergrative mechanism, in W. Evan (Ed.) Law and Sociology, 1962, at 74.
(4) See R. Dworkin, The model of rules, 35, U. Ch. L. Rev. 14 (1967).
(5) Cf. M. Freeman, Standards of Adjudication (1973), C.L.P. (Current Law Problems) 166, T. Eckhoff, Guiding standards in legal reasoning (1976) C.L.P. 205.
(6) See generally H. Gross, Standards as law (1968-1969) A.S.A.L. (Annual Survey of American Law) 575.
(7) Dworkin, op. cit.

the art 1860 par. I of Greek Civil Code concerning unworthiness to inherit. Secondly, the same is not true of policies because political and social aims of law have no legal validity of their own. Yet, by contrast with principles, policies, if embodied in legislative acts, would acquire binding force though not to the degree to be equalized to complete norms. In the hypothetical case we are examining, social goals would become established standards tending to develop into law and operating differently than principles whereas from the latter do not evolve new social situations. That means also that conversely in view of the model we spoke of at the beginning, established objectives would be imagined to be the initial position while legal rules compensate their insufficiency.

The preceding somewhat long introduction was necessary. This is because the objectives of the more general and comprehensive among the three European Communities are perhaps the only standards occupying the middle area of rules manqués of the above described type. More specifically, the objectives of the E.E.C. are those laid down in the Preamble and in Art. 1-8 of the E.E.C. Treaty and supplemented by the rules of the same Treaty setting out the common policies. It can be said that the policies of the Community are just detailed objectives. This is notably apparent with regard to the objectives of the Common Agricultural Policy (8). All the same only partly fall the principle Art. 100 and 235 of the Treaty under this category. Lastly, the statements and declarations included in the European Unique Act of February 1987 simply emphasize the already expressed ideological foundations of the Community.

Below we will examine the influence the objectives of the E.E.C. exercise upon the construction of complete rules and the contribution of these objectives to the formation of judicial precedents. At the end some concluding comments will follow.

II

The role of the main aims of the E.E.C. as basis of interpretation is only ancillary and complementary. Principally are these goals the substratum of legal rules. True, the content of legislative material cannot be accurately predicted with the aid of mere generalisations that do not surpass the stage of potential law. On the contrary, implementation of Directives by the harmonisation of national law is predictable to a greater degree.

(8) On the description and origin of the objectives of the C.A.P. see A. Ries, L'ABC du Marché Commun Agricole, 1978, p. 81, F. Snyder, Law of Common Agricultural Policy, 1985, pp. 15 ff.

Explicit objectives of the law and law itself are, however, more intimately associated than the nature of things and the corresponding norms though they are more loosely associated than original and derived European legislation. Contiguously it is to be noticed that deduction of rules from legalized objectives is independent of degrees of formal validity.

From the standpoint of perfect and selfsufficient Community law, either primary or secondary, is significant the distinction between the foundations of the Community which constitute the so-called four liberties, (the interdiction of certain discriminations and restrictions), and the positive legislative practices promoting the policies of the Community. The distinction is of importance to the problem of indefinite legal concepts since the rules of the former kind are those mainly containing such concepts. But some explanatory notes concerning indeterminate legal concepts in general must be interpolated to facilitate the approach to the specific issue of ambiguous concepts of Community Law.

It is impossible to prophesy of each right outcome in its particularity. Hence the relevant rule is sometimes restricted to marking out an average type of conduct, parts of which are indefinite concepts (9). One of the reasons for defining laws of this kind as vague or open-ended standards is the fact that the focus shifts towards the indefinite concept (10). The rule as a whole gives in turn meaning to the confused concept (11). In conclusion, the descriptive part of the rule and the indeterminate concept are imseparable. Accordingly, it is justified to make use of the terms legal standards, general clauses and indefinite commands of law indiscriminately to denote the same thing (12). This interpretative basis offered by the more solid parts of the rule is, to be sure, missing 1) in rule-like standards, namely in respect of conceptions that refer to conduct rather autonomously, as in the case of the concept of due care or diligence, and 2) in discretionary standards. So much for standards in the strict sense on grounds of general aspect. Of course, standards in the strict sense are fundamentally met in open legal systems and this is especially true in the case of E.E.C. Law (13).

(9) The conception of standards in the strict sense as defined in the text converges by and large with the definitions given with slight differences by J. Farrar - A. Dugdyle, Introduction to Legal Method, 1984, pp. 8-9 (with reference to R. Pound), and by St. Rials in his work titled "Le juge administratif français et la technique du standard", Paris, 1980.

(10) J. Bell, Policy arguments injudicial decisions, 1983, pp. 38, 132, 219.

(11) Note the interesting remarks of S. Rials, Les standards-notions critiques du Droit, in "Notions à contenu variable en Droit", Bruxelles, 1984, pp. 39 ff.

(12) E. Castberg, Problems of Legal Philosophy, 1957, at. 85.

(13) See further H. Bauer-Bernet, Notions indéterminées en Droit Communautaire, "Notions à contenu variable etc...", op. cit., at 269.

Typical examples of standards in the context of Community law are the Art. 85 and 86 of the E.E.C. Treaty about competition and the rulings of Dir. 75/1975 setting out the criteria of permitted indirect sex discrimination in labour relations. But, as already implied, of crucial importance are the exceptions to the four liberties. To be more exact, the application of a basic freedom is specially excluded on the ground that 1) the relative activity is connected with the exercise of public autority or 2) public order or public health should be protected. In fact, only the first exception is totally independent of specific circumstances of the interested country. And further a distinct category of reservation clauses constitute the safeguard clauses classified to discretionary standards. We must conclude, therefore, that with regard to degree of certainty the clauses mentioned above under n° 2 stand between the first class of clauses and safeguard clauses.

Finally it has to be noticed that in so far as European Community legislation, original or derived, clear or open-ended, is dominated by the objectives of the Community, it is sometimes thought to be necessary a case enumeration of types of Companies according to the law of each member-state or of classes of lawyers etcetera in a special annex in order to reduce the impact of divergence of domestic legislations.

III

The way the objectives of the E.E.C. affect judicial decision-making is now to be dealt with in respect of viewpoints a) common to every legal system b) specific for international law and c) relating exclusively to the E.E.C. law.

1) A legal standard can qualify another legal standard of higher legal validity. This is the case of Reg. 17/62 in the field of competition and of Reg. 1612/68 that is more detailed as regards the freedom of establishment. Quite another matter is the shaping of judicial standards (standards jurisprudentiels as Rials calls them), although they represent a particular form of standards in the strict sense. On the other hand, judicial rule creation is either original of intermediate. In both cases judicial standards conduce to consistency of adjudication by limiting judicial discretion (14). Examples of such rules of reason give the decisions of the Court of Justice in the cases 43/74 (van Dynn), 48/74 (Charmasson), 120/78 (REWE), 52/79 (Coditel). The

(14) Rials, Le juge administratif, p. 207.

remaining uncertainty margin has to be covered with the aid of guiding standards. As has been seen above, the final phase in the process of individualisation is a matter of judicial law making in terms of reasonableness in the perspective that every standard is by definition ideal standard.

2) It may be said that in addition to the vertical or internal dimension of selfdetermination of law, private international law possesses also an horizontal or external dimension of development to the direction of uniformity of elements common to differing legal orders. In furtherance of this view it has been suggested that indefinite concepts of international law ought to be uniformly interpreted by an international court (15). This suggestion has been materialised in the realm of legal order of the Community whereby elements of international law have been preserved. Apart from the concepts already mentioned, the principle of uniform interpretation applies also to the rest of abstract concepts of European law such as the concept of undertakings. Only on rare occasions is the interpretative difficulty a complex of terminology differences met in a multilingual text and difference between systems. In that event, if the problem has not authoritatively found its solution, the only way out is the remedial intervention of the Court. For instance, the Court of Justice of the E.E.C. held in case 30/77 (Bouchereau) that the terms dispositions, measures and Vorschriften are notionally identical and further that all of them comprise expulsion. It is noteworthy that unification in terms of case law is also expressed by the assumption that general principles of law are source of European law to the extent that they are common to the legal orders of all Member - States. That applies, for example, to the principle of proportionality in taking administrative measures.

3) The substantive side of the particular subject we are considering here is the more approximate to the specific content of the objectives of the Community. The action of these objectives is both direct and indirect.

First, the objectives of the E.E.C. are by virtue of their own nature constitutional standards conducting directly the interpretation of rules determined exactly by these objectives. As it has been pointed out by an eminent writer, the principles of equality, non-discrimination, liberty, solidarity and unity are interpretative principles as well (16). This is the reason why the

(15) Ch. Perelman, Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, 1984, at 156.
(16) P. Pescatore, Les objectives de la C.E.E. comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice, Mélanges Ganshof van der Meersch, 1972,

objectives of the E.E.C. perform an additional action similar to the constitutional interpretation of law. This thesis has been verified by recent judicial data (17). In principal, priority is given to outcomes most converging to the objectives of the E.E.C. mainly with the expansive interpretation of rules confirming fundamental principles, the restrictive interpretation of rules providing exceptions and the creation of according complementary standards. At first sight the view is justified that the interpretative power of the objectives of the Community is due to preference for teleological methods. Yet inversely the truth of the matter appears to be that the teleological interpretation is imposed by the moderately binding force of institutionalized objectives. On the whole only apparent is the cyclic character of the relation between the two functions we referred to previously.

Secondly, indirect action consists in framing new interpretative canons. For the proper treatment of this theme we take probatively for granted that the specific features of the supranationality of E.E.C. Law, just as they are known *post facto* to be recognized, have been enshrined in the Treaty. Now, if that were true, those characteristics would be effortlessly regognized as forming integral part of the Constitution of the Community. From all this it will be clear that the real question is whether the existing legal status is virtually equivalent to the respective principles. But because of the very content of the expressed ends of the E.E.C. the answer is in the affirmative. The only thing needed to fill in the gap owing to the fact that the initial presupposition is imaginary, is the process of deriving the new standards from those adopted by the legislature. The results of this interpretative work are at first stage the two well known devices, i.e. the *effet utile* and the *effet necessaire*, and at second stage the elaborate grounds of judgments giving effect to the principle of supremacy of E.E.C. Law (Case Costa V. Enel a.o.), or to the theory of direct effect (Case Simenthal), or to the principle of the exclusive competence of the Community (Case AETR, Case Kramer) (18).

325. Of course, it is essential to distinguish between general principles which emerge from the E.E.C. - Treaty and general principles of law.

(17) For a number of leading cases relative to the principles mentioned in the text, see J.V. Louis, The Community Legal Order, 1980, pp. 30 ff.

(18) Ultimately the Court of Justice has greatly contributed to European integration : see A. Vernardos, The elaboration of Community Law in terms of case law, "Legal Tribune", 1979, pp. 365 ff.

VI

The strategy of Community legal order is the adequate point of departure to set forth a new paradigm. To summarize the general idea, the legally accepted objectives of a potential legal system occupy a middle place between unwritten social targets and perfect rules. And to complement this conclusion, these *sui generis* dynamic standards are the foundation of the legal order corresponding to the predesigned framework and moreover a guide to its interpretation.

LE STANDARD EN DROIT PUBLIC : LES DONNEES DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE EN GRECE

****

THE STANDARDS IN THE PUBLIC LAW

Par

Procopios PAVLOPOULOS
Professeur Adjoint de l'Université d'Athènes (Grèce)

INTRODUCTION

A partir de 1925 (1) le concept du standard a trouvé son chemin vers la consécration définitive dans le cadre de l'évolution de la science juridique. La doctrine et la jurisprudence en la matière témoignent éloquemment, surtout au sein du droit public (2).

La réalité doctrinale et jurisprudentielle en Grèce, relative aux données du standard en tant que concept et en tant que technique dans le cadre du droit public, présente une particularité non négligeable. Depuis l'introduction définitive de l'institution du Conseil d'Etat en 1929 (3) et tout au long de la formation de la juridiction administrative, le standard est omniprésent dans des arrêts qui émergent de plus en plus nombreux. Et pourtant la doctrine n'a pas senti le besoin de s'en soucier, au moins d'une manière systématique. Cela peut s'expliquer par le fait que, contrairement à la pratique suivie en France, la jurisprudence du Conseil d'Etat et des autres tribunaux administratifs, en Grèce, n'a pas constitué l'objet d'une ample élaboration.

A - Dans les pages qui suivent nous essayerons de décrire certains traits du profil du standard en droit hellénique. L'ambition de cet effort reste, certes, très limité, puisque d'une part elle se cantonne dans le domaine du droit public et d'autre part elle ne reflète que les données de la jurisprudence (4) du Conseil d'Etat.

Pourtant, on peut nourrir l'espoir que, même ainsi circonscrite, l'analyse ici entreprise reflète, certes en partie mais

(1) Date de parution du livre capital en la matière de Al Sanhoury "Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise". Pour le rôle de la technique du standard juridique avant cette date v. par ex. S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, 1980, surtout p. 15 et s.

(2) Pour une présentation complète et détaillée nous nous contenterons de nous référer à la thèse de S. Rials op. cit. Cf. Th. Fortsakis, Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, 1987.

(3) Il est à signaler que le Conseil d'Etat hellénique a été créé initialement en 1835 et a fonctionné jusqu'en 1844. Mais ce n'est que sous la Constitution de 1927 et sur la base de la loi n° 3713/1928 qu'il a pris sa forme actuelle à la tête des tribunaux administratifs.

(4) Nous nous limiterons par la suite à l'analyse des données jurisprudentielles qui se rattachent à la réalité du recours juridictionnel le plus représentatif en la matière, à savoir du recours pour excès de pouvoir. Il n'en reste pas moins que la technique du standard peut être repérée dans d'autres domaines du contrôle exercé par le juge administratif et surtout par le Conseil d'Etat. C'est ainsi que le domaine du sursis à l'exécution se caractérise par une remarquable richesse d'exemples qui prouvent l'omniprésence du standard dans l'ensemble du terrain jurisprudentiel. Il nous semble pourtant que les particularités du domaine du sursis à l'exécution méritent de faire l'objet d'un examen détaillé à part.

d'une manière assez représentative, les particularités de l'ordre juridique hellénique.

B - Même s'il n'est pas permis de sous-estimer l'importance de la maxime "omnis difinitio periculosa est" nous devons commencer par la définition du standard. Il n'en reste pas moins que cette définition ne vise pas à clarifier, au niveau théorique, la notion et les fonctions du standard juridique - comment pourrait-il en aller autrement, dans le cadre d'un rapport si bref- mais elle sert de base concrète de délimitation de notre approche et de notre analyse.

C'est ainsi qu'en partant d'un point de vue fonctionnel (5), on peut concevoir le standard comme un moyen conceptuel, créé par le juge administratif lors de l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, par l'intermédiaire duquel ce dernier essaye d'ajuster l'interprétation et, par conséquent, l'application des normes sur lesquelles se fonde son contrôle à l'évolution des faits qui sont à son origine. D'un tel point de vue, le standard doit être regardé et examiné non, certes, en dehors de la normalité établie par la règle de droit mais en marge de celle-ci, puisqu'il ne fait pas partie de la réglementation introduite par cette règle, mais il sert à assurer son interprétation et son application effective et efficace.

Le choix délibéré d'une analyse plutôt fonctionnelle du standard dans le cadre de la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique détermine en grande partie les traités généraux du plan qui sera suivi par la suite. En effet, et étant donné que cette analyse sera opérée à partir des fonctions que le standard assume tout au long du déploiement du syllogisme du juge administratif, son ossature ne peut que se baser sur les différentes variantes de ces fonctions. Pour cette raison et en respectant les phases de l'évolution de l'exercice du contrôle juridictionnel de la légalité administrative, on peut arriver à la conclusion que le concept et la technique du standard permettent successivement au juge administratif de préciser les conditions de la mise en marche de son contrôle, de tracer ses limites et, enfin, de trouver des moyens pour opérer son renforcement. D'où les trois parties de l'analyse qui suit.

(5) Pour les divers points de vue, sous l'angle desquels le concept et la technique du standard peut être examiné, v. par. ex. S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, op. cit., surtout p.15 et s.

I - LE STANDARD JURIDIQUE ET LA DETERMINATION DES CONDITIONS DE LA MISE EN MARCHE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

La mise en marche du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif dépend, en grande partie, de l'examen préalable, effectué par celui-ci même d'office, des conditions de recevabilité des divers recours juridictionnels. Dans ce cadre précis, le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat en Grèce a souvent recours à la technique du standard. C'est dans ce sens qu'on peut soutenir la thèse que le standard dans le domaine de la jurisprudence est utilisé par le juge administratif pour déterminer les conditions de la mise en marche de son contrôle juridictionnel. Nous nous référons, à titre d'exemple, à la présence du standard, d'une part lors de la délimitation de la compétence du juge administratif et, d'autre part, lors de l'examen des autres conditions de recevabilité.

A - Le standard et la délimitation de la compétence du juge administratif

1 - Le fait que si la Constitution consacre, par les dispositions de l'article 94, le principe de la séparation entre la juridiction des tribunaux administratifs et la juridiction des tribunaux civils, ni ses dispositions ni celles de la législation émise en son application n'adoptent de critère solide pour réaliser cette séparation, oblige le juge à recourir à la technique du standard.

2 - Le recours au concept de "clause exorbitante" (6) offre un exemple assez significatif en la matière. Plus précisément, par ce biais, le juge administratif arrive à constater, dans le cadre des contrats qui sont conclus par les diverses autorités administratives, l'existence d'un régime de droit public ou, plus exactement, d'une ambiance de droit public, dont la particularité donne à ces contrats leur caractère administratif. Du même coup, cette constatation permet au juge administratif de circonscrire ainsi les limites de sa compétence juridictionnelle en matière contractuelle.

B - Le standard et les autres conditions de recevabilité

Le recours au concept et à la technique du standard par le juge administratif est très courant dans le domaine de l'examen des autres conditions de recevabilité des recours juridictionnels et

(6) Voir par ex. les arrêts n° 222/1987 et 2655/1987 du Conseil d'Etat et les arrêts n° 312/1986, 313/1986 et 497/1987 de la Cour d'Appel Administrative d'Athènes.

surtout du recours pour excès de pouvoir. C'est ainsi par exemple qu'un tel recours peut être testé lors de l'examen :

1 - De l'intérêt à agir.

En déterminant les conditions qui doivent être réunies pour que l'intérêt à agir existe en la personne du requérant, le Conseil d'Etat est arrivé à admettre que :

a) l'intérêt à agir doit être :

- "personnel" (7), à savoir intimement lié, au moyen d'un lien juridique spécial, avec la personne du requérant ;
- "direct" (8), à savoir provenant d'un préjudice qui frappe directement la personne requérante ;
- "actuel" (9), ce qui signifie que l'intérêt à agir doit exister tant lors de l'émission de l'acte administratif attaqué que lors de l'exercice du recours juridictionnel et de son jugement.

b) L'intérêt à agir disparaît si le requérant a auparavant accepté l'acte administratif attaqué. Or cette acceptation :

- doit être "expresse" (10) ou "tacite", mais "ne laissant aucun doute quant à sa signification" (11) ;
- n'est pas valable si elle est émise "sous condition" ,(12) ou si elle est le résultat de la "situation économique" (13) du requérant ;
- doit résulter "des éléments du dossier" (14) ou, si elle est tacite, des agissements du requérant qui "ne laissent aucun doute quant à leur signification" (15).

2 - Du respect du délai du recours

a) Selon la jurisprudence administrative et en cas de recours contre un acte administratif individuel, outre la communication de l'acte attaqué, la connaissance de son contenu par le requérant peut constituer le point de départ du délai du recours. Or cette connaissance, qui doit résulter "des éléments du dossier" (16), peut être prouvée, selon une présomption, certes, réfragable, au moyen de l'expiration du "délai raisonnable" (17), dont les dimensions chroniques sont calculées sur la base de l'intérêt que l'administré intéressé doit montrer, suivant les circonstances en présence.

(7) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3606/1971, 3608/1980, 2999/1983 et 4130/1983.
(8) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 50/1969, 310/1978 et 823/1980.
(9) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2162/1968, 3564/1977, 2449/1980 et 2319/1984.
(10) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 4789/1977.
(11) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2612/1982 et 432/1983.
(12) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 480/1970 et 1745/1977.
(13) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2407/1970.
(14) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2087/1970.
(15) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 1341/1966.
(16) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3624/1979 et 3345/1983.
(17) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3311/1970, 3954/1978 et 3567/1983.

b) En application de la règle "impossibilium nulla obligatio est", la jurisprudence des tribunaux administratifs applique la règle que le délai des recours contentieux n'expire pas si l'administré intéressé est empêché en raison de faits qui constituent une force majeure (18). Parmi ces faits, cette même jurisprudence range "la maladie grave" (19), à savoir toute maladie qui, selon les particularités des circonstances en présence, rend impossible tout agissement de l'administré intéressé qui pourrait assurer la défense de ses intérêts par voie juridictionnelle (20).

3 - De l'existence ou non d'un recours parallèle

Tout comme dans le cadre du droit français, en droit grec la non-existence d'un recours parallèle constitue une des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. En essayant de circonscrire à la nature intrinsèque du recours parallèle, la jurisprudence administrative en Grèce admet qu'un recours juridictionnel ne présente les caractéristiques d'un recours parallèle que s'il peut produire au moins un "effet équivalent" (21) à celui résultant de l'exercice du recours pour excès de pouvoir.

II - LE STANDARD JURIDIQUE ET LA DELIMITATION DE L'ETENDUE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

La présence du standard juridique dans le cadre de la jurisprudence administrative peut être également repérée, même après le stade de la détermination des conditions de la mise en marche du contrôle juridictionnel. C'est ainsi que, dans une phase ultérieure, le juge administratif a recours à la technique du standard pour tracer les limites de son contrôle, surtout lorsque ce dernier se cantonne à l'examen de la conformité de l'action administrative au principe de la légalité (22). L'analyse de certaines des particularités jurisprudentielles des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir en apporte une preuve assez significative.

En effet, et en examinant, certes à titre d'exemple, successivement certains aspects de la nature du vice de forme substantielle, de la violation de la loi et du détournement du pouvoir, on peut constater que, par le biais de la technique du standard, le juge administratif, et surtout le juge du recours pour excès de pouvoir, arrive à circonscrire les limites que son contrôle, en tant que contrôle de légalité, ne peut pas dépassé.

(18) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2172/1983.
(19) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 68/1972 et 2450/1980.
(20) Voir par ex. les arrêts du Conseil d'Etat n° 3867/1978 et 1375/1979.
(21) Voir les arrêts du Conseil n° 494/1972 et 2125/1973.
(22) Comme c'est principalement le cas dans le domaine du recours pour excès de pouvoir.

A - Le cas du vice de forme substantielle

Dans le cadre de ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, qui se rattache au contrôle de la légalité externe des actes administratifs, le concept et la technique du standard permettent, par exemple, de délimiter le contrôle du juge administratif quant à la légalité de la composition des organes administratifs collégiaux et à la qualification de la forme comme substantielle.

1 - Le standard et la légalité de la composition des organes administratifs collégiaux

Le principe de la neutralité de l'administration est à l'origine de la règle qui impose aux organes administratifs le respect de l'obligation de l'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions. Cette obligation présente une importance particulière dans le cadre du régime juridique des organes administratifs collégiaux, puisque, selon la jurisprudence des tribunaux administratifs, est entaché d'un vice de forme substantielle tout acte administratif émis par un tel organe, si à sa composition participe une personne dont le jugement, à une affaire déterminée, ne présente pas les garanties nécessaires d'impartialité. Or, à l'occasion du contrôle du respect de cette règle d'impartialité, cette même jurisprudence, et surtout celle du Conseil d'Etat en Grèce, ont recours à la technique du standard. C'est ainsi que, selon la jurisprudence susmentionnée, le manque d'impartialité peut être présumé lorsque les membres d'un organe administratif collégial montrent, à l'égard des administrés intéressés, "un sentiment d'hostilité" ou lorsqu'ils sont liés avec eux au moyen d'un "lien spécial" ou d'une "relation spéciale" (23).

2 - Le standard et la qualification de la forme comme substantielle

Seul le vice de forme qui est considérée comme substantielle peut, selon la législation et la jurisprudence administrative en Grèce, entraîner la nullité de l'acte administratif attaqué au moyen d'un recours juridictionnel.

Dans le cadre de son contrôle qui procède à une telle qualification le juge administratif tient principalement compte de l'influence que la forme exerce sur "la protection de l'administré intéressé" et sur "le fonctionnement de l'administration".

(23) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 298/1980, 1980/1983 et 4911/1984.

B - Le cas de la violation de la loi

La technique du standard permet aussi au juge administratif de délimiter son contrôle portant sur la violation de la loi lors de l'émission d'un acte administratif. L'examen attentif par exemple du contrôle de l'erreur de fait et du dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire -qui correspond, en gros, à l'erreur manifeste d'appréciation de la jurisprudence administrative en France- en apportent une preuve significative.

1 - Le standard et le contrôle de l'erreur de fait

Si le juge de l'excès de pouvoir en Grèce ne contrôle pas, au moins en principe (24), l'appréciation des faits opérés par l'administration, il procède, au contraire, au contrôle de leur existence matérielle. Mais, selon la jurisprudence administrative en Grèce, l'erreur de fait n'arrive pas toujours à entacher l'acte administratif attaqué de nullité. Seule l'erreur de fait qui présente "un caractère déterminant" (25) et qui "peut être prouvée au moyen des éléments du dossier (26) est en mesure de produire un tel résultat.

2 - Le standard et le contrôle du dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire

Le juge de l'excès de pouvoir, en Grèce, ne contrôle pas l'attitude que l'administration a suivie lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est concédé par la réglementation en vigueur. L'attitude contraire entrerait d'ailleurs en opposition avec le principe de la séparation des pouvoirs, puisqu'elle permettrait au juge de faire oeuvre d'administration. Pourtant, le juge du recours pour excès de pouvoir censure d'administration déraisonnable en faisant ainsi entrer le critère de la "raison" parmi les éléments de la légalité. Le juge administratif en Grèce, et surtout le Conseil d'Etat, a rangé, parmi les moyens qui font partie du cas d'ouverture de la violation de la loi, "le dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire" (27). C'est en grande partie au moyen des standards que le Conseil d'Etat hellénique est arrivé à circonscrire et à préciser les critères, suivant lesquels il constate si le jugement de l'administration lors

(24) Puisqu'il contrôle une telle appréciation lorsqu'elle arrive à constituer un dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire.
(25) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 1664/1962.
(26) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3336/1978 et 2924/1983. Cf. également les arrêts 1720/1977, 662/1978 et 2187/1984.
(27) Il est à signaler que le "dépassement des extrêmes limites du pouvoir discrétionnaire" peut et même doit être vu comme une sorte de standard inventé en Grèce de toutes pièces par le Conseil d'Etat.

de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire a dépassé les limites extrêmes qui lui sont imposées.
a) Parmi ces standards on pourrait mentionner :
- les conclusions qui doivent être tirées à partir "de l'expérience commune" ;
- le critère de la "bonne administration" (28) ;
- le concept de la "mesure proportionnée" (29), qui permet l'application effective du principe de proportionnalité en la matière (30).
b) A partir de ce fondement conceptuel, la jurisprudence administrative, en Grèce, est arrivée à formuler d'autres standards qui, cette fois, s'inscrivent dans le cadre des résultats du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est ainsi que selon cette jurisprudence :
- le contrôle juridictionnel ne peut pas intervenir dans le domaine circonscrit par "le jugement technique de l'administration" (31) (32) ;
- le contrôle juridictionnel ne peut intervenir, dans le domaine du jugement de l'administration relatif à l'avancement au choix des fonctionnaires et autres agents publics, que si la juridiction compétente en la matière constate une "supériorité manifeste" de la personne qui n'a pas bénéficié de l'avancement (33).

C - Le cas du détournement de pouvoir

Enfin le concept et la technique du standard sont à l'origine de la délimitation du contrôle juridictionnel lors de l'examen, surtout par le juge de l'excès de pouvoir, du cas d'ouverture relatif au détournement de pouvoir (34). C'est ainsi que, selon la jurisprudence administrative et surtout celle du Conseil d'Etat :
- le moyen d'annulation basé sur le détournement de pouvoir ne peut être retenu que "si le détournement de pouvoir est manifeste" (35) ;
- le moyen susmentionné ne peut être également retenu que "s'il

(28) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 1382/1948 et 810/1983.
(29) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2112/1984 et 2261/1984.
(30) Principe qui, à son tour, entre dans le cadre du principe d'égalité lato sensu.
(31) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2250/1985.
(32) Surtout lorsque ce jugement se réfère à des questions de "haute technicité".
(33) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 273/1981, 588/1982, 1896/1982, 975/1984, 2131/1984 et 3797/1985.
(34) Il est à signaler que ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir présente, dans le cadre de la jurisprudence administrative en Grèce, un intérêt très limité, surtout parce qu'il est surplanté par d'autres cas d'ouverture, dont l'examen se fait à une phase antérieure. Parmi ces derniers on doit mentionner principalement celui qui est relatif au contrôle des motifs.
(35) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2339/1985.

est prouvé par celui qui l'invoque" (36) ou "s'il résulte clairement des éléments du dossier" (37).

III - LE STANDARD JURIDIQUE ET LE RENFORCEMENT DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Dans le cadre des limites qui sont imposées à son contrôle tant par les normes qui composent le principe de la légalité que par les standards inventés par lui selon la méthode précédemment décrite, le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat en Grèce fait recours au concept et à la technique du standard pour rendre son contrôle plus efficace. Un tel renforcement, dans ce cadre précis, doit être interprété tant comme une tendance du juge administratif à souligner les éléments et caractéristiques prétoriens de son rôle juridictionnel que comme un effort pour combler les lacunes inévitables de la réglementation en vigueur et pallier aux inconvénients éventuels des imperfections qui sont le résultat surtout de la mutation constante et, souvent, abusive de cette réglementation.

Parmi les standards au moyen desquels le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat en Grèce essaye de renforcer son contrôle, on peut, certes à titre d'exemple représentatif en la matière, ranger celui du "délai raisonnable", ceux qui précisent les caractéristiques nécessaires de la motivation et enfin celui concernant la nature et le rôle fonctionnel de "l'intérêt général".

A - Le standard de l'expiration du "délai raisonnable"

Selon une pratique législative assez courante dans le domaine du droit public et plus particulièrement du droit administratif, les normes en vigueur ne précisent pas toujours les délais dans lesquels les autorités administratives doivent procéder à un agissement déterminé (38). En essayant de minimiser les inconvénients et surtout les abus qu'une telle incertitude de la réglementation en vigueur pourrait produire de la part des autorités administratives, le juge administratif en Grèce a recours au standard du "délai raisonnable". Plus précisément et suivant ce standard, le juge administratif compétent en la matière reconnaît, certes, à l'administration le pouvoir -d'ailleurs reconnu par les normes qui circonscrivent son champ d'action- de choisir le temps

(36) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 4083/1973, 422/1977, 531/1983 et 4893/1984.

(37) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 2644/1973, 4275/1977 et 2922/1985.

(38) Au contraire et, au moins en règle générale, ces mêmes normes précisent les délais dans lesquels les administrés doivent procéder à tel ou tel agissement, qui leur est prescrit envers l'administration.

de son agissement ; mais il impose une limite extrême que l'administration ne peut pas dépasser. Cette limite est déterminée au moyen du "délai raisonnable", dont la longueur est précisée discrétionnairement par le juge administratif, selon les circonstances particulières de chaque cas précis. C'est ainsi que le standard du "délai raisonnable" apparaît par exemple :

1 - Dans le cadre du retrait des actes administratifs individuels

Selon un principe général du droit administratif en Grèce, les autorités administratives peuvent procéder librement au retrait des actes administratifs individuels qui sont illégaux. Pourtant, et si l'application de ces actes a créé des effets favorables au profit des administrés qui ont montré bonne foi envers l'adminsitration, ce retrait ne peut pas intervenir après l'expiration d'un "délai raisonnable" (39) (40).

2 - Dans le cadre des délais indicatifs prévus pour l'accomplissement d'un agissement des autorités administratives

Lorsque les dispositions en vigueur prévoient que les autorités administratives compétentes en la matière doivent agir dans un délai, qui est précisé d'une manière indicative, le juge administratif reconnaît à ces autorités le pouvoir de dépasser les limites de ce délai mais il leur défend d'excéder les frontières chronologiques qui découlent du concept du "délai raisonnable" (41).

3 - Dans le cadre de la réalisation de l'expropriation

La réglementation en vigueur ne prévoit pas de limites chronologiques à la réalisation effective de l'expropriation après la déclaration d'utilité publique. Or, étant donné qu'après la déclaration d'utilité publique la propriété privée, protégée d'ailleurs par les dispositions de l'article 17 de la Constitution, subit une charge juridique et économique très lourde, le juge administratif et plus précisément le Conseil d'Etat admet que la réalisation de l'expropriation doit intervenir dans un "délai raisonnable" (42).

(39) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 47/1963, 20/1971, 3507/1979 et 832/1983.
(40) Selon les dispositions de la loi 261/1968 ce délai ne peut pas être inférieur à cinq ans à compter de l'émission de l'acte administratif incriminé.
(41) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 1967/1966, 2093/1969 et 2472/1982.
(42) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 152/1985, 519/1985, 1741/1985, 2676/1985 et 4262/1985.

B - Le standard relatif aux caractéristiques de la motivation des actes administratifs

Les règles légales et réglementaires ainsi que les principes généraux, qui constituent le régime de la motivation des actes administratifs, ne décrivent pas, au moins d'une manière précise et systématique, les caractéristiques que cette motivation doit respecter pour qu'elle puisse être conforme encore, par le biais de la légalité. C'est, pour une fois encore, par le biais de la technique du standard que la jurisprudence administrative hellénique a décelé ces caractéristiques.

Plus précisément, selon cette jurisprudence, la motivation des actes administratifs doit être :

- "spéciale" (43), à savoir adaptée chaque fois aux particularités concrètes de la situation, sur laquelle se base l'émission de l'acte motivé ;
- "suffisante et complète" (44), à savoir contenant tous les éléments de fait et de droit, qui permettent de tester la conformité de l'acte motivé avec le principe de la légalité ;
- "conforme aux éléments du dossier" (45), à savoir aux éléments que l'administration a retenus pour former le contenu de l'acte motivé.

C - Le standard de l'intérêt général

Il paraît, prima faciae, difficile de ranger l'intérêt général parmi les standards inventés par le juge administratif lors de l'exercice de ses fonctions juridictionnelles. N'est-il pas en effet vrai que l'intérêt général constitue une notion juridique indéterminée qui fait partie intégrante des normes qui l'incorporent et qui permettent ensuite de concrétiser son contenu? Par conséquent n'est-il pas plus conforme à la réalité juridique d'admettre que l'intérêt général constitue une pièce essentielle du cadre normatif des règles qui s'y réfèrent et qu'il ne peut pas ainsi être considéré comme un outil d'interprétation et d'application de ces règles inventé par le juge compétent en la matière ?

La réponse qui doit être donnée aux questions précédemment posées doit être, en principe, affirmative. Il n'en reste pas moins que l'évolution récente de la jurisprudence administrative en Grèce montre que, dans certains cas, le juge qui est à son origine procède à une approche du concept d'intérêt général qui, du point de vue méthodologique, l'assimile, au moins

(43) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 3522/1971, 2424/1982 et 4177/1984.
(44) Voir les arrêts du Conseil d'Etat n° 1412/1964, 1140/1965, 4150/1973, 2418/1976, 1061/1981 et 2441/1983.
(45) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 276/1983.

quant aux fonctions qu'il y exerce, au concept et à la technique du standard.

1 - L'intérêt général et la hiérarchie des normes

En effet, et en examinant la jurisprudence administrative hellénique, on peut déceler des exemples, d'ailleurs de plus en plus nombreux, où le juge compétent en la matière ne voit pas dans le concept d'intérêt général une notion juridique indéterminée, qui doit être interprétée et précisée avant de procéder à l'application de la norme qui la contient, mais plutôt un moyen qui lui permet de faire le choix de la norme qu'il doit appliquer dans un cas précis. Plus concrètement, le juge administratif et surtout le Conseil d'Etat lorsque, dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, il se trouve en présence de deux ou plusieurs normes de valeur égale, parmi lesquelles il faut choisir afin de trancher le litige qui lui est soumis, a recours au concept d'intérêt général pour opérer ce choix. Et sa méthode consiste, en gros, dans un premier temps en la détermination de l'intérêt général que chacune des normes en présence exprime et, dans un deuxième temps, en l'établissement d'une hiérarchie parmi les intérêts généraux ainsi dégagés, hiérarchie qui lui permet d'opter pour l'application de la norme représentant l'intérêt général qui se trouve à sa tête.

2 - Le témoignage de certains exemples jurisprudentiels

C'est ainsi que par le biais de l'intérêt général, inséré cette fois comme une sorte de standard dans le cadre de ses syllogismes, le Conseil d'Etat hellénique a récemment pu, dans des cas précis, écarter par exemple :

a) L'application des dispositions des articles 17 de la Constitution (protection de la propriété privée) et 107 de la Constitution (protection spéciale de la réglementation relative aux capitaux étrangers), au profit des dispositions constitutionnelles concernant la défense nationale (46).

b) L'application des dispositions de l'article 109 de la Constitution (protection du contenu et des termes d'un testament), au profit des dispositions de l'article 21 parag. 3 de la Constitution (protection de la santé des citoyens) (47).

c) L'application des dispositions des articles 22 parag. 2 de la Constitution (garantie concernant les conventions collectives du travail) et 23 parag. 1 de la Constitution (protection de la liberté syndicale), au profit des dispositions de l'article 106 de la Constitution (protection de l'économie nationale) (48).

(46) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 58/1977.
(47) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 400/1986.
(48) Voir l'arrêt du Conseil d'Etat n° 2289/1987.

3 - Vers une approche critique

Cette attitude jurisprudentielle qui consiste en l'utilisation de l'intérêt général en tant que standard permettant d'établir une hiérarchie parmi les normes de valeur égale, avant de procéder à leur application, paraît, à bien des égards, très critiquable.

a) En premier lieu, et pour se limiter à l'exemple des normes de valeur constitutionnelle, elle conduit à l'acceptation de la thèse suivant laquelle il existe une hiérarchie des dispositions de la Constitution, quant à leur valeur juridique, hiérarchie qui peut, en définitive, faire échec à l'application de certaines d'entre elles au profit d'autres qui se présentent, du point de vue normatif, comme supérieures. Cette conclusion est doublement fausse et dangereuse. D'abord parce qu'elle est contraire à la volonté du législateur constituant, à l'esprit duquel une telle hiérarchie paraît inconcevable (49). Ensuite parce qu'elle aboutit à l'instauration d'un climat d'incertitude juridique puisqu'elle rend impossible toute prévision certaine quant aux relations normatives entre les dispositions de la Constitution. Et cette incertitude est -faut-il le souligner davantage ?- préjudiciable, voire même catastrophique, pour la garantie de l'efficacité et de l'effectivité de la réglementation constitutionnelle.

b) En deuxième lieu, parce qu'elle ne doit pas être considérée, dans le cadre de l'interprétation des normes juridiques, comme à sens unique et, par conséquent, comme inévitable. En effet, le problème qui a causé son invention peut être résolu par l'intermédiaire de la méthode de la délimitation respective des domaines d'application des normes en présence, comme l'a d'ailleurs démontré d'une manière très simple mais limpide par exemple la récente décision du Conseil Constitutionnel français du 28/7/1987.

EN GUISE D'EPILOGUE

Né en marge de la normalité, le concept et la technique du standard, dans le cadre de la jurisprudence administrative en Grèce, pénètrent petit à petit et d'une manière presque imperceptible vers son noyau. C'est pour cette raison qu'il serait faux de regarder le standard comme une simple technique, jouant un rôle auxiliaire dans le domaine du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif.

(49) Il est à cet égard significatif que la jurisprudence du Conseil d'Etat hellénique a consacré, d'une manière très solennelle et expresse, le principe de la valeur juridique égale de toutes les normes constitutionnelles (v. l'arrêt 292/1984, rendu en assemblée). Pourtant son évolution ultérieure doit, comme il est manifeste, être interprétée comme un revirement non négligeable.

Au terme de cette analyse et à l'appui des données jurisprudentielles susmentionnées, on peut conclure que le standard, monté de toutes pièces par le juge administratif, ne fait que mettre en relief, certes avec d'autres facteurs qui vont dans le même sens, son rôle créateur incontestable. De l'autre côté, cette attitude du juge administratif à l'égard du standard montre non seulement l'évolution de l'arsenal des moyens mis à sa disposition pour rendre son contrôle juridictionnel plus efficace, mais également la subtilité des méthodes qu'il utilise pour parvenir à cette fin. C'est ainsi qu'en suivant cette voie le juge administratif arrive parfois à intervenir, d'une manière certes indirecte mais très efficace, dans le domaine de la constitution des normes qu'il doit interpréter et appliquer, sans que l'on puisse lui reprocher ouvertement l'ambition de l'instauration d'un gouvernement de juges.

STANDARDS ET CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

****

THE STANDARDS AND THE CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE LAWS

Par

Monsieur le Professeur Alessandro PIZZORUSSO
Institut de Droit Comparé - Faculté de Droit de Florence (Italie)
(Traduit de l'italien par Melle Edmée MOREAU)

1. On a pendant longtemps abordé la question des "standards" (1) sous l'angle de l'activité que les juges ordinaires ou administratifs développent afin d'appliquer le droit aux faits soumis à leur examen. Dans cette optique, on s'est interrogé sur le point de savoir si l'emploi de "notions à contenu variable" par le législateur (en plus de leur utilisation par les juges eux-mêmes) donne lieu à une activité juridictionnelle considérée comme "discrétionnaire" ou s'il conduit au contraire seulement à l'exercice, même de façon plus diffuse et engagée, des pouvoirs interprétatifs normaux du juge (2).

Des débats approfondis ont été destinés, en particulier, à évaluer si l'usage de telles formules conduit à une violation du principe de la légalité (spécialement lorsqu'elles sont contenues dans des normes pénales ou dans d'autres règles auxquelles cependant les normes pénales font renvoi (3)), et de même l'on s'est demandé si cette utilisation paraissait compatible avec les règles constitutionnelles qui président à la répartition des compétences entre le législateur et le juge, à savoir entre celui qui crée et celui qui applique le droit (4).

La reconstruction du système des sources du droit déclenchée dans de nombreux pays par la mise en place d'un régime de constitution rigide et surtout par l'introduction d'un système de contrôle de la constitutionnalité des lois garantissant la

(1) Voir, également pour des références ultérieures, S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris, L.G.D.J., 1980. En Italie et dans les pays de langue allemande, on parle plutôt, pour désigner la même réalité, de "clauses générales" : voir surtout S. Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milan, Giuffrè, 1969 ; U. Natoli, Clausole generali e principi fondamentali davanti alla corte di cassazione, dans Scritti in memoria di D. Barillaro, Milan, Giuffrè, 1982, p. 343 s. ; F. Roselli, Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Naples, Jovene, 1983, spec. pp. 7, 152 s. ; S. Rodotà, Il tempo delle clausole generali, dans Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 709 s. Dans une certaine mesure ce problème est lié aussi à celui de la détermination des "principes" et de leur distinction des "règles" : sur ce point, voir R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge Mass., Harvard Univ. Press., 1977, traduction italienne réalisée par G. Rebuffa, Bologne. Il Mulino, 1982, p. 79 s. ; S. Bartole, Principi generali del diritto (dir. cost.), dans Enc. del diritto, XXXV, Milan, 1986, p. 494 s. ; A. Cerri, Il "principio" come fattore di orientamento interpretativo e come valore "privilegiato" : spunti ed ipotesi per una distinzione, dans Giur. cost., 1987, I, p. 1806 s. Une analyse complète des problèmes soulevés par l'usage de ce type de formules par le législateur se trouve dans Ch. Perelman et R. Vander Elst, Les notions à contenu variables en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984.

(2) Ainsi que le note S. Rials, Les standards, notions critiques du droit, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 39 s., les "règles jurisprudentielles formulées à l'aide d'un standard, (...) ne sont pas l'expression d'un quelconque pouvoir discrétionnaire, mais d'un pouvoir normatif" (p. 48). A ce sujet, pour approfondissement, voir plus en avant dans le texte.

(3) Voir, aussi pour des références ultérieures, F. Palazzo, Il principio di determinatezza nel diritto penale, Padoue, Cedam, 1979.

(4) Voir, également pour des références ultérieures, A. Pizzorusso, The Law-Making Process as a Juridical and Political Activity, dans A. Pizzorusso (ed.), Law in the Making. A Comparative Survey, Heidelberg, Springer, 1988, p. 5 s.

suprématie des normes constitutionnelles sur les normes législatives ordinaires, a soumis ce problème à de nouveaux développements.

Tandis qu'auparavant la question concernait en fait seulement la détermination ou l'élaboration par le juge (mais aussi dans une certaine mesure également par le fonctionnaire ou le citoyen) de la norme à appliquer à une espèce, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois il ne s'agit pas tant de définir ou d'élaborer une telle norme que de confronter des dispositions ou des normes (5) de niveau différent au sein de la hiérarchie des sources, afin de distinguer les règles compatibles avec les normes constitutionnelles de celles éventuellement en contradiction avec elles.

Ainsi, alors que, pendant des années, le débat autour des standards s'est attaché à leur emploi en vue de la détermination de la norme à appliquer à un certain fait, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois (comme, du reste, déjà auparavant dans le cadre du contrôle de légalité des règlements), il s'agit de savoir dans quelle mesure les notions à contenu variable peuvent constituer des paramètres utilisables dans l'établissement de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité d'une disposition ou d'une norme législative. Cela revient donc à envisager une opération qui, même lorsqu'elle est appliquée conformément à la norme constitutionnelle (ou à celle qui reste en vigueur après l'élimination de la norme inconstitutionnelle) à un fait déterminé (6), mène à une confrontation entre deux normes plutôt qu'à la subsomption d'un fait à l'espèce abstraite prévue par une norme.

(5) Selon la distinction opérée par V. Crisafulli, Disposizione (e norma), dans Enc. del diritto, XIII, Milan, Giuffrè, 1964, p. 195 s., et par G. Tarello, Diritto, enunciati, usi, Bologne, Il Mulino, 1974, p. 135 s., par "disposizione" (ou "enunciato"), on entend une proposition employée par une autorité qui exerce un pouvoir normatif, tandis que par "norma" on désigne une règle juridique appliquée concrètement par un juge ou un autre acteur du droit. Evidemment, une norme peut correspondre à une disposition, mais elle représente assez souvent le fruit d'une activité interprétative qui utilise plus d'une disposition, éventuellement en même temps que d'autres matériaux normatifs (qui peuvent par exemple résulter de certains comportements susceptibles de donner vie à une coutume, de précédents judiciaires, d'opinions doctrinales, etc...).

(6) A propos de la classification des systèmes de contrôle des lois en deux genres, "abstraits" et "concrets", selon que le contrôle est ou non effectué en vue de l'application de la norme soupçonnée d'inconstitutionnalité à un fait déterminé, voir A. Pizzorusso, I sistemi di giustizia costituzionale : dai modelli alla prassi, in Quaderni costituzionali, 1982, p. 521 s. Sur les systèmes européens de justice constitutionnelle, voir dernièrement, Ch. Starck, A. Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit dans Westeuropa, Baden-Baden, Nomos, 1986, ainsi que les essais publiés dans l'Annuaire international de justice constitutionnelle, Paris-Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1985 s.

2. Ceci étant posé, lorsque l'on analyse le problème des notions à contenu variable en se référant à un système des sources du droit articulé selon une pluralité de degrés, tel que nous le trouvons mis en oeuvre dans les ordres juridiques prévoyant des formes de contrôle de constitutionnalité des lois (mais pas exclusivement dans ceux-ci), nous pouvons remarquer qu'un tel problème tend à s'identifier à celui de la formation progressive de normes obtenue par l'intégration d'éléments tirés d'une pluralité de sources.

En réalité, alors que dans les ordres juridiques fondés sur un système des sources qui assure la prééminence absolue de la loi du parlement celle-ci, tout en pouvant bien sûr renvoyer à d'autres sources (règlement, coutume, droit international, etc...), constituait inévitablement le facteur légitimant toute utilisation de celles-ci (7), dans les ordres juridiques dont le système des sources s'inspire de la conception hiérarchique élaborée par l'école de Vienne, selon laquelle chaque source produit des matériaux normatifs destinés à la fois à intégrer ceux dérivant des sources de niveau supérieur et à être intégrés par ceux qui proviennent des sources de niveau inférieur ; tout cela est régi par des normes sur les sources elles-mêmes (8), lesquelles, égales à toutes les autres, peuvent dériver d'une ou plusieurs sources selon les critères normaux et pas seulement de la loi du parlement (9).

Par conséquent, si dans le premier cas il n'existe pas d'espaces propres à une intégration des dispositions législatives (ou à d'autres auxquelles elles pourraient éventuellement renvoyer), en dehors des cas où elles-mêmes font appel à d'autres sources, dans le second, par contre, il apparaît logique que la réglementation adoptée par une loi (ou par une autre source primaire qui lui est assimilée), inclut celle directement fixée par la constitution (ou par une autre source de niveau égal), de même que celle établie par un règlement (ou par d'autres sources secondaires de même niveau) englobe celle établie par une loi, etc.

Une conséquence particulièrement importante de cette innovation correspond au dépassement du critère de sélection des

(7) Cet ordonnancement du système des sources, analysé par R. Carre'de Malberg dans La loi, expression de la volonté générale, (1931), Paris, Economica, 1984, était caractéristique de la troisième république française. Actuellement l'ordonnancement britannique s'inspire largement de principes analogues, sauf en ce qui concerne l'insertion du précédent dans le système des sources : voir M. Zander, The Law-Making Process, Londres, Weidenfeld et Nicolson, 1980.

(8) Sur la nature juridique des normes sur les sources, voir A. Pizzorusso, Fonti del diritto, Bologne-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1977, p. 6 s.

(9) Sur l'opposition entre les systèmes de sources identifié comme "système à rayons", pour autant que la loi est au centre de toutes les autres sources, et ceux considérés comme "système en cascade", selon le modèle de Kelsen, voir A. Pizzorusso, Le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle sur le pouvoir d'appréciation discrétionnaire du législateur, dans Cahiers du Centre de droit et de politique comparés, III, 1988, p. 29 s., spéc. p. 35-39.

différentes techniques d'interprétation de la loi, telle qu'elle s'effectue généralement en régime de constitution flexible, et en vertu de laquelle on peut recourir à l'analogie (*analogia legis*) ou aux principes généraux (*analogia iuris*) seulement afin de combler une lacune de la loi écrite (10) ; dans un régime de constitution rigide, la possibilité d'utiliser les principes constitutionnels comme critères d'interprétation des lois ordinaires, selon la technique de l'interprétation conforme (*Verfassungkonforme Gesetzauslegung*) apparaît en fait d'autant moins discutable.

Du reste, cette répartition de la compétence législative entre les diverses sources n'est pas la seule à pouvoir être déduite des règles générales qui leur assignent un rang différent au sein de la hiérarchie ; en effet, on note aussi des exemples de normes intéressant la production juridique qui décident de façon spéciale qu'une source déterminée doit régir une certaine matière de façon relativement abstraite (par exemple, en se limitant à fixer les "principes généraux" (11) ou les "directives" (12) relatifs à la réglementation en projet), alors qu'une autre doit produire les règles plus spécifiques de mise en oeuvre de tels principes ou directives. Au regard de ces situations, on obtient une répartition des compétences législatives qui se distingue de toutes celles fondées sur des critères tenant à la matière, au territoire, au degré, etc..., du fait qu'elle émane d'un "mode de régulation" (*"tipo di disciplina"*) que la source en question doit produire (13).

Lorsque ceci survient, les solutions fournies par la source supérieure ne visent pas à régler, de manière parfaite et complète, la matière à laquelle elles se rapportent, mais elles constituent néanmoins un paramètre de la constitutionnalité ou de la légitimité des dispositions de mise en oeuvre ou intégratives. Cela procède, soit directement du principe de la hiérarchie des sources, soit du fait qu'une norme de rang supérieur impose à la source

(10) ...en vertu du texte de l'art. 12 des dispositions préliminaires du code civil italien de 1942, officiellement encore en vigueur. Mais il faut noter son aspect désuet à cause de l'introduction du principe de rigidité de la constitution : voir A. Pizzorusso, Fonti del diritto, cit., pp. 123-125. A propos de la valeur des normes sur l'interprétation, voir G. Tarello, Interpretazione della legge, Milan, Giuffrè, 1980, p. 287 s.

(11) Ainsi que cela arrive par exemple lorsqu'on prévoit que des "lois-cadre" ("leggi-cornice") de l'Etat doivent fixer les principes fondamentaux auxquels la législation régionale devra se conformer : ceci se produit en Italie sur la base de l'art. 117 de la constitution, et de l'article 17 de la loi du 16 mai 1970, n. 281. Ce dernier prévoit qu'en l'absence de "leggi-cornice" spécifiques, les régions exercent leurs compétences "dans les limites des principes fondamentaux (...) qui se déduisent des lois en vigueur".

(12) On pense aux directives communautaires qui lient les états "en ce qui concerne le résultat à atteindre, mais laissent aux états la compétence quant à la forme et aux moyens" (art. 14, Traité CECA ; art. 161, Traité Euratom ; art. 189, Traité CEE). Sur la notion de directive, voir M. Clarich, La nozione di direttiva : problemi ricostruttivi e tendenze recenti, dans Foro amm, 1984, II, 551.

(13) Voir A. Pizzorusso, Fonti del diritto, cit., p. 79.

productrice de la réglementation d'application ou intégrative de se conformer aux principes ou aux directives, bien que ceux-ci soient établis par une source de même niveau (14).

3. Dans ce cas, se pose le problème de fixer la force normative attribuée aux principes ou aux directives nés de l'application de normes sur les sources tant qu'ils n'ont pas été mis en oeuvre et englobés par les dispositions produites par la source subordonnée ; de même se pose le problème de savoir si les deux compétences (celle relative aux directives générales et celle concernant la réglementation d'application) doivent être appréhendées comme des compétences réservées ou bien si, en vertu de la source supérieure, il est possible de déterminer les dispositions de détail et, au regard de la source inférieure, il est permis d'adopter une réglementation de la matière en question avant même que soient déterminés des principes ou des directives.

A propos de la première question, il s'agit de saisir qu'hormis le cas où une source habilitée prévoit de façon explicite une dérogation aux principes et aux directives de l'espèce, les règles établies à titre de principes généraux régissant une certaine matière sont susceptibles de toute application, pourvu qu'elle paraisse possible rationnellement, c'est-à-dire en utilisant les instruments normaux de l'interprétation, même avant que ne soit adoptée la réglementation d'application ou intégrative. Il convient d'observer que la détermination des principes ou directives, tout en étant insusceptible d'applications directes, sachant qu'elle fixe exclusivement des objectifs à atteindre, agit cependant de façon indirecte au moment d'analyser sa compatibilité avec la réglementation de niveau inférieur qui peut éventuellement exister (15). Ceci repose sur le principe de la hiérarchie des sources, selon lequel les normes de rang supérieur doivent malgré tout prévaloir sur celles de rang inférieur, à moins que ne soient prévues des dérogations expresses au terme de dispositions ayant un niveau au moins égal à celui des normes auxquelles elles apportent une dérogation.

(14) Ainsi que cela se produit dans le cas des lois régionales italiennes, tenues au respect des principes fondamentaux fixés par les lois-cadres (lois d'Etat ordinaires) en vertu de ce qu'établit l'art. 117 de la constitution, et dans le cas des décrets législatifs délégués, tenus au respect des principes et des critères directifs contenus dans les lois (ordinaires) d'habilitation au terme de ce que prévoit l'art. 76 de la constitution. Par rapport aux textes normatifs de rang égal, qui dans ces cas sont utilisés comme paramètre dans le contrôle de constitutionnalité, la doctrine italienne a élaboré la notion de "normes intermédiaires" ("norme interposte").

(15) Ce critère a été utilisé par la cour constitutionnelle italienne au regard des normes de portée générale inscrites dans la constitution, selon les fondements du problème qu'avait posé V. Crisafulli, La costituzione e le sue disposizioni di principio, Milan, Giuffrè, 1952.

En ce qui concerne le second problème, il faut noter que l'existence d'une compétence réservée ne peut être présumée, car l'interpénétration de règles, même incomplètes, provenant de sources de différents niveaux ressort au contraire implicitement de l'organisation générale du système des sources basée sur le principe hiérarchique. Hormis le cas des dérogations (qui peuvent résulter seulement de l'exercice de pouvoirs normatifs appropriés), la source qui peut édicter les principes et les directives peut aussi normalement se substituer à la source inférieure dans la fixation des dispositions de détail, et la source qui peut mettre en oeuvre les principes ou les directives peut suppléer à l'absence d'exercice des pouvoirs normatifs adéquats. Toutefois, dans le cas où ces pouvoirs viennent à être exercés (même ultérieurement), les règles ainsi produites prévaudront sur les dispositions adoptées (16), ou les rendront inconstitutionnelles ou illégitimes.

4. Un problème tout à fait différent et de nature plus générale s'est ajouté à celui qui vient d'être examiné. Il concerne l'éventualité où les standards sont déduits de dispositions d'un rang inférieur à celui d'une réglementation à l'encontre de laquelle ils pourraient exercer les fonctions interprétatives qui sont normalement les leurs.

A ce propos, il existe deux règles, apparemment contradictoires, et entre lesquelles il convient pourtant de trouver une issue. La première de celles-ci découle directement du principe de la hiérarchie des sources et impose l'inapplication ou l'annulation (selon les procédures prévues à cet effet) des dispositions ou des normes de rang inférieur et incompatibles avec les autres ; la seconde permet, voire impose, à chaque autorité chargée de prendre une réglementation d'application de certains principes ou directives, de spécifier leur portée exacte, ou éventuellement de les interpréter (17).

Il s'ensuit que si la source inférieure peut et, à l'occasion, doit interpréter les textes normatifs produits par la source supérieure, celle-ci peut également faire valoir le résultat de son activité d'interprétation et donc expliciter les dispositions qui ont la nature de principes ou directives.

Toutefois, il ressort du principe de la hiérarchie des sources que cette activité d'interprétation, quand bien même elle

(16) Ainsi que cela est explicitement prévu, en application des lois d'Etat qui modifient les principes fondamentaux auxquels les lois régionales italiennes doivent se conformer, l'art. 10, loi 10 février 1953, n° 62, parle "d'abrogation" des lois régionales antérieures.

(17) Le principe selon lequel une source subordonnée peut interpréter les règles décrivant d'une source supérieure trouve application, par exemple, dans le can. 27 du Codex iuris canonici de 1983, selon lequel Consuetudo est optima legum interpres.

se concrétise dans un texte normatif, n'a pas force obligatoire (sinon dans les limites correspondant à celles du degré de la source dont il s'agit). Par conséquent, les dispositions qui en constituent les fruits ne seront pas soustraites au contrôle de conformité qui s'exerce par rapport aux normes de rang supérieur et, vis-à-vis de ces dernières, elles ne pourront pas non plus justifier l'éventuelle incompatibilité de certaines autres dispositions de rang égal à celui des dispositions interprétatives (18).

5. Les nouveaux problèmes relatifs à la fonction des standards qui se posent dans le cadre des ordres juridiques inspirés du principe de la hiérarchie des sources, n'empêchent pas en eux-mêmes que l'on puisse en relever qui concernent des ordres juridiques fondés sur le principe de l'absolue suprématie de la loi et qui se résolvent aussi principalement en précisant quels pouvoirs reviennent au juge dans la détermination du droit à appliquer à l'espèce soumise à son examen.

En réalité, il existe au contraire d'importantes interférences entre les deux catégories de problèmes. Cela résulte du fait que leur solution se trouve de toute façon sollicitée de juges, même si, de ce côté-ci de l'Atlantique, le juge de la constitutionnalité des lois et celui de la légitimité des actes administratifs est presque toujours différent du juge qui applique le droit à des faits concrets.

Une approche commune du phénomène est pourtant possible à travers le fait que le standard s'identifie de toute façon à un fragment de disposition normative, à savoir une disposition incomplète. Et même s'il existe des cas prévoyant la possibilité de la compléter dans l'exercice ultérieur d'un pouvoir normatif, prévu par les normes sur les sources et inclus dans la hiérarchie relative, il n'existe pas un principe général qui impose cette forme d'intégration ou énonce qu'en son absence le standard ne constitue pas un outil propre à déduire tous les contenus normatifs qu'il est possible de saisir en recourant aux instruments communs de l'interprétation.

Le caractère incomplet des normes qui emploient les notions à contenu variable a pour effet de laisser, autant au juge

(18) Dans le même sens, la cour constitutionnelle italienne a exclu que des limites aux libertés garanties constitutionnellement puissent être déduites de lois ordinaires (par exemple, des normes du code pénal), en précisant au contraire que de telles limites peuvent être obtenues seulement de normes constitutionnelles qui les expriment ou les rappellent explicitement ou implicitement : voir Corte cost., 19 février 1965, n. 9, dans Foro it., 1965, I, 397, sur le point des limites à la liberté d'expression. Plus récemment, sur les rapports entre clauses générales de la constitution et clauses générales du code civil, voir G. Ponzanelli, Corte costituzionale e responsabilità civile : rilievi di un privatistà, dans Foro it., 1988, I, 1959-1960.

de la constitutionnalité des lois qu'au juge ordinaire ou administratif, une marge d'appréciation plus large que d'habitude et il en profite souvent pour définir des règles intégratives ou de mise en oeuvre de la clause générale inscrite dans la disposition constitutionnelle ou législative. Dans le cadre du jugement, la règle intégrative ne fait généralement pas partie du "*décisum*", mais plutôt de la "*ratio decidendi*", et ne dispose donc pas de l'autorité de la chose jugée, mais de la force du précédent (19). En fait, les règles et les pratiques observées dans les différents pays conditionnent largement l'intensité de cette force ; cependant, dans les pays d'Europe continentale, comme on le sait, une telle force n'obligera jamais totalement le juge d'un procès différent : elle détient seulement une autorité "persuasive".

6. Les notions à contenu variable examinées ici ont la particularité d'offrir la possibilité, dans les cas où plus d'une directive de ce genre se trouve applicable (et elles sont toutes dotées de force égale du point de vue de la hiérarchie des sources), de résoudre les éventuels contrastes entre elles, non pas en utilisant les types d'appréciation traditionnels employés pour éliminer les antinomies (20), mais en recherchant un équilibre entre les exigences contradictoires qu'elles présupposent (21).

La bivalence est tout autant caractéristique des notions de ce type : c'est par exemple le cas du principe d'égalité qui, ainsi que le remarquait déjà Aristote (22), énonce dans le même temps qu'à situations égales doit s'appliquer un traitement égal et qu'à situations différentes convient un traitement différent mais adéquat : en conséquence, la portée normative du principe finit presque par se consumer, tout étant lié à l'appréciation des faits, c'est-à-dire à l'égalité ou à l'inégalité des situations en confrontation (23).

Une approche rigoureuse de la notion "d'intérêt public" conduit également à de semblables considérations. En effet, elle se conclut par un renvoi au résultat de la confrontation entre les différents intérêts qualifiés de publics (24).

(19) Voir ci-dessus note 2.
(20) Voir Ch. Perelman (ed.), Les antinomies en droit, Bruxelles, Bruylant, 1965.
(21) Comme on le sait, cette technique est fréquemment employée par la cour suprême des Etats Unis.
(22) Etica Nicomachea, livre V, 1131, a.
(23) A ce propos, voir Ch. Starck, L'égalité en tant que mesure du droit (problèmes d'application du principe d'égalité), dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 181 s. ; Ch. Perelman, Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse, ibid., pp. 370-372. Sur la jurisprudence de la cour constitutionnelle italienne en matière d'égalité, voir A. Cerri, L'eguaglianza nella giurisprudenza della corte costituzionale, Milan, Giuffrè, 1976 ; L. Paladin, Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza : aprile 1979-dicembre 1983, dans Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli, Padoue, Cedam, 1985, p. 605 s.
(24) Voir A. Pizzorusso, Interesse pubblico e interessi pubblici, dans Riv. trim. dir.

Ainsi que cela fut remarquablement observé (25), souvent le principe de la séparation des pouvoirs détient de même la portée d'une notion à contenu variable, vu l'impossibilité à l'appliquer rigoureusement et les nombreuses adaptations qui s'en suivent dans la pratique constitutionnelle des différents pays (26) ; en ce sens, la notion d'ordre public (27) a été utilisée entre autres pour fonder une limite générale aux droits fondamentaux (28).

Dès lors, la conclusion selon laquelle le recours aux clauses générales dans l'activité normative signifie un renoncement partiel à légiférer paraît exacte. Elle illustrerait même plus précisément un refus d'édicter des règles exhaustives et rigoureuses et un choix en faveur de la fixation d'une table de valeurs (29) à l'usage de ceux qui devront appliquer les normes ainsi posées. Cela instaure indiscutablement un élargissement des pouvoirs de ces derniers, et en premier lieu du juge, mais ce constat ne constitue pas un jugement *a priori* positif ou négatif quant à cette manière de procéder et même s'il apparaît en fait susceptible d'être utilisé au profit d'une appréciation plus politique que technico-juridique (30).

En définitive, la multiplicité des situations historiques et des formes d'organisation juridique peuvent justifier le fait de laisser au cours de la phase de mise en oeuvre, une sphère plus large à la recherche de la solution la plus adaptée à chaque cas particulier ou bien, au contraire, de réduire un tel espace à la faveur des décisions prises au niveau de l'activité normative.

Dans cet ordre d'idées, il n'apparaît pas injustifié de recourir parfois à des notions à contenu variable -ou si l'on

---

proc. civ., 1972, p. 57 s.

(25) A. Van Welkenhuyzen, La séparation des pouvoirs, notion à contenu variable en droit, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 113 s.

(26) Voir F. Modugno, Poteri (divisione dei), dans le Noviss. dig. it., XXIII, Turin, Utet, 1966, p. 472 s.

(27) Voir J. Ghestin, Ordre public, notion à contenu variable en droit privé français, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 77 s.

(28) Voir G. Zagrebelsky, Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, dans L. Favoreu (ed.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1982, p. 303 s., spéc. pp. 313-314.

(29)J. Verhaegen, Notions floues et droit pénal, dans Les notions à contenu variable en droit, cit., p. 12 s. Quant à la fonction des valeurs dans le droit, voir L. Caiani, I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, Padoue, Cedam, 1954 ; L. Mengoni, Diritto e valori, Bologne, Il Mulino, 1985.

(30) Ainsi, par exemple, le débat qui se développait en Italie, voici quelques temps, autour de "l'usage alternatif du droit" (voir P. Barcellona (ed.), L'uso alternativo dell diritto. Scienza giuridica e analisi marxista, Bari, Laterza, 1973) fût mal posé à cause de la conviction que l'élargissement des pouvoirs du juge et, en général, l'emploi préférentiel d'une telle technique juridique, plutôt que d'une autre, puisse être considérée comme conforme à une politique de tendance progressiste plutôt qu'à une politique de type conservateur, tandis que l'expérience a clairement confirmé la polyvalence qui est normalement propre aux techniques juridiques.

préfère, à des notions rendues confuses à dessein (31)- afin de réaliser des compromis politiques permettant de débloquer des situations autrement sans issue. Le fait que ce type de solutions charge le juge d'une responsabilité qui lui est inhabituelle (32) présente certes des inconvénients, mais il n'est pas évident que cela ne représente pas un moindre mal face aux risques encourus en cas de paralysie de l'activité des organes constitutionnels.

Du reste, à bien y regarder, l'existence d'une marge d'appréciation plus ou moins large au bénéfice du sujet qui applique le droit ne dépend pas seulement de la technique législative (33) adoptée par celui qui rédige les textes normatifs (c'est-à-dire selon que ceux-ci préfèrent employer des clauses générales ou des règles plus limitatives), mais aussi d'autres facteurs, parmi lesquels peuvent être rappelées, par exemple, la façon dont sont réglementées la publication et l'entrée en vigueur des textes mêmes (34), la tolérance accordée à l'ignorance en toute bonne foi de la loi (35), etc.

Et on peut affirmer de manière encore plus sûre que l'équilibre qui doit subsister, afin de préserver le fonctionnement correct d'un système juridique considéré dans son ensemble, entre les activités d'appréciation des faits et les activités d'énonciation des règles (36), entre les exigences de certitude et le besoin de justice (37), ne dépend pas seulement de la technique de rédaction des textes législatifs, tout en ne pouvant nier qu'elle représente une composante importante de ce cadre complexe.

(31) Voir J. Verhaegen, Notions floues en droit pénal, cit., p. 8.
(32) Face à ce type de situations on a souvent parlé en Italie de "suppléance" du juge (et de la cour constitutionnelle) par rapport aux organes constitutionnels politiques.
(33) Voir, récemment, A. Viandier, Recherche de légistique comparée. Le processus législatif, Heidelberg, Springer, 1988, auquel on fait renvoi à propos de références ultérieures.
(34) Voir J.B. Herzog, G. Vlachos, La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé, Paris, Les éditions de l'épargne, 1961.
(35) Voir Cour d'appel de Bruxelles, 30 juin 1983 (cit. par Ch. Perelman, Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse, qui a justifié, par rapport à la légalité de leur conduite, "l'erreur invincible" qui aurait été commise par un groupe de médecins et d'infirmières ayant exécuté des interruptions de grossesse au-delà de ce que la loi leur permettait, et corte cost. 24 mars 1988, n. 364, dans Foro it., 1988, I, 1385, qui a considéré inconstitutionnel l'art. 5 du Code pénal, lequel codifiait le principe ignorantia iuris non excusat, "nella parte in cui non esclude(va) dall"inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile".
(36) De "prédominance que l'on souhaiterait transitoire, du fait sur le droit", en parle Perelman, op. cit., p. 374.
(37) Voir A. Pizzorusso, Certezza del diritto (profili applicativi), dans Enc. Giur. Treccani, en cours de publication.

LA PROGRAMMATION DE HAUTE QUALITE : Repères sur le rôle des standards dans la réglementation canadienne de l'audiovisuel (1)

****

THE STANDARDS IN THE SPECIAL LEGISLATION ABOUT SPECIAL TECHNICAL SUBJECTS (Broadcasting : "High quality")

Par

Pierre TRUDEL
Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
Faculté de Droit - Centre de Recherche en Droit Public

(1) Cette étude a été menée dans le cadre d'un projet entrepris au Centre de recherche en droit public et devant conduire à la publication d'un traité sur le droit de la radio et de la télévision. Ce projet de recherche a reçu l'appui financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, du Fonds FCAR du Québec, de la Fondation du Barreau du Québec, de la Société Radio Québec et du Fonds de développement de la recherche de l'Université de Montréal. Le ministère des communications du Canada ainsi que le ministère des communications du Québec ont commandité la réalisation de certaines études ayant permis de faire progresser le projet. Les propos exprimés ici sont le fruit d'une réflexion entreprise, il y a plus de cinq ans, et notamment lorsque l'auteur était directeur de la recherche du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion. L'auteur désire remercier ses collègues Danielle Pinard et Pierre André Côté de la Faculté de droit ainsi que France Abran et Sylvie Latour du Centre de recherche en droit public pour l'aide qu'ils lui ont apporté dans cette recherche ; il est seul responsable des carences qui subsistent dans ce texte.

INTRODUCTION

Peu de questions de politique publique sont marquées d'autant d'émotivité que la radio et la télévision. Chacun se sent concerné par ces médias omniprésents. A tort ou à raison, on prête aux médias audiovisuels une influence déterminante sur nos modes de pensée, sur les manières dont les problèmes sont portés à l'attention du public (2).

Prenant la "communication" dans son sens le plus large, le Rapport de la Commission internationale d'étude des problèmes de la communication (Rapport Mc Bride) reconnaissait à la communication, et par le fait même aux médias, des fonctions d'information, de socialisation, de motivation, de discussion, d'éducation, de promotion culturelle, de distraction et d'intégration (3). Le rapport ajoute ensuite que "les fonctions de la communication sont reliées à la totalité des besoins à la fois matériels et immatériels des individus (4)".

Cela explique sans doute, en partie, les appels à l'intervention des pouvoirs publics dans ce domaine, souvent identifié au nombre des plus "sensibles" des secteurs d'activités méritant l'attention de l'Etat. Les activités d'information suscitent souvent craintes et anticipations ; il est souvent exclu de les laisser se développer en dehors de tout encadrement étatique. Guillou et Padioleau rappellent que :

> Les parlements créent des instances de régulation parce que, à la suite de constats ou d'anticipations, les législateurs discernent des problèmes, présents ou futurs, susceptibles d'influer sur le fonctionnement correct des systèmes. Sous cet angle, un problème correspond aux différences perçues entre les états d'une situation et ses états désirés ou attendus, ou, sous la forme plus imagée, à des écarts entre "ce qui est", "ce qui pourrait être", ou "ce qui devrait être" (5).

(2) Pour une revue des très nombreuses approches d'analyse mises au point dans les sciences sociales afin de cerner l'effet des médias de masse, voir Francis Balle, Médias et société, Troisième édition, Paris, Montchretien, 1984, 708 p. ; Denis Mac Quail et Sven Windahl, Communication Models for the study of mass communications, New York, Longman, 1981, 110 p.

(3) Voix multiples un seul monde, Rapport de la Commission internationale d'étude des problèmes de la communication, Paris, La documentation Française, Les Nouvelles éditions africaines, UNESCO, 1980, p. 17.

(4) Ibid., p. 18.

(5) Bernard Guillou et Jean-Gustave Padioleau, La régulation de la télévision, Paris CNCL, La documentation française, 1988, p. 43. Malgré ses mérites évidents, il est dommage que cette étude ne puise pas suffisamment dans l'expérience canadienne en matière de régulation de l'audiovisuel. A bien des égards, l'expérience canadienne, caractérisée de longue date par la cohabitation du service public et des entreprises privées, est beaucoup plus pertinente pour les chercheurs européens que l'expérience de la FCC américaine. En particulier, il est étonnant que les auteurs de cette étude

La régulation des activités de communication, à l'instar sans doute de la régulation de la plupart des activités complexes, pose des défis considérables. Il y est généralement manifeste que les perceptions de "ce qui est", ce qui pourrait être", ou "ce qui devrait être" ne correspondent pas les unes avec les autres (6). Il est en effet peu probable que les différents acteurs sociaux aient une perception unanime de ce que font les médias et du rôle qu'ils pourraient jouer. L'on attend de l'Etat qu'il fournisse un encadrement, à tout le moins minimal, pour le déroulement harmonieux des activités de communication. Voilà quelques unes des raisons pour lesquelles l'activité de communication en général et les médias de radio et de télévision en particulier sont partout l'objet d'une régulation étatique (7) et que cette régulation est régulièrement source de controverses et de conflits (8).

En raison même des enjeux importants qu'il recèle et de l'omniprésence de ces médias, la régulation de l'audiovisuel est un phénomène riche en enseignements pour le juriste s'intéressant aux techniques par lesquelles les normes sont énoncées et appliquées. C'est un champ d'étude souvent ignoré des chercheurs en sciences sociales (9) aussi bien que des juristes qui ne portent pas toujours l'attention nécessaire aux techniques par lesquelles on essaie de faire passer les objectifs souvent ambitieux des politiques publiques dans les comportements (10).

---

n'aient pas jugé à propos de référer au Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, qui discute précisément de plusieurs des questions examinées dans leur ouvrage.

(6) Ibid., p. 44.

(7) Voir Sydney W. Head, World Broadcasting Systems A Comparative Analysis, Belmont, Ca, Walsworth Publishing, 1985, pp. 57 s.

(8) Pierre Trudel, "Les conflits et enjeux juridico-politiques suscités par l'implantation de la télévision à péage", (1981-82), Revue Juridique Thémis, 431.

(9) Dans une tentative de rendre compte de l'émergence et de l'institutionnalisation de la recherche en communication au Québec, les sociologues Jean-Guy Lacroix et Benoît Levesque ne jugent même pas utile de mentionner les études juridiques menées au Québec sur la communication. Voir Jean-Guy Lacroix et Benoît Levesque, "L'émergence et l'institutionnalisation de la recherche en communication au Québec", Communication et information, vol. 7 n° 2, printemps 1985, p. 7 ; cela a de quoi étonner lorsqu'on sait que dans la plupart des pays occidentaux, l'on inclut les travaux sur les aspects juridiques au nombre de ceux qui peuvent figurer parmi les efforts de recherche sur les phénomènes de communication. Peut-être est-ce un indice du degré de développement de la recherche sociale québécoise en ce domaine. Sur les travaux juridiques en matière de radiodiffusion, voir René Pépin, Bibliographie sélective sur le droit canadien de la radiodiffusion, Faculté de Droit, Université de Sherbrooke, décembre 1983, 44 p. ; en général sur la radiodiffusion canadienne, voir Marc Deschenes, Viviane Haeberle et Nicole Tremblay, Radiodiffusion et Etat : bibliographie des documents en langue française établie à l'intention du Groupe de travail sur la politique de radiodiffusion, Québec, Université Laval, Département de communication, août 1985, 129 p. ; Peter A. Bruck, Jay R. Weston, Patricia L. Bennett et E. Jill Wardy, Bibliography on Canadian Broadcasting, Prepared for the Task force to Review the Canadian Broadcasting System, Ottawa, Carleton University, Center for Communication Culture and Society, 1985, pag. mult.

(10) Pierre Trudel, La part du droit dans la défense et l'illustration des cultures

Les législations sur l'audiovisuel se caractérisent souvent par un recours intense aux standards car, en elles-mêmes, les activités de régulation ne prédisposent pas à des définitions indiscutables qui s'imposeraient d'emblée ou par "la simple force de l'évidence" (11). Bien au contraire, la richesse et la complexité des enjeux en font plutôt le terrain de prédilection pour les grandes batailles opposant les acteurs sociaux. Rien d'étonnant qu'il en résulte un impact sur la formulation des règles de droit. Les parlements ont eu tendance à tracer des cadres généraux devant présider à la régulation des activités des radios et des télévisions plutôt que de prescrire des règles précises susceptibles d'application mécanique. Il est en effet plus facile (12) de proclamer, par exemple, la liberté de la communication audiovisuelle ou le pluralisme (13) ou encore le besoin d'émissions de haute qualité, que de poser des normes qui viendraient, de façon détaillée, prescrire ce qu'il faut ou ne faut pas faire afin d'y arriver. D'ailleurs, ce qui est recherché dans la régulation de l'audiovisuel, c'est bien plus un résultat global qu'une application mécanique des règles de droit. L'on ne doit donc pas s'étonner d'y rencontrer des encadrements juridiques faisant grand usage des standards.

Aux Etats-Unis, toute l'activité de la Federal Communication Commission (FCC) repose sur l'obligation pour cette dernière de réglementer et surveiller selon le standard du "public interest, convenience and necessity" (14). A partir de ce standard, l'organisme de réglementation a élaboré un régime complet

---

nationales, Exposé présenté au colloque Communication et cultures Québec Vénézuela, Montréal, 15 mars 1984.

(11) Bernard Guillou et Jean-Gustave Padioleau, op. cit., p. 44.

(12) A certains égards, cela est sans doute plus souhaitable car il est sans doute difficile, dans les sociétés occidentales, de concilier liberté d'expression et réglementation détaillée des programmes de radio et de télévision par les politiciens.

(13) En France, l'article premier de la Loi du 30 septembre 1986 proclame que : "L'établissement et l'emploi des installations de télécommunications, l'exploitation et l'utilisation des services de télécommunications sont libres. Cette liberté ne peut être limitée, dans le respect de l'égalité de traitement, que dans la mesure requise par les besoins de la défense nationale, par les exigences du service public ainsi que par la sauvegarde de l'ordre public, de la liberté et de la propriété d'autrui et de l'expression pluraliste des courants d'opinion". Dans son ouvrage consacré à l'étude de cette loi, Guy Drouot identifie la liberté de communication, le pluralisme et la transparence comme étant les trois grands principes du droit français de la communication audiovisuelle. Voir Guy Drouot, Le nouveau droit de l'audiovisuel, Paris, Sirey, 1988, première partie ; Emmanuel Derieux, "Le nouveau statut de la communication" (1987) R.D.P. 321-360, "La nouvelle réforme de l'audiovisuel" (1987), Revue Française de droit administratif, 343-418 ; Jacques Chevallier, "Le nouveau statut de la liberté de communication" (1987), A.J.D.A. 59-79. Pour une excellente présentation schématique de la Loi du 30 septembre 1986, voir Bertrand Delcros et Bianca Vondan, La liberté de communication, Loi du 30 septembre 1986. Analyse et commentaire, Paris, CNCL, 1987.

(14) Communications Act, 1934, 47 U.S.C. parag. 151 à 609, voir notamment les articles 214 (a), 307 (d), 309 (a), 316 (a).

encadrant les activités des stations de radio et de télévision américaines (15).

La législation canadienne repose aussi en bonne partie sur des notions floues, des standards. La *Loi sur la radiodiffusion* (16) adoptée en 1968 énonce "que la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité".

Cette disposition fait partie d'un ensemble plus large, l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* (17) intitulé "Politique de la radiodiffusion pour le Canada". Le titre complet de la *Loi sur la radiodiffusion* se lit comme suit : "Loi ayant pour objet de mettre en oeuvre, pour le Canada, une politique de la radiodiffusion". C'était la quatrième loi (18) adoptée par le Parlement pour régir la radiodiffusion au Canada (19).

(15) Voir en général R. Terry Ellmore, Broadcasting Law & Regulation, Blue Ridge Summit PA, Tab Books, 1982 ; Sydney W. Head et Christopher H. Sterling, Broadcasting in America, A survey of Television, Radio and New Technologies, Fourth Edition, Boston, Houghton Mifflin, 1982, p. 410 et s.

(16) S.R.C. 1970, c. B-11. Dans le contexte de la loi canadienne, l'expression "radiodiffusion" vise une radiocommunication destinée au public en général. Etant donné que les stations de télévision utilisent des ondes hertziennes, elles sont des entreprises de radiodiffusion désignées comme telles bien que l'on pourrait penser que l'expression "télédiffusion" serait, en français, plus précise pour les désigner.

(17) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (d) : "La programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et (qu') elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et que la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres".

(18) Elle faisait suite aux textes suivants adoptés à compter de 1932 : Loi concernant la radiodiffusion, S.C. 1932, 22-23 Geo V, c. 51 ; Loi concernant la radiodiffusion, S.C. 1936, 1 Ed. VIII, C. 24 ; Loi concernant la radiodiffusion, S.C. 1958, 7 Eliz II, c. 22.

(19) Le Parlement fédéral exerce une juridiction exclusive sur la radiodiffusion. Les tribunaux ont tiré cette conclusion de l'interprétation de la Loi Constitutionnelle de 1867 énonçant le partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Voir In re La réglementation et le contrôle de la radiocommunication au Canada, (1932) A.C. 304, version française dans François Chevrette et Herbert Marx, Droit Constitutionnel, Montréal, P.U.M. 1982, p. 967 ; Comme l'activité de radiocommunication comprend à la fois l'émission et la réception, il s'ensuit que le Parlement possède une juridiction exclusive aussi bien sur l'émission que sur la réception des signaux. Par conséquent, les entreprises de réception de radiodiffusion, les câblodistributeurs, tombent sous la juridiction fédérale et sont visées par la Loi sur la radiodiffusion ; voir Capital Cities Communications Inc. v CRTC, (1978) 2 R.C.S. 141 ; Régie des services publics v. Dionne, (1978) 2 R.C.S. 191. Les provinces exercent en vertu de leur juridiction sur la propriété et le droit civil dans leurs territoires respectifs un certain contrôle sûr les contenus radiodiffusés, voir Procureur général du Québec v. Kellong's, (1978) 2 R.C.S. 211, mais le Parlement fédéral possède la juridiction de principe dans le domaine de la radiodiffusion, voir Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada, (1973) 3 O.R. 819 ; La radiodiffusion éducative est l'une des zones grises puisque les provinces ont juridiction exclusive sur l'éducation, voir Ronald G. Atkey, "The Provincial Interest in Braodcasting under the Canadian Constitution", (1969) 1 Can. Com. L.R. 212 ; Martha Fletcher et Frederick J. Fletcher, "Les communications et la confédération : répartition des pouvoirs et perspectives d'avenir", dans R.B. Byers et Robert W. Reford (éds), Le déffi canadien : La viabilité de la confédération, Toronto, Institut canadien des affaires internationales, 1979, p. 175 ; J. Scott Wilkie, "The

La *Loi sur la radiodiffusion* est d'une architecture relativement simple. Elle énonce les principes sous-tendant la politique canadienne de la radiodiffusion (20), attribue à un organisme de réglementation, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (21), le rôle et les pouvoirs nécessaires afin de surveiller et de réglementer les entreprises de radiodiffusion (22) de façon à mettre en oeuvre cette politique de radiodiffusion et enfin, la loi énonce le statut du service public national de radiodiffusion, dont la responsabilité revient à la Société Radio Canada (23). On trouve assez peu de dispositions substantives dans la *Loi sur la radiodiffusion.* A part une disposition concernant les émissions de nature partisane dont on interdit la diffusion le jour ou la veille d'une élection ou d'un référendum (24), il n'y a dans cette loi que des habilitations. Ainsi le CRTC se voit accorder les pouvoirs de faire des règlements (25), d'énoncer les conditions auxquelles sera soumise chaque personne se voyant accorder une licence afin d'exploiter une entreprise de radio ou de télévision (26), et des pouvoirs d'enquête, notamment sur des plaintes relativement à toute question relevant de ses pouvoirs (27).

Le coeur de la loi est indubitablement l'énoncé de la politique de radiodiffusion à l'article 3 (28). Il y est déclaré que "la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne devraient être souples et aisément adaptables aux progrès scientifiques ou techniques (29)". Cette seule mention suffirait sans doute à expliquer le recours intense aux standards que fait cette loi. Al Sanhoury identifiait l'adaptabilité comme étant le besoin le plus impérieux et sans

---

Radio Reference and Onward : Exclusive Federal Jurisdiction over General Content in Broadcasting", (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 49.

(20) Loi sur la radiodiffusion, art. 3.

(21) Cet organisme, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a vu son statut considérablement modifié en 1975 lorsqu'il a acquis juridiction sur les entreprises de télécommunications relevant de la juridiction fédérale. Voir Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, S.C. 1974-75-76, c. 49. Sur la structure et le fonctionnement du Conseil voir : Marie-Philippe Bouchard, Michèle Gamache et Mireille Beaudet, La réglementation des entreprises de radiodiffusion par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Rapport préparé pour le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Montréal, Centre de recherche en droit public, Mars 1986, pp. 11 à 81.

(22) Loi sur la radiodiffusion, art. 15.

(23) Loi sur la radiodiffusion, art. 33 et s.

(24) Loi sur la radiodiffusion, art. 28.

(25) Loi sur la radiodiffusion, art. 16.

(26) Loi sur la radiodiffusion, art. 17.

(27) Loi sur la radiodiffusion, art. 19 (2) (c).

(28) Cet énoncé faisant l'objet de l'art. 3 de la Loi sur la radiodiffusion est reproduit en annexe.

(29) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (j).

doute le moins facile à réaliser pour le droit (30). Il constatait aussi que le standard était une technique de nature à favoriser cette adaptabilité. Il écrit qu'"A la fixité et la rigidité de la règle, s'oppose avantageusement la souplesse et l'adaptabilité du standard" (31).

Le législateur canadien choisit quelquefois d'exprimer sa volonté en ayant recours à des standards. Dans le projet de loi C-136 destiné à remplacer l'actuelle *Loi sur la radiodiffusion* déposé le 23 juin dernier à la Chambre des communes, on trouve un alinéa, inséré dans une disposition analogue à l'actuel article 3 qui déclare que "la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité" (32). Le Parlement canadien a voulu énoncer les principes et les objectifs qu'il entend poursuivre dans certains autres textes législatifs tels la *Loi nationale sur les transports* (33), l'ancienne *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* (34) et, bien sûr, la *Loi sur la radiodiffusion.* Cette façon d'exprimer les intentions du Parlement est relativement nouvelle et a peu fait l'objet d'analyses systématiques (35). Grant Hammond écrivait que l'émergence de cette technique n'avait pas suscité beaucoup d'intérêt de la part des chercheurs (36), bien que le procédé ait parfois été employé de façon relativement similaire aux Etats-Unis (37) et en Nouvelle-Zélande (38). Le recours aux standards prend des dimensions encore plus importantes lorsque le Parlement prétend indiquer "ce qui doit être" en termes qualitatifs. Il importe donc de bien cerner les traits et les limites du recours aux standards dans la formulation de lois fondamentales comme celles définissant la politique d'un pays en matière d'audiovisuel.

L'objet de cette étude est de montrer comment opère l'un des standards énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion.* Le standard de haute qualité, en raison des échos rhétoriques qu'il provoque, fait figure de spécimen de choix pour une démarche

(30) A.-A.Al-Sanhoury, "Le standard juridique" dans Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 144.
(31) Ibid., p. 146.
(32) Loi concernant la radiodiffusion et modifiant certaines lois en conséquence et concernant la radiocommunication, Projet de loi n° C-136 (1ère lecture), 2ème session, 33e législature (Can.), art. 3 (e).
(33) S.R.C., 1970, c. N-17, art. 3.
(34) S.C., 1973, c. 46 remplacée par la Loi sur Investissement Canada, S.C. 1985, c. 20.
(35) Voir R. Grant Hammond, "Embedding Policy Statements in Statutes : A Comparative Perspective on the Genesis of a New Public Law Jurisprudence", (1982) 5 Hastings int'l and comparative L.R. 323.
(36) Ibid., p. 325.
(37) Voir le National Environmental Policy Act (1969), 42 U.S.C. parag. 4331-4335.
(38) Hammond, loc. cit., pp. 363 et s.

visant à une meilleure compréhension de la nature, du rôle et de la fonction des standards dans le système juridique.

Dans la première partie de ce texte, nous constaterons que la notion de "haute qualité" dans la *Loi sur la radiodiffusion*, est bien un standard. Nous verrons, dans un second temps, que ce standard a une fonction rhétorique (39) à l'instar des autres standards que comporte la *Loi sur la radiodiffusion*. Cette fonction rhétorique n'empêche pas le standard de participer à la délimitation des pouvoirs discrétionnaires de l'organisme de réglementation acquérant de ce fait une fonction d'habilitation. Cette seconde fonction sera examinée dans la troisième partie du texte. Dans la quatrième partie, l'on mettra en lumière le fait que le standard de haute qualité demeure un standard de conduite puisqu'il prescrit un comportement pour les "administrés" (40).

I - LA HAUTE QUALITE COMME STANDARD

L'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion* déclare que "la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité (...)". Cet objectif est inséré dans une disposition traitant également de la programmation offerte par le système de radiodiffusion dans son ensemble. Toutefois, cet objectif de haute qualité s'adresse, quant à lui, à la programmation de chaque radiodiffuseur (41).

La signification juridique de cette notion de haute qualité est une question fascinante. Comment une telle notion peut-elle être créatrice de droits et d'obligations ? Est-elle même destinée à produire des effets normatifs et lesquels ? L'on voit mal, évidemment comment une loi prescrivant une programmation de

(39) Voir Stéphane Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Paris L.G.D.J. 1980, p. 57.

(40) Nous utilisons le mot "administré" pour désigner les personnes dont l'Administration cherche à modifier le comportement. En cela nous adoptons la terminologie de la Commission de réforme du droit du Canada dans son Document de travail 51 Droit, objectifs publics et observations des normes, Ottawa, La Commission, 1986, p. 13.

(41) C'est là une différence avec la loi de 1958 ayant précédé la loi actuelle. Cette loi prescrivait au Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion de réglementer la radiodiffusion de façon à engendrer : "un service de radiodiffusion" vaste et varié qui atteigne un haut niveau et soit fondamentalement canadien par son contenu et sa nature". La version anglaise de la loi canadienne de 1958 parlait d'un "varied and comprehensive broadcasting service of a high standard that is basically canadian in content and in character" Loi sur la radiodiffusion, S.C. 1958, c. 22 art. 10 ; voir A. John Beke, "Government Regulation of Broadcasting in Canada" (1970) 2 Can. Com. &L.R. 104, à la p. 127. Voir aussi le Broadcasting Act 1981, 1981, c. 68, R-U. L'article 2 de cette loi qui établit l'Independent Broadcasting Authority prévoit que "The function of the Authority shall be to provide, in accordance with this act and until 31 st December 1996, television and local sound broadcasting services, additionnal in each case to those of the BBC and of high quality (...) as may from time to time be reasonably practicable".

haute qualité ne rallierait pas de larges suffrages. Cependant, comme le relève le *Rapport du groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* (42) "les désaccords surgissent dès qu'on cherche à identifier et à définir la "haute qualité"". C'est là que la notion pose des difficultés. Elle implique un défi de taille pour ceux qui sont chargés de la surveillance et la réglementation de la radiodiffusion. Elle suppose aussi, sans doute, une approche réglementaire graduée, procédant d'une analyse articulée et systématique des techniques de réglementation disponibles afin de traduire un tel objectif dans les faits.

Toute tentative de définir, à la manière d'un dictionnaire, ce qui équivaut à la haute qualité dans la programmation de chaque radiodiffuseur est une démarche aussi vaine que difficile. Cherchant à réduire l'imprécision, le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* proposait de ramener l'exigence de qualité à celles que suggèrent les "normes professionnelles reconnues". Celles-ci varient suivant la catégorie d'entreprises et l'ampleur des moyens qui leur sont disponibles, l'exigence pourrait s'avérer moins grande pour celles qui ont peu de moyens et plus lourde pour celles qui en ont davantage. Ces propos du Groupe de travail découlaient du constat que l'exigence de haute qualité "fixe les bornes du bien quelque part sur le chemin du bon et du beau".

Situer le lieu de la détermination de la "haute qualité" dans le champ des pratiques professionnelles reconnues constitue certes une précision intéressante. En le disant expressément dans un texte de loi, on court cependant le danger d'élever ces pratiques au rang de règles de droit contribuant du même coup à déterminer le seuil de qualité à même ces pratiques courantes qui pourraient très bien ne pas être les meilleures.

Il est vrai que la notion de "programmation de haute qualité" n'est nulle part définie ; elle est presque toujours invoquée de façon implicite et est dans tous les cas, mal cernée ; elle paraît indéfinissable. Cela peut, selon certains, donner ouverture à des jugements arbitraires sur les émissions soit de l'organisme de réglementation soit des tribunaux (43). En identifiant sa nature juridique, l'on pourra contribuer à une appréhension plus précise de la signification, dans le contexte de la *Loi sur la radiodiffusion*, de la notion de haute qualité.. En particulier, on pourra constater que la notion de haute qualité ne donne pas véritablement ouverture à un pouvoir discrétionnaire

(42) Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion (Caplan-Sauvageau), Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, 1986, p. 177-178.

(43) En ce sens, voir Marie Alison Finklestein, Selected social issues in programming : The legal, constitutional and policy implications of the equality provisions in Bill C-20, A research paper prepared for the Task force on broadcasting policy, november 1985, pp. 90 et s.

du C.R.T.C.. En revanche, la notion de "haute qualité" est à l'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion* une prescription indéterminée. Elle laisse une importante faculté d'appréciation à ceux qui ont pour rôle d'appliquer la loi.

C'est en appliquant les analyses développées dans les travaux sur les standards juridiques que l'on peut espérer trouver les éléments susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la façon dont la notion de haute qualité trouve sa signification juridique. Al Sanhoury proposait de définir le standard par ce qu'il accomplit : "il donne une mesure moyenne de la conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée" (44) écrivait cet auteur dans son article publié au Recueil Gény. Rials note, dans une tentative de cerner les traits caractéristiques des standards, que ceux-ci ne sont pas la règle, mais plutôt une technique de formulation de la règle de droit (45). Cette technique est tout à fait appropriée aux situations pour lesquelles il est malaisé de formuler des règles *a priori* sur les comportements que doivent avoir les sujets de droit. La radiodiffusion, caractérisée par son évolution rapide et sa nature essentiellement créatrice s'accommode mal de règles détaillées. En ayant recours à la notion de haute qualité dans le contexte de l'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le législateur veut fournir une mesure idéale de la conduite sociale correcte, en ce qui a trait à la programmation pour chaque radiodiffuseur.

Les standards se présentent selon la formule de Rials comme "des instruments de mesure en termes de normalité" (46), "c'est ce qui fait leur spécificité ; c'est aussi de là qu'ils tiennent leur ambiguïté. La normalité, en effet, est ambiguë. Le standard de haute qualité vient prescrire ce qui doit être, ou plus précisément, les traits que doit posséder "ce qui doit être". En utilisant ce standard, le législateur espère faire prévaloir ce qu'il souhaite voir un jour accéder à la normalité.

Voilà pourquoi la notion de haute qualité, fondamentalement réfractaire à toute définition se présente comme une façon de dégager les finalités essentielles que devront posséder les normes susceptibles d'être développées par l'organisme de réglementation. En matière de radio et de télévision, ces normes pourront porter sur diverses questions comme la proportion de réclame publicitaire, les façons de présenter les sujets controversés ou les normes journalistiques. Dans tous ces cas, il

(44) A.-A. Al Sanhoury, "Le standard juridique" dans Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, précité, p. 145.
(45) Stéphane Rials, "Les standards, notions critiques du droit" in Les notions à contenu variable en droit, études publiées par Chaim Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 44.
(46) Ibid., p. 43.

reviendra à l'organisme de réglementation de déterminer ce qui constitue la haute qualité dans la programmation.

En relevant que "ce n'est pas l'indétermination mais l'indéterminabilité de la norme qui ouvre la voie à du pouvoir discrétionnaire", Rials a montré que les standards n'ouvrent pas la porte à un pouvoir discrétionnaire puisque les instances chargées de les appliquer vont devoir les interpréter. L'indétermination donne plutôt lieu à l'interprétation de la norme, non à du pouvoir discrétionnaire.

L'interprétation de la notion de haute qualité implique nécessairement un certain jugement sur la conduite du radiodiffuseur. Ce jugement ne saurait être pratiqué sans prendre en compte les faits de chaque espèce. La notion de haute qualité n'est pas et ne pourra sans doute jamais être formulée avec plus de précision ; ce qui ne l'empêche pas d'être une notion déterminable. Elle varie avec le temps et les circonstances. Une détermination ayant été faite à une occasion ne constitue pas nécessairement un précédent pertinent dans d'autres circonstances.

Dans la *Loi sur la radiodiffusion*, la notion de haute qualité remplit plusieurs fonctions. C'est à la fois un objectif que doit viser l'exercice des pouvoirs dévolus à l'organisme de réglementation ainsi qu'un instrument de mesure des comportements. C'est aussi une formule permettant d'accroître la légitimité des gestes qui sont posés aussi bien par le Parlement qui adopte la disposition que par les instances qui s'en prévalent pour y appuyer leurs décisions.

Voyons de quelle façon le standard de haute qualité remplit ses fonctions rhétoriques, d'habilitation et de mesure des comportements.

II - LA FONCTION RHETORIQUE DU STANDARD DE HAUTE QUALITE

Le standard de haute qualité participe à la fonction rhétorique de l'ensemble de l'énoncé de politique contenu à la *Loi sur la radiodiffusion*. Les enjeux et les contradictions auxquels les politiques canadiennes de radiodiffusion ont cherché à répondre sont considérables ; cela contribue à expliquer pourquoi cette législation comporte tant de formules rhétoriques.

L'histoire de la politique de la radiodiffusion canadienne révèle à quel point la radio et, plus tard, la télévision ont été perçues comme des instruments essentiels de promotion de l'identité canadienne (47). L'évolution du régime juridique de la

(47) Voir Frank W. Peers, The Politics of Canadian Broadcasting 1920-1951, Toronto, University of Toronto Press, 1969 ; Frank W. Peers, The Public Eye - Television and the Politics of Canadian Broadcasting 1952-1968, Toronto,

radiodiffusion au Canada est marquée par les tensions résultant de la proximité des diffuseurs américains, pour lesquels le marché canadien n'est qu'un appendice de leur marché domestique, et la persistance des idéaux élevés sur le rôle que devrait jouer la radiodiffusion en tant que ciment de l'unité canadienne et comme instrument de promotion d'une culture canadienne (48).

Ces tensions se manifestent dès la première commission d'enquête sur la radiodiffusion (49) et se retrouve à toutes les étapes de l'évolution qu'ont connus la politique et le cadre juridique de la radio et de la télévision. C'est pourquoi le régime juridique et réglementaire de la radiodiffusion au Canada est caractérisé par un déchirement entre deux pôles. Le premier pôle, identifié au maintien et au renforcement de la présence étatique, attache à la radiodiffusion canadienne des idéaux culturels élevés. En plus de promouvoir la culture canadienne, le système de radiodiffusion devrait viser à desservir tout le territoire et agir comme ciment de l'unité canadienne. Le second pôle, pris en charge par les promoteurs privés, exalte les valeurs de liberté, de choix pour les téléspectateurs, privilégie l'objectif de rentabilité et réclame une réglementation permettant d'offrir au public ce qu'il demande.

Il est manifeste que cette tension fondamentale a contribué à façonner certains traits originaux du régime canadien. La coexistence d'un secteur public et d'un secteur privé de radiodiffusion assujettis en principe aux mêmes règles et objectifs, a constitué, jusqu'aux années récentes, le trait caractéristique du système canadien (50).

L'incapacité des autorités fédérales canadiennes d'implanter un véritable monopole public de radiodiffusion en raison des coûts très élevés des infrastructures (51) et du démarchage des

---

University of Toronto Press, 1979 ; Frank W. Peers, "Canada and the United States : Comparative origins and approaches to broadcast policy", in Cultures in collision - the interaction of Canadian and U.S. Television Broadcast Policies, New-York, Praeger, 1984, pp. 11-34 ; Richard Collins, "Canada : Nation-building threatened by the U.S. dominated media ?", in Raymond Kuhn (ed.) The Politics of Broadcasting, New-York, St-Martin Press, 1985, 197.

(48) L'histoire du développement de la radiodiffusion au Canada a été traité par plusieurs auteurs. Voir en particulier David Ellis, La radiodiffusion canadienne, objectifs et réalités 1928-1968 Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, 1986, ch. 1 ; Margaret Prang, "The origin of public Broadcasting in Canada", (1965) Canadian Historical Review 1.

(49) Rapport de la Commission Royale de la radiodiffusion, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1929, 30 p., (Rapport Aird).

(50) Sydney W. Head écrit qu'environ 10 % des systèmes de radiodiffusion dans le monde se caractérisent par une combinaison de deux ou plusieurs modes de propriété. Voir Sydney W. Head, op. cit., p. 86. Le système australien est sans doute l'un de ceux qui ressemble le plus au système canadien de radiodiffusion. Voir Mark Armstrong, Broadcasting Law & Policy in Australia, Sydney, Butterworths, 1982, 292 p.

(51) L'étendue considérable du territoire canadien ainsi que la faible densité de

radiodiffuseurs privés a engendré un système dénommé "système unique" (52), possédant des traits des régimes européens et l'allure du modèle américain. Dès 1958, la *Loi relative à la radiodiffusion* (53) consacra cette dualité, notamment en permettant aux entreprises privées d'oeuvrer dans le domaine de la télévision d'où elles avaient été tenues à l'écart jusqu'à ce moment.

Quels qu'en soient les fondements, la politique canadienne de radiodiffusion est largement déterminée par des facteurs prenant naissance aux Etats-Unis. Pour justifier le contrôle étatique sur la radiodiffusion dans les années trente, lors des premiers épisodes des débats devant marquer le développement de la politique canadienne de la radio et plus tard de la télévision, Graham Spry s'écriait : "l'Etat ou les Etats-Unis" (54). Les innovations nombreuses qui ont marqué l'évolution de la radiodiffusion ont constamment dirigé son régime juridique vers un objectif de protection et d'augmentation quantitative ou qualitative des produits culturels d'origine canadienne face à la concurrence provenant des Etats-Unis.

La législation sur la radio et la télévision au Canada a traditionnellement soulevé les passions et controverses. Dans son rapport, rendu public en septembre 1986, le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion notait que le système canadien de radiodiffusion est "l'une des grandes réussites nationales" (55). Les accomplissements sont en effet remarquables si l'on considère l'ampleur des défis auxquels les canadiens avaient à faire face : desservir dans deux langues officielles, par une programmation typiquement canadienne, une population répartie dans un vaste territoire situé à proximité du plus important pays producteur d'émissions de télévision. Si le sujet passionne et soulève parfois des divergences, il n'en demeure pas moins une constante, mise en lumière depuis la toute première enquête sur la politique de la radio. "Les auditeurs canadiens de radio veulent de la radiodiffusion canadienne" (56) constatait la Commission Aird dans son rapport ajoutant que "la plupart des programmes radiodiffusés proviennent de sources extra-canadiennes" (57).

---

population expliquent le niveau élevé des coûts en équipements pour desservir l'ensemble du territoire. Dans un tel contexte, il est tentant de profiter des initiatives qui se manifestent chez les entrepreneurs privés.

(52) L'article 3 (a) de la Loi sur la radiodiffusion déclare que les entreprises de radiodiffusion au Canada constituent un "système unique" appelé le système de la radiodiffusion canadienne.

(53) S.C. 1958, c. 22.

(54) Le Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion parle de ce slogan comme de l'un des plus célèbres de l'histoire canadienne, voir p. 9.

(55) Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Ottawa, Approvisionnements et services, 1986, p. 5.

(56) Rapport de la Commission royale de la radiodiffusion (Aird), Ottawa, 1929.

(57) Ibid.

Cependant, les canadiens ne veulent en aucun cas être privés d'accès aux émissions américaines (58).

Les émissions américaines sont devenues un enjeu important des luttes entre les différents acteurs oeuvrant dans le système canadien de radiodiffusion. Jusque dans les années 60, les radiodiffuseurs conventionnels étaient ceux qui tiraient profit de l'importation des émissions américaines ; ils en faisaient grand usage dans la confection de leurs grilles horaires. Les diffuseurs conventionnels ont été remplacés dans leur rôle d'importateur des émissions américaines par les câblodistributeurs. Ces derniers desservent la majeure partie du territoire peuplé du Canada et retransmettent la quasi-totalité des grands réseaux américains à la plus grande partie de la population canadienne (59).

Le régime juridique et réglementaire de la radiodiffusion au Canada (60), bien que souvent attaqué à la fois par les tenants d'une plus grande libéralisation (61) ou par ceux qui voudraient une intervention accrue des autorités publiques (62), n'est pas vraiment remis en question. Le *Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion* proposait en substance d'en maintenir les éléments essentiels. La même approche semblait devoir être suivie par le Comité parlementaire chargé d'examiner les recommandations du Groupe de travail en vue d'une nouvelle loi sur la radiodiffusion (63). En déposant, le 24 juin dernier un projet de loi destiné à remplacer l'actuelle *Loi sur la radiodiffusion*, le ministre des communications confirmait l'intention du gouvernement d'aller dans le même sens (64).

(58) Lorsque dans les années 70 la Société Radio Canada entreprit d'installer une station de télévision en français dans la ville de Vancouver, on a fait grand état des inquiétudes des citoyens de cette région au sujet du fait qu'il pourrait en résulter le retranchement d'une chaîne américaine du service de base des câblodistributeurs.

(59) Voir Rapport du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, op. cit., chap. 5 et 24.

(60) Pour une présentation succinte de ce régime voir : Paul Slansky, "Program Regulation and Freedom of Expression : Red Lion's Alive and Well in Canada ?", (1985), 9 Canada-United-States L.J. 81.

(61) Voir pour une vision néo-libérale de la politique canadienne de la radiodiffusion, Alain Lapointe et Jean-Pierre Le Goff, Canadian Television : An Alternative to Caplan-Sauvageau, Montréal, Institut d'économie appliquée, Ecole des Hautes études commerciales, février 1987, 19 p.

(62) Voir Institut Canadien d'Education des Adultes, La radiodiffusion au Canada : un service public, Mémoire de l'ICEA sur la révision de la politique de la radiodiffusion présenté au Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Montréal, octobre 1985, 136 p.

(63) Pour une politique canadienne de la radiodiffusion, Rapport du Comité permanent des communications et de la culture, Jonh Gormley, président, Ottawa, juin 1988, 470 p.

(64) Voir Des voix canadiennes pour un choix véritable - Une nouvelle politique de la radiodiffusion pour le Canada, Ottawa, Ministère des communications, juin 1988, 66 p., voir en particulier à la p. 15 du document où l'on indique l'intention de maintenir une loi ayant la même structure que la loi de 1968.

Les contradictions entre ce désir d'utiliser la radiodiffusion canadienne à des fins de promotion de l'identité nationale et le désir de ne pas perdre le contact avec les produits audio-visuels américains ont généralement été masquées par des discours de légitimation. C'est ainsi qu'on voit régulièrement les politiciens faire état de la nécessité d'offrir un plus grand choix d'émissions canadiennes "de qualité", de faire en sorte qu'il y ait un équilibre entre les programmes étrangers offerts à la télévision et les émissions canadiennes. Ces affirmations n'empêchent pas les mesures ayant pour effet de permettre une importation accrue d'émissions américaines. Ni la tendance des radiodiffuseurs à s'en tenir aux exigences minimales en matière de programmation canadienne originale. Dans l'un des nombreux énoncés de politique (65) publiés depuis une quinzaine d'années, un ministre des communications affirmait la nécessité de prendre des mesures afin de mettre à la disposition des canadiens des émissions de provenance canadienne et étrangère de haute qualité, légitimant du même coup une politique libéralisant les règles sur la possession d'équipements de réception d'émissions satellisées, principalement américaines. Dans le même énoncé, on prenait bien soin de réitérer les engagements envers les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion.*

C'est le Comité Fowler (66) qui a proposé, en 1965, d'inclure dans la *Loi sur la radiodiffusion* un énoncé détaillé des principes et objectifs qui devaient animer le système canadien de radiodiffusion. Selon Grant Hammond, "The Fowler Committee contented that the problems associated with Canadian broadcasting were not structural but related rather to inadequate goal formulation on the part of Parliament itself" (67). Cinq versions préliminaires de la loi ont été préparées au cours de l'année 1967. Trois autres versions suivirent pour les comités du cabinet. La version présentée en Chambre des Communes, le Bill C-163, devint la *Loi sur la radiodiffusion* (68). Au cours des diverses étapes de la rédaction du projet de loi, l'on a ajouté des principes à ce qui devait devenir l'article 3. A ce propos, Hammond écrit :

> "Was there a coherent, externally evolved plan, or were there a series of compromises which could lead to later difficulties ? A review of the drafts shows that new statements were added to the prospective section 3 as it evolved through the drafting process. These additions

(65) Vers une nouvelle politique nationale de la radidiffusion, Ottawa, s.d. (1983).
(66) Canada, Rapport du Comité sur la radidiffusion, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, p. 97.
(67) R. Grant Hammond, loc. cit, p. 354.
(68) Hammond, loc. cit., p. 355.

brought with them their own conflicts and compromises" (69).

Ce phénomène témoigne bien de l'aspect rhétorique qu'avait dès ce moment l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*. Ce caractère rhétorique tient de cette accumulation d'affirmations solennelles, d'objectifs et de principes contradictoires, d'imprécisions, voire même parfois, de lieux communs qu'on y trouve. En particulier, on a fait état de l'absence de principes de hiérarchisation des divers objectifs et affirmations (70) se présentant comme un ensemble de valeurs importantes dont il est nécessaire de tenir compte dans la régulation des activités visées. On peut aussi constater le caractère incantatoire d'une proclamation selon laquelle la programmation de chaque radiodiffuseur doit être de "haute qualité".

En dépit du fait que l'énonciation d'un principe dans l'article 3 soit, en bonne partie, un acte de foi, le tout est affirmé comme si les mesures qui seront prises allaient nécessairement engendrer des résultats conformes aux énoncés qui se trouvent dans la loi. On espère de l'organisme de réglementation qu'il trouvera un certain équilibre entre ces principes et objectifs énoncés selon un modèle analogue à une liste d'épicerie ! (71).

Le processus public menant à l'adoption d'un texte législatif d'une telle importance symbolique porte nécessairement à une certaine sacralisation des principes et objectifs. Les standards énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ont acquis, depuis 1968, une valeur symbolique qu'il n'est plus possible d'ignorer. Tant et si bien que l'on imagine difficilement que le Parlement mette de côté l'un ou l'autre des principes se trouvant déjà dans l'article 3. Les législateurs seraient aussitôt soupçonnés de mettre au rancart l'un des principes fondamentaux de la politique canadienne de la radiodiffusion. Bien plus, chaque groupe d'intérêt cherche même à faire inclure dans la loi un principe ou un objectif correspondant à ses aspirations.

Les principes énoncés à l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne sont pas tous de la même nature. Certains ne sont que des rappels de principes désormais consignés dans des textes revêtus d'une plus grande autorité, comme la liberté d'expression (72). D'autres cherchent avant tout à décrire une

(69) Ibid., p. 355-356.

(70) R. Grant Hammond, Wayne Mackay, Murray Davidson, Stephanie Robinson, An analysis of Parliament's Objectives for Canadian broadcasting : Recommandations for future legislative amendments, non publié, étude réalisée pour le ministère des Communications, s.d. (1980), pag. mult.

(71) Ce phénomène tient en grande partie aux difficultés de faire réviser les décisions du Conseil par les tribunaux en soutenant que ce dernier a méconnu un principe se trouvant à l'article 3 ou s'est mépris sur sa portée et sa signification.

(72) L'article 2 (b) de la Charte canadienne des droits et libertés garantit la liberté de presse et des autres moyens de communication. Sur la façon dont s'articule cette

réalité, comme celui déclarant que "les entreprises de radiodiffusion constituent un système unique appelé le système de la radiodiffusion canadienne, comprenant des secteurs public et privé" (73). L'article 3 énonce aussi des objectifs, comme celui voulant "que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par des Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada" (74). Il y a aussi certains paragraphes de l'article 3 qui affirment des droits, comme celui déclarant que "tous les Canadiens ont droit à un service de radiodiffusion dans les langues anglaise et française, au fur et à mesure que les fonds publics deviennent disponibles" (75). Enfin, il importe de rappeler que certains principes de l'article 3 se rapportent au service national de radio et de télévision assumé par la Société Radio Canada (76).

Le standard de haute qualité vient pour sa part, au sein de cet ensemble, prescrire les caractéristiques de la programmation qui doit résulter de cette politique de radiodiffusion. Le Parlement légifère, non pas pour assurer la protection des entreprises canadiennes de radio et de télévision, par ailleurs chargées d'une mission importante de défense et d'illustration de la culture canadienne, mais plutôt pour que la programmation soit de "haute qualité". Voilà sans doute un projet plus engageant ! Et du moins plus légitime auprès de ceux qui se méfient des contrôles étatiques en ces matières mettant en cause la liberté de création. Le standard de haute qualité fournit, avec les autres standards énoncés dans la loi, une légitimité à l'intervention étatique dans un domaine où cela pourrait paraître *a priori* suspect.

---

liberté en droit canadien voir notamment, Walter Surma Tarnopolsky, "La liberté de la presse" dans Les quotidiens et la loi, Commission royale sur les quotidiens, publications de recherche, 1981, vol. 3, p. 1 à 55 ; Anne Skarsgard, "Freedom of the press : Avaiability of defences to a Defamation action", (1980-1981) 45 Sask. L.R. 287 ; Michel Proulx, "Le droit de s'exprimer" dans Rosalie S. Abella et Melvin L. Rothman (eds) Justice Beyond Orwell, Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, Editions Yvon Blais, 1985, pp. 43 et s. ; Pierre Trudel, La liberté d'information-Règle supra légale et principe d'interprétation, Ottawa, Fondation du Barreau canadien, s.d. (1984), p. 16 ; Nicole Duplé, "La liberté de la presse et la Charte canadienne des droits et libertés", dans Alain Prujiner et Florian Sauvageau (eds), Qu'est-ce que la liberté de presse ?, Montréal, Boréal, 1986, pp. 117 et s. ; André Tremblay, "La liberté d'expression au Canada : le cheminement vers le marché libre des idées" dans Daniel Turp et Gérald A. Beaudoin, (eds), Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien des études juridiques supérieures 1984, Montréal, Yvon Blais, 1986, 281-301.

(73) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (a).

(74) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (b).

(75) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (e).

(76) Loi sur la radiodiffusion, art. 3 (q).

La recherche de la haute qualité dans la programmation n'obéit pas qu'à des impératifs de rhétoriques. Tous, y compris les législateurs, ont évidemment à coeur que les émissions offertes au public canadien soient de haute qualité. Toutefois, il est malaisé de déterminer de quelle façon un tel objectif si louable pourrait être atteint dans le concret. Daniel Gifford écrit à ce propos que : "These value-referents reflect (...) the inability of the legislature to speak more precisely" (77). Les spécialistes de l'analyse économique du droit comme Ejan Mackaay diraient que les coûts de formulation (78) de normes détaillées visant à faire en sorte que la programmation soit de haute qualité sont probablement si considérables qu'il faut se résoudre à choisir de l'énoncer au moyen d'un standard.

Les tensions caractérisant la politique canadienne de radiodiffusion, la difficulté d'identifier *a priori* les mesures permettant une intervention efficace sur une réalité aussi fuyante et mal connue que les médias électroniques et surtout le caractère très ambitieux des objectifs auxquels on a voulu traditionnellement faire servir la radio et la télévision dans ce pays sont au nombre des facteurs ayant conduit à l'adoption du régime de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cela explique sans doute en bonne partie le recours aux notions floues propres à légitimer plus facilement des mesures qui ne pourront jamais faire l'unanimité dès qu'on cherchera à les appliquer de façon concrète.

Le standard de haute qualité n'a pas qu'une fonction rhétorique ou de légitimation de l'intervention étatique dans le champ de la radio et de la télévision. Plus prosaïquement, il remplit, dans le contexte de la *Loi sur la radiodiffusion*, une fonction d'habilitation sans laquelle la nécessité de faire figurer ce standard dans le corps du texte législatif serait beaucoup moins impérieuse.

III - LA HAUTE QUALITE COMME MECANISME D'HABILITATION

Inclure un principe dans l'article 3, suivant l'architecture de la *Loi sur la radiodiffusion*, c'est indiquer à l'organisme de réglementation qu'il doit en tenir compte dans ses décisions. En ce sens, les énoncés de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* ont bien plus qu'une valeur de préambule (79). Plus qu'une

(77) Daniel J. Gifford, "Communication of Legal Standards, Policy Development, and effective conduct Regulation" (1971) 56 Cornell L.R. 409, p. 419.
(78) Sur cette question, voir Ejan Mackaay, "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision" Langages, 12ème année, n° 53, mars 1979, p. 33.
(79) Voir Pierre André Côté, Interprétation des lois, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1982, p. 41 ; Alain-François Bisson, "Préambule et déclarations de motifs ou d'objets", (1980) 40 R. du B. 58.

fonction rhétorique ou interprétative, ils ont une fonction d'habilitation (80).

L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* prescrit les principes généraux devant présider à toutes les décisions réglementaires en matière de radiodiffusion. Le CRTC doit, aux termes de l'article 15 de la *Loi sur la radiodiffusion*, "réglementer et surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en oeuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 (de la loi)".

L'article 3 est bien plus qu'un simple préambule ; c'est là qu'on trouve la mesure et l'ampleur des prérogatives du CRTC. Frémont (81) écrit pour sa part que cette disposition n'est que déclaratoire car elle "ne fait en soi qu'énoncer la politique de la radiodiffusion, sans pour autant lui donner un effet contraignant". Pourtant, cet auteur reconnaît que :

> "D'autres dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* viennent cependant donner un certain impact juridique à l'article 3. En effet, alors que l'article 15 de cette loi définit le rôle du CRTC comme étant de réglementer le système de la radiodiffusion canadienne" en vue de mettre en oeuvre la politique énoncé à l'article 3", l'article 16 confie au CRTC un pouvoir général de réglementation concernant les questions nécessaires à la poursuite de la mise en oeuvre de la politique de l'article 3. L'article 17 quant à lui, accorde certains pouvoirs spécifiques au Comité de direction dont celui, entre autres, de soumettre les licences à des conditions "appropriées pour la mise en oeuvre de la politique de la radiodiffusion énoncée dans l'article 3" (82).

Il est vrai qu'en soi, ces dispositions n'ont pas un effet véritablement contraignant : nul ne peut être accusé d'une infraction parce que sa programmation n'est pas de haute qualité. L'effet normatif des standards de l'article 3 se manifeste différemment.

La place de l'article 3 dans la *Loi sur la radiodiffusion* a été examinée dans une série de décisions judiciaires. Cela a permis d'identifier de quelle façon les énoncés de la "Politique de la radiodiffusion pour le Canada" produisent des effets juridiques. Il en ressort que cette disposition ne saurait être considérée

(80) Pierre-André Côté écrit (op. cit., p. 43) qu'il se pose, à l'égard de ces déclarations d'objets "la question délicate de savoir si l'on doit leur attribuer une valeur normative propre, une force exécutoire autonome ou bien si elles n'ont d'effet qu'à travers les dispositions plus particulières qui les précisent".

(81) Jacques Frémont, Etudes des objectifs et des principes proposés et adoptés relativement au système de la radiodiffusion canadienne, Rapport préparé pour le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Montréal, Centre de recherche en droit public, 1986, p. 114.

(82) Frémont, op. cit., pp. 114-115.

uniquement déclaratoire. Bien au contraire, c'est là que se trouve toute la substance de la *Loi sur la radiodiffusion.*

Le caractère déclaratoire de l'article 3 tient au fait que le CRTC n'a pas une obligation très forte de mettre en oeuvre chacun des principes et objectifs énoncés. Compte tenu de la généralité des principes, il est très difficile de démontrer, aux fins du contrôle judiciaire de la légalité (83), que le Conseil a ignoré ou s'est mépris au sujet du sens de l'un ou l'autre des principes énoncés dans l'article 3 afin de conclure à l'invalidité d'une décision ou d'un règlement du CRTC. Il n'en reste pas moins que le CRTC a toujours l'obligation de rattacher les mesures qu'il prend à l'un ou à l'autre des principes ou standards énoncés à l'article 3.

Dans *CKOY c. la Reine* (84), la Cour suprême avait à déterminer la validité d'une disposition du *Règlement sur la radiodiffusion (M.A.)* (85), qui interdisait alors à une station ou à un exploitant de réseau de diffuser toute conversation téléphonique avec une personne à moins que cette personne n'ait donné son consentement ou ait téléphoné à la station afin de prendre part à une émission. Le juge Spence, s'exprimant pour la majorité de la cour a établi la méthode d'analyse permettant de déterminer la nature du lien existant entre les énoncés de l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* et les pouvoirs du Conseil de faire des règlements.

Ainsi, écrit le juge Spence, "pour déterminer la validité des règlements établis en vertu de l'art. 16 (86), il faut décider s'ils portent sur une catégorie de sujets mentionnée à l'art. 3 de la Loi et (...) examiner les règlements d'un point de vue objectif" (87). Cependant, comme le texte de l'article 3 est très général, le juge Spence opine que le Parlement a certainement voulu donner au Conseil une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir réglementaire pour la mise en oeuvre de la politique et des objets pour lesquels il a été créé. Par conséquent, selon la Cour, "il importe peu que l'article litigieux (88) mette en oeuvre une

(83) En vertu du principe suivant lequel nul n'échappe à l'obligation de se soumettre au droit, les tribunaux canadiens ont la possibilité de vérifier la légalité des actes posés par les organismes administratifs. Voir, pour un exposé des principes fondamentaux en ce domaine, Patrice Garant Précis de droit des administrations publiques, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1987, pp. 177 et s.

(84) (1979) 1 R.C.S. 2.

(85) Aujourd'hui remplacé par le Règlement de 1986 sur la radio, (1986) 120 Gaz. Can. II 4192, ce règlement s'intitulait Règlement sur la radiodiffusion (M.A.), C.C.R., c. 379.

(86) L'article 16 de la Loi sur la radiodiffusion énonce les pouvoirs de réglementation du CRTC.

(87) (1979) 1 R.C.S., p. 11.

(88) Rappelons qu'il s'agissait en l'espèce d'une contestation de la validité d'une disposition du Règlement sur la radio M.A..

politique du moment qu'on établit objectivement qu'il vise une catégorie de sujets mentionnée à l'article 3" (89).

Après avoir reconnu qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un règlement du CRTC ayant pour but d'interdire une technique condamnable de radiodiffusion "qui ne reflète pas la haute qualité de programmation que le Conseil doit viser à maintenir par la réglementation des licences de radiodiffusion", le juge ajoute qu'il "est évident qu'une technique condamnable de radiodiffusion peut effectivement nuire à la qualité de la programmation" (90). La haute qualité est donc considérée comme un objectif que doit viser le CRTC dans ses activités de réglementation, cet objectif servant à déterminer l'ampleur des pouvoirs du Conseil.

Le mandat du Conseil est de réglementer et surveiller en vue de mettre en oeuvre la politique énoncée dans l'article 3. C'est donc en référant à l'article 3 qu'on va déterminer les sujets pour lesquels le CRTC a le pouvoir réglementaire. Au contraire, la disposition énonce des principes, des objectifs, des standards, des finalités (91).

Le genre de rattachement que l'on doit faire entre les habilitations réglementaires prévues à l'article 16 de la *Loi sur la radiodiffusion* et les dispositions de l'article 3 est donc d'un type particulier. Les principes et objectifs de l'article 3 identifient une finalité aux normes que l'organisme de réglementation est habilité à adopter. Les normes trouvent leur validité dès lors qu'il est possible d'établir un lien entre celles-ci et l'un ou l'autre des principes et objectifs de l'article 3.

La portée du pouvoir d'imposer des conditions de licence aux entreprises de radio, de télévision, de télédistribution se trouve aussi déterminée par les énoncés de l'article 3. Ce pouvoir est conféré par l'article 17 de la *Loi sur la radiodiffusion* de la façon suivante :

> Dans la poursuite des objets du Conseil, le comité de direction, après avoir consulté les membres à temps partiel qui assistent à une réunion du Conseil, peut :
> a) attribuer des licences de radiodiffusion pour les périodes d'au plus cinq ans et sous réserve des conditions propres à la situation du titulaire,
> (i) que le comité de direction estime appropriée pour la

(89) Ibid., p. 12
(90) (1979) 1 R.C.S. à la p. 13.
(91) Comme les principes et standards énoncés à l'article 3 (d) suivant lesquels "la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et (qu')elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et (que) la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres".

mise en oeuvre de la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 (...) (92) (nous soulignons).

Dans *CTV Television Network c. CRTC* (93), la Cour fédérale d'appel, plus tard en cela confirmée par la Cour suprême (94), a reconnu que le pouvoir conféré par l'article 17 est très large. Les décisions des deux tribunaux font l'analyse qui suit :

> (...) l'article 17 confère au comité tout le pouvoir voulu pour imposer, (...) une condition pour favoriser la poursuite d'un des objets de la politique de radiodiffusion, à condition qu'elle soit "propre à la situation" de l'appelante (le requérant de licence ou un titulaire qui en demande le renouvellement) et à la condition que son imposition ne soit pas contraire à la Loi ou à un règlement adopté en application du pouvoir de réglementation prévu à l'article 16 (95).

L'ampleur des pouvoirs du Conseil de fixer des conditions de licence est déterminée par les termes de l'article 3. En plus de fonder les décisions réglementaires et les décisions particulières que rend le CRTC, ces principes tissent un cadre général dans lequel s'exercent les activités de radiodiffusion au Canada. En proposant à la fois un idéal et une finalité à l'action régulatrice du CRTC, le standard de haute qualité contribue à déterminer l'étendue de la discrétion de l'organisme. Il a aussi un certain impact sur l'orientation que pourra adopter l'organisme dans l'exercice de sa discrétion. A ce titre, il s'agit d'habilitation d'un genre particulier.

Le *Livre Blanc sur la radiodiffusion* (96) de 1966 en proposant cette définition de la haute qualité y incluait spontanément une dimension habilitante :

> En matière de programmation, la haute qualité est plus affaire d'excellence que de simple contenu. Les prétendues émissions de caractère "intellectuel" peuvent être médiocres du point de vue artistique ou technique tandis que les émissions de simple divertissement peuvent être excellentes. La haute qualité ne découle pas nécessairement de grandes dépenses et les normes de qualité ne peuvent pas facilement constituer une condition d'un permis. On peut fort bien, cependant, juger de la qualité après coup d'après la valeur des émissions antérieures et une appréciation de cette nature

(92) Le reste de l'alinéa (a) concerne les licences attribuées à la Société Radio Canada.
(93) (1981) 2 C.F. 248, à la p. 254.
(94) (1982) 1 R.C.S. 530, à la p. 543.
(95) Ibid.
(96) Livre Blanc sur la radiodiffusion - 1966, Ottawa, Imprimeur de la reine, 1966, p. 11. Ce document, déposé au Parlement peu avant le projet de loi qui allait devenir la loi sur la radiodiffusion, expliquait la démarche du gouvernement.

devrait intervenir pour beaucoup dans l'étude d'une demande de renouvellement d'un permis.

L'intention était donc de donner à l'organisme de réglementation une certaine possibilité de faire intervenir des motifs liés à la qualité de la programmation offerte par les détenteurs de licence lors de l'étude de demandes de renouvellement. L'on reconnaissait également les difficultés inhérentes de porter des jugements sur la qualité des émissions de radio et de télévision.

Au nom de la recherche de la haute qualité, il serait loisible à l'organisme de réglementation de faire le bilan qualitatif des performances des radiodiffuseurs en termes de programmation. L'exercice des pouvoirs du CRTC se trouve en quelque sorte légitimé par son rattachement au standard. Voilà qui met en lumière une facette de la dimension habilitante du standard. Celui-ci participe de la légitimation des décisions discrétionnaires. La fonction rhétorique du standard n'est donc pas présente uniquement dans l'énonciation qu'en fait le Parlement en adoptant la loi, elle fait partie intégrante de la fonction habilitante. Cette fonction rhétorique contribue à renforcer et à délimiter l'habilitation qui découle du standard. La haute qualité est donc un standard d'habilitation à la fois englobant et délimité.

La signification symbolique que recèle le standard marque encore plus son caractère englobant. L'exigence de programmation de "haute qualité" invite à un certain dépassement. Les normes que peut développer le Conseil peuvent exiger au-delà de ce qui est couramment pratiqué. Cette formulation en tonalité superlative contribue à accroître la marge d'appréciation des instances chargées d'appliquer la loi. Celle-ci se trouve même renforcée par le caractère légitimant du standard exprimé d'une manière qui ne peut que susciter l'adhésion de principe (97).

Le standard est aussi délimité. Dans une période donnée, il ne saurait aller au-delà de ce qui est admissible dans le milieu de la radio et de la télévision. Les limites sémantiques du standard sont celles qui résultent de l'acceptabilité dans le milieu de la radio et de la télévision. Gifford (98) explique en effet que lorsque les forces environnementales s'opposent à une interprétation large du standard, la légitimité de celui-ci est affectée, ce qui le prive de son atout principal.

Ainsi, on aura beau préconiser une amélioration des pratiques généralement suivies par l'ensemble des entreprises au

(97) Il est en effet plus légitime d'intervenir au nom de la recherche de la haute qualité qu'au nom de la protection des intérêts des groupes actifs dans l'industrie canadienne de la radiodiffusion.

(98) Daniel J. Gifford, "Communication of legal Standards, Policy Development, and effective conduct Regulation" (1971) 56 Cornell L.R. 409, à la p. 429.

nom du standard de haute qualité, il est douteux que l'on puisse obtenir de celles-ci qu'elles adoptent des pratiques qui seraient en porte-à-faux avec les comportements couramment observés. Ce phénomène ressort plus clairement lorsqu'on examine comment joue le standard de haute qualité lorsqu'il s'agit d'apprécier les conduites des radiodiffuseurs.

IV - LA HAUTE QUALITE COMME INSTRUMENT D'APPRECIATION DES CONDUITES

La haute qualité ne fait pas que définir la portée des habilitations accordées au CRTC par le Parlement ; elle sert aussi à juger de la conduite d'un radiodiffuseur dans des circonstances données. A partir de ce standard, l'organisme de réglementation a construit toute une déontologie de la programmation (99) audiovisuelle.

L'article 19 de la *Loi sur la radiodiffusion* réserve au Conseil la possibilité de tenir une audience publique au sujet de plaintes que peut formuler une personne au sujet de toute question relevant de ses pouvoirs. Cette disposition a été souvent utilisée par le CRTC afin de revoir certains comportements adoptés par les radiodiffuseurs ayant fait l'objet de préoccupations de la part du public (100).

Pour le Conseil, la programmation de haute qualité constitue une obligation pour les radiodiffuseurs. Dès 1974, dans sa décision concernant le renouvellement des licences de réseaux de la Société Radio Canada (101), le CRTC indiquait la nécessité de porter beaucoup d'attention au respect des standards journalistiques, notamment en ce qui a trait à l'exactitude de l'information et à la présentation de commentaires informés sur tous les aspects ainsi que sur l'ensemble des points de vue sur une question. C'est là, manifestement, une composante de l'obligation d'offrir une programmation de haute qualité.

La notion de haute qualité, en plus de servir de fondement à des règlements et éventuellement, à des conditions de

(99) Dans l'arrêt CKOY v. la Reine, le juge Spence, écrivant le jugement de la majorité donne un sens large à la notion de programmation, estimant que "le mot programmation n'englobe pas seulement les paroles diffusées sur les ondes, mais vise également toutes les étapes de la collecte d'informations, du montage et de la diffusion des émissions en général, auxquelles s'applique l'exigence d'une programmation de haute qualité".

(100) Le Conseil n'est jamais obligé de tenir une audience publique au sujet des plaintes qui lui sont adressées. Voir National Indian Brotherhood v. Juneau (n° 3) (1971) C.F. 498. Sur le fonctionnement des mécanismes de traitement des plaintes voir : Liora Salter et Peter S. Anderson, Responsive Broadcasting : A Report on the Mechanisms to Handle Complaints About the Content of Broadcast Programs, Préparé pour le ministère des communications, Department of Communications, Simon Fraser University, August 1985, 2 vol.

(101) Décision CRTC 74-70 du 31 mars 1974.

licence, est aussi un standard aidant à porter un jugement sur les décisions des radiodiffuseurs en matière de programmation. Elle n'est pas envisagée comme un principe limitant le champ de créativité des radiodiffuseurs mais plutôt une sorte de paramètre à l'aune duquel on jugera *a posteriori* des décisions prises par une entreprise. Dans son rapport, le Comité spécial du CRTC sur l'émission Air of Death (102) prend toutefois soin de souligner que la notion de "haute qualité" tout comme la notion d'équilibre ne doivent pas, dans le cas des documentaires, "orienter ou restreindre la recherche des radiodiffuseurs" en vue de trouver des moyens de décrire les problèmes intéressant le public.

Dans son *Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver* (103), le Conseil affirmait que "le droit à la liberté d'expression sur les ondes publiques ne peut pas l'emporter sur le droit du public de recevoir des émissions radiodiffusées de haute qualité, libres de commentaires dévalorisants ou d'incitation à la violence envers tout groupe identifiable". Le Conseil blâmait la station de télévision pour avoir laissé un éditorialiste déclarer qu'il souhaitait que les membres d'un groupe féministe de surveillance des activités des médias puissent, en cas de guerre "être violées par les russes".

Les propos du Conseil sur la notion de haute qualité se confondent souvent avec d'autres notions comme l'équilibre. La notion de haute qualité est cependant invoquée plus librement, en ce qu'elle peut viser les principes de bon comportement pour les radiodiffuseurs sur des questions pour lesquelles il n'existe pas deux points de vues légitimes. Toujours dans son *Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver* (104), le Conseil reconnaît que la question de savoir si les femmes devraient être violées ou non n'en est pas une qui se prête à un débat pour lequel l'on pourrait rechercher l'équilibre ; pareillement, dans l'affaire des plaintes du Conseil tribal Nishga (105) le Conseil déclare qu'on "ne saurait justifier des propos offensants par l'offre de temps d'antenne égal aux offensés". Dans de telles situations, la notion de haute qualité

(102) Ce rapport fut publié par le CRTC à la suite d'audiences publiques fort remarquées faisant suite à un reportage retentissant diffusé à la télévision de Radio Canada sur la pollution dans certaines régions ontariennes. Voir Rapport du Comité spécial sur l'émission "Air of Death", CRTC 9 juillet 1970 reproduit dans Pierre Trudel, Droit de l'information et de la communication - Notes et documents, Montréal, Les éditions Thémis, 1984, p. 485.

(103) Avis Public 1983-187 du 17 août 1983.

(104) Ibid.

(105) Plaintes du Conseil tribal Nishga et de la Bande indienne Musqueam contre CKNW New Westminster, Avis Public 1985-236, 4-11-1985. Dans cette affaire, un commentateur avait prononcé des paroles très dures au sujet des autochtones du Canada, les accusant de pratiquer l'inceste et des détournements de fonds publics.

fournit les justifications de la sanction ou du blâme prononcé par l'organisme de réglementation (106).

Pour déterminer si un radiodiffuseur s'est acquitté de ses responsabilités en matière de programmation de qualité, il convient de tenir compte des circonstances de chaque cas, y compris du contexte dans lequel s'inscrit l'émission (...) et "de la mesure dans laquelle le radiodiffuseur a eu l'occasion de déterminer, avant la mise en ondes de l'émission, si une déclaration méritait d'être présentée ou pas et, s'il n'a pas eu cette occasion, du fait que le radiodiffuseur ait été disposé ou pas à assumer la responsabilité d'une déclaration présentée qui n'a pas satisfait à des normes acceptables de radiodiffusion et à s'en excuser" (107). Dans son avis sur la plainte de la Media Watch, le Conseil affirmait aussi que "les radiodiffuseurs sont loin de s'acquitter de leurs responsabilités et de respecter les normes élevées de programmation requises lorsque la fréquence qui leur a été confiée est utilisée, non pas pour faire une critique des activités d'un groupe en particulier, mais pour promouvoir de la violence sexuelle à l'égard de ses membres".

L'Avis public du 28 juin 1984 (108), faisant suite à des plaintes formulées contre la station de radio CFCF de Montréal, portait sur l'utilisation par la station d'un sondage téléphonique (Instapoll) dans lequel les auditeurs étaient invités à dire, en appelant à la station, s'ils étaient d'accord avec les motifs ayant poussé le caporal Denis Lortie à se livrer, le 8 mai 1984, à une fusillade meurtrière contre l'Assemblée Nationale du Québec. C'est en soulignant les lacunes de ce type de sondage, dont la méthodologie notoirement incomplète n'offre aucune garantie de précision, voire de fiabilité des résultats, que le CRTC conclut que le standard de haute qualité n'a pas été respecté. Le Conseil écrit à cet égard que : "Demander aux auditeurs de répondre par un "oui" ou un "non" peut être acceptable ou, à tout le moins, inoffensif si la question ne porte pas sur un élément vital de l'ordre public. Mais cet exercice est inopportun et même dangereux lorsqu'il s'agit d'une question fondamentale". En outre, dans ce cas, il n'y avait pas de façon de détecter le nombre d'appels en provenance d'un même auditeur.

(106) Il y a là un recoupement avec la notion d'équilibre et les autres principes dégagés par le Conseil à l'égard du traitement de la controverse. Il semble bien en effet que le Conseil ne soit pas disposé à délimiter ce qui ressort du principe de la haute qualité et ce qui découle plutôt d'autres principes fondamentaux de la Loi sur la radiodiffusion. A la décharge du Conseil, il faut constater que la notion de haute qualité est une notion si large qu'elle peut à la rigueur couvrir le traitement de la controverse, les propos sexistes et racistes et bien d'autres questions.

(107) Avis concernant une plainte faite par la Media Watch à l'égard de CKVU Television, Vancouver Avis Public 1983-187 du 17 août 1983, à la p. 6.

(108) Radiodiffusion controversée - Plaintes formulées contre la station de radio CFCF de Montréal, Avis public 1984-159, 28 juin 1984.

Certains éléments contextuels ont aussi été mentionnés dans cette affaire comme le manque de considétation pour les proches des victimes et l'éventuelle possibilité d'encourager les gens à exprimer des sentiments extrêmes après de tels événements. C'est pourquoi le Conseil conclut qu'en réalisant et en diffusant un tel sondage, la station avait manqué à ses obligations de maintenir un standard de haute qualité dans sa programmation (109).

L'obligation de couvrir les campagnes électorales est perçue comme inhérente au devoir de renseigner le public de façon à ce qu'il soit pleinement informé afin de faire un choix éclairé entre divers partis et candidats. C'est là une application assez évidente du principe de l'équilibre mentionné à l'article 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Le principe de la haute qualité est aussi invoqué au soutien de la règle suivant laquelle le radiodiffuseur est obligé de couvrir une élection se déroulant dans un territoire qu'il dessert. Dans sa *Circulaire n° 334 - Emissions politiques - Plaintes concernant la répartition de temps d'antenne gratuit et de temps électoral*, le Conseil déclare que "compte tenu de l'obligation pour le titulaire d'offrir une programmation de "haute qualité", qui se trouve à l'alinéa 3 (d) de la *Loi sur la radiodiffusion*, il est difficile de concevoir une situation où le titulaire n'assurerait pas une telle couverture" (110). La notion de haute qualité constitue donc un fondement des règles applicables en radiodiffusion partisane.

Ces quelques décisions, choisies parmi d'autres, illustrent de quelle façon le CRTC utilise le standard de haute qualité afin de déterminer si un radiodiffuseur a eu une conduite correcte eu égard aux circonstances. Ce phénomène met en lumière un troisième rôle joué par le standard de haute qualité dans la *Loi sur la radiodiffusion*.

En raison de son imprécision le standard de haute qualité constitue un facteur d'incertitude dans l'application de la loi. L'on a parfois fait valoir que les entreprises pouvaient décider de s'abstenir d'agir de crainte d'être prise en défaut au nom d'une détermination indûment large de la signification du standard (111).

(109) Le CRTC a toutefois reconnu, à titre de circonstances atténuantes, que la station avait admis son erreur et s'était excusée.

(110) Circulaire n° 334 - Emissions politiques - Plaintes concernant la répartition de temps d'antenne gratuit et de temps électoral, Ottawa, 4 juin 1987, p. 9

(111) Voir Robert J. Morris, "The CHNS case : An Emerging Fairness Doctrine for Canada ?" (1972) 4 Can. Comm. L.R. 1 ; Marie Alison Finkelstein, Selected Social Issues in Programming : The Legal, Constitutional and Policy Implications of the Equality Provision in Bill C-20, Rapport préparé pour le Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, Novembre 1985. Aux Etats-Unis, ce point de vue a été fréquemment mis de l'avant à propos de l'interprétation de la notion d'intérêt public sur laquelle se fondait la doctrine de l'équité développée par la FCC. Pour une

Dans la réglementation des activités d'expression, l'énonciation des obligations au moyen de la technique du standard peut effectivement conduire à un surcroît d'autocensure de la part des radiodiffuseurs. Ce danger paraît moins considérable lorsque la déontologie découlant du standard est, comme celle développée par le CRTC, assortie d'un régime de sanctions informelles destinées surtout à la gouverne et l'éducation des protagonistes. Seuls les écarts manifestes par rapport aux pratiques reconnues dans le milieu sont sévèrement sanctionnés.

Le standard de haute qualité est donc une technique efficace pour amener les stations de radio et de télévision à adopter des pratiques et des comportements conformes aux valeurs fondamentales largement partagées dans la communauté canadienne. Aussi longtemps que l'interprétation de l'organisme de réglementation est en harmonie avec les valeurs et pratiques que le milieu de la radiodiffusion trouve légitimes, le standard constitue un référent souple guidant les comportements des "administrés". Il fournit en plus une technique de réglementation légère sans doute plus efficace que les techniques alternatives reposant sur la détermination détaillée *a priori* de ce qui est interdit. La technique est particulièrement bien appropriée aux matières délicates et complexes comme les représentations stéréotypées, les propos abusifs et la présentation maladroite des émissions.

CONCLUSION

Cette revue de la façon dont le standard de programmation de haute qualité dans la *Loi sur la radiodiffusion* a été interprété depuis 1968 a permis de constater qu'il joue un triple rôle. De prime abord, le rôle de la notion de haute qualité paraît se limiter à la simple rhétorique de bon aloi. Incapable de dégager des règles qui feraient l'unanimité ou qui détermineraient avec précision les droits et obligations des diffuseurs en matière de programmation, le législateur se laisse aller à la proclamation des vertus de la vertu !

Pourtant, il y a dans le recours au standard par le Parlement une indication formelle de la finalité vers laquelle doit tendre l'action réglementaire en matière d'audiovisuel. Cette finalité contribue à conférer au standard de programmation de haute qualité une fonction habilitante. Pour faire en sorte que les émissions soient de haute qualité, l'organisme de réglementation

critique de la doctrine voir Thomas G. Krattenmaker et L.A. Powe Jr., "The Fairness doctrine today : A Constitutional curiosity and an impossible dream" (1985) Duke L.J. 151.

prendra les mesures qu'il trouve nécessaires. Ces mesures seront du même coup réputées avoir été autorisées par le Parlement.

En plus de ces deux premières fonctions, le standard de haute qualité énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion* conserve celle qui paraît la plus typique du standard : servir d'instrument d'appréciation des conduites. A ce titre, il s'avère un instrument qui paraît bien approprié à l'encadrement des pratiques multiples et essentiellement changeantes du monde de la création audiovisuelle.

Une meilleure conscience de la nature et du fonctionnement des standards juridiques comme celui de la haute qualité permet d'écarter les craintes de leur utilisation abusive et caporaliste pour contraindre les radiodiffuseurs à une orthodoxie qui répugnerait à ce que ce milieu créatif valorise, recherche et pratique.

ANNEXE

Loi sur la radiodiffusion,S.R.C. 1970, c. B-11, article 3. Les soulignements ont été ajoutés.

3. - Il est, par les présentes déclaré,

a) que les entreprises de radiodiffusion au Canada font usage de fréquences qui sont du domaine public et de telles entreprises constituent un système unique, ci-après appelé le système de la radiodiffusion canadienne, comprenant les secteurs public et privé ;

b) que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par les Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique sociale et économique du Canada ;

c) que toute les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et les droits des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté ;

d) que la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et qu'elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée

d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et que **la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité** et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres ;

e) que tous les Canadiens ont droit à un service de radiodiffusion dans les langues anglaise et française, au fur et à mesure que des fonds publics deviennent disponibles ;

f) qu'il y aurait lieu d'assurer, par l'intermédiaire d'une corporation établie par le Parlement à cet effet, un service national de radiodiffusion dont la teneur et la nature soient principalement canadiennes ;

g) que le service national de radiodiffusion devrait :

(i) être un service équilibré qui renseigne, éclaire et divertisse des personnes de tous âges, aux intérêts et aux goûts divers, et qui offre une répartition équitable de toute la gamme de la programmation,

(ii) être étendu à toutes les régions du Canada, au fur et à mesure que des fonds publics deviennent disponibles,

(iii) être de langue anglaise et de langue française, répondre aux besoins particuliers des diverses régions et contribuer activement à la fourniture et à l'échange d'informations et de divertissements d'ordre culturel et régional, et

(vi) contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne ;

h) que, lorsqu'un conflit survient entre les objectifs du service national de radiodiffusion et les intérêts du secteur privé du système de la radiodiffusion canadienne, il soit résolu dans l'intérêt public mais qu'une importance primordiale soit accordée aux objectifs du service national de radiodiffusion ;

i) que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être doté d'un équipement de radiodiffusion éducative ; et

j) que la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne devraient être souples et aisément adaptables aux progrès scientifiques et techniques ;

et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique de la radiodiffusion pour le Canada énoncée au présent article consiste à confier la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne à un seul organisme public autonome.

LES STANDARDS EN DROIT PENAL

****

THE STANDARDS IN CRIMINAL LAW

Par

Mireille DELMAS-MARTY
Professeur à l'Université de Paris-Sud
Directeur de la Section de science criminelle
de l'Institut de droit comparé de Paris

Des "standards" en droit pénal. Surprenante expression qu'on ne retrouve dans aucun index des principaux manuels de droit pénal.

Il est vrai que la notion de standard introduit une référence à la normalité donc à une moyenne, à l'"étant" ; alors que le droit pénal est par nature normatif. A travers les interdits que sont les infractions pénales il pose un "devoir être", donc un idéal de comportement et non une moyenne.

De plus, le standard ne fournit pas de solution unique et univoque. A la différence de la règle, qui permet de déduire, dans une logique binaire, une solution nette, une décision qui tranche entre interdit/permis, coupable/innocent, le standard détermine des possibilités d'autant plus ouvertes qu'il se fonde sur des critères plus nombreux, offrant des combinaisons multiples.

En ce sens la logique du standard (1) paraît heurter de front le principe de légalité que l'on sait au coeur du droit pénal dans les pays de tradition légaliste. On connaît la formule de Portalis : en droit pénal, il faut "des lois précises et point de jurisprudence" ...

C'est d'ailleurs en droit administratif, soit dans le domaine du droit où l'emprise de la légalité est la plus faible et la jurisprudence la plus créatrice, qu'est d'abord apparue en France la notion de standard. Une notion qui serait donc incompatible avec la stricte légalité du droit pénal.

Oui mais, même juridique, les choses ne sont jamais aussi simples. On trouve, ici ou là, en droit pénal des incriminations qui fondent l'interdit pénal sur un comportement moyen, sur un standard : on peut citer les "bonnes moeurs" auxquelles renvoie le délit d'outrage du Code pénal (rendu célèbre notamment par la condamnation de Baudelaire et de ses éditeurs après la publication des Fleurs du mal, puis de la révision du procès en 1949, la normalité étant par nature plus évolutive que la normativité) ; ou encore l'exemple bien différent des incriminations du droit pénal dit technique, souvent définies par le jeu du renvoi à des normes extra-pénales qui peuvent elles-mêmes contenir des standards propres au secteur concerné (environnement, consommation, transports, etc. ...).

(1) qui paraît relever selon les cas de la logique des possibilités ou de la logique floue plutôt que de la logique formelle, voir D. Dubois et H. Prade, An introduction to possibilistic and fuzzy logics. Pour une application de la logique floue aux systèmes de droit, J. Wroblewski, Fuzziness of legal system, in Essays in legal theory in honour of Kaarle Makkonen, XVI Oikenstiede jurisprudentia, 1983 p. 313 et s.. Pour une application de la logique floue à l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir Le floue du droit, PUF, coll. Les voies du droit, 1986, également, La matière pénale, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, RSC 1987.819 ; vers une autre logique juridique ; à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, D. 1988, chr. 221.

Mais il s'agit là d'exemples trop dispersés et fragmentaires pour éclairer utilement notre réflexion. En revanche il me semble que le grand mouvement d'ouverture du champ pénal qui est au coeur de la politique criminelle contemporaine serait de nature à donner aux standards une importance nouvelle et une place réelle en droit pénal.

Ouverture d'abord marquée en droit interne où une extrême diversification des peines fait éclater, au moins en théorie, le postulat d'identité peine=prison et crée du même coup, avec la chance d'humaniser le système pénal, des risques d'inégalité et d'incertitude par le justiciable (2) ; tandis que parallèlement se diversifie plus largement la palette des sanctions pénales mais aussi administratives, civiles, disciplinaires, au risque d'incohérence, dans le choix du législateur cette fois.

Impossible de maîtriser par le jeu des règles du droit traditionnelles, trop rigides pour s'adapter à toutes les situations, cette diversification (des peines stricto sensu et des sanctions en général) devrait permettre une meilleure adaptation à la diversité des situations ; mais elle participe aussi dans un premier temps, au constat d'éclatement, on pourrait dire de perte d'identité, et plus largement de crise du droit pénal et de la politique criminelle (3).

Pourtant les choix multiples qu'elle offre sont de moins en moins abandonnés à l'arbitraire de l'organe de décision. Apparaissent des critères de la décision, qui paraissent bien fonctionner comme des standards en ce sens qu'ils posent les conditions d'un choix normal et acceptable. Certes, ces critères relèvent de techniques juridiques très différents, selon qu'ils s'adressent au juge pénal ou au législateur lui-même, mais ils ont en commun de renforcer le contrôle des normes pénales dans le système de droit, sans pour autant réduire ou limiter ce contrôle à un seul principe générateur : technique de "prédétermination des normes", si l'on se réfère à la distinction proposée par G. Timsit entre pré et sur-détermination (4).

Cela dit l'ouverture du champ pénal n'est pas limitée au droit interne, elle se manifeste aussi aujourd'hui par une véritable internationalisation de la politique criminelle (5) qui paraît née,

(2) Voir travaux du 8ème Colloque criminologique organisé par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, nov. 1987, sur Les disparités dans le prononcé des peines (sentencing) : causes et solutions, (Compte rendu Janssen, RDPC 1988.651).
(3) Voir R. Gassin, Les crises des politiques criminelles occidentales, in Problèmes actuels de science criminelle, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1985.21. L'auteur évoque notamment la "submersion" et la "déconnexion" des systèmes de politique criminelle.
(4) Sur l'engendrement du droit, Rev. dr. public, 1988.39, et s., notamment p. 64-65.
(5) Voir L'internationalisation des sociétés contemporaines dans le domaine de la criminalité et les réponses du mouvement de défense sociale, XIe Congrès international de défense sociale, rapport général, M. Delmas-Marty, RSC 1987.511.

après le choc de la seconde guerre mondiale, d'une volonté de réaffirmer, avec la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Conventions et Pactes qui ont suivi, que, même pénale, la loi n'a pas tous les droits. C'est ainsi que les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme (Convention de 1966, Convention américaine de 1969) vont poser de véritables standards de procédure pénale et plus indirectement de droit pénal.

Par vocation "inter-nationaux", ces standards fonctionnent de façon tout à fait originale car ils s'appliquent simultanément à des systèmes juridiques qui sont différents et autonomes, et entendent bien le rester. N'oublions pas que le droit de punir est la marque la plus éclatante peut-être de la souveraineté nationale et que même dans le cas de l'Europe, retenu comme exemple ici, il n'est pas question d'uniformiser les pratiques pénales au point d'adopter la signature de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les standards qu'elle pose semblent bien s'affirmer comme technique efficace de coordination des normes pénales entre système de droit. Telle est du moins la seconde proposition que je voudrais développer devant vous.

D'abord le droit interne.

I - LES STANDARDS, TECHNIQUE DE PREDETERMINATION DES NORMES PENALES DANS UN SYSTEME DE DROIT

En droit interne, les standards seraient devenus nécessaires -c'est l'hypothèse que j'ai posée en introduction- pour renforcer le contrôle des normes pénales dans un système devenu hautement diversifié.

Diversification liée à deux grands courants de politique criminelle : l'individualisation, qui suppose la diversification des peines et la dépénalisation, rendue à la fois nécessaire et possible par la diversification des sanctions pénales et extra-pénales. D'où la tendance à utiliser la technique plus souple des standards pour encadrer les multiples choix possibles, choix du juge chargé d'appliquer la loi pénale, choix du législateur qui l'élabore.

1.1 - Individualisation des peines et standards de l'application de la loi pénale

Préconisée dès la fin du XIXème siècle par des auteurs comme R. Saleilles, l'individualisation des peines est à présent admise dans beaucoup de systèmes de droit pénal. Ainsi en France, même si le Conseil constitutionnel hésite encore à la rattacher en bloc de constitutionnalité comme "principe

fondamental reconnu par les lois de la République" (6), sans doute en raison du conflit sous-jacent avec le principe de légalité, il demeure que le droit pénal a progressivement intégré diverses techniques juridiques d'individualisation, allant des circonstances atténuantes à la dispense de peine, des différentes catégories de sursis aux substituts à l'emprisonnement, de la libération conditionnelle aux réductions de peines et autres variantes dans les modalités d'exécution des peines.

A partir de ce large éventail, le juge pénal, surtout en matière correctionnelle, peut à peu près faire ce qu'il veut quant à la détermination de la peine, pourvu qu'il ne dépasse pas le maximum légal et n'aille pas inventer une peine non prévue par la loi.

C'est ici que la technique des standards, parfois relayée par l'informatique (7) paraît appelée à jouer un rôle de plus en plus important car elle permet d'expliciter le choix, donc de mieux garantir certitude, égalité et finalement compréhension de la peine par le justiciable, sans pour autant réintroduire la rigidité propre à la règle de droit.

Plus ouvertement admis en pays de common law où ils ne heurtent évidemment pas de front une tradition légaliste, les standards sont alors le plus souvent conçus par les tribunaux eux-mêmes ou par des "commissions de sentencing", sans être incorporés à la loi pénale (8). Pourtant ils commencent inéluctablement à apparaître aussi en pays de tradition légaliste.

Apparition souvent discrète, au détour de quelque texte, notamment sur les modalités d'exécution des peines.

Ainsi le condamné qui présente des "gages sérieux de réadaptation sociale" ou donne "des preuves suffisantes de bonne conduite" pourra bénéficier de libération conditionnelle (art. 779, CPP) ou de réduction de peine (art. 721).

Apparition plus discrète encore, lorsqu'il s'agit du prononcé de la peine. Ainsi le Code pénal français ne définit pas les circonstances atténuantes (art. 463) et la Cour de cassation n'exige à leur sujet aucune motivation ce qui l'empêche d'établir elle-même des standards qui seraient alors jurisprudentiels et non textuels. Même silence du Code pénal et même "appréciation souveraine" des juges de fond en ce qui concerne le choix d'une peine dite de "substitut à l'emprisonnement", le juge pénal n'étant

(6) Voir notamment CC. 19-20 janvier 1980.

(7) Voir notamment R.V. de Mulder et M.M. Gubby, Legal decision making by computer : an experiment with sentencing, Computer law journal, vol. IV, summer 1983, n° 2, 243 ; également Sentencing by computer, Law technology, 1984, vol. 17, n° 1.

(8) On trouve cependant, dans certains Etats d'Amérique du nord des standards de sentencing posés par le législateur lui-même, voir Fogel, Le débat américain sur la politique du sentencing : dix années de combat, Arch. pol. crim. 1982-225.

pas même tenu dans son choix par la nature de l'infraction commise : il peut par exemple remplacer l'emprisonnement par la suspension du permis de conduire ou le retrait du permis de chasse même s'il ne s'agit ni d'un délit de circulation routière, ni d'un délit de chasse (seule l'interdiction professionnelle, qui peut également se substituer à l'emprisonnement, ne peut être prononcée à titre de peine principale que lorsque l'auteur a sciemment utilisé son activité pour commettre le délit, comp. art. 43-3 et 43-2, CP).

En revanche, la dispense de peine (art. 469-2 CPP) suppose la réunion de conditions plus proches du standard que de la règle de droit prise dans toute sa rigueur et sa rigidité. Il faut que le "reclassement" du prévenu soit acquis, le dommage causé réparé et que le "trouble" résultant de l'infraction ait cessé. Qu'il s'agisse du reclassement du prévenu ou du trouble résultant de l'infraction, c'est bien en fonction de la moyenne, de la normalité que le juge devra s'efforcer d'appliquer le critère légal.

Mais c'est peut-être dans le projet de Code pénal déposé en 1986 au Sénat que l'on trouve l'illustration la plus convaincante. Supprimant tout minimum légal à la peine, ce qui entraîne la disparition des circonstances atténuantes qui n'ont évidemment plus de raison d'être, le projet affirme néanmoins sous le titre "modes de personnalisation des peines" un principe d'individualisation à propos duquel sont posés de véritables standards de détermination de la peine : "Dans les limites prévues par la loi ou le règlement, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en tenant compte des circonstances de l'infraction, de la personnalité du prévenu, de son état psychique ou neuro-psychique, de ses ressources et de ses charges, de ses mobiles, ainsi que de son comportement après l'infraction, notamment à l'égard de la victime" (art. 132-22, projet CP).

On notera le parallélisme avec les dispositions du Code pénal allemand de 1975 intitulées "principes régissant le calcul de la peine" (art. 46) et proposant un système de fixation de la peine à deux degrés, selon lequel le juge devrait, au moins en théorie, d'abord fixer le cadre applicable à la peine qu'il estime, en son âme et conscience, appropriée à la faute commise (art. 46, parag. 1) ; puis estimer de quelle manière et avec quelle force les critères généraux et spéciaux nécessitent d'infliger une peine se situant à la limite inférieure ou supérieure du cadre légal (art. 46, par. 2) :

1) "La culpabilité de l'auteur est le fondement du calcul de la peine. Les effets de la peine sur la vie future de l'auteur en société, auxquels on peut s'attendre, doivent être pris en considération".

2) "Lorsqu'il calcule la peine, le tribunal prend en considération les circonstances favorables et défavorables à l'auteur, les unes par rapport aux autres. Entrent en ligne de compte à cet égard notamment :
- les mobiles et les buts recherchés par l'auteur,
- l'état d'esprit que dénote l'acte délictueux et la volonté qu'il traduit,
- le degré du manquement à ses obligations,
- le mode d'exécution et les effets répréhensibles résultant de l'infraction,
- les antécédents de l'auteur, sa situation personnelle et pécuniaire, ainsi que,
- son comportement après l'acte et plus spécialement ses efforts pour réparer le dommage".
3) "Les situations, qui font déjà partie de la définition légale de l'infraction ne doivent pas être prises en considération".

Systématiquement contrôlés par la Cour de cassation de la République fédérale allemande (9) ces standards ne perdent pas pour autant leur caractère légal.

En revanche, la récente loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines semble inciter à l'élaboration de standards jurisprudentiels qui évoqueraient davantage les "principes de sentencing" du système anglo-américain. Aux termes de cette loi, l'article 1985 du Code d'instruction criminelle (dont le premier alinéa dispose que tout jugement de condamnation énonce les faits dont les personnes citées sont jugées coupables ou responsables, la peine, les condamnations civiles et la disposition de la loi dont il est fait application) est complété par un deuxième alinéa selon lequel tout jugement de condamnation doit également indiquer, d'une manière qui peut être succincte mais précise, les raisons du choix que le juge fait de telle peine ou mesure parmi celles que la loi lui permet de prononcer et qu'il justifie, en outre, le degré de chacune des peines ou de chacune des mesures prononcées (10). Ainsi peut-on s'attacher à voir progressivement "standardisées" les raisons qui ont déterminé le choix d'une peine, dans sa mesure et dans sa nature.

Mais le droit pénal n'est pas le seul droit sanctionnateur. Il n'est même plus le seul à prévoir des sanctions répressives car peu à peu s'atténue la grande distinction proposée par Durkheim entre les sanctions à caractère répressif -les sanctions pénales et celles à caractère restitutif- toutes les autres catégories juridiques de sanctions. Parfois la sanction pénale se limite à l'obligation de

(9) La moitié environ des pourvois formés sur des points de droit jugés par les tribunaux concerneraient le prononcé des sanctions.
(10) Voir J. Sale, La loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines, RDPC, 1987.961.

réparer le dommage (condition de la dispense de peine ou modalité de sursis avec mise à l'épreuve, ou même directement par injonction du juge pénal comme le prévoit le système des "compensation orders" du juge britannique) et parfois la sanction extra-pénale présente un caractère répressif (certaines sanctions disciplinaires et surtout, bien souvent, la sanction administrative) (11) ; parfois d'ailleurs la même sanction (suspension du permis ou fermeture d'établissement) sera de nature pénale ou extra-pénale selon le texte qui la prévoit et l'autorité qui la prononce.

Face à cette inflation généralisée des sanctions, la dépénalisation peut sembler une réponse adéquate, à condition qu'il existe une certaine cohérence dans les choix du législateur. D'où l'utilité de standards de l'élaboration des lois pénales.

1.2 - Dépénalisation et standards de l'élaboration des lois pénales

Longtemps souverain, le législateur pénal se trouve de plus en plus soumis à des contraintes, d'abord constitutionnelles (12).

Sans revenir sur la question des "standards dans les textes constitutionnels" ni évoquer ici le problème particulier des injonctions et directives que le Conseil adresse parfois, au législateur ou aux juges, je rappellerai seulement qu'en France, le "bloc de constitutionnalité" intègre des textes forts hétérogènes. Parmi ceux qui sont applicables en matière pénale, certains (tels le principe de légalité ou celui d'égalité) s'imposent "comme une véritable règle de droit" (13). C'est sans doute parmi les textes non repris dans le corps même de la Constitution, et notamment parmi les dispositions non reprises de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 que l'on peut trouver des exemples relevant de la technique des standards (art. 5, Décl. "La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société") ou encore celui de la nécessité des peines, rattaché à la légalité et même à la rétroactivité in mitius, mais néanmoins plus large en ce sens qu'il permet non seulement de contrôler l'existence d'une loi et sa qualité de précision, mais encore le contenu de celle-ci et plus précisément la peine choisie par le législateur (art. 8, Décl. "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires"). Invoqué à plusieurs reprises à propos de peines présentées comme excessives, l'article 8 introduit un contrôle de

(11) Voir XIVe Congrès de l'Association internationale de droit pénal, 1er thème : Les problèmes juridiques et pratiques posés par les différences entre le droit criminel et le droit administratif pénal, RIDP 1988-89, à paraître. Egalement, Sanctionner autrement, Arch. polit. crim. 1984.49.

(12) Sur la "constitutionnalisation" du droit pénal et de la procédure pénale en France, voir notamment L. Philip, RSC 1985.711 ; D Mayer, RSC 1988.43 q ; L. Favoreu, Mélanges Vitu, Vers un droit constitutionnel pénal, à paraître.

(13) L. Favoreu, précité.

la proportionnalité des peines par rapport au comportement incriminé. En ce sens on peut dire qu'il crée un standard d'élaboration de la loi. Mais le Conseil constitutionnel, refusant de "substituer" sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, se réserve de ne censurer que les peines "manifestement" excessives. Le cas ne s'est jusqu'à présent produit qu'une fois (CC. 30 déc. 1987) d'une sanction jugée "revêtir un caractère manifestement disproportionné". Encore s'agissait-il, non pas d'une sanction pénale, mais d'une amende administrative à laquelle le Conseil constitutionnel reconnaissait néanmoins "le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire".

C'est dire que le standard de proportionnalité ainsi étendu ne suffit pas à guider le choix du législateur entre sanction pénale et extra-pénale.

D'où l'intérêt d'autres formules proposées dans les pays où le mouvement de dépénalisation s'est affirmé avec le plus de vigueur : Allemagne Fédérale, Italie, plus récemment le Portugal, l'exemple le plus typique étant sans doute celui de l'Italie.

Poursuivant le mouvement amorcé dès 1967 en matière de circulation routière, une loi du 24 novembre 1981 porte dépénalisation d'un certain nombre d'infractions au profit d'un système, analogue au système allemand, de sanctions administratives placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire. La règle posée était simple : "les violations pour lesquelles est prévue la seule peine d'amende ne constituent pas un délit et sont passibles de la sanction administrative de paiement d'une somme d'argent". Trop simple sans doute, car, même assortie d'exceptions par la loi elle-même, la règle devait être peu après transgressée par de nouvelles lois. Les faiblesses du système devenaient évidentes : fondée sur la référence à une peine déjà existante, la règle ne permettait pas d'orienter le législateur dans la création de sanctions nouvelles ; et surtout, le système défini sur la base d'une règle unique et rigide avait peu de chance de s'adapter à la diversité des situations pratiques sanctionnées.

Conscient de ces faiblesses, le gouvernement italien devait adopter en 1983 une circulaire interministérielle définissant, selon une technique très proche des standards, "les critères d'orientation pour le choix entre la sanction pénale et la sanction administrative" (14).

(14) Voir Dolcini, Rapport italien pour le XIVe Congrès de l'Association internationale de droit pénal, RIDP, 488-89 à paraître. Egalement S. Lorvellec, Les frontières entre infraction pénale et administrative en Italie, Arch. polit. crim. 1985.177 et Bernardi, ibid. 1987.171.

Deux séries de critères étaient ainsi proposées au législateur : des critères de proportionnalité invitant à tenir compte du rang de l'intérêt protégé et de la gravité, qualitative ou quantitative, du dommage causé par l'infraction ; et des critères que l'on pourrait nommer "critères d'efficacité" selon lesquels la sanction pénale doit toujours demeurer "subsidiaire" et n'être retenu "qu'en l'absence d'autre technique de contrôle social de même efficacité". Sans fournir directement la solution, cet ensemble de critères se combine avec une extrême souplesse pour déterminer des zones tantôt franchement favorables ou défavorables à la voie pénale, tantôt plus indécises, la même technique étant par la suite appliquée à la distinction entre délits et contraventions (15).

Influencée par cet exemple, la Commission de révision du Code pénal français avait élaboré (au sein du groupe de travail "de l'inventaire") un ensemble de "principes directeurs" (16) conçu selon la même technique et combinant indicateurs de proportionnalité (définis par rapport aux caractères de la faute, au type de valeurs en cause et à la nature du dommage) et indicateurs d'effectivité (définis par rapport à une effectivité instrumentale, liée à la capacité d'absorption de l'appareil pénal ; symbolique (dépendant notamment de l'existence d'un consensus social) ; et pédagogique (selon les possibilités d'accès matériel et intellectuel à la loi).

Véritables standards de l'élaboration des lois pénales, ces critères seront à nouveau discutés, dans la perspective d'améliorer la qualité des lois pénales, thème proposé à la réflexion de la Commission "Justice pénale et droits de l'homme" nouvellement créée par le Garde des Sceaux. Discutés, mais en tenant compte aussi du mouvement d'internationalisation de la politique criminelle, en tenant compte, par conséquent, de l'apparition de standards européens en matière pénale.

(15) Arch. polit. crim. 1987.212.
(16) Voir Delmas-Marty, Pour des principes directeurs de législation pénale, RSC 1985.225.

II - LES STANDARDS, TECHNIQUE DE COORDINATION DES NORMES PENALES ENTRE SYSTEMES DE DROIT : L'EXEMPLE EUROPEEN

Qu'il s'agisse des communautés européennes ou du Conseil de l'Europe le droit pénal n'est guère visible dans le projet européen. Pourtant, le droit communautaire a une influence directe sur certaines dispositions de droit pénal (17), tandis qu'à partir de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) se développent peu à peu les conditions d'une harmonisation de systèmes juridiques de droit pénal aussi différents que, par exemple, le système britannique et les droits relevant de la tradition romano-germanique.

C'est de cette harmonisation qu'il sera question ici car elle s'esquisse à partir d'un processus complexe auquel participent certaines dispositions de la Convention qui semblent bien relever de la technique des standards.

Encore faut-il établir plusieurs distinctions.

Certains articles de la Convention relèvent davantage de la règle de droit que du standard. Ce sont d'ailleurs ceux qui se réfèrent le plus directement au droit pénal. Ainsi l'article 7 qui pose la règle, d'ailleurs inscrite dans la plupart des Codes pénaux européens, de la non-rétroactivité ; ou encore l'article 1 du protocole additionnel n° 6 qui abolit la peine de mort. Dispositions spécifiquement pénales, certes, mais qui vont au-delà de l'harmonisation. Sur ces deux points on peut considérer que les systèmes de droit pénal des Etats qui les ont ratifiés sont déjà unifiés. De même avec l'article 3 à forte incidence pénale (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants).

En revanche, c'est plutôt là où la Convention n'évoque pas, ou pas de façon exclusive ou privilégiée, le droit pénal, qu'apparaît la possibilité, avec la technique des standards, d'une coordination des normes pénales.

Impossible à réaliser selon la logique formelle de type binaire qui permet seulement les deux cas de figure de la conformité de la norme interne à la norme européenne (principe d'identité) et de son indépendance (principe du tiers exclu), une telle coordination suppose le recours à des logiques plus souples. C'est pourquoi la technique du standard, qui n'enferme pas dans la logique binaire de l'appartenance /ou de la non-appartenance,

(17) Voir J. Biancarelli et Maidani, RSC, 1984.335 et 455 ; également les chroniques régulières du droit pénal communautaire de la Revue rédigées par J. Biancarelli puis J. Bonichot (1988.581).

mais permet l'appartenance partielle et graduée, est essentielle ici (18).

Encore que le processus soit différent selon qu'il s'agit de procédure pénale ou de droit pénal stricto sensu. La première est encadrée par de véritables standards européens posés par la Convention. En revanche, le second, de façon plus sous-jacente, pourrait progressivement faire l'objet de standards qui se dégagent de la Convention au fil des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme.

2.1 - Standards européens de procédure pénale posés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH)

La procédure pénale est évoquée, directement sinon de façon exclusive, par les articles 5 et 6 de la Convention. Or ces textes contiennent des dispositions assez hétérogènes. Certains posent de véritables règles. Ainsi l'article 5-1, c qui définit les conditions de la garde à vue et de la détention provisoire, ou encore l'article 6-1 in fine qui impose la publicité du jugement mais assortit cette règle d'exceptions minutieuses énumérées. La technique est celle de la règle de droit : la relation entre la norme interne et la règle européenne doit être l'appartenance absolue (identité) et la Cour européenne des droits de l'homme exerce alors un contrôle de conformité.

A première vue satisfaisantes car elles semblent favoriser l'intégration juridique européenne, ces règles n'apportent en réalité guère d'innovation car elles reprennent des règles déjà communes à la plupart des droits nationaux. Or c'est plutôt là où les droits nationaux sont les plus différents les uns des autres que des progrès seraient à faire. Mais précisément ces différences, parce qu'elles sont difficiles à réduire par une stricte obligation d'identité-conformité, appellent la technique plus souple des standards qui évoque davantage une simple obligation de proximité-compatibilité (19).

Je voudrais citer deux exemples de ces "standards européens" de procédure pénale : le "délai raisonnable" (art. 5-3 et 6-1, CESDH) et le droit à un "tribunal indépendant et impartial" (art. 6-1, comp. avec le "juge ou autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" de l'article 5-3).

Il est vrai que le "délai raisonnable", celui de l'article 5-3 (droit pour une personne arrêtée ou détenue d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure) avait d'abord

(18) Voir, Raisonner la raison d'Etat, vers une Europe des droits de l'homme, notamment III, ch. II, Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes, à paraître PUF 1989, coll. Les voies du droit.
(19) Vers une autre logique juridique ..., précité.

été interprété par référence à de véritables standards jurisprudentiels élaborés par la Commission européenne des droits de l'homme. Pour les personnes en détention provisoire, celle-ci avait en effet défini une série de sept critères commandant l'appréciation, favorable ou défavorable, de la durée de la détention ordonnée (20). Ces critères étaient les suivants : la durée de la détention elle-même, la durée de la détention pas rapport à la nature de l'infraction et à la peine à laquelle on doit s'attendre dans le cas d'une condamnation ; les effets personnels sur l'inculpé ; la conduite de l'inculpé ; les difficultés de l'instruction ; la façon dont l'instruction a été menée ; la conduite des instances judiciaires dans l'examen des demandes de libération et dans le jugement de l'affaire.

Rejetant la technique des sept critères jurisprudentiels, la Cour européenne préfère néanmoins apprécier dans chaque cas, au regard du seul standard conventionnel du "délai raisonnable", si "les motifs donnés par les autorités nationales pour justifier le maintien en détention sont pertinents et suffisants pour faire admettre que la détention n'a pas dépassé les limites raisonnables" (21) ; vérifiant notamment si la longueur de la détention n'est pas due à des négligences des autorités judiciaires dans la conduite de l'instruction (22).

Il est vrai que lorsqu'elle applique l'autre standard, du tribunal impartial et indépendant, la Cour européenne des droits de l'homme est amenée à son tour à dégager des critères multiples de la notion même de "tribunal", ainsi que du caractère "indépendant" et "impartial" (23).

D'abord quant au tribunal "il doit s'agir d'un organe habilité à prendre des décisions contraignantes dans le domaine en cause" (arrêt Campbell et Fell (contre Royaume-Uni) 28 juin 1984 série A n° 80 parag. 76), ou encore d'un organe auquel "il appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence" (arrêt Sramek (contre Autriche) 22 octobre 1984 série A n° 84 parag. 36 ; arrêt H. contre Belgique 30 novembre 1987, série A n° 127 parag. 50 ; Belilos (contre Suisse) 29 avril 1988, série A n° 132 parag. 64). Autrement dit "un tribunal" se

(20) Voir Ph. Pouget, Les délais en matière de détention, garde à vue et détention provisoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, RSC 1989, n° 1, à paraître.
(21) Arrêt Wemhoff c. RFA, 27 juin 1968.
(22) Arrêt Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968.
(23) Sur ces divers points R. Koering-Joulin, Jurisprudence de la Cour européenne relative à l'article 6 parag. 1, note dactylographiée, doc. Commission Justice pénale et droits de l'hommes, ministère de la justice, sept. 1988.

caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel ..." (arrêt Belilos, précité, ibidem.)(24).

En second lieu les différentes manifestations de "l'indépendance" d'un tribunal seraient : le mode de nomination des membres ; la composition proprement dite (magistrats/non magistrats) ; la durée du mandat des membres du tribunal ; l'impossibilité pour ces membres de recevoir des directives ou des instructions dans le cadre de leurs fonctions ; l'existence de garanties contre les pressions extérieures ; enfin, les "apparences", notion par laquelle la Cour fait référence à plusieurs reprises à l'adage anglais "Justice must not only be done, it must also be seen to be done". L'arrêt Belilos précité parag. 67, illustre bien cette importance des "apparences" : "A Lausanne, le membre de la commission de la police est un fonctionnaire supérieur issu de la direction de la police et susceptible d'être appelé à y accomplir à nouveau d'autres tâches. Les justiciables auront tendance à voir en lui un membre du corps de police, intégré à une hiérarchie et solidaire de ses collègues. Pareille situation risque d'ébranler la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique ...".

Enfin, la notion d'impartialité, telle que l'énonce la Cour dans l'arrêt Piersack c. Belgique du 1er octobre 1982, se définit à partir d'une double démarche ; "une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à recherche s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime" (parag. 30).

Sensible en procédure, où pourtant la Convention contient déjà des standards textuels, l'influence de la jurisprudence est sans doute plus nette encore dans la perspective de standards européens de droit pénal.

2.2 - Vers des standards européens de droit pénal dégagés de la CESDH

Si l'on combine ce qui a été dit plus haut des standards (internes) de l'élaboration des lois pénales avec l'approche internationale proposée ici, il apparaît que les critères de proportionnalité qui sont au coeur de la différenciation "pénal/extra pénal" pourraient se trouver utilement éclairés par le texte même de la Convention. En effet, les droits et libertés qu'elle énonce ne sont pas tous protégés avec la même force. Selon les cas, la protection est absolue (droit à la dignité de la personne marquée par l'interdit, absolu, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants), quasi-absolue

(24) R. Koering-Joulin, précité.

(droits de la défense protégés par l'article 6 sous la seule réserve de dérogations temporaires en cas de guerre ou de menace pour la vie de la nation, art. 15), relative forte (droit à la liberté et à la sûreté protégée sous réserve d'exceptions limitativement énumérées par la Convention et restrictivement interprétées par la Cour) ou relative faible (droit au respect de la vie privée et familiale, liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression, de réunion pacifique et d'association, droit au respect de ses biens, droit à la libre circulation, art. 8 à 11 CESDH, art. 1, P. n° 1, art. 2, P. n° 4, protégés sous réserve des "restrictions nécessaires dans une société démocratique", pour l'interprétation desquelles la Cour reconnaît une "marge nationale d'appréciation" parfois assez large).

Cet ensemble pourrait constituer la matrice sinon d'un Code pénal européen, du moins de standards européens d'incrimination pénale, marquant les intérêts à protéger en priorité et parmi ceux-ci établissant une première hiérarchie. Standards d'incrimination qui pourraient être utilement complétés par l'énumération des droits et intérêts collectifs qui figurent dans la Charte sociale européenne de 1961 et parfois dans la Convention elle-même.

Une telle matrice européenne des incriminations pénales pourrait fonder à la fois des injonctions (d'incriminer les comportements portant atteinte ou menace pour ces droits et intérêts) et des interdits d'incriminer (lorsque le fait défini comme infraction pénale consisterait seulement dans l'exercice d'un droit garanti) ; étant observé que l'hypothèse des conflits entre intérêts individuels et collectifs, ou même entre intérêts individuels et "droits et libertés d'autrui", sont l'objet d'une jurisprudence européenne qui établit assez clairement les hiérarchies.

Cette matrice pourrait être complétée, notamment du point de vue des sanctions, par référence aux standards, jurisprudentiels cette fois, établis par la Cour à propos de la "matière pénale".

On sait qu'il s'agit là d'une notion "autonome" (appliquée, par exemple, à des sanctions disciplinaires ou administratives) que la Cour développe en raison d'un risque de "fraude à la Convention" qui consisterait pour les Etats à dépénaliser certains comportements afin de ne pas avoir à respecter les garanties de procédure que l'article 6 réserve, notamment, en "matière pénale".

D'où la nécessité pour la Cour de dégager des critères, véritables standards jurisprudentiels européens organisés autour de la qualification de l'infraction d'après la technique juridique interne (critère A), la nature de l'infraction (critère B) et la gravité de la sanction (critère C), assortis chacun de nombreux

sous-critères et éléments d'appréciation tels que, pour le critère B, les caractères de la norme transgressée et la gravité de la transgression ou pour le critère C de la nature, la mesure et les modalités d'exécution de la sanction, encourue, prononcée ou exécutée (25).

En définitive, cette analyse montre qu'en droit pénal, il y aurait tout intérêt à circonscrire la notion de standard en considérant que : parmi les notions vagues et faisant référence à une normalité, c'est-à-dire à une moyenne des comportements, seules deviennent "standards" celles qui répondent à l'exigence d'un raisonnement logique qui, pour échapper à la logique formelle, n'en relève pas moins d'une autre logique (par exemple logique des possibilités, ou logique floue, voir ci-dessus note 1). Pour que cette exigence soit remplie, il faut que les possibilités plus nombreuses et plus ouvertes offertes soient encadrées par référence à des critères multiples spécifiés et pondérés entre eux avec une précision suffisante, tels les standards italiens de l'élaboration des lois pénales (voir 1.2) ou encore les standards européens de la matière pénale évoqués in fine (2.2). C'est à ce prix, me semble-t-il, que les standards peuvent apporter plus de souplesse sans pour autant favoriser l'arbitraire et l'opacité.

(25) Voir La matière pénale ..., précité, note 1.

- THEME N° 3 -

L'UTILISATION DES STANDARDS DANS LA PRATIQUE ET LA JURISPRUDENCE

THE USE OF STANDARDS IN THE LEGAL AND JUDICIARY PRACTICE AND IN "CASE LAW"

Présidents de Séance

Chairmen

Matin : *M. le Premier Président Pierre MIGNUCCI*

Après-Midi : *Me Pierre BREDEAU*

LES STANDARDS ET LES POUVOIRS DU JUGE

****

THE STANDARDS AND JUDGE'S DISCRETION

Par
Paul ORIANNE
Professeur à l'Université Catholique de Louvain (Belgique)

SOMMAIRE

1. Introduction
2. Le contexte d'énonciation
3. Standard matériel et standard comportemental
4. La prise en compte du cadre relationnel
5. Le recours aux règles juridiques extérieures aux standards
6. L'application des principes généraux du droit
7. Le recours aux normes non-juridiques
8. La référence aux règles morales
9. La balance des intérêts
10. La vérification du caractère "transférable" de la solution
11. Le contrôle par le juge de l'application du standard
12. Conclusion

1. INTRODUCTION

Les standards posent, on le sait, un problème au niveau même de leur définition. On y voit tantôt "une notion simplement floue", tantôt une "directive" (general klausel), tantôt encore "un instrument de mesure des comportements et situations en termes de normalité" (1).

Dans ce troisième sens, le standard est une variété de la notion à contenu variable qui se caractérise par le rôle spécifique qui lui est assigné. La notion floue a un ou plusieurs objets correspondant à des réalités, mais elle ne les indique pas avec un degré de précision et de certitude suffisant pour éviter la discussion au moins sur son application à ce qu'on appelle les cas -limites. Les termes "chose", "famille", "résidence", "entreprise", "erreur", "intérêt", "juridiction" et bien d'autres sont dans ce cas (2). Le problème est d'identifier, dans la réalité, les objets qu'elles comprennent : le travail porte essentiellement sur *la définition* et l'interprétation de la notion.

Le standard, stricto sensu, ajoute à l'indétermination de la notion dont il se sert une fonction discriminatoire attachée à la *qualité* dont il entend que la présence ou l'absence soit vérifiée. Il tend à l'appréciation d'un écart éventuel entre l'état d'un fait ou d'un comportement et celui qui devrait ou ne devrait pas être le sien pour que la règle s'applique.

Ceci se vérifie dans les termes en lesquels s'expriment la plupart des standards le plus généralement reconnus comme tels. Il y va, par exemple, de notions comme "bref délai", "grande entreprise", "faute grave", "circonstances exceptionnelles", "force majeure", "erreur manifeste", "dépenses somptuaires", "contestation sérieuse", "chose dangereuse", "obstacle imprévisible", "dommage anormal", "intérêt légitime".

Ceci n'exclut pas, bien entendu, la possibilité de rencontrer des standards exprimés sous la forme d'un substantif tels que : "urgence", "tardiveté" ou "nécessité", dans la mesure où l'on s'aperçoit qu'ils sont utilisés pour discriminer des faits et actes en raison d'une qualité exprimée substantivement. Dans l'article 1382 du Code Napoléon, le substantif "faute" intervient pour qualifier le "fait" dont il peut être obtenu réparation.

Ainsi conçu, le standard présente cette caractéristique d'entraîner, dans son application, une comparaison entre l'objet

(1) Tel est le sens donné au mot par S. Rials, dans sa magistrale étude "Le juge administratif français et la technique du standard", Paris, L.G.D.J., 1980, p. 120 ; sur l'idée de "directive", voy. notamment J. Dabin, "Théorie générale du droit", Paris, Dalloz, 1969, n° 72 ; sur les "notions floues", voy. e.a., J.-L. Bergel, "Théorie générale du droit", Paris, Dalloz, 1985, n° 185 et 277.

(2) Sur le terme "médicament", voy. J. Calvo, "Médicament, notion à contenu variable ?", Gazette du Palais, 1987, doctrine, p. 477.

auquel on entend l'appliquer et un autre, idéal, pris pour modèle (dépenses somptuaires *versus* dépenses normales, bref délai *versus* long délai, obstacle prévisible *versus* obstacle imprévisible....).

Selon S. Rials, "la normalité est le commun dénominateur de tous les standards, la normalité dans toute la polysémie du terme, dans toute l'amphibologie de l'idée, car la normalité, c'est à la fois, si l'on en croit le dictionnaire, ce qui sert de règle et de modèle et ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, ce qui est conforme au type le plus fréquent" (3).

Ceci se vérifie souvent, ne serait-ce que dans les termes en lesquels sont formulés les standards ("risque anormal", "usure normale", "circulation normale", "valeur locative normale"....).

Il ne faudrait pourtant pas, nous semble-t-il, se faire une fausse idée de ce que l'idée de normalité peut apporter à l'analyse du standard, en supposant par exemple, que celle-ci postule toujours une discrimination entre ce qui serait la règle (le cas "normal", le "quod plerum que fit") et l'exception. Cela est parfois vrai, ou même souvent. Mais pas toujours. Dans des standards tels que "intérêt légitime", "défaut mineur", "bref délai", l'idée de normalité n'apporte en réalité pas grand chose, soit que l'on ait recourt à un critère comme celui de "légitimité" encore plus discriminatoire que celui de "normalité", soit qu'aucune des deux situations entre lesquelles la comparaison est à faire ne puisse a priori être décrétée plus "normale" que l'autre (bref délai *versus* long délai).

Ce qui reste vrai, bien entendu, mais là n'est pas la question, c'est que la mise en oeuvre du standard ne se conçoit que dans le cadre de l'application d'une règle de droit à une situation de fait impliquant la détermination de la "norme" applicable à celle-ci. Mais ceci s'éclairera probablement mieux par un recours à l'idée de "normativité", plutôt qu'à celle de "normalité".

* _ * _ * _ * _ *

Sur l'objet que nous venons de tenter de circonscrire, nous avons à identifier *le rôle et le pouvoir du juge*, ce qui suppose d'analyser la manière dont, par l'effort du juge, le standard peut se trouver appliqué à un fait, une situation, un acte ou un comportement déterminés.

Il s'agit bel et bien par là de tenter d'apercevoir comment fonctionne le standard au moment crucial du *travail juridique*, c'est-à-dire lorsque l'on tente d'appliquer une règle à une réalité. Ce travail est, à des titres et à des degrés divers, celui de tout

(3) Op. cit., n° 72.

professionnel du droit, dont l'oeuvre du juge n'est que l'expression la plus achevée ou, si l'on veut, le paradigme.

Il y a lieu, de surcroît, d'observer que la mise en oeuvre du standard peut, avant que de relever de l'office du juge, appartenir en propre à une autorité désignée par la loi. Ainsi, en Belgique, c'est au premier chef à l'autorité administrative qu'il incombe d'apprécier, par exemple, le caractère insalubre d'une habitation ou d'une industrie, la compatibilité avec l'intérêt général d'une décision d'un conseil communal, ou d'un projet de construction avec ce que postule le bon aménagement des lieux. Dans les cas de ce genre, le juge ne sera pas admis à substituer sa propre décision à celle de l'administration. Son rôle sera -dans des limites plus ou moins étroites selon les cas- de contrôler la manière dont l'autorité administrative a usé de son pouvoir et de vérifier si l'exercice de celui-ci ne déborde pas des limites dans lesquelles la loi l'a établi.

L'hypothèse d'un contrôle "marginal" du juge sur une appréciation à laquelle il ne lui appartient pas de substituer la sienne n'est pas, remarquons-le, propre au seul droit public.

En droit privé, des pouvoirs sont également attribués à des personnes en raison des fonctions qui leur sont confiées. Les parents à l'égard de leurs enfants, le chef d'entreprise à l'égard des travailleurs, le conseil d'administration à l'égard de la société disposent, dans l'exercice de leurs prérogatives, d'une marge d'appréciation sans laquelle elles ne pourraient être correctement exercées. Un tel pouvoir peut aussi être conféré dans le cadre d'une convention lorsque, par exemple, elle abandonne à la décision d'une des parties le choix entre plusieurs objets ou plusieurs manières de faire. Dans tous ces cas, chaque fois que la règle attributrice de compétence comportera un standard, le rôle du juge consistera, non à appliquer directement celui-ci, mais à en contrôler l'application.

J. Ronse cite à ce propos le système mis en place par l'article 459 du Code judiciaire belge dans lequel : "les avocats taxent leurs honoraires avec la *discrétion* qu'on doit attendre de leur ministère... ; dans les cas où la fixation excède les bornes d'une *juste modération*, le Conseil de l'Ordre la réduit..." (4). L'expression "taxent avec la discrétion qu'on doit attendre de leur ministère" a toutes les apparences d'un standard. Mais c'est un autre standard que, en cas de contestation, l'autorité de l'Ordre

(4) "Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé" in "La motivation des décisions de justice", Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles, 1978, p. 411; voy. aussi H. Dumont, "Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé : pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé", in "Droit et pouvoir", Centre interuniversitaire de philosophie du droit, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 193 et s.

appliquera, à savoir celui de la "juste modération". Nous allons donc devoir envisager successivement l'hypothèse que nous appellerons celle du standard appliqué directement par le juge (5) et celle dans laquelle le juge exerce une fonction de contrôle de l'application du standard par d'autres que lui (6).

Dans l'un et l'autre cas, nous tenterons d'identifier la manière dont s'organise le travail du juge et les moyens dont il peut disposer pour mener à bien son entreprise.

2. LE CONTEXTE D'ENONCIATION

Le traitement de toute notion juridique commence par l'examen du contexte dans lequel elle est énoncée et qui lui donne un sens.

Cette règle vaut, tout particulièrement, pour le standard qui, par définition, s'exprime en des termes généraux et vagues.

Cet examen tend à identifier quatre choses :

a) la nature et le cadre concrets des relations à la régulation desquelles il participe ;

b) l'effet de la fonction discriminatoire qu'assigne au standard la norme dans laquelle il est inséré (attribution ou refus d'un droit, application d'une sanction, validité d'un acte,...) ;

c) le rôle "procédural" qui lui est assigné (action, défense, exception,...) ;

d) l'intérêt que son application doit contribuer à promouvoir (égalité des parties, sécurité et moralité des transactions, proportion à garder entre un trouble et sa réparation...).

On observe, en effet, qu'une même expression standard se voit reconnaître une portée différente dans des contextes pourtant très voisins.

Dans la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme, il est prescrit à l'article 5.3 que "toute personne arrêtée ou détenue... doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un *délai raisonnable* ou libérée pendant la procédure".

L'article 6.1 de la même Convention donne à toute personne le droit "à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un *délai raisonnable* par un tribunal indépendant et impartial...".

(5) Infra, n° 2 à 10.
(6) Infra, n° 11.

C'est, bien entendu, parce que leur contexte d'énonciation est différent que les termes "délai raisonnable" n'ont pas la même portée dans ces deux dispositions.

Dans la première, le jugement "dans un délai raisonnable" est présenté comme une des branches d'une alternative dont l'autre est constituée par la mise en liberté. Dans la deuxième, qui porte d'ailleurs tant sur le procès civil que sur le procès pénal, il s'agit d'une personne en liberté qui reste dans l'attente de son procès, et de l'intérêt qu'elle a, non pas à voir cesser sa détention, mais à entendre statuer sur sa cause.

D'une certaine manière, on peut dire d'ailleurs que l'application de l'article 6.1 est subsidiaire à celle de l'article 5.3, en ce sens que le "délai raisonnable" au terme duquel la détention doit cesser est nécessairement plus court que celui au terme duquel le jugement doit être prononcé car, dans la négative, une seule disposition suffirait. On remarquera à cette occasion l'éclairage qu'un standard peut, par opposition, apporter sur le sens d'un autre. Et, lorsque l'on relit l'intégralité des articles 5 et 6 de la Convention, on s'aperçoit qu'ils comportent une série de standards qui contribuent à former ensemble une véritable échelle du temps. Ils prescrivent en effet :

- que toute personne arrêtée ou détenue soit *aussitôt* traduite devant un juge ;
- que toute personne arrêtée ou accusée soit informée *dans le plus court délai* des raisons de son arrestation ou de la cause de l'accusation portée contre elle ;
- que toute personne privée de sa liberté puisse introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue *à bref délai* sur la légalité de sa détention ;
- que toute personne détenue soit jugée dans un *délai raisonnable* ou libérée pendant la procédure ;
- que toute personne puisse faire entendre sa cause dans un *délai raisonnable* ;
- que tout accusé dispose *du temps* et des facilités *nécessaires* à la préparation de sa défense.

Il est aussi des cas où c'est en référence à une règle voisine, précise cette fois, que l'indétermination du standard peut être réduite.

Tel est le cas de l'article 1648 du Code Napoléon qui dispose que : "l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un *bref délai* suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage des lieux où la vente a été faite", tandis que l'article 1622 fixe à *un an* le délai dans lequel doivent être introduites les actions tendant, dans le chef du vendeur, à

obtenir un supplément de prix ou, dans celui de l'acquéreur, à obtenir une diminution de prix ou la résiliation du contrat.

De la proximité matérielle et conceptuelle de ces deux textes, on peut inférer l'idée que le "bref délai" de l'article 1648 est vraisemblablement un délai nettement plus court que le délai d'un an de l'article 1622.

Ceci se trouve effectivement confirmé par d'autres règles, entre autres les lois belges du 25 août 1885 sur les vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux (30 jours) et du 25 octobre 1919 sur le crédit professionnel (les marchandises sont censées agréées un mois après la livraison).

Il arrive aussi que le législateur lui-même fournisse certaines indications utiles à l'application du standard. Ainsi, l'article 1137 du Code Napoléon précise que l'obligation d'apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un *bon père de famille* est "plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets sont expliqués sous les titres qui les concernent". Ceci se vérifie à l'article 1927, selon lequel "le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent". Mais l'emprunteur, lui, est tenu de la perte de la chose qu'il aurait pu sauver en employant la sienne propre" (article 1882).

Dans une même relation contractuelle, un même standard peut être connoté différemment selon les éventualités auxquelles il devra s'appliquer. Dans la matière des relations du travail, la loi belge autorise la rupture immédiate du contrat par l'une des parties pour un *motif grave* laissé à l'appréciation du juge (loi du 3 juillet 1978, article 35). Elle précise ce qu'il faut entendre par "motif grave" en référence au rôle spécifique que ce standard est appelé à jouer dans la relation contractuelle : "Est considérée comme constituant un motif grave toute *faute grave* qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur". La même loi, traitant en son article 18 de la réparation des dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers, dans l'exécution de son contrat, dispose qu'il n'a à répondre que de son dol ou de sa faute lourde, ou de sa faute légère si celle-ci présente un caractère habituel plutôt qu'accidentel (7).

(7) Sur les standards se référant à la notion de faute, voy. e.a. l'étude de G. Viney, "Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde", Dalloz, 1973, Chronique, p. 263.

3. STANDARD MATERIEL ET STANDARD COMPORTEMENTAL

Au moment d'entreprendre l'analyse des mécanismes par lesquels se réalise l'application du standard du fait, il paraît utile de faire une distinction entre deux groupes de standards. Le premier, que nous appellerons celui des "standards techniques" ou encore standards "matériels", pourrait réunir les standards dont l'application semble pouvoir se régler en référence à ce qui est observable dans l'ordre des choses auquel appartient le fait analysé. L'application de ces standards relèverait en somme et essentiellement d'une *fonction d'expertise*. Un juriste praticien pourra déterminer si une clause présente un caractère usuel, exceptionnel ou exorbitant du droit commun. Un ingénieur dira si la dégradation d'un objet après tant d'années d'usage est une usure normale. Les centres d'observation météorologique permettront, statistiques à l'appui, de décider si les pluies ou le gel survenus en tel lieu, à tel moment, avaient un caractère normal ou, au contraire, exceptionnel (8). Une statistique des accidents de la route survenus à tel endroit, comparés au nombre de passages recensés, permettra d'apprécier son caractère "dangereux".

Sans doute faut-il se garder du travers consistant à se référer uniquement et totalement à l'expert chaque fois qu'un standard peut apparaître comme ayant un sens technique ou purement factuel. Le rôle de l'expert, en effet, ne peut pas être d'appliquer le standard à la place du juge mais consiste à fournir à celui-ci les données techniques nécessaires à cette appréciation. Scientifiquement parlant, dire qu'une chose est "anormale", n'a pas grand sens, à défaut de l'existence d'une définition scientifique de la normalité. Il est possible, en revanche, de situer le phénomène observé dans une courbe statistique, de déterminer sa fréquence ou celle de ses composantes, etc...

Ainsi, le centre d'observation météorologique questionné sur le caractère normal ou anormal des pluies à tel moment et à tel endroit restera-t-il dans son rôle en signalant la hauteur du débit relevé, en le comparant avec d'autres et en indiquant s'il s'agit de phénomènes qui surviennent, par exemple, tous les dix, tous les vingt ou tous les trente ans. Au juge à dire quand commence l'anomalie.

Enfin, un standard ne pourra être définitivement qualifié de standard "technique" qu'après vérification de son contexte

(8) Encore le juge pourra-t-il se dispenser de vérifier, ou de faire vérifier, si les données fournies par ledit centre étaient bien applicables au lieu et à l'heure où est survenu l'évènement dont il a à connaître (Cass. fr., 17 avril 1975, Dalloz, 1975, Jurisprudence, p. 465 et la note A.D.).

d'énonciation et singulièrement de la *fonction* qui lui est dévolue. Ainsi, pour rester dans notre exemple, si le standard relatif à l'intensité des intempéries doit être appliqué pour juger le comportement d'un usager de la route - c'est-à-dire de n'importe qui - le caractère "technique" du standard pourra difficilement être contesté. Mais si, en revanche, il s'agit de savoir, par exemple, si un constructeur de collecteur d'eau de pluie est responsable d'inondations imputées au gabarit insuffisant des conduites, l'appréciation du caractère anormal des précipitations qui sont à l'origine des inondations ne pourra faire abstraction du contexte juridique ou factuel dans lequel le constructeur a conçu l'ouvrage. La question sera alors de savoir s'il avait ou non l'obligation de concevoir les dimensions du collecteur pour les besoins d'écoulement d'eaux dont la statistique révèle qu'ils ne se produisent que tous les vingt, trente ou cinquante ans.

L'expérience que l'on a de l'application du standard "*prix anormal*" dans la jurisprudence donne à penser que son caractère technique peut être parfois plus apparent que réel. Sans doute faut-il lui reconnaître ce caractère lorsqu'il suffit et qu'il est possible au juge de se borner à comparer le prix contesté à celui qui est pratiqué par la majorité des commerçants vendant des choses de même nature. Mais il se peut aussi qu'une telle comparaison soit impossible, notamment lorsque la contrepartie du prix ne correspond pas à une chose ou à une prestation standardisées. Dans ce cas, et notamment si le débiteur du prix invoque le caractère discriminatoire de celui-ci à son égard, il faudra probablement que le juge apprécie si, dans la manière de le fixer, le créancier a tenu compte de tous les éléments qu'il devait objectivement prendre en considération et si la stratégie commerciale qui a été la sienne à cette occasion répond aux exigences de l'honnêteté dans les transactions (9).

Si le standard technique renvoie à la matérialité des faits, le standard comportemental postule, lui, l'appréciation des actes de la personne en ce compris éventuellement les intentions qui ont été les siennes. C'est dire que le travail du juge impliquera de sa part une recherche beaucoup plus affinée prenant en compte la dimension subjective que comporte nécessairement toute référence à l'homme. Il arrive que la loi elle-même indique au juge cette nécessité. Ainsi en est-il de l'article 422 bis du Code pénal belge qui sanctionne "celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un *péril grave*, soit qu'il ait constaté par lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent l'intervention. Le délit requiert que l'abstenant pouvait intervenir

(9) Sur les difficultés d'application du standard "prix anormal", voy. R. Andersen, "La réglementation des prix en Belgique", Larcier, 1977, pp. 76 et s.

sans danger *sérieux* pour lui-même ou pour autrui. Lorsqu'il n'a pas constaté personnellement le péril auquel se trouvait exposée la personne à assister, l'abstenant ne pourra être puni lorsque les circonstances dans lesquelles il a été invité à intervenir *pouvaient lui faire croire* au manque de sérieux de l'appel ou à l'existence de risques".

Dans une telle configuration légale, deux standards ("péril grave" et "danger sérieux") sont mis en compétition pour l'appréciation du comportement punissable ; il s'y ajoute une condition qui fait directement référence à l'écart possible entre la réalisation effective des standards et la perception que l'intéressé a pu en avoir.

4. LA PRISE EN COMPTE DU CADRE RELATIONNEL

Traiter de l'application du standard par le juge c'est nécessairement faire l'hypothèse d'un litige, d'un conflit dans lequel les parties diffèrent d'avis sur la portée concrète à lui donner.

S'agissant de standards "comportementaux", leur application s'inscrira le plus souvent dans une analyse de la relation ayant existé ou existant entre les parties, de leurs intérêts respectifs et de ce qu'elles étaient en droit d'attendre l'une de l'autre. La concrétisation de la norme inscrite dans le standard se situera sur le terrain de l'intersubjectivité relationnelle des parties.

Il pourra donc être intéressant de se demander, non pas seulement ce que le standard peut signifier en soi, mais quelle est la portée que les parties ont pu ou peuvent lui attribuer dans le contexte de leurs rapports. Le juge pourra trouver éventuellement, dans l'attitude et le comportement des parties elles-mêmes, des indices révélateurs de cette portée, voire une reconnaissance de la réalisation du standard.

Elles peuvent ainsi avoir reconnu explicitement ou implicitement le caractère *dangereux* ou *vicieux* d'un objet ; elles peuvent avoir accueilli dans son principe l'allégation de vices cachés sans invoquer le caractère *tardif* de celle-ci ; leur correspondance peut révéler le caractère notoire d'un fait ou d'un événement, etc... Sans doute ces circonstances ne dispensent-elles pas le juge de procéder à sa propre appréciation mais elles sont évidemment de nature à la faciliter.

Dans certains cas, l'application du standard obligera le juge à procéder à l'analyse du comportement de chacune des parties au regard de la donnée dont le standard prescrit la qualification. Devant juger si le véhicule conduit par un

automobiliste a constitué un obstacle *imprévisible* pour un autre, le juge ne pourra manquer d'apprécier la manière dont l'un et l'autre se sont réciproquement comportés face aux exigences de la prudence et des règles de la circulation routière.

On trouve, dans la jurisprudence en la matière de droits de l'homme, de remarquables illustrations de cet aspect des choses. Ainsi, pour apprécier si un détenu a été jugé dans un *délai raisonnable*, la Commission européenne prend-elle en compte les effets d'ordre matériel, moral ou autres que la détention préventive produit sur le détenu ; la conduite de celui-ci durant sa détention ; les difficultés que peut présenter l'instruction de l'affaire et la manière dont celle-ci a été conduite (10). En matière civile ou administrative, la règle, dans le chef tant de la Commission que de la Cour, est de prendre simultanément en considération la complexité de l'affaire, la manière dont elle a été conduite par les autorités administratives et judiciaires nationales ainsi que le comportement du requérant (11).

Le renvoi aux comportements des parties prend parfois la forme d'un véritable argument "ad hominem". On peut lire par exemple, dans un arrêt de la Cour régionale des pensions près la Cour d'appel de Colmar, du 25 février 1980, la réfutation suivante de l'invocation par le demandeur originaire de la violation de son droit à voir sa contestation jugée dans un délai raisonnable : "... attendu d'autre part que la longue durée du procès s'explique par les nombreuses mesures d'expertise ordonnées en première instance et par le remplacement de quatre experts qui s'étaient récusés ainsi que par les voies de recours, nullement dilatoires ou abusives, exercées par M. le Secrétaire d'Etat aux Anciens Combattants devant la Cour régionale des pensions puis devant le Conseil d'Etat. Que M. apparaît du reste bien mal venu à se plaindre des lenteurs de la procédure ; que ce n'est en effet que le 25 janvier, à l'audience à laquelle l'affaire avait été fixée pour être plaidée, qu'il a déposé son mémoire alors que l'arrêt de renvoi était intervenu le 6 décembre 1978 et que M. le Secrétaire d'Etat des anciens combattants avait pris des conclusions le 18 mai 1979" (12).

La nécessité qu'il éprouve de tenir compte du cadre relationnel dans lequel s'inscrit l'application du standard peut même conduire le juge à conférer à un standard d'apparence purement matérielle ou technique la portée d'un standard

(10) Voy. les conclusions de l'Avocat général Velu devant Cass. b., 15 avril 1981, Pasicrisie, 1981, I, p. 921.
(11) Commission, décision du 13 décembre 1979, aff. Tonwerke n° 7987/77, annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1979, p. 213 ; Cour européenne, arrêt du 28 juin 1978, aff. König, annuaire 1978, p. 620 ; arrêt du 25 juin 1987, en cause Baggetta et Milasi c/Italie, J.T. 1987, p. 707.
(12) Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1980, p. 554.

comportemental. En Belgique, le Règlement Général sur la protection du travail soumet à autorisation les établissements dangereux, incommodes ou insalubres parmi lesquels il cite les exploitations *en grand* de ruches d'abeilles. Au cours des années 1959 et 1960, la IVème Chambre du Conseil d'Etat statue sur trois recours fondés sur une application défectueuse de ce standard par l'autorité administrative. Dans le premier cas, s'agissant d'une exploitation de 17 ruches, l'autorité a considéré qu'il s'agissait d'une exploitation "en grand" ; dans le deuxième, elle a admis que l'exploitation de 5 ruches constituait aussi une exploitation en grand, au contraire de ce qu'elle a décidé dans le troisième, s'agissant d'une exploitation de 10 ruches.

Dans les trois cas, le Conseil d'Etat a rejeté les critiques du requérant fondées sur la méconnaissance du contenu objectif du standard, en estimant qu'il appartient à l'autorité administrative de statuer discrétionnairement sur ce point en tenant compte de tous les éléments de fait et "notamment des inconvénients concrets de l'exploitation pour le voisinage" (13).

5. LE RECOURS AUX REGLES JURIDIQUES EXTERIEURES AUX STANDARDS

Lorsqu'il applique un standard comportemental, c'est-à-dire lorsqu'il examine la mesure dans laquelle la qualité exprimée par celui-ci se retrouve dans la situation personnelle ou relationnelle considérée, le juge ne peut pas ne pas avoir présent à l'esprit l'ensemble des règles juridiques qui gouvernent les comportements. Serviteur du droit dans son ensemble, et non seulement de la règle de droit qui contient le standard, il puisera dans cet ensemble les références lui permettant de légitimer son appréciation.

Ainsi, pour l'application du standard *dangereux* il aura la faculté d'invoquer, par exemple, le fait que l'objet dont question est qualifié d'arme dans certaine législation, ou le non-respect d'une obligation de sécurité imposée par un règlement. La violation d'une telle obligation pourra, en cas d'accident, conduire plus facilement le juge à reconnaître l'existence d'une *faute grave*. A l'inverse, un intérêt ne sera pas reconnu comme *légitime* si, d'une manière ou d'une autre, sa satisfaction se heurte à une prohibition de la loi.

Il serait faux toutefois de croire qu'un comportement impliquant la violation d'une prescription légale ou réglementaire ne pourrait plus, pour autant, être considéré comme normal.

(13) C.E.b., IVème Ch., Fossion n° 7.221 du 22 novembre 1959 ; Ville d'Ostende, n° 7538 du 12 janvier 1960 ; Caes, n° 8081 du 30 novembre 1960.

La jurisprudence belge en matière d'accidents sur le chemin du travail est particulièrement éclairante à ce sujet.

La loi dispose que doit être indemnisé le travailleur victime d'un accident sur le chemin du travail, étant "le trajet normal que le travailleur doit parcourir pour se rendre de sa résidence au lieu de l'exécution du travail, et inversement". On aurait pu inférer de ce libellé que le travailleur qui se rend à son travail en empruntant l'accotement d'une autoroute, interdit à la circulation des piétons, ne saurait être considéré comme effectuant un trajet *normal*. La Cour du Travail de Mons en a pourtant décidé autrement en exigeant que soit démontrée en outre l'aggravation du risque ainsi provoqué par la victime (14).

Plus subtile encore est la jurisprudence qui s'est prononcée sur la compatibilité d'une interruption ou d'un détour avec la notion de "trajet normal".

Au fil des décisions, on s'aperçoit que la référence à la normalité se déplace de l'objet que constitue le trajet en lui-même, au sens géographique du terme, vers un autre qui est constitué par l'interruption ou le détour et son motif. C'est finalement la normalité du comportement du travailleur qui est appréciée au regard des différents facteurs qui ont pu l'influencer (fatigue, besoin de se restaurer, opportunité de passer avec sa famille le week-end à la campagne,...).

Certaines décisions donnent toutefois à penser que le juge accorde un poids décisif aux comportements qui se situent dans le cadre d'une obligation légalement reconnue, telle que celle de pourvoir aux besoins des enfants que l'on conduit à l'école. A été reconnu compatible avec le trajet normal, le détour effectué par le travailleur pour rendre visite à son épouse hospitalisée ; mais la visite de convenance à une parente et, a fortiori, celle rendue à une dame avec laquelle le travailleur ne projetait pas d'unir ses jours, ont été considérées comme constitutives d'un détour anormal (15).

(14) Cour du Travail, Mons, 13 juin 1977, RG. 2950, inédit ; plus généralement, sur le problème controversé de la distinction possible entre la faute et l'acte illégal, voy. R.O. Dalcq, "Unité ou dualité de l'illégalité et de la faute civile", note sous Cass. b., 19 décembre 1980, R.C.J.B., 1984, p. 5 ; voy. aussi Cass.b., 13 mai 1982 et les conclusions du Ministère public, J.T., 1982, p. 772.

(15) Sur cette jurisprudence, consultez notamment : B. Mergits et L. Boeykens, "Arbeidsongevallen" in "Overzicht rechtspraak en rechtsleer sociale zekerheid", Brugge, Die Keure ; v. en particulier Cass.b., 17 février 1986, J.T. 1986, p. 692.

6. L'APPLICATION DES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

L'une des évolutions les plus remarquables du droit contemporain, dans les pays de droit écrit, tient à la place qu'y ont prise ce que l'on appelle les principes généraux. Pratiquement ignorés il y a encore une trentaine d'années, si ce n'est au titre des "maximes et adages", ils sont aujourd'hui généralement reconnus comme une source majeure du droit, sinon même comme "l'armature de la pensée juridique" (16). Référence première dans l'interprétation des termes de la loi (17), ils constituent aussi l'instrument privilégié dont dispose le juge pour en combler les espaces laissés vides par les textes. Le juge s'en servira donc sans réserve dans sa recherche de la réalisation ou de la non-réalisation du standard comportemental.

Ainsi en est-il de la règle "à l'impossible nul n'est tenu", sur laquelle se fondent maintes décisions en matière de faute, négligence, ou imprudence pour exonérer celui dont la responsabilité est mise en cause. La jurisprudence relève, par exemple, qu'un devoir de surveillance tel celui qui est imposé aux instituteurs, parents ou aux surveillants de chantiers de construction, ne saurait impliquer une présence de tous les instants, jour et nuit, sur les lieux ou aux côtés de la personne à surveiller ; elle reconnaît qu'il est impossible d'exiger de tout conducteur le sang-froid et la virtuosité d'un coureur professionnel (18). Le principe d'égalité et, plus encore, le principe de proportionnalité, permettent de mettre en balance les droits et devoirs d'une même personne, ou d'apprécier les unes par rapport aux autres les obligations réciproques des parties.

Le standard *affaires courantes* sert à déterminer le contenu des attributions qu'une autorité politique continue à exercer après sa démission. Il est admis qu'il s'éclaire notamment en référence au principe général de la continuité de l'Etat et des services publics. Un intéressant processus d'échanges entre la loi, la doctrine et la jurisprudence s'observe à ce propos. Conçu initialement par la doctrine, pour des raisons évidentes, le standard dont question a, en France et en Belgique, fait l'objet simultanément d'applications par la loi elle-même et par la jurisprudence, au point que l'on serait bien en peine de dire aujourd'hui s'il s'agit d'un standard d'origine légale ou jurisprudentielle (19).

(16) J.-L. Bergel, "Théorie générale du droit", Dalloz, 1985, p. 90 ; voy. aussi notre "Introduction au système juridique", Bruxelles, Bruyant, 1982, pp. 90 et s.
(17) J.-L. Bergel, op. cit.
(18) Appel Aix-en-Provence, 6e Ch., 25 mai 1970, cité par E. Bertrand et P. Julian in "La logique et l'éthique judiciaires", Chr. Dalloz, 1973, p. 79.
(19) En Belgique, il figure à l'article 73 de la loi du 8 août 1980 fixant la compétence

Il est clair cependant que la référence à un principe général du droit ne suffira pas toujours à indiquer au juge la solution et qu'il lui faudra souvent mettre en balance les effets de plusieurs principes ou rechercher le point d'équilibre entre l'application du principe et celle de la règle positive. Dans le cas des "affaires courantes", le juge aura à confronter l'intérêt lié à la continuité de l'exercice du pouvoir avec le principe de légalité et, plus concrètement, l'application de la règle en vertu de laquelle le pouvoir a pris fin.

7. LE RECOURS AUX NORMES NON-JURIDIQUES

Après avoir épuisé la possibilité de trouver dans le système juridique lui-même les prescriptions qui, appliquées au cas dont l'examen lui est soumis, permettraient au juge de décider dans quel sens le standard doit être appliqué, il lui reste possible de prendre référence auprès des normes non-juridiques dont l'application lui paraît pertinente. Tel pourrait même être le but de l'emploi du standard dans la loi. Selon R. David, "Les standards juridiques réalisent cette tentative pour faire du droit autre chose que l'objet d'une science qui soit une science exacte. On réintroduit la vie, on réintroduit la morale dans un droit qui, autrement, risquerait d'être desséché" (20).

Sont ici indifféremment visées les règles qui s'observent dans l'ensemble que constitue le champ social : règles *générales* qui gouvernent le langage, l'habillement, la correspondance, la manière de se comporter dans des circonstances déterminées ou règles *sectorielles* dans des domaines d'activités spécifiques (usages professionnels, normes techniques, règles de l'art,...). Tous ces "codes" participent à la régulation sociale et leur connaissance facilite la compréhension et la prévision des comportements d'autrui. C'est la première chose que l'étranger doit assimiler pour pouvoir participer à la vie collective de la société qui l'accueille.

Le droit positif, on le sait, y fait lui-même souvent référence, notamment dans la matière des contrats et spécialement

---

de l'Exécutif communautaire ou régional ; il a été appliqué au Gouvernement par deux arrêts du Conseil d'Etat, l'un du 21 juillet 1974 ASBL Fédération des industries chimiques de Belgique, n° 16.490 et l'autre du 14 juillet 1975, Association du personnel wallon et francophone des services publics, n° 17.131 ; en France, le standard figurait à l'article 52 de la Constitution du 27 février 1946 (sur son application voy. notamment l'arrêt du C.E. du 4 avril 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, Sirey, 1952, 3, 49) ; pour plus de détails, cons. A. Vander Stichele, "La notion d'urgence en droit public", Bruxelles, 1986, pp. 96 et s.).

(20) Discussion du rapport du Prof. A. Tunc sur "Les standards et l'unification du droit", in "Livre du Centenaire de la société de législation comparée", Paris, L.G.D.J., 1970, p. 135.

des baux (Code Napoléon, articles 1135 et 1758) (21).

Qui plus est, les articles 1159 et 1160 du Code prescrivent, le premier d'interpréter ce qui est ambigu "par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé" et, le second, de "suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées".

* _ * _ * _ * _ *

L'office public de la normalisation a précisément pour but de multiplier les études de produits et procédés de toute nature susceptibles de déboucher sur l'énoncé de *normes* (de qualité, de bonne pratique, de bonne conduite,...) auxquelles le juge et l'expert pourront faire appel dans l'application de standards techniques (qualité ou défaut d'objets et de produits) ou comportementaux (se référant à la prudence, aux règles de l'art, au caractère dangereux,...).

Elles peuvent même, à la limite, permettre de faire l'économie pure et simple du standard. Ainsi, plutôt que de décider que telle construction ou tel dispositif devront satisfaire aux conditions normales ou usuelles de protection contre l'incendie ou l'inondation, la loi ou le contrat peuvent se borner à renvoyer, s'il en existe une, à la norme technique décrivant concrètement la manière dont cette protection doit "pour bien faire" être assurée. Cette pratique est constante dans les cahiers des charges des entreprises de travaux.

Dans le cas où elles ne sont pas dotées d'efficacité juridique directe, en l'absence de toute décision leur conférant un caractère obligatoire, la question se pose si elles peuvent être considérées par le juge comme une norme susceptible de donner sens au standard (légal ou contractuel) ou si, au contraire, elles doivent être tenues pour l'une seulement des références mises à sa disposition dans son oeuvre d'application du droit au fait. La question, en d'autres termes, est de savoir si la norme technique ou professionnelle trouve sa place dans la hiérarchie des normes juridiques, fût-ce au bas de cette "pyramide", selon l'image de Kelsen, ou si elle se trouve simplement offerte au juge comme une des références possibles de sa décision.

D'une étude de droit comparé publiée en 1985, on peut déduire que la préférence est généralement donnée à la deuxième solution (22). D'une part, le fait pour un professionnel d'avoir

(21) La loi belge du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce ouvre une action dite "en cessation" devant le Président du Tribunal de commerce à la victime de "tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, par lequel un commerçant ou artisan attente ou tente de porter atteinte aux intérêts professionnels d'un ou de plusieurs autres commerçants ou artisans" (art. 54).

(22) H. Cousy, "Les normes techniques en doctrine et jurisprudence" in "Le droit des

respecté la norme technique ne suffit pas nécessairement à justifier son comportement ; d'autre part, la violation par lui de la norme technique ne doit pas nécessairement entraîner sa condamnation. La norme technique non dotée d'impérativité n'est qu'un instrument à la disposition du juge, même si, en l'absence d'autres moyens d'appréciation, il est particulièrement tentant pour lui d'en privilégier l'usage. C'est dans ce sens, pensons-nous, qu'il faut lire un récent arrêt du Tribunal de 1ère instance de Bruxelles, où, s'agissant d'appliquer une norme fixant le niveau au-delà duquel le bruit cesse d'être acceptable pour l'environnement, il est dit : "que cette norme ne revêt pas le caractère d'une disposition normative ou réglementaire contraignante ; qu'elle définit néanmoins un point de repère objectif propre à départager ce qui est tolérable et normal de ce qui ne l'est pas et un seuil de tolérance à ne pas franchir à peine de faute et/ou de troubles excessifs et anormaux" (23).

Il n'y a pas ici de différence fondamentale entre la norme technique et, par exemple, la définition d'un terme dans un dictionnaire, fût-il celui de l'Académie. Le dictionnaire peut contenir une information précieuse sur le sens qu'il convient de donner à un terme et l'usage général qui en est fait. La règle lexicale qu'il contient, n'étant pas juridique, ne s'impose pas mais est simplement proposée à l'interprète.

* _ * _ * _ *

Le problème des *règles déontologiques* doit aussi être évoqué. Elles diffèrent des précédentes dans la mesure où elles sont appelées à promouvoir, parmi les membres d'une profession organisée, un certain nombre de valeurs d'intérêt collectif et sont, de ce fait, constitutives de ce que l'on appelle un *ordre*.

En 1981, la Cour de cassation de France a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant refusé l'application, à une action en paiement d'honoraires d'hospitalisation, de l'usage consacré par le serment d'Hippocrate, en vertu duquel il convient que le médecin ne réclame pas d'honoraires pour les soins donnés à un confrère ou à un membre de sa famille. Elle a estimé que la juridiction d'appel n'avait pas excédé son pouvoir souverain d'appréciation en décidant que "si d'une façon générale, les médecins ne réclament pas d'honoraires lorsqu'il s'agit de soins donnés à un autre médecin ou même à des membres de la proche famille de celui-ci, il ne s'agit là que d'un usage confraternel qui n'a aucune force légale ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa

normes professionnelles et techniques", Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 392 et s.
(23) Civ. Bruxelles, 15 janvier 1985, L'entreprise et le droit, 1987, p. 145.

décision sans avoir à rechercher si cet usage n'était pas supplétif de la volonté des parties" (24).

En revanche, l'année suivante, la Cour a considéré que la faute commise par un vétérinaire était légalement établie dès lors que le juge du fond avait constaté que le comportement dudit vétérinaire constituait un manquement à l'article 33 du Code de déontologie de la profession selon lequel : "Sous réserve des règles déontologiques édictées précédemment et en dehors d'exceptions justifiées telles que : refus de paiement d'honoraires, injures graves, ..., le vétérinaire est moralement tenu de répondre dans la limite de ses possibilités, à tout appel qui lui est adressé pour donner des soins à un animal malade" (25).

Ces deux décisions semblent se contredire dans la mesure où, traitant l'une et l'autre des usages professionnels, elles acceptent que leur violation suffise dans le deuxième cas -et non dans le premier- à fonder la faute.

L'explication est peut-être que, dans le deuxième cas, le juge pouvait s'appuyer non seulement sur un usage professionnel -relevant des pratiques confraternelles- mais encore sur la définition d'une véritable obligation *morale* vis-à-vis des tiers. Nous y reviendrons.

* _ * _ * _ * _ *

Plus nette est la position prise par la jurisprudence, en Belgique notamment, à l'égard des normes non-juridiques régissant la pratique sportive. S'agissant d'apprécier le comportement d'un coureur cycliste, la Cour de cassation relève que le fait de rouler vite, tout près, à côté ou derrière les autres, est inévitablement lié à la participation à une course cycliste, à tout le moins, comme en l'espèce, au sprint final ; dès lors "les dispositions du Code de la route concernant vitesse et dépassement dont l'observation rendrait impossible la participation à toute course cycliste ne sont pas applicables en l'espèce" (26).

S'agissant d'apprécier la gravité de la faute commise par un joueur de football ayant bousculé un autre joueur, la Cour approuve le juge du fond d'avoir écarté l'application des dispositions réprimant les coups et blessures par imprudence, au motif que l'acte, constituât-il une faute contre les règles du sport, n'allait pas à l'encontre des règles du comportement prudent d'un homme vis-à-vis de son semblable et n'était qu'un incident qui, d'après l'arbitre, se reproduit fréquemment au cours d'une

(24) Cass. fr., 26 novembre 1981, Dalloz, 1982, Jurisprudence, p. 562 et la note de E. Agostini.
(25) Cass. fr., 27 janvier 1982, J.C.P., 1983-II, n° 19923.
(26) Cass. b., 8 décembre 1967, (Pas. 1968, I, 476).

rencontre et fait partie des risques normaux inhérents à la pratique du sport (27).

Cette jurisprudence est remarquable en ce que, non seulement elle se réfère aux règles (non juridiques) du sport pour appliquer le standard juridique de la faute, mais encore en ce qu'elle confère une primauté aux règles du sport sur les règles juridiques, pour les besoins de cette application.

8. LA REFERENCE AUX REGLES MORALES

Qu'elles soient, comme nous venons de le voir, exprimées dans un règlement déontologique ou puisées par le juge dans ce réservoir anonyme que constitue la "conscience sociale", les règles morales constituent aussi pour lui un lieu de référence dans l'application du standard.

Certaines expressions juridiques font directement référence à la "moralité", à la "bonne foi" ou aux "bonnes moeurs". Pour S. Rials, il s'agit là de standards consistant "à juger d'un comportement moral donné dans des circonstances données par référence au modèle considéré comme normal par la société ou par la fraction de la société apte à élaborer le terme de référence" (28).

Si standards il y a, ils se distinguent de la plupart des autres par le fait qu'ils indiquent eux-mêmes la nature de la règle extra-légale à appliquer par le juge (29). L'indétermination propre au standard ne tient plus, comme ailleurs, à l'incertitude qu'il laisse planer sur les caractères mêmes de la norme à laquelle il se réfère ; elle subsiste cependant dès lors que la norme (morale) à laquelle il renvoie est une règle non-écrite dont l'objet demeure incertain.

Libre ou non de se référer à la règle morale, le juge qui l'applique est tenu de l'expliciter et, en ce faisant, il joue véritablement, dans la société, le rôle d'un "législateur moral". Comme l'écrivent E. Bertrand et .P. Julian "lorsque la loi ne commande ou ne permet pas avec certitude, l'éthique du juge s'épanouit et pose les règles de la morale judiciaire. On pourrait en établir les actuels commandements" (30).

Ainsi, par exemple, est-il généralement admis, comme l'énonce la Cour d'Aix-en-Provence, que "les règles générales de prudence n'ont pas besoin d'être sanctionnées par une disposition

(27) Cass., 16 juin 1969, Pas. 1969, I, 950.
(28) "Le juge administratif français...", p. 71.
(29) Le problème est le même pour le standard "usuel" qui renvoie exclusivement à l'usage.
(30) "La logique et l'éthique judiciaires", Chroniques Dalloz, 1973, pp. 75 et s.

législative ou réglementaire pour s'imposer à un constructeur qui met sur le marché une chose dangereuse" (31).

En matière d'accidents de la route, le juge évoque ou invoque la règle morale imposant de ne pas sacrifier sans nécessité la vie d'un animal : "On ne peut reprocher à quelqu'un d'avoir freiné même soudainement pour éviter un chien qui traversait la route : le freinage est justifié par une raison de sécurité, un chien, même de petite taille, est un obstacle pouvant entraîner un accident. Il y a d'autre part l'obligation légale et morale de ne pas tuer ou blesser sans nécessité un animal domestique" (32).

Selon les termes d'autres décisions, la règle s'étendrait à l'ensemble des êtres animés : "Le respect de la vie et de l'intégrité physique des êtres animés est un sentiment louable que, non seulement la morale, mais parfois la loi elle-même érige en devoir" (33).

En matière d'accidents sur le chemin du travail, l'existence d'une obligation morale est aussi invoquée pour légitimer le maintien de la protection légale nonobstant le fait, pour le travailleur, d'avoir interrompu sa route ou de s'être écarté de son chemin.

Rendre service à un collègue, privé de moyens de locomotion, en le reconduisant chez lui sera reconnu constitutif d'un détour légitime (34). Participer à des réjouissances organisées au sein de l'entreprise et conformément aux traditions de celle-ci sera reconnu comme relevant d'un devoir "moral" du travailleur et donc constitutif d'une interruption qui ne le prive pas du bénéfice de la loi (35).

9. LA BALANCE DES INTERETS

Une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris statue, le 14 mai 1974 (36), sur un conflit entre le droit du réalisateur d'un film au respect de son oeuvre et la prétention de l'interprète, au titre du droit au respect de sa personnalité, d'y faire effectuer la coupure de passages où il figure en situation scabreuse.

(31) Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8 décembre 1969, n° 531, cité par E. Bertrand et P. Julian, op. cit., p. 79.
(32) Corr. Liège, 10 février 1965, Bull. des Assurances, 1965, p. 543.
(33) Liège, 17 novembre 1961, Jurisprudence de Liège, 1961-62, p. 228.
(34) Cass. b., 17 février 1986, J.T., 1986, p. 692.
(35) Tribunal du travail de Hasselt, 25 février 1975, Rechtskundig Weekblad, 1974-75, 2543 réformé par Cour du Travail d'Anvers, 23 juin 1976, R.W. 1976-77, 1462.
(36) D.S. 1974, J.P., p. 767.

Le Tribunal tranche le litige en faveur de l'interprète au motif que "dans le conflit entre le droit de l'auteur au respect de son oeuvre et le droit de l'interprète au respect de sa personnalité, il y a lieu de trancher dans le sens qui causera le moindre dommage".

Dans cette motivation, le Tribunal met ainsi au jour, un type de raisonnement dont on peut soupçonner qu'il exerce une influence fréquente sur la décision judiciaire.

L'application du standard peut en constituer un des lieux d'élection.

L'argument tend à privilégier, dans l'analyse de la légitimité des comportements réciproques de deux parties, la prise en considération et la comparaison, des *effets* de ceux-ci. C'est la même idée qui inspire l'article 1244 du Code Napoléon, lorsqu'il autorise le juge "nonobstant toute clause contraire, *eu égard à la situation des parties*"... à accorder des délais modérés pour le paiement d'une dette quelconque.

Maintes décisions rendues en matière d'abus de droit font ressortir que s'il y a eu abus ce n'est pas parce que le comportement de la partie usant de ses droits était, dans son principe, illégitime mais parce que, considéré dans ses effets, il entraînait un déséquilibre intolérable entre le profit qu'en a retiré son auteur et le dommage qu'il a causé à son adversaire.

Un tel déséquilibre peut tenir aux conditions particulières dans lesquelles le comportement incriminé s'est produit. Il peut aussi -et la chose devient troublante- tenir à la qualité même ou à l'état des parties en présence. Tous les praticiens savent que, d'une manière générale, dans un litige entre une personne physique et une personne morale -qui n'est en somme qu'une abstraction- les intérêts d'ordre humain propres à la personne physique auront plus de poids devant le juge que ceux de l'entité abstraite à laquelle ils s'opposent. Ainsi, par exemple, la jurisprudence en matière d'accidents du travail et sur le chemin du travail ne peut-elle se lire -et à la limite se comprendre- qu'en se rappelant que les litiges opposent quasi-uniformément d'un côté un "travailleur" et de l'autre une compagnie d'assurances. Dans la balance des intérêts, ceux, économiques et anonymes de la compagnie, pèseront nécessairement moins lourd que ceux du travailleur atteint dans son intégrité physique.

Il peut en aller de même des litiges entre les citoyens et l'administration. Si la juridiction administrative peut être encline à prendre en compte les difficultés propres de l'action administrative et le principe de la prévalence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, le juge judiciaire en revanche, s'instituera plus volontiers le défenseur de l'individu face à la toute puissance de l'Etat-Moloch. L'on recoupe ici l'une des

tendances relevées dans une étude du comportement des juges, publiée aux Pays-Bas, étant de juger en faveur de la partie "la plus faible" (37).

10. LA VERIFICATION DU CARACTERE "TRANSFERABLE" DE LA SOLUTION

Un des axiomes du droit est que tous sont égaux devant son application.

Dès lors, la prise en compte de la dimension subjective ou relationnelle de l'application du standard rencontre une limite qu'elle ne saurait franchir : celle au-delà de laquelle la portée donnée au standard dans un contexte déterminé ne saurait lui être légitimement attribuée dans d'autres situations comparables. Ainsi, par exemple, le juge ne saurait-il tenir pour grave ou légère la faute d'un intervenant déterminé si, dans son esprit, une telle appréciation n'apparaît pas transférable à tous les agents se trouvant dans une situation analogue.

C'est en ce sens qu'il faut sans doute comprendre S. Rials lorsqu'il énonce : "la généralité qui demeure un élément essentiel de la règle ne fait pas défaut à la norme posée par le juge. Au demeurant, l'obligation faite au juge de motiver ses décisions le pousse à expliquer cette généralité, à s'en convaincre lui-même et à en convaincre les autres, sinon à s'en rendre prisonnier" (38).

C. Perelman évoque en ces termes l'acte du juge : "En qualifiant, le juge est donc amené bien souvent à préciser le sens des termes de la loi...; c'est ainsi que, en affirmant que telle situation présente ou ne présente pas un cas d'urgence, il précise quelque peu cette notion. Dans la mesure où les décisions judiciaires établissent des précédents, elles contribuent à l'élaboration d'un ordre juridique, grâce à la règle de justice selon laquelle des cas essentiellement semblables doivent être traités... de la même façon" (39).

Cette nécessité impérieuse pour lui se traduit, dans les motifs qu'il donne de sa décision, par des expressions du genre de: "admettre une telle thèse ou interprétation serait ouvrir la porte à tous les abus", ou "serait susceptible de conduire à des conséquences inadmissibles"... Elle est aussi présente parfois, en mineure, dans l'expression "on ne saurait raisonnablement admettre que...".

(37) J. Ten Kate et P.J. Van Koppen, "Determinanten van privaatrechterlijke beslissigen", Gouda Quint B.V. Arnhem, 1984.
(38) "Le juge administratif français et la technique du standard", p. 227.
(39) Ch. Perelman, "La distinction du fait et du droit : le point de vue du logicien", in "Le fait et le droit", Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 276.

Ainsi, dans le cas d'une simulation ayant pour objet une fraude fiscale, la Cour d'appel d'Aix déboute les demandeurs au motif "qu'ils invoquent une fraude fiscale, malheureusement courante, de sorte que, si leur thèse était admise, les parties pourraient toujours remettre en cause les actes qu'elles ont signés, au motif qu'elles ont voulu tromper le fisc" (40).

Assurément, à moins de se trouver en présence de situations qui présentent les caractères d'une série, il reste souvent possible au juge de mettre en évidence ce qui fait la singularité du fait soumis à jugement, pour éviter qu'on ne puisse donner à celui-ci le caractère d'un "précédent". L'attribution de cette valeur à son acte ne dépend pas totalement, cependant, du soin qu'il met à l'empêcher. L'usage des juristes, et la politique suivie en matière de publication des jugements et arrêts dans la presse spécialisée, sous le couvert souvent d'un "résumé" plus ou moins fidèle, tend à constituer la production juridictionnelle en un corps de règles secondaires chaque fois que l'occasion s'en présente. Celles-ci sont, au demeurant, fréquemment invoquées par le juge pour abréger la motivation de la décision par laquelle il applique un standard. Dans un jugement prononcé le 31 juillet 1986 par le Tribunal de Bruxelles, siégeant en référé, on peut lire : "Attendu qu'il est généralement admis, dans la jurisprudence actuelle des juges de référé, qu'il y a urgence dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable ;... qu'en l'espèce la crainte de l'aliénation de sa clientèle constitue une justification, dans le chef de la demanderesse, de l'urgence" (41).

Certains standards ont, plus que d'autres, vocation à la généralisation. Ce sont ceux dont on dit qu'ils sont appelés à être appliqués "in abstracto" (42). Il s'agit de standards dont le contexte d'énonciation ne révèle en rien l'intention d'en relativiser l'application et qui se présentent avec toutes les apparences de l'objectivité : tel nous paraît être le cas, par exemple, des notions "d'intérêt légitime", "d'erreur manifeste", de "vice de la chose", ou encore de "affaires courantes", dans les conditions où elles sont généralement utilisées.

Si, par exemple, un jugement reconnaît à une association qui a pour objet la défense des intérêts collectifs de ses membres *l'intérêt légitime* requis pour attaquer en justice un acte qui y porte atteinte, il est assez clair qu'il ouvre une voie que pourront ultérieurement emprunter toutes les associations ayant un objet de ce type.

(40) 1ère Ch., 17 juin 1969, n° 348, Bertrand et Julian, op. cit., p. 80.
(41) J.T., 1986, p. 515.
(42) Sur cette notion et ses ambiguïtés, voy. S. Rials, op. cit., pp. 294 et s.

De là, la crainte éprouvée par le juge et la prudence ou la timidité, inexplicables autrement, dont il fait preuve en certaines circonstances.

Un remarquable exemple de celle-ci est à trouver dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique à propos de la compétence qui lui est légalement dévolue de statuer en équité par voie d'arrêt, en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, sur les demandes d'indemnités relatives à la réparation d'un *dommage exceptionnel*, moral ou matériel, causé par une autorité administrative. En quarante années de fonctionnement, le Conseil d'Etat n'a accueilli qu'un nombre infime de recours introduits sur cette base.

Plusieurs raisons sont invoquées pour justifier ce sous-emploi manifeste. Il s'agit tout d'abord, dit-on, d'une compétence subsidiaire à celle des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, seuls qualifiés pour statuer lorsqu'un *droit subjectif* et non un simple intérêt a été lésé. Or "dans le no man's land où l'intérêt légitime et le droit se touchent, les confusions entre les compétences administratives et judiciaires sont presque fatales. Ce n'est qu'au prix d'une extrême réserve de la part du Conseil d'Etat qu'on les a évitées. En payant ce prix, il a réduit à peu de chose la protection assurée..." (43).

On a invoqué aussi, jusqu'en 1971, l'attribution au Conseil d'Etat en la matière d'un simple pouvoir d'avis. Mais rien n'a pourtant changé depuis que, d'avis, son pouvoir est devenu celui de se prononcer par arrêt.

On ne peut s'empêcher de penser que ce n'est point à raison de la rareté des dommages graves causés par l'administration aux intérêts légitimes des particuliers que le Conseil d'Etat a réduit de telle manière la protection légale, mais plutôt à cause de la fréquence de ces dommages et de la difficulté de les discriminer par l'application du standard "exceptionnel".

En prescrivant au juge de statuer *en équité*, la loi lui offrait pourtant une "sortie de secours" qui lui eût permis l'exercice d'un pouvoir prétorien ; mais c'est précisément ce pouvoir dont il n'a pas cru devoir assumer l'exercice.

Peut-être sommes-nous ici en présence d'un standard qui, dans son contexte d'énonciation, présente un tel degré d'incertitude et couvre un champ d'application tellement vaste qu'il en devient pratiquement impossible à appliquer par un juge

(43) A. Mast, "Précis de droit administratif belge", Bruxelles, Story-Scientia, 1966, p. 414 ; "Le Conseil d'Etat et le contentieux de l'indemnité", in "Mélanges en l'honneur de J. Dabin", Bruxelles, Bruylant, 1963, t. II, pp. 777 et s. ; M. Leroy, "Le contentieux de l'indemnité avant et après la loi du 3 juin 1971", R.J.D.A., 1974, pp. 225 et s.

soucieux d'insérer correctement son acte dans la cohérence générale du système juridique.

* _ * _ * _ * _ *

De l'hypothèse d'un examen par le juge du caractère "transférable" de son appréciation peut-on passer à celle de l'adoption par le juge d'une norme ayant en commun avec la loi un caractère de *généralité* ? S. Rials le soutient, y voyant même un élément de la légitimité des décisions que prend le juge.

"Le juge, écrit-il, est kantien par nécessité. Quelle serait en effet la légitimité d'un jugement qui ne répondrait pas à l'impératif catégorique : "agit de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle ?" (44).

Sans doute, les règles multiples, juridiques ou autres, auxquelles le juge fait appel pour expliquer d'abord et appliquer ensuite le standard ont-elles, comme telles, un caractère de généralité, mais la manière dont le juge décide d'y recourir, la mesure dans laquelle il les reconnaît pertinentes, les effets qu'il en déduit dans le cas d'espèce qu'il juge relèvent des "besoins de la cause" et de la singularité nécessaire de la solution à la recherche de laquelle l'invitait le standard. Accepter que le juge se serve de règles générales pour éclairer et appliquer le standard, accepter que cette application doive rester compatible avec la solution que le juge serait porté à donner, par analogie, à d'autres faits semblables, est une chose. Autre chose est de faire de la solution retenue elle-même l'exercice d'un pouvoir normatif comparable à celui de la loi. Les deux actes, irréductibles l'un à l'autre, que sont l'acte de législation et l'acte de jugement ne sauraient à aucun moment se confondre. Et le standard est précisément le lieu où s'affirme de façon particulièrement claire les limites de la normalité générale au bénéfice d'une recherche marquée du sceau de la singularité.

11. LE CONTROLE PAR LE JUGE DE L'APPLICATION DU STANDARD

Le juge, nous l'avons vu, n'est pas toujours le maître de l'application du standard. Dans de nombreux cas, il est seulement requis de contrôler l'application qui en a été faite par d'autres.

Son premier devoir, dans ce cas, est de considérer les limites au-delà desquelles l'acte qui lui est soumis échappe à son

(44) Op. cit., p. 227 ; la citation est empruntée à la "Critique de la raison pratique", éd. Picavet, 1976, p. 30.

contrôle. C'est-à-dire celles du pouvoir "discrétionnaire" ou "souverain" attribué à l'auteur de l'acte.

Il s'agit là d'une difficulté dont le caractère récurrent est attesté par l'abondance des décisions juridictionnelles en la matière.

Il ne peut être question de reprendre ici l'exposé de ce problème dont de nombreux et importants ouvrages ont traité. Son objet, au demeurant, déborde largement la matière du seul standard : il soulève notamment, dans différents pays, la périlleuse et subtile question de la discrimination à faire, dans le contentieux judiciaire, entre ce qui relève de l'appréciation du juge du fond et ce sur quoi il appartient à la Cour de cassation de se prononcer.

Nous nous limiterons donc ici, à quelques observations succinctes.

1) Il n'est pas permis au juge du fond de renoncer à son pouvoir d'appréciation ou, en d'autres termes, de tenter d'échapper à l'indétermination du standard. Dans la recherche du moyen de légitimer leur décision, le juge ou l'autorité qui statue en premier ressort peuvent être tentés, face aux problèmes concrets qu'ils ont à régler, d'énoncer en forme de normes ou de principes les arguments dont ils entendent se servir. Obligés de motiver leur décision, et soucieux d'éviter le reproche d'arbitraire, ils créent, pour l'application du standard, une notion ou une définition auxquelles ils confèrent un caractère "transférable". Ils décrètent, par exemple, pour résoudre un cas concret, que tel type d'obstacle doit, par nature, être tenu pour *prévisible* ou *imprévisible* ou encore qu'un délai de six mois ne saurait jamais être tenu pour un *bref délai*. Ils s'exposent de ce fait à l'exercice du contrôle, non point sur la solution adoptée, mais sur la validité de la règle posée par eux en vue de la justifier (45).

2) Il n'est pas davantage permis au juge ou à l'autorité administrative de ne pas exercer, dans sa plénitude, le pouvoir d'appréciation qui leur est conféré, par exemple, en négligeant de tenir compte de certaines données pertinentes dont ils disposent. Ainsi, l'autorité administrative chargée de vérifier la compatibilité d'une demande de permis de bâtir avec les exigences du *bon aménagement des lieux* ne peut-elle, dans l'appréciation de celles-ci, tenir pour inexistants les permis

(45) "Est illégale la décision qui érige en principe que, dans les artères d'une grande ville, un piéton constitue un obstacle prévisible pour les conducteurs", Cass. b., 9 février 1967, Pas., I, 183.

délivrés antérieurement ; elle a, au contraire, l'obligation de les faire entrer dans son appréciation (46).

3) Pas plus qu'il n'appartient à l'autorité qui applique le standard de donner de celui-ci une définition -au demeurant impossible- pas plus n'appartient-il à la juridiction de contrôle de censurer, en référence à une définition du standard élaborée par elle, l'application qui en a été faite par l'autorité compétente. Elle se bornera à vérifier si la portée effectivement donnée par celle-ci au standard, de manière explicite ou implicite, est conciliable avec les termes en lesquels il est formulé et son contexte d'énonciation. Tout autre comportement aboutirait à la négation même du standard puisqu'il abolirait l'indétermination qui en est la caractéristique et comporterait par là-même une limitation abusive du pouvoir de l'autorité sous contrôle.

4) A partir du moment où une décision doit être légalement et explicitement motivée (47), la vérification peut être faite de la cohérence logique de l'argumentation développée à cette fin. Cette vérification portera sur l'existence éventuelle de lacunes ou de contradictions dans le raisonnement qui, à partir d'une description et une analyse du fait, permet de le qualifier au regard de la règle et, s'agissant d'un standard, fait apparaître les divers repères que s'est donnés le juge pour légitimer sa conclusion. Le contrôle s'exerce donc sur les qualités formelles de la prestation effectuée par l'autorité qui a appliqué le standard.

5) L'appréciation portée par le juge ou l'autorité qui avait en charge l'application du standard peut-elle faire elle-même l'objet d'une censure ? C'est là la question la plus délicate et la forme extrême que peut prendre éventuellement le contrôle. Le principe général reste ici qu'à peine de bouleverser l'ordre des compétences, l'autorité de contrôle doit s'abstenir de toute immixtion dans l'exercice du pouvoir d'appréciation proprement dit. Cette position rigide paraît de plus en plus difficile à tenir par les autorités de contrôle, lorsqu'elles ont la conviction qu'une erreur ou une injustice graves ont été commises dans l'application du standard. Face à des hypothèses de ce genre,

(46) C.E.b., arrêt Collard, n° 15.558 du 30 janvier 1973.
(47) Dans son arrêt du 30 novembre 1987 (aff. H. c/la Belgique, J.T., 1988, p. 422), la Cour européenne des Droits de l'Homme a décidé que l'imprécision du standard "circonstances exceptionnelles" appelait une motivation adéquate des deux décisions qui en avaient fait application, celles-ci ne pouvant se borner, comme elles l'avaient fait, à constater l'absence de pareilles circonstances, sans expliquer en quoi celles qu'invoquait l'intéressé ne possédaient pas un caractère exceptionnel.

elles s'autoriseront à censurer la décision prise, à laquelle elles reprocheront de manquer de certaines qualités essentielles. Pour ce faire, elles feront appel elles-mêmes à des standards tels que celui de l'*erreur manifeste* (48), du caractère *déraisonnable* de la décision ou autres similaires

Ainsi, après avoir affirmé dans d'autres arrêts qu'elle ne peut pas contrôler le bien fondé de l'appréciation, par l'administration, des aptitudes professionnelles d'un fonctionnaire, lorsqu'elle comporte "des jugements complexes de valeur qui par leur nature ne sont pas susceptibles d'une vérification objective" (49), la Cour de Justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 17 décembre 1981 se reconnaît le droit de vérifier si l'usage par l'autorité de son pouvoir de nomination n'est pas, dans l'appréciation de l'accomplissement par un candidat des conditions requises par l'avis de vacance, entaché d'une *erreur manifeste* révélée par les éléments du dossier (50). L'erreur de l'autorité ou le caractère déraisonnable de sa décision pourront également être observés au regard du principe de proportionnalité appliqué à la relation devant exister, d'une part, entre la gravité d'un fait et, d'autre part, la gravité de la conséquence qu'on en tire. C'est ce qu'a fait le Tribunal administratif de l'Organisation Internationale du Travail dans trois jugements du 14 mai 1973. Dans le premier, il a annulé la révocation, par les autorités du Bureau, d'un veilleur de nuit, coupable d'avoir dormi durant son travail (51). Le Tribunal, constatant l'absence d'antécédents et considérant que l'exclusion définitive constituait en l'espèce une sanction trop lourde, "hors de toute proportion par rapport aux conditions objectives et subjectives dans lesquelles l'acte reproché avait été commis", considère la décision comme entachée d'un vice assimilable à une erreur de droit.

La deuxième décision a été rendue, dans le même sens, en faveur d'un agent de l'Organisation Mondiale de la Santé.

Dans la troisième, le recours d'un employé de l'UNESCO contre son renvoi a été rejeté à défaut d'une "disproportion manifeste entre la gravité de la faute et la gravité de la sanction infligée" (52).

(48) Selon R. Dreyfus ("La limitation du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité", R.D.P., 1974, pp. 691 et s.), le recours à ce standard aurait été emprunté au droit suisse par le Conseil d'Etat de France à l'appui de la jurisprudence inaugurée dans l'arrêt Lagrange du 15 février 1951 (Rec. p. 121). Sur la jurisprudence belge, voy. l'ouvrage de D. Lagasse, "L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif", Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 229 et s.

(49) C.J.C.E., 5 décembre 1963, Leroy c/Haute Autorité, Rec., p. 419.

(50) Arrêt du 17 décembre 1981, n° 151-80, de Hoe, Recueil, p. 3161.

(51) Jugements n° 203, Ferrechia ; n° 207, Khelifati ; n° 210, Mendis, R.D.P., 1974, pp. 706, 711 et 717.

(52) Voyez, sur "l'évidence contestable", l'ouvrage précité de D. Lagasse, p. 498.

Il est clair qu'appliquant à leur tour un standard, les autorités juridictionnelles de contrôle s'arrogent un pouvoir d'appréciation qui n'a d'autre référent que l'évidence ou le bon sens et s'exposent à la critique de tous ceux qui pourraient ne pas partager leur conviction (53).

12. CONCLUSION

L'analyse qui précède a mis en évidence un certain nombre de points de repère de nature à baliser la démarche du juge dans l'application du standard.

Aucun d'entre eux, cependant, n'est propre à cette matière ; tous semblent pouvoir, au contraire, être utilisés chaque fois que le juge se trouve en situation de se prononcer sur un fait, face à une règle de droit dont le sens, rapporté au fait, est sujet à discussion.

Le propre du standard est d'introduire, dans ce travail, le maximum d'indétermination et d'annoncer la difficulté particulière que va rencontrer le juge ainsi que l'étendue de sa recherche. L'expression du standard dans la loi lui indique en effet qu'il lui faudra accomplir une oeuvre personnelle, en ce sens qu'il ne pourra la couvrir de l'autorité de la loi qu'après avoir ajouté au texte et au sens de celle-ci un certain nombre de justifications venues d'ailleurs ; et, s'agissant de standards comportementaux, qu'il lui faudra, le cas échéant, pousser ses investigations au sein même de la subjectivité des parties.

S'agit-il pour autant d'un acte dans l'accomplissement duquel le juge n'a comme référence que sa propre conscience et relevant de ce que l'on appelle couramment "l'aléa judiciaire" ?

C'est la thèse de l'exercice par le juge d'un *pouvoir discrétionnaire* à laquelle nous ne pouvons personnellement souscrire. On ne saurait en effet la concilier, ni avec le principe de la souveraineté de la loi, ni avec l'exigence de son égale application à tous qui restent le propre de la règle de droit. On se rappellera la phrase d'Holmes : "La prédiction de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le

(53) C'est, par exemple, sur avis contraire de l'auditorat que le Conseil d'Etat de Belgique accueille un recours contre la délivrance d'un permis de bâtir au motif "qu'un immeuble à appartements de cinq étages qui présente une profondeur de 17 mètres, une longueur de 37,45 mètres et une hauteur de 15,90 mètres et qui a été aménagé pour abriter 46 familles ne peut raisonnablement être considéré comme une villa à caractère dégagé, même s'il a été construit en style villa (arrêt du 12 décembre 1972, n° 15.612, De Deydter ; sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière, voyez notamment le rapport de l'auditeur J. Salmon précédent C.E. 8 mai 1981, n° 21.159 in "Aménagement du territoire et droit foncier", Revue Juridique et Economique de l'Urbanisme et de l'Environnement, SERES, n° 9, juin 1981, pp. 22-25.

droit" (54). Si toute prédiction devient impossible à ce sujet, c'est le droit lui-même qui s'absorbe dans le pouvoir du juge.

Mais comment formuler une prédiction quelconque de la manière dont le juge appliquera la loi, dès lors que celle-ci, par l'emploi d'une notion à contenu variable, et plus particulièrement d'un standard, prend manifestement ses distances par rapport à une multitude de situations diverses auxquelles il faudra l'appliquer ?

Simplement, mais fondamentalement sans doute, par l'obligation faite au juge de trancher en suivant une *méthode* qui est celle du droit, et dont nous avons tenté d'esquisser les traits principaux. Et cette exigence se déduit clairement de l'obligation qui lui est faite de *motiver* sa décision (55).

Elle le contraint en effet à mettre au jour la manière dont il applique la loi et d'en justifier la légitimité. Par là, la qualité de ses investigations et affirmations devient vérifiable, comme aussi la logique du raisonnement sur lequel il appuie sa conclusion.

En ce sens, c'est par son caractère "raisonnable" que sa décision emportera la conviction ; c'est pas sa "rationalité" qu'elle démontrera sa légitimité (56).

* _ * _ * _ *

Sur la nature et le rôle du "standard" l'examen de son processus d'application peut apporter quelques indications.

On relèvera, par exemple, que l'une des caractéristiques du standard est probablement d'échapper à toute définition véritable, en ce sens qu'on ne peut expliciter le contenu par une définition qui ne comprendrait pas à son tour un terme standard ou une expression équivalente. Ainsi, lorsque la Cour de cassation de Belgique décide, en matière d'assurances, que la *faute grave* prévue par la loi "est celle qui est assimilable à un fait intentionnel et dont l'assuré avait ou devait avoir conscience qu'elle entraînait une aggravation du risque garanti", elle circonscrit le champ d'application du standard "faute grave" mais

(54) Olivier Wendell Holmes jr., "The path of law (1897)", in Collected Legal papers, New York, Harcourt Brace and Howe 1920, p. 173 ; cons. à ce propos F. Michaut, "Le rôle créateur du juge selon l'école de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain", in "Le juge et la règle de droit", Revue internationale de droit comparé, Paris, 1987, pp. 343 et s.

(55) Obligation que le droit contemporain tend à imposer également à l'administration, chaque fois au moins que sa décision est de nature à porter atteinte aux droits, libertés et intérêts d'un citoyen (voy. notamment la résolution n° 77/31 adoptée le 28 septembre 1977 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe).

(56) Sur cette distinction, voy. notamment P. Haba, "Rationalité et méthode dans le droit", Archives de philosophie du droit, t. XXIII, Sirey, 1978, pp. 265 et s.

celui-ci subsiste pourtant sous une forme voilée étant celle de "la faute assimilable à un fait intentionnel" (57).

Il est donc possible, par le recours notamment au contexte d'énonciation de limiter dans une mesure plus ou moins grande la part d'indétermination du standard. Mais jamais de la supprimer.

Faut-il, pour cela, considérer le standard comme le "maillon faible" de la règle de droit ou comme la preuve de l'incapacité inhérente au langage juridique de saisir la réalité des faits et comportements dans toute sa complexité ?

Cette hypothèse comporte sans doute une part de la vérité mais non sa totalité. Il est vrai que la règle de droit écrit, dans la généralité de ses termes, ne peut prétendre assumer à elle seule la singularité qui est le propre du fait, et que pour réaliser ce passage, le recours au jugement de l'homme est nécessaire. Dans le cas du standard, toutefois, il y a plus que cela : il s'agit le plus souvent en l'espèce, comme nous l'avons vu, de permettre à cet intermédiaire de prendre en compte, non seulement la règle de droit, mais aussi les autres formes de régulation -dont la morale- présentes dans la société.

C'est en cela que le standard comportemental peut être considéré comme le lieu privilégié de l'humanisation du droit.

Mais ce dernier ne délaisse pas pour autant le terrain. Le standard n'est en aucune manière le lieu où la rigueur de la loi laisserait la place à une libre discussion sur les exigences de la vie sociale. C'est que, au moment où, ayant été jusqu'au bout de son langage, la loi se tait, un autre langage, qui est aussi celui du droit, prend le relais : le langage du juge.

NOTE ADDITIONNELLE

Face aux multiples acceptions du standard que les travaux du colloque ont mises en évidence, celle qui se dégage de la présente étude pourrait être explicitée comme suit :

1. La question du standard découle de son caractère essentiel étant sa relative indétermination qui entraîne pour le juge l'obligation de faire oeuvre personnelle à l'occasion de chacune de ses applications.

(57) Cass., 18 mars 1982, Pas. 1982, I, 85 ; sur la possibilité de substituer au standard une règle, voyez notamment la communication du Professeur A. Tunc, "Standards juridiques et unification du droit", in "Livre du Centenaire de la Société de législation comparée", Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 105 et s., spécialement les pp. 112 à 115.

2. Le standard n'est pas le seul cas dans lequel le juge est requis de faire oeuvre personnelle. Deux autres situations de ce genre peuvent se présenter à lui, à savoir :

- l'hypothèse des imperfections et lacunes de la loi écrite (hypothèse visée explicitement à l'article 4 du Code Napoléon)

- celle d'un renvoi exprès de la loi à l'appréciation du juge (pour fixer la hauteur d'une sanction, un délai, une indemnité, etc...).

Par rapport à la première de ces hypothèses, celle du standard se caractérise par le fait d'un appel *explicite* à l'appréciation personnelle du juge.

Le standard se démarque également de la seconde par le fait qu'il comporte une indication plus ou moins précise, par le terme qui l'exprime, sur l'objet de la recherche à effectuer par le juge (référence à la normalité, aux usages, à la morale, à la raison, à la légitimité, à l'équité, à l'évidence,...).

3. Dans cette acception, le standard serait une variété de la notion floue caractérisée par le fait qu'aucune définition matérielle adéquate, ne comportant pas elle-même un standard, ne pourrait lui être substituée, s'agissant d'identifier, non une chose, mais la qualité d'une chose dans un contexte factuel bien déterminé.

4. Le standard jurisprudentiel pourrait être le résultat de la combinaison de l'hypothèse d'une lacune ou d'une insuffisance de la loi avec l'exigence d'un travail personnel d'appréciation du juge dans une direction déterminée. Ainsi pourrait éventuellement s'expliquer la tendance de certains auteurs de considérer comme des standards certaines notions à contenu variable qui ne répondent pas aux conditions ci-dessus exprimées. Elles ne seraient pas en elles-mêmes un standard mais entraîneraient pour le juge l'obligation d'en formuler un, lui-même, pour accomplir sa mission.

LE DROIT ET LE FAIT DANS L'APPLICATION DES STANDARDS ET LA CLAUSE LIMITATIVE DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTES (*)

****

FACT AND LAW IN THE APPLICATION OF "STANDARDS"

Par

Danielle PINARD
Professeur, Faculté de Droit, Université de Montréal (Canada)

(*) Ce texte a été écrit pour une communication destinée à être présentée dans le cadre du premier Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, tenu à Aix-en-Provence du 5 au 7 septembre 1988. L'auteur remercie Pierrette Mulazzi, chercheur au Centre de Recherche en droit public de l'Université de Montréal, et Pierre Trudel, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal, de leurs commentaires portant sur une version antérieure de ce texte.
Ce texte a fait l'objet d'une publication dans le numéro de mars 1989 de la revue "Les Cahiers de Droit", de la Faculté de Droit de l'Université Laval, Québec, Canada.

INTRODUCTION

PARTIE I - LA NOTION DE STANDARD

1.1. - Du bon usage des notions floues
1.2. - La technique du standard
1.3. - Le standard comme objet d'interprétation
1.4. - L'objectivité dans l'interprétation du standard
1.5. - La fonction rhétorique du standard

PARTIE II - LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT

2.1. - L'identification de la zone problématique
2.2. - Les incidences de la distinction
2.2.1. La question du fardeau de preuve
2.2.1.1. Le droit comme objet d'argumentation
2.2.1.2. Le fait brut comme objet de preuve
2.2.1.3. Le fait inféré comme objet de raisonnement
2.2.2. La répartition des fonctions entre juge et jury
2.2.3. La détermination du droit d'appel
2.2.4. L'autorité du précédent
2.2.5. La disponibilité du contrôle judiciaire
2.2.6. Les incidences générales
2.3. - Les standards, le fait et le droit.

PARTIE III - UNE ILLUSTRATION : LE STANDARD DE LA CLAUSE LIMITATIVE DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTES

3.1. - Le contexte d'adoption
3.2. - Le standard de l'article premier
3.3. - Les éléments constitutifs d'un raisonnement sous l'article premier
3.3.1. L'interprétation du standard
3.3.2. Les faits pertinents
3.3.2.1. Les faits adjudicatifs
3.3.2.2. Les faits législatifs
3.3.2.2.1 Généralités
3.3.2.2.2. Assouplissement nécessaire des règles de preuve
3.3.2.2.3. Connaissance d'office des faits législatifs
3.4. - La conclusion en vertu de l'article premier

La présente étude a pour objet les standards, le fait et le droit. Les standards sont des notions à contenu variable, fondées sur un principe général de normalité, délibérément utilisées pour la formulation de règles de droit. Ces dernières présentent alors des caractères de souplesse et d'adaptabilité à des circonstances changeantes, mais aussi d'imprévisibilité et de vulnérabilité aux rapports de pouvoir. La délimitation des contours de ces standards peut être un enjeu de taille. Il existe un bon usage des notions floues, en droit.

La recherche de la distinction du fait et du droit, en matière de standards, amène à s'interroger sur la nature même de cette distinction. Elle ne semble pas répondre à des impératifs essentiels pré-existants, mais bien plutôt remplir une fonction précise, soit d'assurer à certaines questions un statut particulier dans l'ordre juridique. Ce que l'on dit être du droit est formulé généralement et prétend à l'universalité, tandis que ce que l'on dit être du fait se confine aux limites du particulier, de l'unique. La qualification d'un objet comme question de fait ou question de droit entraîne au surplus certaines conséquences plus immédiates, en ce qui concerne, par exemple, la répartition des fonctions entre juge et jury, la détermination du droit d'appel, l'autorité du précédent ou encore la disponibilité du contrôle judiciaire. Le caractère indéterminé du standard, et la souplesse de traitement qu'il requiert ne font que mettre en évidence l'arbitraire de la distinction du fait et du droit.

La clause limitative de la *Charte canadienne des droits et libertés*, contenue à son article premier, illustre on ne peut mieux certains éléments de la problématique du fait et du droit en matière de standards. Son adoption même a été tributaire de son caractère flou. L'interprétation judiciaire qui en a été donnée en a précisé le rôle rhétorique, tout en brouillant la distinction du fait et du droit, en matière de preuve et de connaissance d'office, par exemple. C'est finalement son appartenance au domaine du droit public, et la nature particulière de la décision rendue en vertu de cet article premier qui devront ultimement déterminer tant la position de la question dans l'ordre juridique que les modalités particulières de son traitement procédural. La traduction en termes de fait et de droit ne fera que légitimer les choix ainsi posés.

PARTIE I - LA NOTION DE STANDARD

1.1. - Du bon usage des notions floues

Le standard, en droit, est d'abord une notion floue, à contenu variable (1). Dans une tradition juridique rationaliste, le recours délibéré à ces notions aux contours incertains peut paraître paradoxal (2). Elles ont donné lieu, pourtant, à de nombreuses réflexions.

En effet, au-delà du contenu, des enjeux importants sous-tendent le choix de la forme, du véhicule de l'expression de la norme juridique. De la règle précise à la notion floue, le choix se pose. Tout d'abord, et de façon tout à fait empirique, l'emploi de la notion floue pallie l'impossibilité de prévoir toutes les situations, tous les détails, toutes les circonstances, leurs évolutions et modifications éventuelles (3). Le législateur édicte une norme dans une formule générale, susceptible d'application efficace au genre visé, quelles qu'en soient les manifestations particulières.

> Tenant compte de la variété infinie des circonstances, du fait qu'il n'est pas capable de tout prévoir et de tout régler avec précision, admettant que des règles rigides s'appliquent malaisément à des situations changeantes, le législateur peut délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, en laissant au juge le soin de les préciser dans chaque cas d'espèce (4).

Inéluctablement, le recours aux notions floues a pour effet d'accroître le pouvoir de l'interprète. En effet, l'utilisation de la

(1) Voir, généralement, Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1984.

(2) Ch. Perelman dénonce le présupposé faux suivant lequel "...la langue naturelle n'a qu'un seul usage, celui d'être un instrument de communication parfait, ne donnant lieu à aucune ambiguïté, à aucune controverse", pour proposer une forme de bon usage des notions confuses. Ch. Perelman, "L'usage et l'abus des notions confuses", in Etudes de logique juridique, publiées par Ch. Perelman, vol. 7, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1978, 3, p. 5.

(3) Voir Ch. Perelman, "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", in Les notions à contenu variable en droit, supra, note 1, 363, p. 365 ; Stéphane Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1980, p. 61, 223 ; Neil Mac Cormick, "On Reasonableness", in Les notions à contenu variable en droit, supra, note 1, 131, p. 133.

(4) Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 3, p. 365.

technique de la norme floue exprime en fait la reconnaissance, par l'autorité qui l'édicte, de l'existence de nombreux critères pertinents et souvent conflictuels (5). L'interprète devra les identifier, leur attribuer une importance relative, puis les pondérer. Elle sera ensuite investie de l'autorité de décider, dans chaque cas concret, de l'application ou non de la norme générale (6). D'où un important débat relatif à la compétence institutionnelle de l'interprète : dans un système démocratique, est-il opportun de confier à des personnes non-élues la délicate tâche de définir les notions floues afin d'en décider les applications concrètes (7) ? L'établissement des faits et leur assujettissement à des règles précises, fonctions dites plus neutres, ne seraient-elles pas plutôt les seules fonctions légitimes des juges ? Certes, la manipulation de notions floues donne ouvertement lieu à des jugements de valeurs et de priorités. Mais ces derniers sont-ils vraiment exclus de l'évaluation des faits (8) ?

Le choix de la forme d'énonciation de la règle juridique doit aussi se faire à la lumière d'importants impératifs juridiques de sécurité, de prévisibilité et d'uniformité (9). L'application de la norme floue est imprévisible : on doit se satisfaire d'une définition *ex post facto*, quand l'interprète dira, par exemple, si un acte commis était ou non interdit par la norme floue (10). La règle précise, si elle satisfait mieux à ces impératifs, n'en présente pas moins des désavantages sérieux. D'une part, sa rigidité en empêche l'adaptation à toute évolution contextuelle, ou encore à des préoccupations d'ordre local (11). L'idée de la notion confuse en droit se rattache justement à cette exigence posée au droit de ne pas :

> ... brimer la vie, le fait, l'inéluctable et perpétuel mouvement des choses (12).

D'autre part, la précision de la règle pêche par sur/sous extension (13), eu égard à l'objectif poursuivi : par exemple, une règle fixant arbitrairement à 18 ans l'âge de la majorité vise en fait à exiger une certaine maturité nécessaire à l'accomplissement

(5) N. Mac Cormick, loc. cit., supra, note 3, p. 136.
(6) Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 2, p. 8.
(7) Voir, pour un exposé de l'argument : Dunkan Kennedy, "Form and substance in Private law adjudication", (1976) 89 Harvard L.R. 1685, p. 1708, 1709, 1752.
(8) Cf. infra, note 39.
(9) Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 3, p. 373-374.
(10) H.L.A. Hart, The concept of law, Oxford, 1961, p. 129, cité in N. Mac Cormick, loc. cit., supra, note 3, p. 134.
(11) Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 3, p. 373-374.
(12) S. Rials, "Les standards, notions critiques du droit", in Les notions à contenu variable en droit, op. cit., supra, note 1, 39, p. 41.
(13) On pourrait aussi parler d'"inadéquation" : voir Ejan Mackaay, "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision", Langages, Revue trimestrielle, 53, mars 1979, 33, p. 38.

de certains actes. Or l'application de la règle des 18 ans fera en sorte que l'on mettra à l'écart certaines personnes matures de moins de 18 ans, alors que l'on sanctionnera l'immaturité d'autres ayant plus de 18 ans (14). A l'opposé, l'application directe de la norme floue, comme celle de maturité, opère la mise en oeuvre intégrale des objectifs législatifs poursuivis. La norme floue tend vers un résultat, alors que la règle précise se satisfait de son application immédiate.

A cet arbitraire mécanique de la règle précise, on oppose cependant l'arbitraire préjugé de la norme floue (15). La souplesse de ses contours serait vulnérable à l'emprise d'une multitude de facteurs, dont on peut parfois douter de la pertinence.

La notion floue joue un rôle en droit. Son utilisation permet d'atteindre des objectifs importants, mais présente aussi des inconvénients sérieux (16). L'usage des notions floues en droit n'est pas un accident. L'imprécision y a sa place. Encore faut-il en faire un bon usage (17).

1.2. - La technique du standard

Dans un ouvrage remarquable (18), Stéphane Rials a étudié une notion floue particulière le standard. Il s'agit, selon Rials :

> d'une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci... Le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité... (19).

Ce qui fait d'une simple notion floue, un standard, c'est donc cette idée de normalité, qui en constitue l'unité conceptuelle (20). Ces standards sont des instruments de mesure en termes de

(14) D. Kennedy, loc. cit., supra, note 7, 1688.
(15) D. Kennedy, loc. cit., supra, note 7, 1695.
(16) On doit remarquer que l'on n'a considéré ici que les incidences du choix de la forme en tant que telle. Il y aurait cependant lieu, aussi, de s'interroger sur les interrelations entre le contenu privilégié et le choix de son moyen d'expression : voir D. Kennedy, loc. cit., supra, note 7, où l'auteur relie conception altruiste du droit et utilisation de standards, conception individualiste du droit et utilisation de règles précises.
(17) Voir, au même effet, mais du point de vue de l'analyse économique du droit : Ejan Mackaay, loc. cit., supra, note 13.
(18) S. Rials, op. cit., supra, note 3.
(19) Id., p. 120.
(20) S. Rials, loc. cit., supra, note 12, p. 43.

normalité, soit descriptive, au sens de ce qui existe, soit dogmatique, au sens de :

> produit des mentalités, dotée d'une certaine transcendance, d'une certaine extériorité par rapport à la pratique effective (21).

Le standard sera d'origine constitutionnelle, législative, réglementaire ou jurisprudentielle.

1.3. - Le standard objet d'interprétation

L'application d'une règle de droit formulée à l'aide d'un standard donne tout simplement lieu à interprétation, et ne crée pas de pouvoir discrétionnaire (22). La règle de droit formulée à l'aide d'un standard est en effet une règle de droit comme les autres, même si le caractère vague de la norme ainsi créée

> opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique (23).

Le standard ne réfère pas, chez celle qui l'interprète, à une capacité de vouloir autonome ; il renvoie à la capacité d'exprimer la volonté de l'autorité qui a édicté la norme (24). A l'opposé, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, l'autorité délégataire réalise sa volonté propre, et elle ne cherche pas à interpréter celle d'une instance qui lui serait supérieure. Ce n'est pas l'indétermination a priori, mais l'indéterminabilité de la règle qui est source de pouvoir discrétionnaire (25).

(21) S. Rials, op. cit., supra, note 3, p. 27 ; voir aussi id., p. 75 ; S. Rials, loc. cit., supra, note 12, p. 44.
(22) S. Rials, op. cit., supra, note 3, p. 221 et s. Selon Rials, il y a pouvoir discrétionnaire "par commission d'un texte dès lors qu'en mettant en oeuvre ce texte on ne peut en aucune manière être réputé l'interpréter, le réaliser, mais qu'on doit être dit réaliser sa propre volonté", S. Rials, id., p. 274.
(23)Id., p. 120.
(24) S. Rials, loc. cit., supra, note 12, p. 48.
(25) S. Rials, op. cit., supra, note 3, p. 273.

1.4. - L'objectivité dans l'interprétation du standard

Le caractère vague des standards soulève des questions d'objectivité et de subjectivité dans leur interprétation et leur application. Est-ce que n'importe quelle conclusion peut s'autoriser du standard, eu égard au caractère subjectif de l'interprétation et de l'application d'une telle notion vague ? L'objectivité n'a-t-elle aucune place dans ce processus ?

Certains suggèrent qu'il y aurait des paramètres permettant d'assurer une part d'objectivité dans l'interprétation, paramètres servant à mesurer la justesse des interprétations (26). Ce système d'évaluation des interprétations ne serait cependant opérant qu'au sein d'une communauté interprétative reconnaissant la valeur contraignante de ces paramètres (27). L'objectivité des standards, par exemple, serait donc confinée aux limites de la reconnaissance de leur interprétation par une communauté interprétative.

1.5. - La fonction rhétorique du standard

Les standards remplissent une fonction rhétorique importante. Ils sont souvent issus de lieux communs, et constituent ainsi des facteurs d'adhésion à certaines thèses controversées. La normalité, comme la vertu, favorise le consensus autour de son principe, même si les cas particuliers d'application sont généralement sources de controverse.

> ... la mise en oeuvre du standard pourra entraîner des discussions : mais une fois l'affaire tranchée, la solution apportée pourra se parer du prestige propre à l'évidence même s'il n'y a évidence qu'en trompe-l'oeil (28).

La règle de droit sera donc plus acceptable socialement lorsque formulée à l'aide d'un standard. Elle fait alors référence à l'expérience commune, au "common sense about common things", dira Roscoe Pound (29). Paradoxalement, ou peut-être pas, on

(26) O.M. Fiss, "Objectivity and interpretation", (1982) 34 Stanford L. Rev. 739, 744.
(27) Id. ; voir P. Brest "Interpretation and Interest", (1982) 34 Stanford L. Rev. 765, 770-771, pour une critique de cette notion d'objectivité relative, tributaire de sa reconnaissance par un groupe social particulier, à prédominance blanche, mâle et financièrement à l'aise.
(28) S. Rials, op. cit., supra, note 3, p. 58.
(29) R. Pound, An Introduction to the philosophy of Law, 1922, p. 118, cité in S. Rials, op. cit., supra, note 3, p. 24.

peut aussi soutenir que le recours aux standards, tout en suscitant l'adhésion par un appel à des notions presqu'instinctivement senties, participe aussi à l'opération de mystification du droit. En effet, sous le couvert de la toute simple application d'un standard de sens commun, des opérations intellectuelles ont lieu à l'abri de toute observation de l'extérieur, par des profanes. Le caractère vague des standards permet et requiert des étapes de raisonnement qui n'ont pas à être nommées (30). D'une certaine façon, un système de règles précises garantit peut-être l'autonomie des justiciables, par opposition au jeu nébuleux des standards, qui permet aux juges et aux juristes d'affirmer leur pouvoir et leur prestige (31), tout en persuadant l'auditoire du bien-fondé de toute l'entreprise (32).

PARTIE II - LA DISTINCTION DU FAIT ET DU DROIT

2.1. - L'identification de la zone problématique

La simplicité d'une distinction nette entre le fait et le droit est au coeur du syllogisme judiciaire. D'abord, il y a une règle de droit, prémisse majeure. Puis, un ensemble de faits propres à une espèce particulière, prémisse mineure. De l'application de la première à la seconde découle nécessairement la conclusion dictée par le droit. Et voilà.

De prime abord, la distinction apparaît familière, évidente. Bien sûr, il y a le monde du droit, et celui des faits. Totalement indépendants.

Or, il se trouve que le fait et le droit sont des notions fuyantes (33), qui ont acquis, dans le débat relatif à leur distinction, une signification légale hautement artificielle (34) et fort éloignée de leur sens commun (35).

---

(30) "I imagine, however that the very sophistication of our rules perpetuates the tradition of the "mysterious science of the law" by making constitutional law inaccessible to laypersons. This in itself confirms and reinforces the power relationship, while insulating the community's interpretations from external scrutiny", P. Brest, loc. cit., supra, note 27, 772.

(31) D. Kennedy, loc. cit., supra, note 7, 1707.

(32) Il est possible qu'ultimement, la pertinence de la formule utilisée pour l'énoncé de la norme ne prenne toute sa signification réelle qu'à l'intérieur de rapports sociaux concrets : suivant les périodes historiques, certains groupes souhaiteront des normes plus ou moins précises, selon que seront ainsi servis leurs intérêts.

(33) S. Rials, loc. cit., supra, note 12, p. 40.

(34) Nathan Isaacs, "The law and the facts", (1922) 22 Columbia L.R. 1, 11.

(35) Mark Ockelton, "Comments on John Jackson's "Questions of Fact and Questions of Law", in William Twining (ed.), Facts in Law, Association for Legal and Social Philosophy, A.R.S.P., Archives de philosophie du droit et de philosophie

Si bien que l'on peut se demander si l'apparente limpidité de la distinction n'occulte pas certains phénomènes. Par exemple, ce que Rivero appelle la compénétration du fait et du droit (36) : d'une part le rôle des faits dans l'élaboration de la règle de droit et la détermination de son champ d'application (37), et, d'autre part, le rôle du droit dans la sélection et la description des faits pertinents (38). Il se peut aussi que la distinction laisse supposer que toute l'opération normative de l'activité juridique se réalisera du côté du droit, dissimulant l'existence des jugements de valeurs inhérents à l'évaluation des faits, et qui ne sont réglementés par aucune règle de droit (39). Plus cyniquement, on peut aussi se demander si l'apparente netteté de la distinction ne dissimule pas le fait qu'en ce domaine, les tribunaux décident en réalité tout simplement selon leur bon vouloir (40).

Dès que l'on dépasse l'impression d'évidence qui se dégage d'une première lecture de la distinction pour fouiller un tant soit peu ses contours, l'inéluctable conclusion se dessine : le droit sur la question est dans un état chaotique (41).

La difficulté, voire l'arbitraire de la distinction du fait et du droit se matérialise avec acuité à un moment particulier du raisonnement juridique, qu'il nous faut identifier. En fait, nous nous concentrons ici au point de rencontre entre le fait et le droit, présumant, pour les fins de cette étude, qu'il existe, au sein du processus de prise de décision judiciaire, des lieux à nettes dominantes factuelle et juridique. Nous pouvons classer dans la première catégorie tout ce qui concerne les faits bruts légalement soumis au tribunal, ainsi que les faits secondaires déduits des premiers par un processus de raisonnement quelconque (42) ; on parle ici de l'établissement et de l'appréciation des faits. Bien sûr, des règles de droit substantif auront décidé des faits devant être prouvés, et des règles de procédure et de preuve présideront à

---

sociale, Franz Steiner Verlag GMBH, Wiesbaden, 1983, 101. Voir aussi l'excellent article de Jerzy Wroblewski, "Facts in Law", in Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale, vol. 1973, LIX, 161, où l'auteur fait une analyse fouillée des différentes catégories de faits utilisées par le droit.

(36) Jean Rivero, "La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français", in Le fait et le droit, Etudes de logique juridique, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1961, 130, p. 131.

(37) Id. ; Clarence Morris, "Law and Fact", (1942) 55 Harvard L.R. 1303, 1304.

(38) C. Morris, loc. cit., supra, note 37, 1304 ; Ch. Perelman, "La distinction du fait et du droit, le point de vue du logicien" in Dialectica, Vol. 15, n° 3/4; 1961, 601, p. 603.

(39) John D. Jackson, "Questions of Fact and Questions of Law", in Facts in Law, op. cit., supra, note 35, 85, p. 99.

(40) "Indeed, we rather suspect that this seemingly rigid dichotomy of law and fact is only a bit of legalistic mummery designed to conceil from the uninitiated the fact that the courts decide these questions about as they wish", Ray A. Brown, "Fact and Law in Judicial Review", (1943) 56 Harvard L.R. 899, 900.

(41) Glanville Williams, "Law and fact", (1976) Crim. L.R. 472 et 532, p. 482.

(42) Voir infra, texte sous les rubriques 2.2.1.2. et 2.2.1.3.

leur mise en oeuvre devant le tribunal (43). Mais à l'intérieur de ces contraintes juridiques formelles, les questions de fait devront être réglées sans référence à des règles ou standards juridiques (44), dépendront en fait plutôt des réalités du monde extérieur (45). Ainsi, dans une cause de meurtre, on devra décider la question factuelle du qui-a-fait-quoi-comment-et-pourquoi, tant à partir des éléments directement mis en preuve -par exemple, un couteau ensanglanté, des empreintes digitales, des témoignages relatifs à une histoire d'amour et de jalousie- qu'à partir de conclusions factuelles de raisonnement -par exemple, par l'utilisation de notions de bon sens relatives à la causalité (46), de règles de probabilités ou portant sur l'incidence des mobiles sur les actions humaines.

Dans la seconde catégorie, on retrouvera les éléments essentiellement juridiques. On aura une règle de droit prescrite par un texte législatif, par exemple. Cette règle sera interprétée par l'autorité légitime, pour la première fois ou selon une suite de précédents contraignants. Des définitions des termes employés par la règle seront consacrées. Ainsi, dans notre cause de meurtre, on aura une règle législative compliquée relative à l'homicide involontaire coupable, règle ayant été judiciairement définie. Cette seconde catégorie est celle du droit.

La clarté de la distinction du fait et du droit s'estompe pour laisser place au doute là où, justement, le fait rencontre le droit (47), là où se pose une question, dont la formulation même est hasardeuse en ce que, comme c'est souvent le cas, elle risque de dicter la réponse apportée. Probablement, donc, en fonction de la réponse désirée, on se demandera si la définition de la règle est assez large pour englober les faits particuliers de l'espèce (ce que certains qualifieraient de question de droit), ou encore on se demandera s'il est possible de qualifier ces mêmes faits de telle sorte qu'ils puissent être subsumés par la règle (ce qui serait peut-être alors une question de fait). Ce faisant, s'interroge-t-on sur une question de fait ou sur une question de droit (48) ? Est-on en

(43) Si bien que l'on peut se demander si même il existe des faits "bruts" antérieurement à leur "assomption" par le droit. Voir Henri Batiffol, Problèmes de base de philosophie du droit, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 239.

(44) R.A. Brown, loc. cit., supra, note 40, 901.

(45) W.A. Wilson, "A note on Fact and Law", (1963) 26 Modern L.R. 609, 619.

(46) On doit cependant remarquer que certains pourraient curieusement concevoir même la causalité comme une question de droit et non de fait. Voir infra, texte accompagnant la note 106.

(47) "Comme on le sait, la distinction du fait et du droit se brouille quand il s'agit de mettre les faits en rapport avec le droit, quand il faut les qualifier, positivement ou négativement, pour pouvoir conclure que tel texte légal leur est ou n'est pas applicable", Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 38, 602.

(48) Les auteurs s'entendent à tout le moins sur l'identification de cette zone problématique : Arnould Bayard, "La distinction du fait et du droit, le point de vue de l'avocat", in Le fait et le droit, op. cit., supra, note 36, 89, 101 ; N. Mac Cormick,

train de qualifier, d'appliquer ou d'interpréter ? Alors que c'est justement ici que la classification s'avérerait utile et pertinente, c'est ici qu'elle s'écroule, sous le poids de ses propres incertitudes.

D'un point de vue strictement logique, il n'y a aucune différence entre la qualification de faits comme exemples de la situation prévue par la règle de droit, et la définition de la règle de droit comme couvrant le type de faits particuliers de l'espèce (49). Prenons une règle de droit qui s'énonce comme suit : si p alors q, par exemple, si un meurtre est commis (p), son auteur doit en être punie (q). Que l'on interprète "p", la commission d'un meurtre, comme comprenant les actes a, b et c, ou encore que l'on qualifie des actes a, b et c comme susceptibles d'être compris par "p", on procède au même raisonnement, seule sa formulation diffère. S'il existe des raisons de considérer différemment ces deux types de questions, ou plutôt de qualifier la question en vertu d'une seule de ses possibles manifestations, elles doivent relever d'un ordre légal artificiel, différent (50).

L'ambiguïté essentielle de ce type de questions, qui met en jeu la rencontre du fait et du droit, est telle qu'il s'avère impossible de concevoir un modèle théorique qui permettrait de les classifier selon qu'elles relèvent naturellement du fait ou du droit. Toute conception matérielle d'une telle distinction semble inadéquate. On a, par exemple, tenté d'établir une distinction entre les termes utilisés par une règle de droit, selon qu'ils seraient porteurs d'un sens juridique particulier, ou d'un sens ordinaire, commun, courant, l'interprétation des premiers relevant du droit, et l'application des seconds, du fait (51). Cette entreprise est vouée à l'échec. D'une part, on doit remarquer qu'on oppose ici définition à application, qu'on se place à deux étapes théoriquement successives et distinctes du raisonnement, et qu'on se retrouve ultimement avec le même problème de départ, une fois le "mot légal" défini : la question de son application à des faits particuliers en est-elle une de droit ou de fait ? D'autre part, la distinction est tronquée, en ce qu'elle renvoie à des notions -terme de droit à sens juridique vs terme de droit ayant

loc. cit., supra, note 3, 93 ; S. Rials, op. cit., supra, note 3, 267-268 ; Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 38, 602 ; J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 91. On s'interroge ici sur la nature du phénomène général de qualification et non sur certaines de ses manifestations périphériques, comme la fiction juridique, qualification inexacte juridiquement décidée : voir R. Dekkers, "Le fait et le droit, problèmes qu'ils posent", in Dialectica, vol. 15, n° 3/4, 1961, 339, p. 341.

(49) J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 91.

(50) Neil Mac Cormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 94-95.

(51) Voir pour une discussion générale de l'argument : S. Rials, op. cit., supra, note 3, 271-272 ; G. Boland, "La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique", in Le fait et le droit, op. cit., supra, note 36, 175, p. 187 ; J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 92 ; M. Ockelton, loc. cit., supra, note 35, 103 ; G. Williams, loc. cit., supra, note 41, 476.

conservé son sens ordinaire- elles-mêmes aussi incertaines que celles de fait et de droit, et dont la classification ne repose, ultimement, que sur des considérations d'opportunité et de politique judiciaire (52). La seule différence concrète entre ces deux types de termes réside probablement en ce que le tribunal bénéficie d'une plus grande marge de manoeuvre dans l'application de termes de droit dont on a préservé le sens commun (53). Mais cette distinction ne nous aide pas à préciser le contenu de celle qui nous intéresse, relative au fait et au droit.

Une autre voie s'avère peut-être plus fructueuse, fondée, celle-là, sur des critères formels plutôt que matériels, permettant de qualifier de fait ou de droit une question relative à la rencontre des faits et du droit. D'un côté, on retrouve certaines qualifications législatives péremptoires, où la législature dira que ceci ou cela constitue une question de fait ou de droit, un point c'est tout (54). D'autre part, les tribunaux peuvent formuler certaines conclusions de telle sorte qu'elles se qualifieront presque d'elles-mêmes comme étant des questions de fait ou de droit. On pense ici à l'opposition entre le général et le particulier, l'abstrait et le concret, l'universel et l'individuel. Les premiers sont le propre du droit, les seconds renvoient au factuel (55). Une qualification générale, aspirant à l'universel, apte à régler des cas à venir, serait plutôt de la nature d'une question de droit. Une qualification spécifique, immédiatement efficace mais ne pouvant prétendre à aucune pertinence s'étendant au-delà de sa propre individualité, s'apparenterait plutôt à une question de fait (56). Dire que Monsieur X qui se prend pour dieu est aliéné mental au sens de la loi serait alors conclure en fait ; dire que, généralement, celui qui se prend pour dieu est aliéné mental au sens de la loi serait conclure en droit. La nuance apparaît bien mince (57). Peut-être une certaine forme est-elle en effet essentielle à ce qu'une conclusion quelconque puisse jouer adéquatement le rôle d'une question de droit, mais cette forme ne saurait, à elle-seule, être suffisante. L'explication de la distinction

(52) J. D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 92.
(53) Id.
(54) Voir, par exemple, l'article 73 (3) du Code criminel canadien (les questions de savoir si une personne est en possession effective et paisible ou est en possession effective sans apparence de droit constituent des questions de droit), ou encore son article 24 (2) (la question de savoir si une conduite constitue une tentative est une question de droit). On doit remarquer que ces qualifications ont pour objet précis de permettre un droit d'appel. Voir infra.
(55) A. Bayard, loc. cit., supra, note 48, 97.
(56) Id., 101.
(57) Il existerait en réalité de bonnes raisons d'éviter de considérer en soi comme questions de droit de simples conclusions de fait dont les motifs sont énoncés sous une forme potentiellement universalisable. Voir N. Mac Cormick, op. cit., supra, note 50, 96.

du fait et du droit apparaît peut-être plus clairement à l'étude des incidences de cette distinction.

2.2. - Les incidences de la distinction

En effet, s'il semble acquis que la distinction entre le fait et le droit ne repose sur aucune différence de nature -on parlera même d'un tracé qui repousse toute forme de systématisation théorique (58), ou encore d'une série d'accidents historiques (59)- on doit cependant s'interroger sur certains caractères fonctionnels de la distinction. Selon que l'on qualifiera une question de droit ou de fait, des conséquences importantes s'ensuivront. Point n'est besoin d'être cynique pour admettre l'existence en droit d'une logique des conséquences, d'une logique dialectique qui fait que le choix sera en grande partie fondé sur la considération de ces conséquences.

> As a matter of history, courts have been dealing with particular questions as if they were at once matters of fact, law, discretion, or any of them that best suited the need of the moment (60).

La qualification d'une question comme relevant du droit ou du fait entraîne des conséquences précises. Il semble que ce soit de ce côté qu'il faille rechercher l'explication des diverses qualifications (61).

2.2.1. La question du fardeau de preuve

La qualification d'une question comme relevant du fait ou du droit déterminera tout d'abord les modalités de sa présentation au tribunal. On doit distinguer selon qu'il s'agit d'un objet qualifié de droit, de fait brut ou de fait inféré. En principe, une question de droit est connue d'office par le tribunal, et doit tout simplement être plaidée (62). Le fait brut, qui constitue la matière première du raisonnement du tribunal, doit en principe être prouvé, à moins qu'il ne fasse aussi partie de ce qu'on

(58) J. Rivero, loc. cit., supra, note 36, 147.
(59) N. Isaacs, loc. cit., supra, note 34, 11.
(60) Id., 8.
(61) Voir, pour telle approche : N. Mac Cormick, loc. cit., supra, note 3, 145 ; Roscoe Pound, Jurisprudence, vol. 5, West Publishing, p. 547-548 ; Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 38, 609 ; J. Rivero, loc. cit., supra, note 36, 147 ; G. Boland, loc. cit., supra, note 51, 188 ; A. Bayart, loc. cit., supra, note 48, 99 ; J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 92 ; M. Ockelton, loc. cit., supra, note 35, 101 ; N. Isaacs, loc. cit., supra, note 34, 8, 9, 11, 12 ; R.A. Brown, loc. cit., supra, note 40, 900.
(62) C. Morris, loc. cit., supra, note 37, 1304.

appelle le domaine de la connaissance d'office. Le fait inféré est celui qui est nécessaire à la mise en oeuvre de la règle de droit. En principe, il n'est pas directement prouvé, et fait plutôt l'objet d'argumentation et de raisonnement. Il est inféré du fait brut, sur la base de généralisations.

2.2.1.1. Le droit comme objet d'argumentation

En principe, les questions de droit n'ont pas à être prouvées (63), et font plutôt l'objet d'interprétation et d'argumentation.

> ...en principe, l'interprétation ne devrait pas pouvoir être conçue autrement que comme question de droit puisque son résultat est réputé, fiction nécessaire ne rien ajouter au texte interprété, n'avoir pour effet que de le faire être lui-même (64).

Il semble qu'il n'y ait point lieu de faire une distinction, à l'intérieur des mots utilisés dans un texte juridique, entre ceux ayant conservé leur sens commun et ceux ayant acquis une signification juridique spécifique, la signification des premiers relevant du fait, et celle des seconds, du droit (65). Un point de vue formaliste semble ici préférable : un terme utilisé dans un texte de loi devient un terme légal, et la définition de son contenu sémantique devient dès lors l'apanage de l'activité judiciaire d'interprétation (66). Et toute cette activité relève du droit, et non du fait.

L'interprétation des textes juridiques met en oeuvre certains standards de pure administration du droit, comme celui, par exemple, du législateur raisonnable, qui fera chercher à donner effet à la logique que l'on peut présumer avoir inspiré le législateur (67). Apparaît ici en relief l'évidente fonction rhétorique des standards. Le raisonnement juridique n'aboutit en principe pas à des conclusions contraignantes, et nécessite dès lors l'opération de certains procédés visant à persuader, à favoriser l'adhésion de l'auditoire pertinent. Les standards, notions vagues fondées sur des idées de sens commun, participent de cette

(63) Claude Fabien, "L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, dans le procès civil", (1987) 66 Revue du barreau canadien 433, 443 et s. On se limitera ici à la question de la connaissance d'office du droit interne.
(64) S. Rials, op. cit., supra, note 3, 189.
(65) Voir supra, note 51.
(66) S. Rials, op. cit., supra, note 3, 272 ; G. Boland, loc. cit., supra, note 51, 187 ; J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 92.
(67) Voir notamment : Pierre-André Côté, Interprétation des lois, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1982, p. 256 et s. ; S. Rials, op. cit., supra, note 3, 174.

fonction (68). Ainsi, une interprétation donnée à un terme de loi sera d'autant plus acceptable qu'elle se rattachera à cette idée de législateur raisonnable.

2.2.1.2. Le fait brut comme objet de preuve

Tout processus de prise de décision se réalise dans un contexte factuel déterminé. L'élaboration de toute règle de droit, par exemple, présuppose, en principe (69), la considération de l'environnement factuel que l'on souhaite modifier ou aménager au moyen de la règle nouvelle.

> Au point de départ de toute activité d'édiction d'une norme juridique il y a une situation de fait. Mis en présence d'un ensemble de données concrètes, celui qui est investi du pouvoir normatif porte sur elles un jugement, et décide qu'il y a lieu de leur substituer un état de choses différent. La règle qu'il formule, c'est le résultat de cette réflexion sur le fait tel qu'il est, de cet effort pour projeter dans l'avenir le fait tel qu'on voudrait qu'il fût (70).

D'où l'importance du contexte factuel d'élaboration de la norme (71).

Ce fondement factuel des prises de décision présente, en contexte judiciaire, des caractéristiques particulières. En effet, si le droit est connu des juges et fait l'objet d'argumentation et non de preuve, il en va autrement des faits premiers ou bruts (72).

(68) S. Rials, op. cit., supra, note 3, 57.
(69) Voir infra, texte sous la rubrique 3.3.2.2.2.
(70) J. Rivero, loc. cit., supra, note 36, 130.
(71) "Hardly anything about law can be more fundamental than the facts that lawmakers use, the ways that lawmakers get their facts, and the procedures that lawmakers us for allowing affected persons to submit facts to lawmakers and to challenge facts that lawmakers are using", Kenneth Culp Davis, Administrative Law Treatise, second edition, vol. 3, San Diego, 1980, p. 160.
(72) Par opposition aux faits secondaires ou inférés, qui font l'objet d'un raisonnement plutôt que d'une preuve directe. Voir infra, texte sous la rubrique 2.2.1.3. Nous devons cependant admettre que cette notion même de faits bruts pré-existants à tout traitement est tout à fait discutable. Toute description implique au minimum la sélection de certains aspects jugés pertinents et leur catégorisation. "...in order to state the "facts" of a given situation a pleader must first select from the infinite nomber of aspects of the "given" - the "crude, raw events" - those which he deems to be of importance, that is to say, "relevant" to the purpose in hand, which is to inform the court and the other party of the grounds upon which he claims the court ought to intervene in his behalf. Having made his selection he must relate the selected "data" i.e., interpret them, by putting them into categories, i.e. under certain verbal symbols. As he is a lawyer, it will not be surprising if before he is through he uses verbal symbols which have for lawyers acquired a technical significance", Walter Wheeler Cook, ""Facts" and "Statements of Fact"", (1937) 4 U. of Chicago L.R. 233, 241. Pour nos fins immédiates, on peut cependant, sans trop de

Dans les systèmes juridiques où l'on a adopté la procédure contradictoire, on considère qu'il revient aux parties d'informer le tribunal des faits pertinents à l'espèce. Le fardeau de la preuve d'un fait est généralement imposé à la partie qui l'allègue. Cette relative passivité du tribunal serait, d'une certaine façon, garante de son impartialité (73). En principe, donc, les faits bruts doivent être prouvés, en conformité avec les règles de preuve propres à chaque système juridique.

Cette image du tribunal qui ne sait que les faits qu'on lui a dûment prouvés est cependant trompeuse. Le tribunal sait en réalité bien d'autres choses, connaît les codes de la société dans laquelle il opère et possède toutes les connaissances essentielles à son fonctionnement efficace. Inévitablement, toute forme de pensée et de réflexion met en oeuvre l'utilisation de connaissances antérieurement acquises, qu'il s'agisse de processus mentaux en tant que tels, de connaissances d'un ordre général ou encore particulier.

> In all adjudication by courts and agencies, judicial notice and official notice are ever-present, for no judge or administrator can possibly think about any question of fact, law, policy or discretion without using extra record facts (74).

On réfère généralement par le vocable de "connaissance d'office" à cet ensemble de connaissances pertinentes que les parties n'auront généralement pas à prouver, qui seront connues par le tribunal ou considérées comme telles (75) et qui participeront à l'élaboration du jugement.

---

mal, mettre de côté cette intéressante discussion.

(73) C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 436-437.

(74) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 133.

(75) N. Isaacs, loc. cit., supra, note 34, 6-7. Cet auteur dénonce l'anachronisme du fondement théorique du concept de connaissance judiciaire. Il dira par exemple : "But this very fiction of judicial notice is based on a medieval conception of learning. The learned man of the middle ages was supposed to be skilled and probably was skilled, in all of the Seven Sciences. The entire amount of the world's information could have been compressed in a very few volumes, and, as a matter of fact, there were many men who, with apparent success, made all knowledge their particular province. This conception of a learned man is, of course, entirely abandoned totay. Consequently, the doctrine of judicial notice does not quite fit the needs of modern life".

2.2.1.3. Le fait inféré comme objet de raisonnement (76).

Le raisonnement judiciaire à propos des faits est peu connu, n'a traditionnellement pas intéressé la doctrine (77), et s'effectue en fonction de règles la plupart du temps innommées (78). Pourtant, à partir des faits bruts mis en preuve ou connus d'office, le tribunal doit inférer l'existence des faits ultimes nécessaires à l'application de la règle de droit. En effet, rarement ces derniers sont-ils directement mis en preuve - presque par définition, ils sont le produit d'un raisonnement.

Le caractère normatif de ce traitement des faits a fait l'objet de certaines réflexions. On a souligné que, au-delà des apparences, la distinction entre les questions de droit et de fait ne garantit pas que toutes les considérations normatives seront régies par des règles de droit (79). En effet, les inférences des faits connus aux faits à prouver procèdent sur la base de généralisations de sens commun, d'une expérience générale quant au cours ordinaire des événements (80). Ces généralisations forment la prémisse majeure d'un syllogisme dont le modèle type serait le suivant : l'événement A est généralement causalement relié à l'événement B (la généralisation de sens commun) ; l'événement A a été prouvé, dès lors l'événement B s'est probablement réalisé (81). On s'entend pour souligner l'important rôle joué par l'expérience commune et les généralisations de sens commun relatives au cours normal des événements dans les déterminations des faits en contexte judiciaire. Ces concepts réfèrent en fait à ce qu'on dit être l'accumulation de

(76) Nous référons ici à un mode de raisonnement "libre", plutôt qu'à celui, dirigé ou contraint, créé par les présomptions légales. Ces dernières suggèreront ou dicteront l'inférence de faits inconnus à partir de faits prouvés, et elles seraient parfois irréfragables. Elles sont considérées comme relevant du domaine de la preuve.

(77) "The problem might be stated as follows : At least since the time of Jerome Frank it has been widely acknowledged that an imbalance exists between the amount of attention devoted to disputed questions of law in upper courts and the amount devoted to disputed questions of fact in trials at first instance, in other tribunals, and in legal processes generally. Frank might be interpreted as suggesting that the amount of intellectual energy devoted to a subject varies inversely with its practical importance", William Twining, "Taking Facts Seriously", (1984) 34 Journal of Legal Education 22, 24.

(78) Danielle Pinard, "Les probabilités mathématiques classiques et le traitement des faits en contexte judiciaire : un débat", (1988) Revue de la recherche juridique - Droit prospectif 243, 244.

(79) J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 99.

(80) L. Jonathan Cohen, The Provable and the Probable, Oxford, 1977, 274-275 ; R.M. Eggleston, "Generalizations and Experts", in Facts in Law, op. cit., supra, note 35, 22.

(81) William Twining, Theories of Evidence : Benthan and Wigmore, Weidenfeld and Nicolson, London, 1985, 143. Ce type de raisonnement est en réalité celui propre aux présomptions de faits, qui permettent d'inférer l'existence de faits à partir de celle, prouvée, de certains autres.

connaissances générées par l'expérience humaine quotidienne. Ces généralisations feraient partie intégrante de notre culture, et seraient, d'une certaine façon, à l'abri de toute contestation sérieuse. Elles concernent notamment les actions, réactions, attitudes et intentions humaines. A propos de leur origine, on a dit :

> The main common place generalisations themselves are for the most part too essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them. They are learned form shared experience or taught by proverb, myth, legend, history, literature, drama, parental advice, and the mass media (82).

On comprend aisément que la nature incertaine de ces sources en ait amené certains à souhaiter l'admissibilité de la preuve d'expert lorsque les résultats de la recherche scientifique permettent de mettre en doute la justesse de quelques-unes de ces généralisations (83). Cependant, rares sont ces cas où le raisonnement pourra se fonder sur des généralisations scientifiques valablement testées (84). D'où le recours constant, sélectif et inévitable à ce sens commun, que l'on sait être l'arbitraire culturel du groupe dominant, donc marqué au coin du préjugé (85).

A la lumière de ce contexte, le minimum d'objectivité satisfaisant que l'on peut exiger, dans ce raisonnement à propos des faits en contexte judiciaire, consiste en l'explication de toutes les inférences factuelles présentes (86). Parce que les juges ont l'obligation de juger, et que le scepticisme à outrance paralyse (87).

Ce raisonnement à propos des faits demeure dans le domaine du factuel. Son caractère normatif, on l'a vu, est manifeste. Mais il n'en fait pas pour autant, en soi, une question de droit. Si on peut concevoir que certains standards de pure administration du droit s'y rapportent, comme le postulat voulant

(82) L.J. Cohen, op. cit., supra, note 80, 275.
(83) R.M. Eggleston, loc. cit., supra, note 80, 26.
(84) W. Twining, op. cit., supra, note 81, 143.
(85) "In respect of any such generalizations one should not assume too readily that there is in fact a "cognitive consensus" on the matter. The stock of knowledge in any society varies from group to group, from individual to individual and from time to time. Even when there is a widespread consensus, what passes as "conventional knowledge" may be untrue, speculative or otherwise defective ; moreover, "common - sense generalizations" tend not to be "purely factual" - they often contain a strong mixture of evaluation and prejudice, as is illustrated by various kinds of social, national and racial stereotypes", W. Twining, op. cit., supra, note 81, 146.
(86) D. Pinard, loc. cit., supra, note 78, 255.
(87) W. Twining, op. cit., supra, note 81, 149.

qu'un tribunal puisse concevoir un certain nombre de relations normales entre certains faits (88), les principes de raisonnement à propos des faits n'en sont pas pour autant des questions de droit (89). Les préceptes juridiques ne fixent que les paramètres du débat, au moyen des règles de preuve et de pertinence.

Ces généralisations de l'expérience commune, sur la base desquelles on élabore des inférences factuelles à partir des faits bruts, s'apparentent conceptuellement aux faits généraux dits de connaissance d'office (90).

On peut donc résumer comme suit les incidences de la qualification d'un objet comme relevant du fait ou du droit, en ce qui concerne les modalités de présentation au tribunal :

- les questions de droit relèvent du domaine de la connaissance d'office, n'ont pas à être prouvées, font l'objet d'interprétation et d'argumentation;

- les faits bruts doivent en principe être prouvés, sauf s'ils sont considérés par les juges comme relevant du domaine de la connaissance judiciaire (91) ;

- les faits secondaires sont le produit d'un raisonnement dont les juges sont maîtres.

On le voit, la qualification d'un objet comme relevant du fait ou du droit déterminera un certain pouvoir des juges, une autonomie relative à l'égard des parties au litige. Et ce sont les juges qui opèreront cette qualification.

2.2.2. La répartition des fonctions entre juge et jury

La discussion de la distinction du fait et du droit se confond très souvent avec celle de la répartition des fonctions entre juge et jury (92), si bien que l'on a pu remarquer avec ironie le caractère purement arbitraire et fonctionnel de la distinction ainsi conçue :

> The type of question we are accustomed to leave to courts we call law - what we are accustomed to leave to juries we call fact - what we prefer to decide ourselves we call discretion (93).

(88) S. Rials, op. cit., supra, note 3, 186.
(89) Contra : S. Rials, op. cit., supra, note 3, 186-187.
(90) Voir supra, texte sous la rubrique 2.2.1.2.
(91) Voir infra, texte accompagnant la note 171.
(92) N. Isaacs, loc. cit., supra, note 34, 4.
(93) Id., p. 12.

Dans les juridictions de common law, les associations automatiques questions de fait/jury et questions de droit/juge semblent faire partie du "folklore juridique" (94). La réalité est un peu plus complexe. Le jury doit en fait décider des faits adjudicatifs, du qui-a-fait-quoi-comment-et-pourquoi, et, bien informé par le juge quant à la signification de la prescription légale, doit décider de l'application de cette dernière aux faits de l'espèce (95). Ainsi, le jury ne décide pas de tous les faits. Il ne décide par exemple pas des faits généraux et des faits législatifs (96).

Dès lors, la qualification d'un objet comme relevant du fait plutôt que du droit n'entraînera pas automatiquement son attribution au jury. De la même façon, on laisse au jury la responsabilité de questions qui pourraient par ailleurs être qualifiées de questions de droit. Pour des raisons de politique judiciaire, la définition de certains mots utilisés dans un texte législatif, par exemple, sera parfois laissée à l'appréciation du jury, qui lui attribuera vraisemblablement son sens commun plutôt qu'un sens légal hautement artificiel (97). Ainsi, la qualification d'un objet comme relevant du droit ne disqualifiera pas *ipso facto* le jury.

De plus, il a été décidé qu'il revient au juge, en droit, de résoudre la question de savoir s'il existe une preuve quelconque à soumettre au jury. En effet, les tribunaux ont élaboré une subtile distinction entre l'absence totale de preuve et la suffisance de la preuve, la première étant une question de droit à être tranchée par le juge, la seconde une question de fait à être évaluée par le jury (98). Ici encore, les juges contrôlent la délimitation de leur champ de compétence.

Il est abusif et trompeur de prétendre que l'on attribue au jury les questions de fait et à la juge les questions de droit. En réalité, on attribue au jury ce que la politique judiciaire estime opportun et on dit ensuite qu'il s'agit de questions de fait à être tranchées par le jury.

(94) J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 85.
(95) N. Mac Cormick, loc. cit., supra, note 3, 145 ; R.A. Brown, loc. cit., supra,. note 40, 904-905 ; G. Williams, loc. cit., supra, note 41, 476-477.
(96) Voir infra, texte sous la rubrique 3.3.2.2.
(97) "... the meaning of an ordinary word of the English language is not a question of law. The proper construction of a statute is a question of law" : Brutus v. Cozens, (1973) A.C. 854, p. 861. Voir aussi J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 92-93.
(98) Voir, notamment, R. v. Caouette, (1973) 9 C.C.C. (2d) 449 (C.S.C.).

2.2.3. La détermination du droit d'appel

En principe, le droit d'en appeler d'une décision à un tribunal hiérarchiquement supérieur porte sur des questions de droit : on dit généralement le tribunal de fond souverain dans son appréciation des questions de fait (99).

Le tribunal d'appel, par sa qualification d'une question comme relevant du fait ou du droit, exerce en réalité le pouvoir de délimiter son propre champ de juridiction (100). Il qualifiera de droit ce qui, selon lui, mérite son attention. Et ne devraient mériter l'attention des tribunaux d'appel que les questions qui tendent à l'abstraction, à l'universel (101). Le concret, l'individuel, la meilleure solution d'un litige particulier ne devraient pas intéresser, en principe, les tribunaux d'appel. Leur mission consiste à apporter des règles et des solutions générales, modifiant ou précisant le droit pour l'avenir, utiles pour le règlement de litiges futurs.

Les tribunaux d'appel limitent leur propre compétence par la distinction du fait et du droit. Il s'agit ici d'un acte de volonté. Cette compétence n'est pas pré-déterminée par la nature des choses, par une matière naturellement divisée entre le fait et le droit (102). Certains exemples jurisprudentiels l'illustrent fort bien.

---

(99) Voir, par exemple, Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 38, 605-606.

(100) N. Mac Cormick, op. cit., supra, note 50, 95 ; Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 38, 699 ; J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, p. 93, 99. On doit remarquer qu'il arrive parfois que la qualification soit effectuée par un texte de loi plutôt que par les juges. Ces qualifications légales semblent cependant tout autant arbitraires, ne répondant à aucun impératif relevant d'une différence de nature entre le fait et le droit. Par exemple, le Code criminel canadien prévoit à son article 159 (1), l'infraction de corruption des moeurs, comprenant notamment la production d'écrits obscènes. L'article 159 (3) prévoit une défense pour la personne accusée qui peut établir que les actes allégués "ont servi le bien public" et "n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public". C'est à l'article 159 (4) que l'on retrouve la qualification pertinente, qui semble on ne peut plus arbitraire : "Aux fins du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public, est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait" (!).

(101) "Or la délimitation progressive et laborieuse par la juridiction de cassation de l'étendue de son contrôle a vérifié le caractère de généralité inhérent à la question dite de droit. S'il s'avère qu'il faut au sommet de la hiérarchie judiciaire une juridiction unitaire et qui ne rejuge pas tous les procès sous peine, étant unique, d'être submergée, c'est apparemment parce que certaines questions appellent une solution unique qui s'imposera aux autres juridictions, tandis que d'autres ne l'appellent pas", Henri Batiffol, Problèmes de base de philosophie du droit, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 238 ; voir aussi A. Bayart, loc. cit., supra, note 48, p. 97, 101.

(102) Voir généralement, pour une discussion de ce qui constitue une erreur de droit en matière criminelle, Michel Morin, "Le pourvoi à l'encontre d'un acquittement, ou comment métamorphoser le doute raisonnable en erreur de droit", (1988) 48 R. du B. 249.

Dans un arrêt de principe, la Cour suprême du Canada a, par exemple, décidé qu'en matière criminelle, une conclusion de culpabilité fondée sur les faits d'une espèce particulière constituait une question de droit dont la Couronne pouvait appeler (103). De même, la Cour a déclaré qu'une décision fondée sur l'article 613 (1) (b) (iii) du *Code criminel*, qui prévoit que la Cour d'appel peut rejeter un appel nonobstant l'existence d'une erreur de droit, si "aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit", est une décision en droit, même si elle comporte un nouvel examen de la preuve (104). Dans la même lignée, la Cour a jugé qu'une décision quant au caractère déraisonnable d'un verdict ou quant au fait qu'un verdict ne peut s'appuyer sur la preuve porte sur une question de droit (105). Finalement, en matière civile cette fois, la Cour a décidé que la détermination du lien de causalité entre un acte fautif et un dommage constituait une question de droit, pour les fins de la délimitation de la juridiction de l'instance d'appel (106).

2.2.4. L'autorité du précédent

En principe, la doctrine du précédent judiciaire contraignant ne s'applique qu'à des conclusions de droit (107). Les questions de fait n'ont en effet aucune valeur de précédent (108). On peut aussi remarquer que cette doctrine du précédent judiciaire contraignant ne s'applique qu'à certaines conclusions de droit, soit celles constituant la *ratio decidenci* de l'arrêt (109).

(103) Belyea c. R. (1932) R.C.S. 279.
(104) Mahoney c. R., (1982) 1 R.C.S. 834.
(105) R. v. Yebes, (1987) 2 R.C.S. 168. Il n'est pas surprenant de découvrir dans le jugement les propos suivants, justifiant la nécessité d'une considération des faits particuliers de l'espèce pour la détermination de cette "question de droit" portant sur le caractère déraisonnable du verdict : "Il est souvent difficile d'établir clairement une distinction entre une question de droit et une question de fait. Bien que le droit puisse être énoncé de manière isolée par rapport aux faits, les principes abstraits de droit qui ne sont pas reliés aux faits sont vagues et flous... Par conséquent, la question de savoir si un appel soulève une question de droit ne peut être tranchée qu'après un examen des principes de droit et l'application du droit aux faits par les cours d'instance inférieure", p. 181.
(106) Morin c. Blais, (1977) 1 R.C.S. 570, où le juge Beetz a écrit, à la page 578 : "Une fois établies les circonstances primaires, la détermination d'un rapport de causalité entre un ou plusieurs faits fautifs et le dommage suppose une sélection, une appréciation et une qualification des faits prouvés. Ces opérations ne relèvent pas uniquement de ce que l'on appelle le juge du fait". Il semble cependant que la tendance des tribunaux québécois soit toujours de ramener le problème de la causalité à une simple question de fait ; voir Jean-Louis Baudoin, La responsabilité civile délictuelle, Editions Yvon Blais, Cowansville, 1985, p. 181.
(107) N. Mac Cormick, loc. cit., supra, note 39, 145.
(108) J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 85 ; R. Cross, op. cit., infra, note 109, p. 39.
(109) Granville Williams, Learning the Law, 7th ed., 1963, London, Stevens and Sons, p. 71 ; Rupert Cross, Precedent in English Law, Clarendon Press, Oxford, 1977, 3r ed., p. 38.

L'interprète jouit évidemment d'une latitude considérable dans la détermination de ce qui a effectivement constitué la *ratio* d'une affaire particulière. La multiplication des précédents a pour effet de complexifier et de rigidifier le droit, de substituer l'existence de multitude de petites règles précises à celle d'une seule plus générale. L'enjeu est de taille : s'opposent ici des valeurs de certitude et de prévisibilité à celles de souplesse et d'adaptabilité à des valeurs sociales nouvelles. Ces considérations sous-tendront la qualification d'un objet, pour les fins de sa valeur de précédent, comme question de droit ou de fait (110).

Il est aussi un aspect fondamental de l'autorité du précédent qui se retrouve à la croisée des chemins du fait et du droit, soit la question de sa portée. En effet, si seules les questions de droit ont valeur de précédent, cette valeur ne s'impose cependant que dans d'autres contextes mettant en jeu les mêmes faits pertinents ("material facts") (111). Malgré l'éventuelle généralité de langage, la règle de droit ne présente en effet l'autorité du précédent que dans un contexte factuel particulier. Lord Halsbury l'exprime ainsi :

> Every judgment must be read as applicable to the particular facts proved or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intented to be expositions of the whole law but govern and are qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found (112).

D'où la technique dite du "distinguishing", par laquelle tant les juges que les parties au litige justifieront la non-application d'un précédent en démontrant le caractère distinct des faits de l'espèce nouvelle. Encore une fois, le traitement des faits présentera un caractère fondamental, en ce qu'il décidera de l'application d'une règle de droit.

2.2.5. La disponibilité du contrôle judiciaire

La distinction du fait et du droit soulève aussi la question de l'ampleur du contrôle judiciaire de l'activité administrative. En principe, l'activité administrative relative aux faits ne sera pas assujettie au contrôle judiciaire. Ce dernier se borne aux

(110) N. Mac Cormick, op. cit., supra, note 50, 96.
(111) G. Williams, op. cit., supra, note 109, 71 ; R. Cross, op. cit., supra, note 109, 42.
(112) Quinn v. Leathem, (1901) A.C. 495, p. 506, cité in R. Cross, op. cit, supra, note 109, 43.

questions de droit, et même parfois à certaines d'entre elles seulement (113).

Ici encore, il semble qu'aucune caractérisation naturelle ne pré-existe à la qualification comme question de droit ou question de fait. Les décisions de contrôle ou de non-contrôle se fondent non pas sur des motifs théoriques ayant trait à la distinction du fait et du droit, mais bien plutôt sur des motifs politiques ou pratiques, comme, par exemple, l'expertise de l'instance administrative ou encore le caractère technique de la question soulevée (114).

Aussi, on conclura plutôt à l'existence de questions de droit dans les cas où il sera jugé opportun de substituer une règle d'application générale à l'exercice, sur une base *ad hoc*, du pouvoir d'interprétation de l'autorité administrative (115).

Encore une fois, des choix d'opportunité dicteront la distinction du fait et du droit, pour les fins du contrôle judiciaire de l'activité administrative.

A cet égard, il est intéressant de remarquer, par exemple, que l'erreur de fait déraisonnable a été qualifiée d'erreur de droit (!) (116), si bien que l'on a pu suggérer qu'en matière de contrôle judiciaire de la juridiction de l'administration, l'importance des concepts de raisonnable et de déraisonnable remettait en question l'opportunité de faire la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait (117).

On a aussi jugé qu'une erreur d'une autorité administrative, portant sur un fait dont sa compétence dépend, un fait juridictionnel, était susceptible de révision à titre de point de droit (118), et ce même si les tribunaux supérieurs doivent, à cet égard, faire preuve de la plus grande retenue.

2.2.6. Les incidences générales

La considération des conséquences de la qualification d'un objet comme relevant du fait ou du droit est plus fructueuse que la recherche d'une quelconque différence de nature entre le fait

(113) Cette simplification à outrance des principes de contrôle judiciaire de l'administration, en droit québécois, sera ici suffisante, pour nos fins. Voir, pour plus de détails : Y. Quellette et G. Pepin, Principes de contentieux administratif, Editions Yvon Blais, Montréal, 1982.

(114) Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 38, 607 ; S. Rials, op. cit., supra, note 3, 236.

(115) R.A. Brown, loc. cit., supra, note 40, 918.

(116) Voir la critique du juge Lamer dans Blanchard c. Control Data limitée, (1984) 2 R.C.S. 476, 495.

(117) Id. "...Ce qui est déraisonnable n'atrophie pas moins la juridiction du fait que la conclusion en est une de fait plutôt que de droit".

(118) Le juge Pigeon, pour la majorité, dans Jacmain v. P.G. Canada, (1978) 2 R.C.S. 15, 40.

et le droit. D'une part, des conséquences techniques et procédurales précises pourront résulter de la qualification, relatives, notamment, au mode de présentation et d'argumentation, à la distribution des tâches entre juge et jury, au droit d'appel, à la valeur de précédent et au contrôle judiciaire.

Mais plus encore, au-delà de ces strictes questions techniques, la qualification favorisera une conception du droit répondant à certains impératifs au détriment de certains autres.

Une question dite de droit gagnera en prévisibilité et en certitude ce qu'elle perdra en souplesse et en faculté d'adaptation (119). Elle sera contraignante pour l'avenir, limitant les paramètres de son champ d'investigation (120). L'évolution des valeurs sociales aura sur elle moins d'emprise.

La question dite de fait, à l'opposé, conservera des contours fugaces, pourra aisément s'adapter à des configurations sociales nouvelles, permettra, dans chaque cas, une analyse *ad hoc* non limitée par la lourdeur du poids des précédents.

Dans leurs manifestations extrêmes, la question de fait est fluide, celle de droit rigide. Plus on conclut à l'existence de questions de droit, plus on complexifie la configuration de ce dernier, de telle sorte qu'il risque de crouler sous le poids de ses propres détails (121). La solution de questions de fait permet la prise en compte de la perception que l'on se fait de l'opinion publique du moment, mais, de ce fait, se laisse difficilement prévoir avec exactitude.

Les juges qualifient, font la part des choses entre le fait et le droit. La distinction ne préexiste pas à leurs décisions. A chaque fois, elles devront décider si la question se prête plus à des évaluations ponctuelles qu'à une généralisation universelle (122), et devront formuler leur conclusion conséquemment (123).

Mais cette qualification n'est pas une fin en soi. Ce n'est qu'un moyen. Parce que ce que l'on veut, c'est conférer à la conclusion un certain statut dans l'ordre juridique, ou encore, plus immédiatement, permettre l'application d'une règle technique particulière (ex : droit d'appel, etc.). Comme si, magiquement, nommer le fait ou le droit ouvrait automatiquement certaines portes. Sésame. Et l'on touche probablement ici la fonction la plus importante de cette distinction du fait et du droit, soit sa fonction rhétorique. Les notions de fait et de droit sont familières à la communauté juridique. Elles font partie du sens commun des

(119) M. Ockelton, loc. cit., supra, note 35, 104.
(120) N. Isaacs, loc. cit., supra, note 34, 3.
(121) J.D. Jackson, loc. cit., supra, note 39, 93 ; N. Isaacs, loc. cit. supra, note 34, 11 ; N. Mac Cormick, op. cit., supra, note 50, 95-96 ; voir supra, note 57.
(122) N. Isaacs, loc. cit., supra, note 34, 12.
(123) Voir supra, note 16.

juristes. Le recours à ces notions acceptées permet de justifier les conclusions prônées, de les rendre acceptables, malgré leur caractère non objectivement contraignant. Par leur formation, leur entraînement, leur appartenance à cette communauté juridique, les juristes finissent pour ainsi dire par "sentir" que, par exemple, le droit, et non le fait, est susceptible d'appel. Une décision judiciaire arbitraire (124) de conférer un droit d'appel d'une conclusion particulière sera plus apte à susciter l'adhésion de son auditoire si elle qualifie cette conclusion de question de droit, qualificatif qui fait partie des pré-notions acceptées de cet auditoire. L'efficace de la distinction se joue à ce niveau rhétorique de persuasion et de légitimation des décisions judiciaires. La distinction du fait et du droit produit des conséquences multiples, permet de poursuivre certains objectifs, et, surtout, légitimise le résultat final. L'importance en est fondamentale.

2.3. - Les standards, le fait et le droit

Qu'en est-il, maintenant, de la distinction du fait et du droit dans le contexte des standards ? De prime abord, le standard semble curieusement présenter les caractéristiques que l'on a attribuées aux questions de fait, soit, d'une part, la souplesse, la fluidité, la capacité d'adaptation à des circonstances sociales nouvelles, l'allergie à la contrainte, et, d'autre part, l'imprécision, l'imprévisibilité et la vulnérabilité face à l'état du rapport de force du moment. On peut relier l'origine historique du standard à ce que Rials qualifie de "terreau de religion de la vie et de sacralisation du fait" (125).

Encore une fois, s'avère vaine la tentative de qualifier de question de droit ou de question de fait la *nature* de la rencontre du standard et des faits particuliers d'une espèce.

> What can be more indefinite... than the expressions *reasonable* time, *reasonable* notice, *reasonable* diligence. The difficulty... arises from vagueness, or indefiniteness of the therms in which the definition or rule is inevitably conceived. And this, I suppose, is what people were driving at when they have agitated the very absurd inquiry whether questions of this kind are questions of law or of fact... The difficulty is in determining not what the law is or what the fact

(124) Dans le sens où elle ne répond pas à la contrainte d'une catégorie naturelle pré-existante. Elle répond très certainement à d'autres impératifs.
(125) S. Rials, loc. cit., supra, note 12, 41.

> is but whether the given law is applicable to the given fact (126).

De cette rencontre, on a en effet dit qu'il s'agissait d'une question de droit, d'une question de fait, de quelque chose entre les deux, ou encore d'une question *sui generis* (127). On a aussi affirmé que c'est à propos de ces notions à contenu indéterminé que se présentent les plus sérieux problèmes reliés à la distinction du fait et du droit (128). La même traditionnelle question se pose cependant : à la croisée des chemins du fait et du droit, comme lorsque l'on applique un standard législatif de raisonnabilité aux faits particuliers d'une espèce, est-ce qu'on élabore une conclusion de fait à partir des éléments mis en preuve, ou est-ce qu'on donne une interprétation légale du vague standard législatif (129) ? On a déjà répondu à cette question dans l'abstrait (130), et la même réponse vaut pour les cas d'application des standards : les deux questions réfèrent à un même problème logique, il n'y a entre elles aucune différence de nature, il s'agit tout simplement d'une question de perspective. La particularité qu'ajoute la présence d'un standard législatif, c'est le caractère vague et plutôt indéterminé de la norme. Le pouvoir judiciaire d'interprétation s'en accroît d'autant. C'est tout. La norme juridique, vague ou précise, aura toujours à rencontrer les faits particuliers d'une espèce. Rials dénonce avec raison la confusion entre indétermination de la norme et existence d'un pouvoir discrétionnaire (131). C'est plutôt l'indéterminabilité de la règle qui génère du pouvoir rétionnaire (132).

Théoriquement, donc, rien ne semble justifier un traitement particulier des problèmes relatifs à la distinction du fait et du droit en matière de standards.

Il y a, d'une part, du côté du droit, l'interprétation de la règle de droit pertinente formulée à l'aide d'un standard. Le caractère indéterminé de cette norme accroît cependant le pouvoir de l'interprète. Prenons l'exemple du standard de raisonnabilité. Pour des raisons de politique judiciaire, l'interprète pourra décider de ne pas définir explicitement le standard, et viendra alors immédiatement l'étape, dont la qualification nous intéresse ici, de l'application du standard aux faits particuliers de l'espèce,

(126) Austin, Jurisprudence, (4th ed. 1873) 236, cité in C. Morris, loc. cit., supra, note 37, 1316.
(127) Voir, généralement, pour un exposé sommaire des diverses analyses : W.A. Wilson, loc. cit., supra, note 45, 620.
(128) Id.
(129) R.A. Brown, loc. cit., supra, note 40, 904.
(130) Voir supra, texte sous la rubrique 2.1.
(131) S. Rials, op. cit., supra, note 3, 217 et s. ; voir note 22, supra.
(132) S. Rials, id., 281.

ou, si l'on veut, de la qualification des faits de l'espèce. Mais l'interprète pourra aussi décider de définir le standard de raisonnabilité, de préciser les facteurs et valeurs pertinents à être évalués, eu égard au champ particulier du droit à l'intérieur duquel opère le standard. Il se peut aussi que la législature ait jugé opportun de préciser des facteurs pertinents dans le texte créant la norme. Quoiqu'il en soit, qu'ils soient expressément énoncés dans le texte de loi ou plutôt "découverts" par l'interprète du standard, ces facteurs pertinents constituent indiscutablement des questions de droit, selon la théorie classique (133).

On doit cependant s'interroger sur le type de jugement que l'on pose lorsque l'on met en rapport le standard législatif, défini ou non (134), avec les faits particuliers d'une espèce. Bien sûr, les standards se fondant sur l'idée de normalité, le jugement sera normatif. Cela ne nous dit cependant rien sur son caractère factuel ou juridique (135). Un jugement de raisonnabilité, par exemple, se fonde sur l'ensemble des circonstances particulières d'une espèce. C'est un jugement *ad hoc*, d'une seule fois, dont on ne peut en principe déduire une solution d'application générale. Il est également susceptible d'être influencé par l'évolution des conditions sociales, ce qui est raisonnable aujourd'hui ne le sera pas nécessairement demain. Il n'est donc pas surprenant qu'on ait pu dire qu'un tel jugement de raisonnabilité en est un de fait (136), non susceptible d'appel (137), ou de contrôle judiciaire (138) (les tribunaux supérieurs manifestant ainsi leur respect de l'expertise particulière des juges de fait ou des tribunaux administratifs), et ne portant pas valeur de précédent (139) (au nom de la souplesse et de l'adaptabilité nécessaire en matière de raisonnabilité). En effet, plus on précise un standard en qualifiant ses applications particulières de questions de droit, et plus on risque de le rigidifier, faisant ainsi échec à son caractère premier de souplesse. On a également soutenu qu'un standard de raisonnabilité n'est pas un objet de preuve : c'est un jugement

(133) N. Mac Cormick, loc. cit. supra, note 3, p. 133, 137 ; R.A. Brown, loc. cit., supra, note 40, 908.

(134) N. Mac Cormick, op. cit., supra, note 50, 96 ; L.J. Cohen, "Freedom of Proof", in Facts in Law, supra, note 35, 1 p. 12-13 ; R.A. Brown, loc. cit., supra, note 40, 905. On a déjà rejeté une distinction voulant que la nature de la question puisse varier selon que l'on applique un standard dont les termes ont conservé leur sens ordinaire ou encore un standard dont les termes ont été juridiquement définis, voir supra, note 50.

(135) Voir supra, texte relié à la note 39, à propos du caractère normatif de certains jugements dits factuels.

(136) N. Mac Cormick, op. cit., supra, note 50, 96 ; N. Mac Cormick, loc. cit., supra, note 3, 143-144.

(137) Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 3, 373-374.

(138) R.A. Brown, loc. cit., supra, note 40, 905.

(139) Voir N. Mac Cormick, loc. cit., supra, note 3, 144, à propos du "...changeability of judgments of reasonableness given changing facts and circumstances".

normatif et il n'y a donc de fardeau de preuve qu'en ce qui concerne les faits sur la base desquels ce jugement sera porté (140). Quant à son attribution éventuelle au jury, Roscoe Pound a sagement proposé un test de pertinence plutôt qu'une règle mécanique :

> While in general there is an apportionment of the task of determination according to the distinction between fact and law, where the case calls for application of a standard rather than a rule of law, the law must make the apportionment not upon that distinctions but upon a policy determined by experience (141).

En fait, s'il ne change pas la nature du problème de la distinction du fait et du droit, le caractère indéterminé des standards démasque cependant la prétendue évidence de la distinction. Par nature, le standard exige de la souplesse, au point même de requérir ici le traitement d'un fait, là celui du droit. Le standard force à aller au coeur des problèmes, l'esthétique fragile de la distinction du fait et du droit ne lui résiste pas.

PARTIE III - UNE ILLUSTRATION : LE STANDARD DE LA CLAUSE LIMITATIVE DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTES - SON ARTICLE PREMIER

3.1. - Le contexte d'adoption

L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (142), adoptée le 17 avril 1982, prévoir que :

> La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables, et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Perelman a fait allusion à certaines situations de droit international public, pour lesquelles la confusion des notions d'un texte constitue une condition indispensable à la réalisation de

(140) G. Williams, loc. cit., supra, note 41, 472.
(141) R. Pound, op. cit., supra, note 61, 547-548.
(142) Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R-U., c. 11)). Ci-après, la Charte.

l'accord entre Etats à visées politiques différentes (143). D'une certaine façon, on réussit à s'entendre sur un texte sur la base de l'interprétation que l'on se fait de ses notions confuses, et ce n'est qu'une fois l'interprétation contraignante donnée que le vrai compromis s'impose (144). Plus les notions confuses initiales se rapprochent de lieux communs, plus facilement elles susciteront l'adhésion (145).

Il se peut que l'article premier de la *Charte* ait été adopté suivant un tel processus. Les négociations constitutionnelles ayant précédé l'adoption de la *Charte* ont été houleuses et l'accord des provinces anglophones (146) n'a été obtenu qu'au prix de certains compromis. Plusieurs enjeux de taille peuvent s'y lire en filigrane, bien au-delà de la question de la protection des droits et libertés, notamment les problématiques du fédéralisme canadien, de l'autonomie des compétences législatives des provinces, du rôle uniformisateur de la *Charte* à l'égard des politiques provinciales, et, finalement, le principe de la souveraineté parlementaire. En effet, cette Loi constitutionnelle de 1982 déclare la Constitution du Canada loi suprême du pays, rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit (147). La question des limitations de droits que pourraient légitimement imposer les législatures revêt donc une importance capitale. De prime abord, on comprend aisément que l'article premier ait suscité l'adhésion des acteurs politiques en présence. Son libellé renvoie en effet à des lieux communs, à des valeurs incontestées, personne ne peut se prononcer contre la tarte aux pommes, la vertu, le raisonnable, le libre et le démocratique. Avec une telle garantie, les provinces pouvaient signer l'accord et dormir en paix : leur souveraineté parlementaire serait protégée contre tout accroc. Mais elles se réveillèrent rapidement : l'avenir donna raison à Perelman ! Si le consensus s'établit relativement facilement autour de notions à contenu indéterminé faisant appel à des lieux communs, l'ampleur du compromis ne se manifeste réellement que lors de l'interprétation contraignante de la norme par l'autorité légitime, en l'espèce, la Cour suprême du Canada. Cette dernière ménagea des surprises en développant une interprétation de l'article premier ayant pour effet d'imposer aux législatures un lourd et difficile fardeau de démonstration de la légitimité de leurs lois restrictives de droits et libertés (148).

(143) Ch. Perelman, loc. cit., supra, note 2, 4.
(144) Id., p. 9.
(145) Id.
(146) On se rappellera que seulement neuf des dix provinces ont consenti à la réforme constitutionnelle de 1982, soit toutes sauf le Québec.
(147) Article 52 (1), Loi constitutionnelle de 1982.
(148) Voir infra, texte sous la rubrique 3.3.1.

3.2.- Le standard de l'article premier

L'article premier de la *Charte* constitue une règle de droit formulée à l'aide d'un standard. La règle prescrit que les parlements ne pourront imposer que certaines limites aux droits et libertés garantis par la *Charte* (149). Le standard en est un de raisonnabilité pondérée : les restrictions doivent être "raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Ce standard constitutionnel est un instrument de mesure des lois (150), et non pas, ici, des comportements et des situations, en termes de normalité (151). Ce caractère de droit public, où c'est l'action de l'Etat, et non des particuliers, qui est évaluée, colorera tout le traitement qui sera fait de ce standard de raisonnabilité.

3.3. - Les éléments constitutifs d'un raisonnement sous l'article premier

Qu'en est-il de la pertinence de la distinction du fait et du droit, eu égard au standard de raisonnabilité de l'article premier de la *Charte* ? La problématique générale se présente ici encore : on a, d'une part la règle de droit et son interprétation, d'autre part, des faits pertinents, relatifs aux parties immédiates au litige, ou plus généraux. La délicate question est encore celle de la qualification du point de rencontre entre la règle de droit telle qu'interprétée et les faits pertinents établis : conclusion de droit, ou conclusion de fait ?

Nous verrons d'abord les éléments juridiques et factuels pertinents à l'élaboration de cette conclusion ultime, soit l'interprétation du standard et la considération des différentes catégories de faits pertinents.

3.3.1. L'interprétation du standard

Certes, le caractère vague du standard de l'article 1 accorde un important pouvoir à l'interprète chargée de son application. Théoriquement, le tribunal pourrait, par exemple, décider d'appliquer le standard aux faits d'une espèce, tel quel, sans en définir la portée d'aucune façon. Dans sa présentation, le jugement ne comprendrait alors que l'énoncé du standard, la description des faits, et la conclusion ultime de conformité ou de

(149) En cas de contravention, la sanction imposée en est une d'ineffectivité, voir supra, note 147.

(150) L'article 52 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982, réfère en fait à "toute autre règle de droit", mais nous nous limiterons ici aux lois adoptées par les différentes législatures canadiennes.

(151) S. Rials, op. cit., supra, note 3, 61.

non-conformité. Si ce cheminement est théoriquement possible, il crée cependant des problèmes certains. La difficulté principale concerne l'acceptabilité sociale de la décision. En effet, un tel raisonnement procède du tour de magie : on place un standard et des faits dans un chapeau noir, et il en sort un jugement, comme ça, par magie ! Puisqu'il est évident que certains processus analytique se sont déroulés, le silence à leur égard éveille les soupçons. Rien n'est là pour expliquer et justifier la décision, pour la rendre acceptable. Des matières premières à la conclusion, la barre est trop haute, trop inaccessible. De plus, le procédé engendre l'imprévisibilité, c'est à chaque fois la surprise.

Pour pallier ces difficultés, le tribunal peut choisir d'interpréter et de définir le standard. A ce moment, le caractère essentiellement vague de ce dernier lui laissera aussi une marge de manoeuvre considérable. Les paramètres de la signification d'un standard sont en effet fort souples. Fiction nécessaire, l'interprétation du texte est cependant supposée n'y rien ajouter. Elle permettra cependant de mieux appréhender le standard, en expliquant les facteurs et les valeurs dont il est fait. Cette définition du standard devra être telle qu'elle participera de l'acceptabilité sociale du processus comme du résultat, en ayant recours, ici encore, au sens commun et aux lieux communs.

C'est apparemment cette voie de l'interprétation qu'a choisie la Cour suprême du Canada dans son traitement du standard de l'article 1 de la *Charte*. Dans une décision de principe (152), la Cour a en effet apporté certains éléments d'interprétation du standard de raisonnabilité de l'article premier.

A propos de la référence à la société libre et démocratique qu'on y retrouve, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, y a énoncé ce qui suit :

> L'inclusion de ces mots à titre de note finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui

(152) R. c. Oakes, (1986) 1 R.C.S. 103.

> favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer (153).

Cette interprétation de la référence à la notion de société libre et démocratique démontre d'une part la souplesse et la flexibilité de cette notion, et procède d'autre part, encore une fois, d'un procédé rhétorique certain. On ne pourra en effet qu'être d'accord avec une décision fondée sur ces valeurs et principes. On peut aussi remarquer que, par cet énoncé, la Cour ne limite nullement sa marge de manoeuvre et sa latitude quant aux applications effectives du standard, pas plus qu'elle ne nous permet de mieux prévoir la décision à laquelle elle en arrivera. La fonction rhétorique semble en effet être ici la seule : on n'en sait pas vraiment plus quant à la portée du standard, mais on se sent mieux, plus en confiance : on est bien disposé à accepter la suite du jugement.

La Cour a ensuite développé deux critères fondamentaux comme éléments définitionnels du standard sous l'article 1. Tout d'abord, on a précisé que l'objectif poursuivi par la mesure portant atteinte aux droits et libertés devait être important et se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique (154). Ensuite on a élaboré un critère de proportionnalité en trois volets, permettant d'évaluer la légitimité des moyens utilisés dans la poursuite de cet objectif (155). En premier lieu, il doit y avoir un lien rationnel entre l'objectif visé et les moyens utilisés ; ensuite, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte aux droits ou libertés ; et finalement, il doit y avoir proportionnalité, au sens propre du terme, entre le degré de gravité de l'atteinte aux droits et libertés et l'objectif reconnu comme suffisamment important.

Ici, la définition judiciaire du standard va très loin. Un test très exigeant est développé, théoriquement issu de la simple signification des termes mêmes utilisés par l'autorité constituante, c'est là la fonction de l'interprétation en droit. Or ces termes, "limites *raisonnables*", "dont la justification *puisse* se démontrer", n'appelaient pas nécessairement la définition qu'on leur a

(153) Id., 136.
(154) Id., 138-139.
(155) Id., 139-140.

accordée. L'analyse de la notion de raisonnabilité aurait en effet facilement pu mener à des exigences beaucoup moins rigoureuses (156), et le libellé même du standard aurait aisément permis qu'on se contente d'une virtualité de démonstration, plutôt que d'exiger une démonstration directe et effective (157). Mais c'est le propre de l'interprétation et des raisonnements en droit : ils aboutissent rarement à une conclusion contraignante, et c'est d'ailleurs pourquoi des formes particulières s'avèrent nécessaires pour favoriser l'acceptabilité sociale du processus et du résultat (158). Et c'est ici que tout le discours relatif aux valeurs et principes d'une société libre et démocratique prend toute son importante - il remplit une fonction de légitimation de l'interprétation proposée. Cette fonction est d'autant plus nécessaire que l'interprétation donnée pourrait être vue comme faisant violence au libellé de la règle, et ce malgré même le caractère vague du standard utilisé (159).

On peut s'interroger sur le fait que cette définition apportée par la Cour ait pu dénaturer le standard de l'article 1, substituant à une notion floue et flexible une série de règles précises et contraignantes. Cela est possible. Cela est peut-être aussi inévitable. On l'a vu, l'application directe d'un standard à des faits particuliers risque de provoquer des problèmes d'acceptabilité sociale de la décision et de prévisibilité des décisions à venir. Inéluctablement, un processus analytique intermédiaire se déroulera, et la seule question alors est donc celle de la pertinence de son explicitation. La Cour a choisi d'expliquer ce processus intermédiaire, qu'elle a traduit en des termes lui étant plus familiers. Elle a peut-être ainsi apprivoisé le standard.

(156) "Dans l'ordre concret, on comprend aisément que l'expression "dans des limites qui soient raisonnables" n'est pas de nature à prescrire à l'Etat une ligne impérative de conduite, non plus qu'à lui interdire d'adopter des mesures restrictives qui paraissent manquer de sagesse. Contrairement au concept de nécessité, celui de raisonnabilité n'implique pas que les restrictions imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi. Ce qui est exagéré, comme ce qui est insuffisant n'est pas pour autant déraisonnable", André Morel, "La Charte canadienne des droits et libertés : une assurance contre le gouvernement des juges", (1983) 61 Revue du barreau canadien 81, 94-95 ; voir aussi, pour une analyse allant dans le même sens : R. Langlois, "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve", in Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, sous la direction de Daniel Turp et Gérald A. Beaudoin, Actes des Journées strabourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1984, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1986, 159, p. 167 et s.

(157) Voir infra, texte sous la rubrique 3.3.2.2.2, à propos d'un simple test de fondement rationnel de l'activité législative.

(158) Ch. Perelman, Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Dalloz, Collection Méthodes du droit, 1979, p. 7.

(159) Il n'est cependant pas ici de notre propos de discuter des raisons qui ont amené la Cour à interpréter le standard comme elle l'a fait.

L'interprétation donnée par la Cour a été considérée comme une question de droit (160), de la même façon que le standard lui-même. Si l'interprétation est considérée comme n'apportant rien au texte interprété, elle sera "du droit" autant que l'est la règle de droit elle-même.

3.3.2. Les faits pertinents

La Cour a interprété le standard de la clause limitative comme imposant un fardeau de preuve à la partie voulant justifier une restriction apportée à un droit ou à une liberté (161). La norme de preuve sera la prépondérance des probabilités (162), selon un degré cependant très élevé de probabilité (163). Le juge Dickson a aussi ajouté ce qui suit, à propos de la preuve pertinente :

> Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la Cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction... La Cour devra aussi connaître les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question. Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi (164).

Une preuve sera donc généralement requise pour établir les éléments constitutifs de l'analyse en vertu de l'article 1, quoique ces derniers seront parfois manifestes ou évidents en soi. Sont rangés parmi les considérations pertinentes les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction, et les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question.

L'argumentation en droit, quant au standard de l'article 1, nécessitera donc l'élaboration préalable d'un contexte factuel. Le standard a en effet été interprété de façon à imposer un fardeau de preuve de faits et à rendre pertinents certains éléments

(160) Son autorité contraignante n'a jamais été discutée et le test est maintenant régulièrement mis en oeuvre à tous les niveaux d'adjudication.
(161) R. c. Oakes, supra, note 152, 136-137.
(162) Id., 137.
(163) Id., 138.
(164) Id., 138.

factuels relatifs tant aux parties immédiates qu'au contexte plus général de l'activité législative en cause. Conformément à une doctrine maintenant établie, nous référons aux premiers comme "faits adjudicatifs" et aux seconds comme "faits législatifs" ou "constitutionnels" (165).

3.3.2.1. Les faits adjudicatifs

Les faits adjudicatifs sont les faits relatifs aux parties immédiates, le qui-a-fait-quoi-et-quand-et-pourquoi (166). Prenons comme cause-type le cas d'une personne accusée d'avoir commis une infraction criminelle, et soulevant en défense l'inconstitutionnalité du texte créateur d'infraction, pour cause de violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. Les étapes logiques du déroulement seraient théoriquement les suivantes. Tout d'abord, la poursuite prouve tous les éléments constitutifs de l'infraction. Puis la personne accusée soulève en défense que le texte créateur d'infraction porte atteinte à ses droits ou libertés constitutionnels. Ensuite la poursuite tente d'abord de prouver qu'il n'en est rien, puis, subsidiairement, invoque que la limitation aux droits et libertés, s'il en est une, est conforme au standard de justification prévu à l'article 1 de la *Charte*. Dans une telle cause-type, les faits adjudicatifs sont ceux que la poursuite doit d'abord établir afin de prouver l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction, les faits relatifs aux qualités et au comportement de la personne accusée. Sont aussi adjudicatifs les faits que devra invoquer la personne accusée au soutien de l'allégation selon laquelle le texte créateur d'infraction porte atteinte à ses droits et libertés. En principe, on voit qu'ils ne sont pas déterminants, à eux seuls, quant au litige constitutionnel proprement dit (167).

Ces faits adjudicatifs font l'objet du fardeau de preuve, et devront donc être présentés au tribunal en conformité avec les

(165) La distinction est de K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, p. 133 et s. Elle semble avoir été adoptée en droit canadien. Voir par exemple : Peter Hogg, "Proof of facts in Constitutional Cases", (1976) 26 U. of Toronto L.J. 386, 394. Il existe cependant un certain flottement quant à sa meilleure traduction française ; voir, par exemple : C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, p. 458 et 459 ; Jacques Fortin, Preuve pénale, Les Editions Thémis, Montréal, 1984, 3376. Nous préférons nous en tenir à une traduction littérale des termes qui, si elle fait quelque peu violence à la pureté de la langue, évite néanmoins des ambiguïtés additionnelles dont on ne saurait ici que faire. Par ailleurs, on doit remarquer que la ligne de démarcation entre ces deux catégories de faits sera toujours incertaine et que chaque qualification, dans les cas ambigus, devra être résolue à la lumière des conséquences de la décision ; voir : K.C. Davis, id., 143.

(166) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 147.

(167) On verra cependant que certains faits sont à la fois adjudicatifs et législatifs, cette dernière qualité leur conférant une pertinence certaine quant à la question constitutionnelle. Voir infra, texte sous la rubrique 3.3.2.2.1.

règles générales de preuve (168), relatives, par exemple, à l'admissibilité. Ils devront généralement être connus avec un degré de certitude relativement élevé (169), car ils sont susceptibles de vérification : il s'agit de savoir ce qui s'est passé en fait. Ils ne feront qu'exceptionnellement l'objet de connaissance judiciaire (170). Presque par définition, ces faits sont contestés. Or, une double limite de notoriété et de caractère relativement incontestable préside à l'admission d'office des faits adjudicatifs (171), de telle sorte qu'inévitablement, seuls des faits d'ordre général seront susceptibles d'une telle admission (172). L'équité exige d'ailleurs un plus grand contrôle de la part des parties sur la connaissance d'elles-mêmes qui sera générée au cours de la procédure judiciaire que sur la connaissance de faits généraux par rapport auxquels elles n'occupent pas une position privilégiée (173).

On doit finalement remarquer que l'importance des faits adjudicatifs, en matière constitutionnelle, a traditionnellement été amoindrie par l'existence de la procédure de renvoi, en vertu de laquelle une question constitutionnelle théorique peut être soumise par un gouvernement à un tribunal d'appel, en l'absence de tout litige concret (174).

3.3.2.2. Les faits législatifs

3.3.2.2.1. Généralités

Les faits législatifs sont les faits généraux qui servent à informer le tribunal pour les fins de son raisonnement et de son jugement sur le droit et le politique (175). On qualifiera parfois de faits constitutionnels ceux, parmi ces derniers, relatifs à la validité constitutionnelle d'une loi, qu'il s'agisse d'interpréter le texte constitutionnel lui-même, ou encore la loi dont la validité constitutionnelle est contestée (176). Cet environnement factuel

(168) R. Langlois, loc. cit., supra, note 156, 176.
(169) "L'exigence de vérité s'impose fortement pour le fait "adjudicatif"", François Chevrette, "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit", (1987) 21 Revue Juridique Thémis 461, 483 ; au même effet : K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 145.
(170) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 154 ; C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 456.
(171) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 147 ; C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 457.
(172) C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, p. 458, 452-453.
(173) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 146.
(174) Voir P. Hogg, op. cit., supra, note 165, 390.
(175) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 134-135 ; on peut aussi dire qu'il s'agit de ceux "nécessaires à l'interprétation de la norme ou au contrôle de sa légalité ou de sa constitutionnalité" ; C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 458.
(176) Seront donc constitutionnels tant les faits pré-existant à l'adoption de la loi

général présente une importance primordiale dans le cadre d'un litige constitutionnel (177). Un pouvoir législatif, par exemple, dépendra parfois de l'existence d'un certain état de fait (178). Ainsi, en droit constitutionnel canadien, certains pouvoirs législatifs de l'Etat central ne peuvent être exercés que dans des circonstances d'urgence nationale (179). La validité constitutionnelle d'une loi adoptée en vertu de ces pouvoirs dépendra donc de l'existence de la base factuelle pertinente. De plus, la considération des effets concrets d'une loi aidera parfois à mieux cerner sa véritable nature, permettant ainsi de vérifier l'habilitation constitutionnelle de l'autorité l'ayant édictée (180).

Traditionnellement, à l'intérieur d'une plus vaste présomption de validité constitutionnelle des lois (181), s'est développée une présomption d'existence des faits constitutionnels pertinents (182). Concrètement, en matière de preuve, cela signifie que la partie invoquant l'inconstitutionalité d'un texte législatif sur la base de certains faits constitutionnels devra prouver l'existence de ces derniers, et qu'à défaut, l'environnement factuel sera présumé compatible avec la validité constitutionnelle du texte législatif. Il existe donc traditionnellement un fardeau de preuve quant à l'existence de faits constitutionnels incompatibles avec la constitutionnalité d'un texte.

L'article premier de la *Charte*, tel qu'interprété par la Cour suprême du Canada, réfère à plusieurs faits législatifs. Le jugement de valeur relatif à la légitimité d'une limite aux droits et libertés, au sens de cet article, ne peut être posé qu'à la lumière de tels faits, qui sont essentiellement les suivants :

---

que ceux révélateurs de ses effets concrets. Voir Joseph Eliot Magnet, "Jurisdictional Fact, Constitutional Fact and the Presumption of Constitutionality", (1980) 11 Manitoba L.J. 21, 24.

(177) Barry L. Strayer, The Canadian Constitution and the Courts, the Function and Scope of Judicial Review, 3rd edition, 1988, Butterworths, Toronto, 266, 281.

(178) P. Hogg, loc. cit., supra, note 165, 386.

(179) Article 91, Loi constitutionnelle de 1867.

(180) P. Hogg, loc. cit., supra, note 165, 388.

(181) En droit constitutionnel canadien, cette présomption ne réfère peut-être qu'à un principe de retenue judiciaire, qui impose un fardeau de preuve à la partie alléguant l'inconstitutionnalité d'une loi. Voir Peter Hogg, Constitutional Law of Canada, Carswell, Toronto, 1985, p. 324 - 325.

(182) Cette présomption de constitutionnalité relative aux faits "... has to do with the effect of the law : it allows the court to assume, if it has no evidence to the contrary, that the relevant facts are such as to allow the effect of the law to be within the permitted scope of the legislature", B.C. Strayer, op. cit., supra, note 177, 292-293. Voir aussi, J. Magnet, loc. cit., supra, note 176, 26.

- l'objectif que visent à servir les mesures apportant la restriction aux droits et libertés, et son degré d'importance ;

- la portée et l'importance de l'atteinte aux droits et libertés ;

- le lien de rationnalité entre l'objectif visé et l'atteinte aux droits et libertés ;

- l'existence d'autres moyens aptes à permettre la réalisation de l'objectif visé, sans porter atteinte aux droits et libertés, ou encore en y portant moins atteinte.

Il s'agit de faits législatifs ou constitutionnels en ce qu'ils sont de nature générale et réfèrent au contexte social et économique de la loi en cause (183). Contrairement à la règle générale qui prévaut par ailleurs, ces faits législatifs ne bénéficient d'aucune présomption de constitutionnalité (184). En effet, on a jugé que la logique de l'article premier -qui permet la limitation de certains droits à certaines conditions- tout comme son libellé -imposant, a-t-on dit, un fardeau de preuve- étaient incompatibles avec une quelconque présomption factuelle de constitutionnalité. Une fois faite la preuve de la victime quant à la violation de ses droits ou libertés, l'Etat devra donc prouver l'existence des faits législatifs nécessaires à un raisonnement en vertu de l'article premier.

3.3.2.2.2. Assouplissement nécessaire des règles de preuve et de procédure

Certaines raisons ont été avancées, militant en faveur d'un assouplissement des règles traditionnelles de preuve dans leur application aux faits législatifs et constitutionnels.

Tout d'abord, la nature même de ces faits les marginalise,

(183) B.L. Strayer, op. cit., supra, note 177, 274. Certains de ces faits législatifs pourront être aussi adjudicatifs, comme ceux relatifs à l'atteinte aux droits et libertés.

(184) B.L. Strayer, op. cit., supra, note 177, 292-293 ; Peter Hogg, "Section one of the Canadian Charter of rights and freedoms", in La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé, sous la direction de Armand de Mestral, Suzanne Birks, Michael Bothe, Irwin Cotler, Dennis Klinck, André Morel, Les Editions Yvon Blais, 1986, 3, p. 8. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs décidé que : "le caractère innovateur et évolutif de la Charte canadienne des droits et libertés s'oppose à la notion voulant qu'une disposition législative puisse être présumée conforme à celle-ci", le juge Beetz, dans P.G. du Manitoba c. Metropolitain Stores (MTS) Ltd, (1987) 1 R.C.S. 110, 122.

eu égard aux règles traditionnelles de preuve. Les faits législatifs sont incertains et fortement matière à appréciation (185). Ils se prêtent mal à des jugements de vérité et de certitude. Leur connaissance sera par essence évanescente, plus incertaine, et leur analyse confinée à un certain niveau de généralité. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne les faits législatifs auxquels réfère l'article premier.

> ...avec l'article 1, nous sommes en présence d'un type de faits nouveaux, qui repose sur la vraisemblance et sur la crédibilité plutôt que sur la certitude, et qui s'attache à une évaluation nécessairement provisoire, plutôt que définitive, de la réalité sociale (186).

L'objet particulier de la révision judiciaire qui se réalise en vertu de l'article premier exige aussi un assouplissement des règles de preuve. On s'y interroge en effet notamment, *ex post facto*, sur un fondement factuel ayant pré-existé à tel ou tel choix législatif. Or les choix législatifs sont justement ceux, parmi tous les actes gouvernementaux et étatiques, les moins préoccupés par la base factuelle qu'évaluera après coup le tribunal (187). Il n'existe en effet, en principe, aucune obligation pour les législatures d'asseoir leurs choix politiques sur une base factuelle quelconque (188).

> Legislators may legislate, if they choose, with a bull-in-a-china-shop ignorance, without facts, without reasons, and with minds closed to reasoned argument, as long as what they enact is sufficiently reasonable to meet due process requirements. They are the least controlled by law in the use of facts (189).

Les choix législatifs sont en effet rarement posés en fonction de conclusions de fait au sens judiciaire de terme (190). Ce sont des choix politiques visant des objectifs de même ordre et se fondant sur une telle perception des besoins et de la volonté populaires (191).

(185) R. Langlois, loc. cit., supra, note 156, 175-176 ; F. Chevrette, loc. cit., supra, note 169, 484 ; Brian G. Morgan, "Proof of Facts in Charter Litigation", in Robert J. Sharpe (ed.), Charter Litigation, Toronto, Butherworths, 159, 172.
(186) André Binette, "La mise en oeuvre judiciaire de l'article 1 de la Charte canadienne et le droit de la preuve", (1986) 27 Cahiers de droit, 939, 963.
(187) Morris Manning, "Proof of Facts in Constitutional Cases", in Causes invoquant la Charte 1986-1987, (Manuscrit, p. 34).
(188) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 161-162.
(189) Id., 164.
(190) R. Langlois, loc. cit., supra, note 156, 176.
(191) R. Langlois, loc. cit., supra, note 156, 176 ; P. Hogg, loc. cit., supra, note 165,

Considérant la nature de ces décisions politiques des législatures, qui font l'objet du contrôle judiciaire réalisé en vertu de l'article premier, on a même suggéré que les tribunaux devraient se satisfaire de la preuve de l'existence d'un fondement rationnel au jugement législatif sur l'existence des faits constitutionnels pertinents, sans aller jusqu'à exiger la démonstration directe de l'existence réelle de ces mêmes faits (192). De toute évidence, il ne semble pas que ce soit là l'approche retenue par la Cour suprême du Canada. Dans l'interprétation qu'elle a donnée du standard, elle exige en fait beaucoup plus qu'une simple vraisemblance de rationalité.

Finalement, on peut aussi justifier un assouplissement des strictes règles de preuve en considérant la nature de la fonction exercée par les tribunaux dans la mise en oeuvre de l'article premier. Il est en effet possible de soutenir que les tribunaux exercent alors une fonction législative plutôt que judiciaire, et que l'exercice d'une telle fonction exige une plus grande flexibilité dans l'accès nécessaire aux faits pertinents (193).

La reconnaissance de la nécessité d'une plus grande souplesse dans la preuve des faits législatifs et constitutionnels doit se traduire par l'acceptation de la mise en preuve de ces faits par divers moyens non orthodoxes (194). On doit permettre, par exemple, leur présentation dans des documents écrits contenant des rapports d'études ou d'enquêtes de spécialistes des sciences sociales, parfois préparés spécialement pour la cause (195). On doit ici assouplir les règles d'exclusion fondées sur le oui-dire, comme celles relatives au témoignage donné verbalement, sous serment et sujet au contre-interrogatoire. En cela, on peut s'inspirer de l'attitude souple adoptée en la matière en droit américain et en droit australien (196).

Dans le contexte du droit constitutionnel canadien, on permet maintenant la preuve de faits législatifs et constitutionnels aux moyens d'éléments divers traditionnellement non-admissibles en preuve, comme, par exemple, le recours à des procès-verbaux

---

396.

(192) Kenneth L. Karst, "Legislative Facts in Constitutional Litigation", (1960) Supreme Court Review 75, 84-85 ; P. Hogg, loc. cit., supra, note 165, p. 396, 397, 404.

(193) B.L. Strayer, op. cit., supra, note 117, 274.

(194) Voir, généralement P. Hogg, loc. cit., supra, note 184, 17 ; R. Langlois, loc. cit., supra, note 156, 176 ; M. Manning, loc. cit., supra, note 187, 9 (manuscrit) ; F. Chevrette, loc. cit., supra, note 169, 484 ; A. Binette, loc. cit., supra, note 186, 963 ; P. Hogg, loc. cit., supra, note 165, 390 et 396 ; K.L. Karst, loc. cit. supra, note 192, 103.

(195) Aux Etat-Unis, on réfère à un mémoire juridique contenant de telles informations sous le vocable de "Brandeis brief", du nom du procureur l'ayant présentée pour la première fois à la Cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire Muller c. Oregon, (1908) 208 U.S. 412.

(196) Voir A. Binette, loc. cit., supra, note 186, 959-960.

de commissions parlementaires ou aux débats parlementaires proprement dits (197). Plus récemment, on semble permettre la preuve des faits de cette dernière catégorie, qui sont directement pertinents à une analyse en vertu de l'article premier, par divers moyens relativement nouveaux, notamment par la production de rapports et données statistiques (198).

L'assouplissement nécessaire des règles de preuve et de procédure pour l'admission des faits législatifs et constitutionnels aura aussi d'autres incidences pratiques. Par exemple, s'il demeure souhaitable de présenter une preuve de faits législatifs en première instance, une telle preuve sera quand même recevable en appel, sous réserve de considérations d'équité (199). De même, les questions de droit d'appel et de valeur de précédent, relativement aux faits législatifs, appellent un traitement marqué au coin de la souplesse, plutôt que déterminé par une rigide distinction du fait et du droit. Ainsi, notamment parce que la traditionnelle expertise des juges de première instance, en matière de faits, ne s'applique pas au champ des faits législatifs, une détermination quant à ces derniers devrait faire l'objet d'un droit d'appel (200). De plus, il se pourrait que de telles déterminations, théoriquement factuelles, aient une relative valeur de précédent (201).

3.3.2.2.3. La connaissance d'office des faits législatifs

La règle de preuve la plus propice à un assouplissement apte à permettre l'admission des faits législatifs et constitutionnels est celle relative à la connaissance d'office (202). Le domaine de

(197) Voir pour un aperçu général de la situation avant la Charte, et pour l'acceptation du principe dans ce dernier contexte : Renvoi relatif au paragraphe 94(2) de la Motor Vehicle Act, R.S.B.C., 1979, ch. 288, (1985) 2 R.C.S. 486, 505 et s.

(198) Dans R. c. Seo, (1986) 25 C.C.C. (3rd) 385, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a admis en preuve 5 rapports soumis par l'appelante, au soutien d'une argumentation en vertu de l'article 1. Etaient en cause la procédure d'alcootest et le droit constituionnel d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, prévu à l'article 10 b) de la Charte. Les rapports portaient sur les thèmes suivants : 1) Les caractéristiques des conducteurs consommateurs d'alcool ; 2) Les questions législatives reliées à l'ivresse au volant ; 3) L'alcool et les accidents mortels au Canada : une analyse statistique de l'ampleur et de la persistance du problème ; 4) L'alcool et les accidents mortels au Canada : les question reliées aux stratégies et priorités futures ; 5) L'alcool et les accidents au Canada : le tableau des questions reliées aux stratégies et priorités futures. Dans deux décisions récentes, la Cour suprême du Canada a aussi admis en preuve ces mêmes éléments, toujours au soutien d'une argumentation en vertu de l'article premier : J.B. Thomsen c. R., C.S.C., 28 avril 1988, dossier 19516 ; W.E.J. Hufsky c. R., C.S.C., 28 avril 1988, dossier 19028.

(199) K.L. Karst, loc. cit., supra, note 192. B.G. Morgan, loc. cit., supra, note 185, 184-185 ; R. c. Seo, (1986) 25 C.C.C. (3rd) 385, 394.

(200) B.G. Morgan, loc. cit., supra, note 185, 186.

(201) K.L. Karst, loc. cit., supra, note 192, 107.

(202) On peut relier l'acceptation du "Brandeis brief", par la Cour suprême des Etats-Unis, à un assouplissement des règles relatives à la connaissance d'office des

la connaissance d'offfice variera en effet considérablement selon qu'on se trouve en présence de faits adjudicatifs ou de faits législatifs. Davis parlera de deux mondes de connaissance d'office, presqu'entièrement différents, n'ayant que peu à voir l'un avec l'autre (203). A l'opposé des faits adjudicatifs, qui doivent en principe être prouvés, on a pu suggérer que les faits législatifs sont en général l'apanage de la connaissance d'office. Il semble en effet admis que le tribunal jouisse d'une très grande marge de manoeuvre dans sa quête des faits législatifs. Le double critère de notoriété et de caractère relativement indiscutable n'opérerait pas en regard de l'admission d'office de faits législatifs, les restrictions à cet égard étant à peu près inexistantes (204).

D'ailleurs, les faits législatifs, en particuliers ceux qui sont aussi normatifs, seront rarement incontestables ou notoires. De ces faits, et du bien-fondé de laisser le tribunal maître de leur admission, on dira par exemple :

> Ils expriment l'opinion que le juge se fait de la réalité, des facteurs sociaux qui expliquent l'adoption de la loi ou de l'injustice que le législateur voulait apparemment corriger en adoptant la loi. De telles opinions sont tout à fait légitimes chez les juges : elles sont inhérentes à la politique judiciaire. Elles s'alimentent à la formation professionnelle et scientifique du juge, à ses lectures, à sa culture, à ses observations des faits sociaux (205).

En matière constitutionnelle, la Cour suprême du Canada a, depuis longtemps, pris connaissance d'office de faits législatifs et constitutionnels. Elle l'a fait à propos de questions portant sur le partage des compétences entre l'autorité fédérale et les provinces, en s'interrogeant sur les objets et les effets des législations contestées (206). Depuis l'adoption de la *Charte*, les

---

faits législatifs : P. Hogg, loc. cit., supra, note 165, 395. En effet, dans Muller c. Oregon, (1908) 208 U.S. 412, le procureur Louis D. Brandeis avait joint à son mémoire des textes de législation étrangère, ainsi que des extraits de rapports de comités d'étude. La Cour a fait référence à ces documents, a considéré que leur contenu faisait foi d'un savoir général largement répandu, et a finalement conlu en avoir connaissance d'office : "...when a question of fact is debated and debatable, and the extent to which a special consitutional limitation goes is affected by the truth in respect to that fact, a widespread and long-continued belief concerning it is worthy of consideration. We take judicial cognizance of all matters of general knowledge", supra, p. 420-421.

(203) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 146.

(204) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 146 ; C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, p. 458-459.

(205) C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 459-460.

(206) Voir, par exemple : Reference Re Alberta Statutes (1938) R.C.S. 100, 128

tribunaux ont aussi recouru à leur connaissance d'office, pour les fins d'une évaluation en vertu de l'article premier (207), à propos, surtout, de l'objectif poursuivi par la loi portant atteinte aux droits et libertés. On a ainsi reconnu d'office l'importance d'éliminer les mauvais conducteurs de la route (208), de réprimer le trafic des stupéfiants (209), du rôle de l'individu, de l'église et de l'Etat en matière d'éducation des jeunes (210), de permettre une journée de congé commune dans une société (211), et enfin le caractère essentiel des agents de police et des pompiers, dans le cadre d'une législation restreignant le droit de grève et de faire du piquetage (212).

(connaissance d'office du caractère prohibitif d'une texe sur les banques) ; Switzman c. Elbing, (1957) R.C.S. 285, 299 (connaissance d'office d'un phénomène de diffusion de doctrines dites subversives) ; O'Grady c. Sparling, (1960) R.C.S. 804, 817-818, et Curr c. R., (1972) R.C.S. 889, 903 (connaissance d'office des problèmes causés par les accidents de la route) ; voir aussi, généralement : In the Matter of a Reference as to the Validity of the Maritime Leasehold Regulations - P.C. 2029, (1950) R.C.S. 124, 127 ; Klippert c. R., (1967) R.C.S. 822, 831 ; R. c. Manitoba Egg and Poultry, (1971) R.C.S. 689, 704-705.

(207) Voir supra, la citation dont la référence se retrouve à la note 164, où le juge en chef Dickson affirme qu'il pourra arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

(208) "Je ne conteste pas qu'il est tout à fait souhaitable d'éliminer les "mauvais conducteurs" de la route. Je ne conteste pas non plus l'utilité de punir sévèrement les mauvais conducteurs qui prennent le volant malgré l'interdiction de le faire", le juge Lamer, dans le Renvoi relatif au paragraphe 94 (2) de la Motor Vehicle Act, R.S. B.C. 1979 ch. 288, (1985) 222 R.C.S. 486, 521, une affaire où aucun élément de preuve n'avait été soumis, à propos de l'article 1.

(209) "...la gravité du trafic des stupéfiants fait qu'il va presque sans dire que sa répression constitue un objectif suffisamment important aux fins de l'article premier", le juge en chef Dickson, dans R. c. Oakes, (1986) 1 R.C.S. 103, 141.

(210) "Ce serait nier l'histoire que de ne pas reconnaître que pendant de nombreuses années l'individu et l'église ont joué un rôle beaucoup plus important que l'Etat en matière d'éducation des jeunes. Et lorsque l'Etat a commencé à assumer un rôle dominant, il a dû faire des compromis pour répondre aux besoins et à la volonté de ceux qui avaient des opinions divergentes... Si l'appelant a un intérêt dans l'éducation de ses enfants et la conviction religieuse qu'il doit lui-même l'assurer, il ne faudrait pas oublier que l'Etat a lui aussi un intérêt dans l'éducation de ses citoyens... L'éducation est aujourd'hui une question de première importance pour tous les gouvernements... L'intérêt qu'a la province dans l'éducation de la jeunesse est donc impérieux. Il ne devrait pas être nécessaire de démontrer davantage qu'elle peut, en s'occupant de promouvoir cet intérêt, imposer des limites raisonnables à la liberté de ceux qui, comme l'appelant, croient qu'ils devraient eux-mêmes assurer l'éducation de leurs enfants et le faire conformément à leurs convictions religieuses", le juge La Forest, dans Jones c. R., (1986) 2 R.C.S. 284, 296-297, voir aussi p. 299.

(211) "A mon sens, il est évident en soi qu'il est souhaitable de permettre aux parents d'avoir régulièrement, avec leurs enfants, eux-mêmes en congé scolaire, des jours de congé dont jouissent également la plupart des autres familles et des autres membres de la collectivité... Vouloir protéger les travailleurs, les familles et les collectivités contre une réduction des possibilités d'éprouver la satisfaction que procurent ces activités, et vouloir préserver l'individu contre l'aliénation de ses liens sociaux les plus intimes, ne sont pas des buts que je considère comme sans importance ou négligeables", le juge en chef Dickson dans Edwards Books and Art Limited c. R., (1986) 2 R.C.S. 713, 770.

(212) "Le caractère essentiel des agents de police et des pompiers est, à mon avis, manifeste et évident en soi, et n'a pas à être démontré au moyen d'une preuve. Il est clair que l'interruption de la protection assurée par les policiers et les pompiers

Dans des circonstances cependant beaucoup plus exceptionnelles, on a pu prendre connaissance d'office de la proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les moyens utilisés (213). On comprend aisément en quoi ce champ d'investigation se prête mal à la connaissance d'office : sa complexité est telle (214) qu'il devient utopique d'en imputer la connaissance à une simple cour de justice, au reste compétente. Cette dernière doit en principe être dûment informée des faits législatifs pertinents, on ne peut réalistement supposer qu'elle connaît déjà l'existence de tous les moyens législatifs possibles et leur impact éventuel sur les droits et libertés.

Les seules formes possibles de contrôle de cette latitude judiciaire en matière de connaissance d'office des faits législatifs relèveraient des domaines de l'appel et de la preuve. D'une part, on suggère en effet que toute erreur dans l'admission d'office, la détermination et l'évaluation d'un fait législatif constitue une erreur de droit susceptible d'appel (215). D'autre part, et ceci fera l'objet d'un prochain développement, on assigne un certain rôle aux parties dans la présentation de preuve relativement à des faits du domaine de la connaissance d'office. Remarquons ici au passage combien il apparaît à première vue paradoxal que, pour permettre un contrôle quelconque de l'activité judiciaire relative à la connaissance d'office, on soit astreint à conclure à la fois à question de droit afin de permettre un contrôle en appel par les instances judiciaires supérieures, et à la fois à question de fait, afin de permettre un contrôle par les parties qui pourront ainsi présenter de la preuve pertinente. Un autre mystère de la distinction du fait et du droit, on n'y échappe pas !

---

mettrait en péril la vie, la sécurité et la santé des personnes", le juge en chef Dickson, dans Re Public Service Employee Relations Act, (1987) 1 R.C.S. 313, 376.

(213) "Aucune preuve n'est nécessaire non plus pour démontrer la difficulté d'appliquer un programme provincial d'éducation générale s'il incombe aux autorités en matière d'éducation d'en assurer le respect. Le moyen évident de l'appliquer consiste à exiger de ceux qui demandent d'être exemptés de ce programme général d'adresser une demande à cette fin", le juge La Forest in Jones c. R., supra, note 196, 299-300 ; contra : "Le gouvernement n'a produit aucune preuve qui démontre qu'obliger les parents à demander une accréditation soit le moyen le moins draconien d'assurer que leurs enfants reçoivent un enseignement approprié. Le législateur, par exemple, aurait bien pu conférer aux autorités scolaires le pouvoir de procéder à une inspection de leur propre initiative. Je ne crois donc pas que le gouvernement se soit acquitté de son obligation de preuve en regard de l'article premier", la juge Wilson, dissidente, dans Jones c. R., supra, p. 315. Voir aussi Edwards Books and Art Limited c. R., (1986) 2 R.C.S. 713, 802-803.

(214) Voir les 3 volets du test de proportionnalité, supra, texte accompagnant la note 155.

(215) C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, p. 459-460-461.

Le rôle des parties

L'activité de connaissance d'office se déroule, par définition, parallèlement au processus de présentation de la preuve par les parties. Les éléments qui font partie de la connaissance d'office sont en fait ceux que les parties n'auront pas à prouver, ceux que les juges connaissent ou sont présumés connaître en soi : il s'agit d'une exception au principe voulant que les juges n'ont de connaissance factuelle que celle qui leur aura été prouvée par les parties. Dès lors, on peut se demander si les parties ont un rôle quelconque à jouer en matière de connaissance d'office.

Il semble tout d'abord qu'un possible malentendu doive être dissipé. Il est faux de prétendre que les faits de connaissance d'office ne sont aucunement susceptibles de preuve, qu'elle tende à les prouver ou à les contredire (216). En effet, la connaissance d'office ne fait que retirer l'obligation de prouver certains éléments, elle ne les rend pas irréfragablement prouvés et elle n'empêche pas les parties qui le veulent de présenter des éléments de preuve qui seraient pertinents (217).

Le principe serait à l'effet que, d'une façon générale, les parties devraient être admises à présenter de la preuve sur tout élément susceptible d'influencer le jugement final. Elles pourraient par exemple le faire lorsqu'elles soupçonnent qu'un élément risque d'être considéré d'office par le tribunal alors qu'elles l'estiment discutable, ou encore lorsqu'elles veulent s'assurer que le tribunal aura connaissance d'un élément qu'elles jugent relever du domaine de la connaissance judiciaire. Le

(216) C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 438, 462 ; K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 190.

(217) Une récente décision de la Cour d'appel d'Ontario illustre la complexité des problèmes que peut soulever la question de la connaissance d'office : R. c. Zundel, (1987) 31 C.C.C. (3d) 97. Il s'agit d'une affaire dans laquelle Zundel est accusé d'avoir volontairement publié une déclaration ou histoire qu'il savait être fausse et qui était de nature à causer du tort à l'intérêt public que représente la tolérance raciale et sociale, contrairement à l'article 177 du Code criminel canadien, R.S.C. 1970, c. C-34. Cette information niait que la mort de 6 millions de juifs ait été causée par une politique allemande d'extermination, au cours de la seconde guerre mondiale, et était à l'effet que ce prétendu mensonge aurait grandement favorisé le peuple juif et l'Etat d'Israël. Une des questions discutées dans le jugement de la Cour d'appel porte sur la connaissance d'office. La poursuite avait présenté une requête au juge du procès, lui demandant de prendre connaissance d'office de l'existence de l'Holocauste. La Cour d'appel a jugé que le premier juge avait judiciairement exercé sa discrétion en rejetant cette requête, au motif, notamment, selon nous erroné (cf. supra, note 216), que la connaissance d'office d'un fait le rend automatiquement irréfragablement prouvé. En l'espèce, cela aurait porté atteinte aux droits de la défense. Mais au-delà de cette question technique, c'est tout l'arbitraire relié à la question de la connaissance d'office qui est mis en lumière. Quelles "données" historiques méritent d'être connues d'office ? Peut-on, et doit-on, entendre de la preuve sur n'importe quoi ? Peut-on permettre à chaque juge de refaire l'histoire, selon la preuve qui lui est présentée dans une instance particulière ?

domaine de preuve des parties n'est pas limité par l'existence de celui de connaissance judiciaire (218). Ce qui est particulier cependant, quant à ce dernier, c'est que le tribunal pourra considérer la preuve apportée par les parties à la lumière de sa propre connaissance préalable de l'objet contesté.

C'est en fait la nature particulière des faits connus d'office qui déterminera le rôle précis auquel les parties pourront prétendre. Selon que ces faits seront essentiels ou simplement périphériques, généralement acceptés ou sujets à controverse, substantiellement factuels ou plutôt normatifs (219), les parties pourront prétendre à un rôle plus ou moins actif dans leur établissement. Ce sont les exigences de *l'équité* qui devraient dicter les paramètres exacts de ce rôle (220). Ainsi, une première catégorie de faits pourra être supposée en silence (221) -c'est généralement le cas des faits qui ne sont admis d'office qu'au moment du délibéré (222)- lorsque leur incontestable vérité est telle qu'aucun problème d'équité n'est ainsi créé. Pour des motifs qui relèvent à la fois de la commodité et du bon sens, il semble impensable d'exiger du tribunal un avis préalable aux parties à chaque fois qu'un élément factuel sera admis d'office (223). Une seconde catégorie sera composée de faits importants dont l'incertitude relative sera telle que la simple prudence exigera leur mention aux parties avant leur admission d'office (224). Finalement, l'équité, sinon des prescriptions constitutionnelles plus directement contraignantes, pourrait exiger que l'admission d'office de certains essentiels et controversés soit précédée d'un avis préalable aux parties et d'une audition formelle de leurs représentations sur le sujet (225). Il se pourrait par exemple, en droit constitutionnel canadien, que, sans ces procédures, l'admission d'office de faits législatifs contestés enfreigne le droit

(218) Sauf, bien sûr, les raisons d'opportunité qui feront qu'un tribunal pourra refuser d'entendre une preuve tendant à prouver ou à contredire l'évidence - voir C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 441.

(219) Voir la classification proposée par K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 163-164.

(220) M. Manning, loc. cit., supra, note 187, p. 9, 10, 53 (manuscrit) ; B.G. Morgan, loc. cit., supra, note 185, 172 ; P. Hogg, loc. cit., supra, note 165, 399 ; B.L. Strayer, op. cit., supra, note 177, 291.

(221) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 190.

(222) "On devine que dans la plupart des cas le juge prend connaissance d'office au cours du délibéré, de sa propre initiative, pour combler une lacune de la preuve et éviter ainsi la réouverture de l'enquête", C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 468.

(223) C. Fabien, loc. cit., supra, note 63, 470 ; K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 195.

(224) "The simplest common sense requires that when a judge is uncertain about needed legislative facts, he should let the advocates know what he contemplates and listen to - or read - what they have to say", K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, 159.

(225) K.C. Davis, op. cit., supra, note 71, p. 159, 190. L'auteur réfère notamment aux exigences de la clause de "due process" de la Constitution américaine.

à un procès équitable en matière criminelle (226), ou encore l'un quelconque des principes de justice fondamentale (227).

Suivant les circonstances, les faits constitutionnels pertinents à l'élaboration d'un raisonnement sous l'article premier relèveront de l'une ou l'autre catégorie. Mais la question sera toujours très délicate.

Les parties auront donc en principe un rôle à jouer dans l'établissement de tous les faits législatifs et constitutionnels, qu'ils relèvent ou non du domaine de la connaissance d'office.

Et elles devront la remplir avec diligence. Mieux le tribunal sera informé, et plus sage sera son évaluation des faits législatifs. Les juges de la Cour suprême ont d'ailleurs incité les parties à leur apporter plus d'informations quant aux faits pertinents de l'article 1 (228), de manière à leur permettre de s'inspirer d'autre chose que de leurs propres expériences personnelles dans la détermination de ces faits litigieux (229). Quelle que soit la valeur des informations disponibles, la décision devra quand même être prise sur la base de celles-ci. Une seule alternative est présente : les faits seront explicitement considérés,

(226) L'article 11 d) de la Charte prévoit que "tout inculpé a le droit... d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable".

(227) L'article 7 de la Charte prévoit que "Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne : il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale".

(228) "...I urge all counsel in constitutional litigation to offer the court, as evidence, any material they seem useful to the question at hand" - Le juge en chef de la Cour suprême du Canada, Brian Dickson, lors d'une conférence à l'Association du barreau canadien, hiver 1985 ; "It seems to me that the Court may now have to expand the evidentiary base even further. Indeed, problems of proof under the Charter are going to be among the more interesting and difficult ones... otherwise the judges will be unable, as judge Cardozo put it, to "transcend the limitations of their own egos" and will tend to rely upon their own personal value systems in interpreting and applying the Charter...". La juge Bertha Wilson, de la Cour suprême du Canada, lors d'une conférence à l'Université de Toronto, novembre 1985. Tous les deux cités dans M. Manning loc. cit., supra, note 187, exergue, p. 1 et 2 (manuscrit).

(229) Cette information leur est d'autant plus nécessaire que le type d'analyse qu'exige l'article 1 ne leur est pas familier. "The highly politicized nature of the section 1 inquiry is exacerbated rather than eliminated by the reference to "reasonable limits" that can be "demonstrably justified in a free and democratic society". In order to give content to this terminology, the courts will have to devise some normative theory about the nature of freedom and of democracy. The trouble with this is twofold. First, there is no fixed or uncontroversial "core meaning" to these concepts ; they are "contested concepts", with a rich and sophisticated debate continuing within political theory over their content and application. Second, the judiciary is largely unaware of the nature and subtelty of these theoretical debates. Such "political" questions have always been debated in the academy or the legislature, rather than the court-room", Patrick J. Monahan "A critic's guide to the Charter", in Robert J. Sharpe (ed.), Charter Litigation, op. cit., supra, note 185, 383, p. 398.

ou implicites dans le raisonnement judiciaire (230). Là se situe le choix (231).

3.4. - La conclusion en vertu de l'article premier

On doit maintenant considérer la nature du jugement porté, une fois interprétée la règle de droit énoncée à l'article 1 de la *Charte* à l'aide d'un standard et présentés les faits adjudicatifs, législatifs et constitutionnels pertinents. Quand le tribunal, dans un cas particulier, décide que les droits et libertés sont restreints par une règle de droit, dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, quelle est la nature de la conclusion ainsi élaborée ?

Encore une fois, on peut concevoir la question sous deux angles. On peut y voir la définition du champ d'application de la règle de droit formulée à l'aide du standard. Ou encore on peut tout simplement considérer qu'il s'agit de la qualification de faits particuliers comme déclenchant ou non l'opération de la norme. La première possibilité permet formellement de conclure à l'existence d'une question de droit, la seconde à une question de fait. Mais l'opération intellectuelle et logique est la même, il n'y a entre les deux aucune différence matérielle, de fond. La distinction formelle n'est qu'arbitraire et rhétorique. Elle permet de justifier une conclusion fondée en fait sur des raisons d'un autre ordre.

Plus déterminantes seront certaines caractéristiques essentielles de la décision rendue en vertu de l'article premier. D'une part, certaines d'entre elles exigent l'implication des tribunaux supérieurs, surtout de la Cour suprême de Canada, et qui ne peut être maintenue qu'au moyen des mécanismes de droits d'appel et de contrôle judiciaire. En effet, une décision rendue en vertu de l'article premier revêt une importance sociale et politique cruciale. On l'a vu, le texte de la Constitution prévoit expressément l'imposition d'une sanction d'ineffectivité à toute règle de droit jugée incompatible (232). Les autorités chargées d'interpréter et d'appliquer la Constitution acquièrent de ce fait le pouvoir de déclarer, pour certains litiges particuliers, l'ineffectivité relative de lois démocratiquement adoptées, qu'elles auront jugé porter atteinte aux droits et libertés et ne pas

(230) K.L. Karst, loc. cit., supra, note 192, 84.
(231) Généralement, on voit que les faits législatifs demandent de nouvelles solutions. La traditionnelle distinction du fait et du droit nous éclaire peu à leur sujet, ne concernant en réalité que les faits adjudicatifs.
(232) Article 52 (1), Loi constitutionnelle de 1982.

satisfaire au test de l'article 1 : il devient dès lors absolument nécessaire de garantir à ces conclusions une voie d'accès à des tribunaux supérieurs de révision et d'appel, et de permettre ultimement à la Cour suprême du Canada de se prononcer à leur égard. D'ailleurs, pour ce genre de questions dont les considérations légales, sociales et politiques sont intrinsèquement liées, on peut difficilement invoquer une expertise particulière des tribunaux de première instance et que les cours d'appel et de révision devraient respecter. Bien sûr, leur expertise factuelle dans un secteur particulier prévaudra toujours et permettra un jugement plus éclairé de la part des instances d'appel et de révision. Mais cette expertise ne s'étend pas aux jugements de valeurs prescrits par l'article 1. Dès lors, pour les fins de droit d'appel et de contrôle judiciaire, il serait souhaitable que les décisions rendues en vertu de l'article premier soient qualifiées de question de droit (233).

Par ailleurs, certaines autres caractéristiques de la décision semblent cependant la ranger du côté des faits, encore une fois pour des fins bien déterminées. Une décision qui met en jeu le raisonnable et les valeurs d'une société libre et démocratique en est une unique, *ad hoc*, fondée tant sur les circonstances factuelles précises que sur l'atmosphère propre à l'époque et au lieu de la décision. C'est un événement unique. Et qui doit le demeurer. Il est essentiel d'assurer à la mise en oeuvre du standard de l'article premier, un caractère de souplesse et une capacité d'adaptation à des conditions sociales nouvelles. On doit aussi éviter d'hypertrophier la règle de droit qu'il contient en en multipliant les détails. Ses applications particulières ne devraient donc bénéficier que d'une valeur de précédent toute relative. Le mode de raisonnement à propos du standard de l'article 1 favorise d'ailleurs un tel résultat.

En effet, ce mode de raisonnement est tout à fait centré sur les circonstances particulières d'une espèce, de telle sorte qu'il s'avère difficile d'universaliser le résultat obtenu. Dans chaque

(233) Voir, pour une conclusion comparable, B.G. Morgan, loc. cit., supra, note 185, 186. Nous évitons ici délibérément la question du type particulier d'erreur de droit donnant lieu à contrôle judiciaire. Voir supra, note 113. Il a d'ailleurs déjà été décidé que certaines questions relatives à la Charte constituaient des questions de droit susceptibles d'appel : il en est ainsi d'une décision quant à l'existence d'une violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement protégés : R. c. Mannion, (1986) 2 R.C.S. 272 ; de la décision d'accorder ou non une réparation à une personne se prétendant victime de violation de ses droits ou libertés, en application de l'article 24 (1) de la Charte : Mills c. R., (1986) 1 R.C.S. 863 ; et enfin de la question de savoir s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve obtenus dans des conditions portant atteinte aux droits et libertés et dont l'utilisation, eu égard aux circonstances, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, en vertu, cette fois, de l'article 24 (2) de la Charte : R. c. Collins, (1987) 1 R.C.S. 265, 275. Notons enfin que les décisions relatives aux faits législatifs de l'article 1 relèveront du juge et non du jury, ce dernier ne se préoccupant que des faits adjudicatifs.

cas, on devra inévitablement soupeser et pondérer (234) des intérêts divergents.

> Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes (235).

En effet, le langage même du standard de l'article premier reconnaît la pertinence d'intérêts contradictoires à pondérer : les intérêts des individus dans le respect de leurs droits et libertés et les intérêts généraux d'une société libre et démocratique poursuivant des fins légitimes (236). Dans chaque cas, une décision concrète et particularisée sera rendue.

C'est aussi, en partie, ce qui inquiète à propos de l'article premier. En effet, les résultats obtenus dans un cas particulier seront arbitraires, imprévisibles. L'imprécision de la norme donne prise au rapport de pouvoir du moment.

On a exprimé la crainte qu'un trop grand usage d'un tel monde de raisonnement n'entraîne un appauvrissement de la conceptualisation ainsi qu'un empirisme à outrance (237). Or, une telle crainte suppose la disponibilité d'un autre mode de pensée en contexte judiciaire. Il est vrai qu'on retrouve en doctrine américaine l'expression d'une tension entre deux modes de raisonnement à propos des droits et libertés, l'un dit courant "absolutiste" et l'autre dit de pondération des intérêts en cause (238). En vertu du premier, les droits et libertés constitutionnellement garantis doivent faire l'objet d'une interprétation, on doit les conceptualiser et cerner leurs contours en découvrant la signification des termes utilisés à la lumière de leur objet, de leur histoire et de leur contexte (239). Une fois leur contenu ainsi défini, les droits sont garantis de façon absolue, et aucune considération ne peut remettre en question leur intégrité. Les tenants de l'approche de la pondération, à l'opposé,

(234) On voit ici l'analogie avec le test américain du "weighing and balancing of interests".
(235) R. c. Oakes, supra, note 152, p. 139.
(236) P. Hogg, loc. cit., supra, note 184, 14.
(237) F. Chevrette, loc. cit., supra, note 169, 489.
(238) Voir Notes and Comments, "Civil Disabilities and the First Amendment", (1969) 78 Yale L.J. 842, 842-852, pour une excellence comparaison des modes de raisonnement. Voir aussi C. Edwin Baker, "Limitations on Basic Human Rights - A view from the United States", in La limitation des droits de l'Homme en droit constitutionnel comparé, op. cit., supra, note 184, 75, p. 77.
(239) C.E. Baker, loc. cit., supra, note 238, 77. Notes and Comments, loc. cit., supra, note 238, 848 ; Paul A. Bender, "Justifications for limiting Constitutionnaly Guaranteed Rights and Freedoms : Some Remarks about the Proper Role of Section one of the Canadian Charter", (1983) 13 Man. L.J. 669, 676, cité in F. Chevrette, loc. cit., supra, note 169, 488-489.

procèdent à des analyses ponctuelles, prenant explicitement en considération toutes les variables et circonstances d'une espèce, relatives tant aux intérêts individuels qu'aux intérêts de la société, et ce n'est qu'à la lumière de tous ces éléments que sera prononcé le jugement relatif à l'existence d'une atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement protégés (240). Formellement, la première approche semble moins discrétionnaire, moins flexible aussi, et présenter un plus grand caractère de prévisibilité (241). La méthode de pondération est beaucoup plus tributaire d'un fondement factuel particulier, son résultat ne peut être exprimé sous la forme d'une règle de droit (242). Cette prétendue dichotomie n'est cependant pas à l'abri de toute critique.

En effet, on peut s'interroger sur sa réalité matérielle plutôt que formelle. Au-delà de la formulation, tout raisonnement judiciaire à propos des droits et libertés, par exemple, ne repose-t-il pas inévitablement sur la considération, explicite ou implicite, des différents intérêts en présence (243) ? N'est-ce pas cette même considération qui dictera les paramètres définitionnels élaborés par les absolutistes ? Il se peut dès lors que la distinction n'en soit qu'une de forme, relative à la présentation des conclusions plutôt qu'à leur élaboration. Peut-être une décision présentée comme le résultat d'une norme absolue semblera-t-elle plus "judiciaire" et moins "législative" (244). Mais cela n'est que rhétorique. Les exigences de la démocratie vont peut-être plutôt dans le sens de la nécessité de l'expression des considérations ayant inévitablement et réellement motivé le résultat du contrôle judiciaire de l'activité législative (245).

L'utilisation, en droit constitutionnel canadien, des données de ce débat propre au droit américain nécessite par ailleurs des aménagements. En effet, la présence de l'article premier est propre à la *Charte* canadienne, et le *Bill of Rights* américain n'en contient aucun équivalent. On a généralement considéré que la présence de cette clause limitative d'application générale faisait en sorte d'imposer une modalité de raisonnement en deux temps à propos des droits et libertés : d'abord voir s'il existe une atteinte quelconque, puis en considérer la légitimité en fonction des paramètres de la clause limitative. Le choix du mode de raisonnement de la première étape ne nous intéresse pas

(240) C.E. Baker, loc. cit., supra, note 238, 177 ; Notes and Comments, loc. cit., supra, note 238, 844.
(241) Notes and Comments, loc. cit., supra, note 238, 844.
(242) Notes and Comments, loc. cit., supra, note 238, p. 843, 852.
(243) Notes and Comments, loc. cit., supra, note 238, 851-852 ; K.L. Karst, loc. cit., supra, note 192, p. 78, 79, 80.
(244) Notes and Comments, loc. cit., supra, note 238, 851-852 ; K.L. Karst, loc. cit. supra, note 192, 80.
(245) Id.

directement ici. C'est cependant à son propos que le débat entre absolutistes et pondérateurs pourra être d'une quelconque utilité. Parce qu'en regard de la seconde étape, soit celle de l'étude de la légitimité des limites aux droits et libertés, le standard choisi par l'autorité constituante, tout comme l'interprétation qu'en a donnée la Cour suprême du Canada, réfèrent expressément aux différents intérêts à considérer, et la seule approche de pondération s'impose d'elle-même. Il semblerait plutôt préférable de présenter comme suit l'enjeu relatif au lieu de la pondération de certains intérêts, au niveau du traitement des droits substantifs ou à celui de la mise en oeuvre du standard de la clause générale de limitation : le premier lieu risque d'être celui du définitif, des définitions, du droit déclaré par les juges, du précédent contraignant, alors que le second sera celui du provisoire, du fait, de la pondération *ad hoc* et celui, surtout du fardeau de la preuve imposé à la partie invoquant la légitimité d'une limitation.

L'application du standard de l'article premier appelle donc une qualification comme question de fait, pour les fins de sa valeur de précédent. On ne pourra en extrapoler une règle générale d'application universelle. Elle ne sera le résultat unique que d'un seul contexte particulier. La difficulté d'imprévisibilité que cela entraîne est en partie compensée par la définition du standard donnée par la Cour suprême du Canada : à défaut de pouvoir prévoir à l'avance la conclusion, on en connaîtra au moins déjà les paramètres.

LA JUSTIFICATION DES DECISIONS FONDEES SUR DES "STANDARDS"

****

THE JUSTIFICATION OF THE BASED ON STANDARDS JUDICIAL DECISIONS

Par

Michele TARUFFO
Professeur de Procédure civile à l'Université de Pavie (Italie)

SOMMAIRE

1. Introduction
2. Décision et justification
3. La justification interne
4. La justification externe :
a) Le juge sociologue
5. Suite :
b) Le juge réalisateur des valeurs individuelles
c) Le juge créateur des critères d'évaluation
6. Remarques conclusives

1. INTRODUCTION

En abordant le sujet de mon rapport, je dois préciser tout d'abord que je n'essayerai pas de donner, comme point de départ, une définition précise et rigoureuse de la notion de *standard*. En général on pourrait dire qu'il ne s'agit pas d'un domaine indiqué pour l'élaboration de définitions précises ; il y a d'ailleurs des raisons plus profondes qui justifient une approche si élisive.

La première raison est que le concept de *standard* a reçu tellement de définitions, souvent assez différentes, qu'il paraît impossible de les synthétiser en une formule simple. D'ailleurs, il serait peu satisfaisant de procéder en choisissant une seule définition dans un panorama très (et même trop) varié (1).

La deuxième raison est que, dans le but de ce rapport, il n'est pas nécessaire de fixer préalablement une définition rigoureuse du concept de *standard*. Comme je ne pourrai pas éviter de toucher aux problèmes qui concernent ce concept, ce qui est tout à fait évident, il vaut peut-être mieux le faire dans le contexte du discours sur la justification des décisions fondées sur des standards. Ce discours paraît, du reste, possible en partant des caractères généraux qui sont communément reconnus aux *standards*, sous réserve de donner quelques explications plus tard, au fur et à mesure qu'elles seront indispensables.

On peut donc partir de la constatation que quand la règle de droit contient la référence à un *standard*, elle est particulièrement *ouverte* du point de vue de sa structure logique et sémantique (2). Ce *point d'ouverture* de la règle a pour caractère essentiel de ne pas renvoyer, pour l'application de la règle même, à d'autres règles ou principes internes à l'ordre juridique (si large soit la façon de l'entendre), mais de renvoyer hors de l'ordre juridique, au niveau d'autres critères qui ne sont pas fixés dans le système des règles du droit. Cette règle doit donc être *hétéro-intégrée*, c'est-à-dire "remplie" sur la base de critères métajuridiques ou extrajuridiques qui, selon le lieu commun traditionnel, existent dans la société (3). Je reviendrai après sur ce

(1) Quelques définitions seront citées par la suite. Pour une analyse récente dans la doctrine italienne v. Falzea, Gli standards valutativi e la loro applicazione, dans La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile, Padova 1988, p. 101 et s.; v. aussi Rodotà, Il tempo delle clausole generali, dans Riv. crit. dir. priv. 1987, p. 709 et s. Pour un panorama synthétique, voir Strache, Das Denken in Standards, Berlin, 1968, p. 9 et s., et aussi Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a.M. 1971, p. 13 et s. Voir aussi les essais recueillis dans Les notions à contenu variable en droit, publ. par Ch. Perelman et R. van der Elst, Bruxelles 1984.

(2) On peut évoquer ici la définition logique de l'"énoncé ouvert", qui indique l'énoncé dans lequel il y a une ou plusieurs variables qui ne sont pas déterminées: voir Haack, Philosophy of Logics, Cambridge 1985, p. 39, 106 et s.

(3) Parmi les nombreuses références sur ce point, v. en particulier Engisch, Einführung in das juristiche Denken, 5 Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971, p. 119 et s.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin-

point ; maintenant il faut souligner qu'il s'agit généralement de *valeurs*, qu'on imagine consolidées et traduites en concepts ou critères d'évaluation. En effet, ce n'est pas la valeur en soi qui entre en jeu ; mais ce sont des critères ou des règles fondées sur des valeurs, et qui doivent servir à l'intégration évaluative de la règle de droit (4).

Parmi les problèmes qui surgissent à ce propos, à mon avis, le plus important est que c'est le juge, à l'occasion des jugements concrets qu'il doit donner, qui accomplit cette intégration évaluative de la règle de droit. Cette opération implique que le juge joue un rôle créateur qui est extraordinairement plus vaste que celui qu'il joue normalement dans l'interprétation des règles juridiques. On sait bien que, dans l'interprétation, il y a toujours une marge (majeure ou mineure selon le type, la structure et le langage de la règle de droit) d'intégration évaluative (5), étant désormais donné que l'interprétation n'est jamais une activité mécanique et non-évaluative. Pour interpréter et appliquer une règle qui contient un *standard*, le juge doit d'ailleurs *créer* la règle dans une mesure telle qu'on pourrait parler d'un pouvoir créateur tout à fait différent (il y a là, je crois, un des cas où la quantité modifie la qualité d'un phénomène). En effet, il ne s'agit pas seulement d'établir le signifié d'un texte normatif, mais de formuler la règle -ou au moins une partie de la règle- en remplissant le "vide" laissé par le législateur (6).

Il n'y a pas de doute qu'un tel pouvoir existe, puisque c'est la loi qui le donne au juge, et qui détermine les cas dans lesquels le juge peut et doit s'en servir. Il y a quand même un problème important à propos de la façon dont le juge exerce ce pouvoir. Le fait que la loi lui donne de vastes pouvoirs créateurs ne signifie pas, en effet, qu'ils puissent être exercés arbitrairement, et que le juge soit dégagé du devoir de juger selon des critères rationnels et contrôlables (7).

Heidelberg-New York 1979, p. 136 et s., 274 et s., 447 et s. ; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 3. Aufl., Tübingen 1974, p. 150 et s. (sur la pensée d'Esser à ce propos, v. Zaccaria, Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser, Milan 1984, p. 84 et s.) ; Teubner, op. cit., p. 13 et s. ; McNicol-Maher, The Range and Limits of Judicial Discretion, dans 73 ARSP 1987, p. 49 et s. ; Bergel, Théorie générale du droit, Paris 1985, p. 321. Dans le même sens est la référence à l'idée de "mesure de normalité" qui constitue le noyau du concept de standard d'après Rials (v. Les standards, notions critiques du droit, dans Les notions à contenu variable, cit., p. 43 et s.).

(4) Voir Larenz, op. cit., p. 447 ; Strache, op. cit., p. 17 et s. ; Esser, op. cit., p. 6, 242, 383 et s. ; Zaccaria, op. cit., p. 92.

(5) Voir Larenz, op. cit., p. 136.

(6) A ce propos, voir notamment Larenz, op. cit., p. 136 ; Engisch, op. cit., p. 120 et s. ; Esser, op. cit., p. 150 ; Id., Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione el diritto, tr. it., Napoli 1983, p. 57.

(7) Voir McNicol-Maher, op. cit., p. 56 et s. ; la même exigence est d'ailleurs à la

En d'autres termes, l'exercice du pouvoir d'intégration évaluative de la règle de droit par rapport aux *standards* doit être rationnel et justifié : cela signifie que ce pouvoir n'est exercé d'une façon acceptable que si le juge donne une justification rationnelle de l'emploi qu'il a fait des *standards* dans le contexte du jugement.

A la base de cette affirmation, on peut trouver au moins trois raisons.

La première raison est *théorique* : en particulier dans les dernières années, la théorie générale du droit a prêté une attention nouvelle et spéciale aux problèmes de la justification rationnelle dans le domaine du raisonnement juridique, à tel point qu'on peut presque identifier le raisonnement juridique à l'argumentation rationnelle (8). En un mot, on ne peut pas parler de raisonnement juridique hors du cadre de la rationalité : cela vaut évidemment pour le jugement en général, qui est rationnel seulement lorsqu'il est fondé sur des raisons acceptables. Cela vaut aussi pour les décisions de justice, qui sont acceptables seulement lorsqu'elles sont rationnellement justifiées (9).

La deuxième raison est *idéologique*. Entre l'idéologie formaliste du positivisme strict, qui est insoutenable, et l'idéologie de la décision libre, qui légitimerait l'abus, il y a beaucoup de raisons pour accepter l'idéologie "légale-rationnelle" de la décision judiciaire. Le point essentiel de cette idéologie est que le juge doit justifier son jugement sur la base du droit et de la raison, ce qui signifie qu'il doit énoncer les arguments rationnels qui constituent la base d'acceptabilité du jugement, spécialement lorsqu'il s'agit d'un jugement qui entraîne des évaluations (10).

---

base des perspectives d'objectivation des standards (v. infra, par. 4).

(8) A ce propos, on peut indiquer seulement les ouvrages récents les plus importants, afin de montrer l'étendue de cette perspective. Voir Alexy, Theorie des juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Franfurt a.M. 1978 ; Peczenik, The Basis of Legal Justification, Lund 1983 ; Aarnio, The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo 1987 ; Aarnio-Alexy-Peczenik, The Foudation of Legal Reasoning, dans 12 Rechtstheorie 1981, p. 133 et s., 257 et s., 423 et s. ; Koch-Rüssmann, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.

(9) V. notamment Wroblewski, Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche, dans Etica e diritto, a cura di L. Gianformaggio e E. Lecaldano, Bari 1986, p. 204 ; Id., Justification of Legal Decisions, dans Id., Meaning and Truth in Judicial Decisions, 2nd ed., Helsinki 1983, p. 49 et s. ; Id., Paradigms of Justifying Legal Decisions, dans Theory of Legal Science, ed. by A. Peczenik, L. Lindahl and B. van Roermund, Dordrecht-Boston-Lancaster 1984, p. 253 et s. ; Id., Justification through Principles and Justification through Consequences, dans Reason in Law, Milano 1987, vol. 1, p. 129 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 6 ; Garrn, Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen, Stuttgart 1986, p. 13 et s., 188 et s.

(10) Sur l'idéologie légale-rationnelle de la décision judiciaire, v. notamment Wroblewski, Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-marking, dans 1 Rechtstheorie 1974, p. 27, 38 ; Id., Justification through Principles, cit., p. 140, 158 et s.

Enfin, la troisième raison est *juridique*. Elle dérive de l'obligation de motiver le jugement, que presque tous les systèmes juridiques modernes imposent au juge, parfois même au niveau des principes constitutionnels (11). Il est assez évident que cette obligation ne peut être interprétée de façon formelle (ou formaliste), mais en ce qu'elle oblige le juge à donner des justifications satisfaisantes des choix qui sont à la base du jugement (12). On ne peut pas douter que l'obligation de motiver concerne en particulier les choix évaluatifs dont la décision est la conséquence (13) ; et donc il paraît évident qu'elle concerne même la partie du jugement qui implique l'utilisation des *standards*.

Cette raison juridique n'est pas seulement importante en soi. Elle conduit aussi à privilégier, parmi les différentes perspectives dans lesquelles on pourrait parler de la justification du jugement fondé sur des *standards*, le point de vue de la justification qui consiste dans la formulation, par le juge, d'un raisonnement justificatif où il exprime les arguments qui visent à fonder l'acceptabilité rationnelle du jugement (14).

2. DECISION ET JUSTIFICATION

Ayant choisi, pour les raisons indiquées, d'examiner la justification de l'emploi des *standards* du point de vue de la motivation du jugement, il ne paraît pas indispensable d'analyser à fond le déroulement logique et psychologique du raisonnement par lequel le juge parvient à formuler le jugement.

(11) Pour un panorama à ce propos, v. Taruffo, La motivazione della sentenza civile, Padova 1975, p. 352 et s. ; vois aussi les essais recueillis dans le volume Entscheidungsbegründung, herausg. von R. Sprung, Wien-New-York 1974, et récemment les essais de Kötz, Atiyah, Cornu, Zeuner et Taruffo, dans le volume La sentenza in Europa, cit., p. 129 et s.

(12) V. Taruffo, La motivazione, cit., p. 265 et s. ; Wroblewski, Paradigms, cit. ; Id., Motivation de la décision judiciaire, dans La motivation des décisions de justice, Bruxelles 1978, p. 111 et s.

(13) Sur l'exigence d'une Open argumentation qui justifie les jugements de valeur v. par ex. Jorgensen, Motive and Justification in Legal Decision-Making, dans Reason in Law, cit., vol. 1, p. 335 et s. Voir aussi Taruffo, La motivazione, cit., p. 294 et s., 302 et s.

(14) La définition de la justification comme argumentation qui exprime des "bonnes raisons" pour accepter une décision est désormais un lieu commun. Voir par ex. Aarnio, op. cit., p. 107 et s., 185 et s. ; Peczenik, op. cit., p. 84 et s. ; Alexy, op. cit., p. 274 et s. ; Jääskinen, External Justification of Propositions in Legal Science, dans Man, Law and Modern Forms of Life, ed. by E. Bulygin, J.L. Gardies and I. Niiniluoto, Dordrecht-Boston- Lancaster 1985, p. 225 ; Gizbert-Studnicki, Common Sense Knowledge as the Basis of Teleological Interpretation of Law, dans Reason in Law, cit., vol. 2, p. 309 ; Wroblewski, Paradigms, cit., p. 255 ; Golding, Discovery and Justification in Science and Law, dans Theory of Legal Science, cit., p. 303.

En effet, il y à, à ce propos, la distinction fondamentale entre le raisonnement décisoire et le raisonnement justificatif (15), en vertu de laquelle on ne peut pas considérer la justification du jugement (la motivation) comme une sorte de reproduction du chemin suivi par le juge afin d'arriver au jugement final (16). Par conséquent, on pourrait parler de la justification de l'emploi des *standards*, même seulement quant à la façon dont les juges motivent cet aspect du jugement : dans cette perspective, on aurait une étude empirique et descriptive de la pratique judiciaire en ce domaine. Cette étude serait très intéressante, mais le but de mon analyse est différent : je voudrais plutôt donner des éléments pour une analyse *prescriptive*, c'est-à-dire des idées à propos de la manière selon laquelle le juge *devrait* motiver le jugement basé sur des *standards* (17).

De ce point de vue, il faut au moins aborder quelques points qui peuvent avoir une incidence sur la dimension justificative du raisonnement du juge.

Un premier point concerne la façon par laquelle la règle de droit est intégrée par rapport au *standard*. La règle de droit n'est pas intégrée en soi, c'est-à-dire au niveau de son signifié général et abstrait : le juge remplit le "vide" (ou bouche l'"ouverture" de la règle), mais le résultat n'est pas une règle générale "complète". L'intégration sur la base d'un *standard* ne conduit pas à une règle abstraite, puisqu'elle est essentiellement "orientée par le fait", c'est-à-dire qu'elle a lieu seulement par rapport à des faits concrets et spécifiques, et qu'elle est faite "à la mesure" du fait qui doit être qualifié selon la règle de droit (18). Cela signifie que le point de départ n'est pas la règle, mais le fait : c'est le fait concret qui, une fois établi, est évalué selon le *standard*, pour être ensuite qualifié selon la règle de droit. Pour ainsi dire, l'intégration de la règle n'arrive pas au niveau de son interprétation, mais au niveau de son application au cas particulier : c'est le fait, et non la règle, qui sert de point de repère pour l'emploi du *standard* ; la règle est intégrée par le *standard* puisque le fait auquel elle est appliquée est évalué par rapport au *standard*.

(15) En général, sur cette distinction, v. Golding, op. cit., p. 295 et s. ; Jorgensen, op. cit. En particulier en ce qui concerne la distinction entre raisonnement décisoire et motivation : v. Wroblewski, Motivation, cit., p. 131 et s. ; Taruffo, La motivazione, cit., p. 118 et s., 213 et s. Esser, Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen, dans La motivation des décisions de justice, cit., p. 137 et s.

(16) V. notamment Taruffo, La motivazione, cit., p. 107 et s.

(17) Sur l'exigence d'une analyse prescriptive en ce domaine, voir Wroblewski, Paradigms, cit., p. 255.

(18) Cette observation est fréquente dans la doctrine sur les standards : voir par ex. Larenz, op. cit., p. 137 et s., 278, 447 ; Esser, Grundsatz und Norm, cit., p. 96 et s.

Il est donc évident que le schéma de l'emploi du *standard* n'est pas le modèle traditionnel de la subsomption syllogistique : on n'a pas une majeure, donnée par la règle de droit intégrée par le *standard*, et une mineure donnée par le fait, dont le juge dérive une conclusion déductive. On a plutôt un schéma tout à fait différent, où il y a d'abord le fait, qui est évalué selon le *standard*, qui ensuite est qualifié selon la règle de droit, et qui enfin est jugé sur la base de cette règle.

Cette différence se place évidemment au niveau du raisonnement décisoire, et par conséquent elle n'est pas automatiquement importante au niveau du raisonnement justificatif et de la motivation du jugement. D'ailleurs, elle n'est pas insignifiante de ce deuxième point de vue. En effet, rien n'empêche le juge, qui a décidé sur la base d'un *standard*, de motiver son jugement par une argumentation déductive (19). On pourra toutefois douter qu'il s'agisse d'une justification satisfaisante, et, en considérant la distance entre la réalité du jugement et sa motivation, on pourra même parler d'une motivation *fausse* ou *fictive* (20). On peut donc dire que le mode d'emploi du *standard* n'est pas en soi la justification du jugement, qui implique un discours argumentatif élaboré *a posteriori*, mais qu'il a une influence essentielle sur ce qu'on peut considérer comme une "bonne" justification. Au minimum, on peut dire qu'il n'y a pas de justification acceptable si la motivation dénature complètement le raisonnement décisoire et si elle ne fournit aucune base rationnelle des choix qui ont déterminé le jugement (21).

A partir de tout cela, on arrive à un deuxième point qui concerne le rapport entre le jugement sur la base d'un *standard* et sa justification. Ce qu'on doit souligner c'est que l'essentiel de la doctrine qui s'est occupée des *standards* a posé en réalité le problème du point de vue du raisonnement décisoire. Au contraire, on a généralement laissé dans l'ombre le problème de la justification rationnelle du jugement qui en dérive. Mais tout ce qu'on dit à propos de l'emploi des *standards* dans le jugement n'est pas vrai *a priori* du point de vue de sa justification. D'ailleurs, dans la doctrine, en général, on trouve une certaine

(19) Sur l'emploi de l'argumentation syllogistique, ses conditions et ses limites, v. en particulier Wroblewski, Legal Syllogism, cit., p. 33 et s.

(20) Sur la notion de motivation fausse ou fictive v. Taruffo, La motivazione, cit., p. 265 et s., 551 et s. ; Fasching, Die Entscheidungsbegründung im österreichischen streitigen zivilgerichtlichen Erkenntnis-, Executions und Insolvenzverfahren, dans Entscheidungsbegründung, cit., p. 146 et s.; Brecher, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, dans Festschr. für A. Nikisch, Tübingen, 1958, p. 277 et s.

(21) Sur la motivation comme justification des choix du juge, voir Taruffo, La motivazione, cit., p. 279 et s. ; Esser, Motivation, cit., p. 137 ; Wroblewski, Motivation, cit., p. 115 et s. ; Id., Justification through Principles, cit., p. 129 et s.

confusion entre la justification comme rationalité du raisonnement décisoire et la justificâtion comme argumentation justificative du jugement. Par conséquent, il est assez difficile de comprendre jusqu'à quel point ce qu'on dit à propos de l'emploi des *standards* dans la formation du jugement peut être significatif du point de vue de sa justification.

On peut citer quelques exemples. Si on suit la perspective herméneutique, on trouve que la théorie de la "précompréhension" de Josef Esser (22), et la théorie du "cercle" ou de la "spirale" herméneutique (23), fournissent des analyses intéressantes du raisonnement décisoire, qui peuvent aussi faire comprendre la dynamique de l'emploi des *standards*. Il est d'ailleurs évident, à mon avis, qu'il s'agit d'*explications* sur des aspects du raisonnement décisoire, mais qu'elles ne donnent ni une description de la justification du jugement, ni -encore moins- des critères à suivre pour élaborer ou pour contrôler la justification du jugement.

En ce qui concerne le fondement de rationalité du jugement (ce qui vaut en particulier s'il s'agit d'employer des *standards*), Esser indique trois critères de contrôle, c'est-à-dire la rationalité (ou justice, ou logique) "matérielle", la concordance avec le système juridique positif, et l'évidence de la solution (24). Quoi qu'on pense de ces critères, qui sont discutables de plusieurs points de vue, il paraît sûr qu'ils visent à assurer la rationalité de la formation du jugement, c'est-à-dire du raisonnement décisoire. Ce qui reste douteux, c'est qu'ils aient de l'importance du point de vue de la justification du jugement. Même Esser n'est pas assez clair à ce propos : d'un côté, il souligne qu'il n'y a aucune correspondance nécessaire entre la formation et la justification du jugement (25), ce qui implique que les contrôles qui concernent la première ne concernent pas automatiquement la deuxième. De l'autre côté, il souligne que la décision basée sur des valeurs doit émerger du contexte du jugement explicite (26) (ce qu'on peut sûrement approuver), mais il ne précise pas de quelle façon et à quelles conditions de rationalité cette "émersion" doit avoir lieu. En substance, ce qui n'est pas clair, c'est si, et jusqu'à quel point,

(22) Voir Esser, Precomprensione, cit., p. 132 et s., 138 et s.; Zaccaria, op. cit., p. 145 et s.

(23) Sur cette théorie, v. notamment Larenz, op. cit., p. 183 et s. ; Hassemer, Tatbestand und Typus, Köln-Berlin-Bonn-München 1967, p. 107 ; Zaccaria, op. cit., p. 169 et s., 173 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 69 et s.

(24) Voir Esser, Precomprensione, cit., p. 13 et s., 21, 43, 105, 138 et s., 168 et s. ; Zzaccaria, op. cit., p. 176 et s.

(25) Voir Motivation, cit., p. 137 et s. ; Zaccaria, op. cit., p. 192.

(26) Voir Motivation, cit., p. 152 et s. ; Id., Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, Karlsruhe 1965, p. 5 et s., 14 et s.

les critères de rationalité du jugement peuvent valoir même comme critères de justification rationnelle (27).

Il y a donc des questions assez complexes sur le rapport entre le jugement fondé sur un *standard* et sa justification ; ces questions justifient d'ailleurs un essai d'analyse des problèmes relatifs à la motivation des décisions qui emploient des *standards*.

3. LA JUSTIFICATION INTERNE

Afin d'aborder directement ce sujet, il convient d'employer la distinction entre la *justification interne*, c'est-à-dire la justification du jugement sur la base de ses prémisses, et la *justification externe*, c'est-à-dire la justification du choix des prémisses (28).

En ce qui concerne la justification interne du jugement fondé sur un *standard*, on peut dégager quelques éléments de ce qu'on a dit à propos de la structure de ce jugement.

Etant donnée la prééminence du *fait*, c'est de là qu'on doit partir. Cela signifie avant tout que la base de la justification du jugement est l'établissement du fait, fondé sur des preuves suffisantes à en confirmer la vérité (29). Il s'agit d'un élément qui est requis en général dans la motivation du jugement ; mais, du point de vue de l'emploi des *standards*, il prend une importance particulière. D'un côté, puisque le *standard* joue comme critère d'évaluation d'un fait, il est nécessaire que ce fait soit précisément défini et sûrement établi et que ces éléments soient

(27) Ce qui paraît assez surprenant chez Esser, mais qui confirme que son analyse des "contrôles" sur le jugement ne sert pas beaucoup, du point de vue de la justification, c'est qu'il ne parle pas du tout de ces "contrôles" lorsqu'il s'occupe de la motivation du jugement (voir Motivation, cit.), même après l'ouvrage (Precomprensione, cit.) où la théorie des "contrôles" a été développée. Cela démontre que, même d'après Esser, la distinction entre décision et justification (ou entre jugement et motivation) est très nette ; d'ailleurs, son discours devient assez vague en ce qui concerne les conditions d'une justification rationnelle.
Il est en tout cas difficile de s'affranchir de l'impression que son analyse des "contrôles" de rationalité du jugement vise seulement à pénétrer dans l'esprit du juge, afin de lui donner des conseils pour "bien décider" (v. notamment Precomprensione, cit., p. 138 et s.). Il s'agit donc d'une perspective décidément "mentaliste", qui ne s'occupe pas du tout de la rationalité justificative et argumentative (bien qu'Esser vise à sauver au moins "quelques moments" de rationalité dans le procédé mental du juge : v. ibidem).

(28) Sur cette distinction, à propos de la justification du jugement, voir Wroblewski, Justification of Legal Decisions, cit., p. 55 ; Id., Motivation, cit., p. 119 et s. ; Id., Justification through Principles, cit., p. 131 et s. ; Id. Livelli di giustificazione, cit., p. 214 et s. ; Taruffo, La motivazione, cit., p. 277 et s. ; Alexy, op. cit., p. 273 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 119 et s. En particulier sur la justification externe voir Jääskinen, op. cit., p. 221 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 120 et s.

(29) En général, sur la motivation du jugement de fait, voir Taruffo, La motivazione, cit., p. 437 et s. Voir aussi Wroblewski, Livelli di giustificazione, cit., p. 221 ; Id. Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions, dans Id., Meaning and Truth, cit., p. 132 et s., 135, 142 et s.

exprimés et justifiés dans la motivation (30). D'un autre côté, il faut que le juge mette en évidence les caractères de la situation de fait qui sont spécialement importants pour l'application du *standard* (31). Ainsi, par exemple, s'il s'agit de décider si un préjudice est grave, il faut que le préjudice soit établi et quantifié. Si le *standard* implique l'évaluation d'une conduite (par ex. dans le cas de la bonne foi), il faut indiquer les éléments spécifiques et concrets de la conduite qui sont évalués selon le *standard*. Si l'on doit décider qu'une conduite est imprudente, il faut indiquer les aspects particuliers de la conduite qui sont considérés comme imprudents. En substance, il faut que la *prémisse de fait* de l'application du *standard* soit spécifiquement et précisément indiquée (ce qui n'arrive pas souvent dans la pratique, à cause de la tendance des juges à sous-estimer l'obligation de motiver sur les faits) (32).

Il est vrai, en effet, que quand la règle de droit contient un *standard*, elle se réfère à des évaluations plutôt qu'à des faits (33), mais cela ne signifie pas que le juge ne doit pas juger sur des faits. Il signifie seulement que la règle de droit ne qualifie pas exactement le fait, puisqu'elle prête une attention prééminente à l'évaluation. Mais le juge doit quand même établir les faits qui sont l'objet d'une évaluation (étant entendu que l'évaluation selon le *standard* ne peut que concerner un objet factuel) : c'est pour cela, justement parce que c'est le juge qui détermine le fait évalué, que ce fait doit être spécifiquement et explicitement défini par le juge, afin de montrer le fondement factuel concret de l'évaluation prévue par la règle de droit.

En même temps, il faut aussi que la *prémisse évaluative* soit indiquée de façon explicite : cela signifie que le juge ne peut pas se borner à énoncer l'évaluation du fait (ce préjudice est grave, cette conduite a été imprudente, etc.), mais qu'il doit expliciter le critère de cette évaluation, puisque sinon elle paraîtrait tout à fait arbitraire (34). Cela pose un problème important. Puisque le *standard* contenu dans la règle de droit est en soi "vide" (ou "presque vide") et qu'il exige d'être concrétisé par référence à des critères extrajuridiques, l'évaluation concrète ne peut pas être justifiée seulement en renvoyant au standard (la

(30) Sur l'importance de l'établissement du fait dans le jugement fondé sur un standard v. notamment McCormick, On Reasonableness, dans Les notions à contenu variable, cit., p. 145.

(31) Voir notamment McCormick, Universalization and Induction in Law, dans Reason in Law, cit., vol. 1, p. 100.

(32) Voir Taruffo, La fisionomia della sentenza in Italia, dans La sentenza in Europa, cit., p. 201 et s.

(33) Voir Guastini, A Framework for the Analysis of Judicial Discourse, dans Reason in Law, cit., vol. 1, p. 297.

(34) Sur l'exigence d'expliciter les prémisses de la justification interne, voir Alexy, op. cit., p. 283.

bonne foi, les bonnes moeurs, etc.). La base de l'évaluation n'est pas le *standard* pris comme formule générale, mais le critère évaluatif extrajuridique que le juge a placé "dans" le standard afin de statuer sur un cas particulier (35). La *prémisse évaluative* qui fonde la justification interne n'est donc pas le *standard* en soi, mais le critère d'évaluation qui constitue le signifié concret que le juge donne au *standard*.

Enfin, ce qui doit aussi être démontré, c'est la *congruence* entre le fait et le *standard* matérialisé par un critère évaluatif spécifique. Plusieurs auteurs ont souligné que la congruence est la clef de la justification du jugement fondé sur des principes ou des critères d'évaluation ; je peux donc renvoyer à ces auteurs pour une analyse approfondie du concept de congruence comme critère fondamental de rationalité du jugement évaluatif (36). Il faut cependant souligner qu'il n'y a pas de justification interne du jugement fondé sur un *standard* si le fait n'est pas congruent avec le critère d'évaluation, et si ce critère n'est pas congruent avec le fait (c'est-à-dire si ce n'est pas le critère le plus convenable pour l'évaluation de *ce* fait). Ce qui est important c'est que cette congruence, dans sa double implication, doit être évidente dans le contexte de la motivation du jugement (37).

4. LA JUSTIFICATION EXTERNE

Tandis que la justification interne de l'évaluation fondée sur un *standard* est nécessaire, elle n'est pas toujours suffisante du point de vue général de la justification du jugement. En effet, on peut dire que la justification interne suffit lorsqu'on peut supposer qu'il n'y a pas de doutes considérables à propos du choix et de l'acceptabilité des prémisses. Mais le cas du jugement fondé sur des *standards* est tout à fait différent : puisque la règle de droit laisse au pouvoir créateur du juge le choix du critère propre à l'évaluation du fait, ce qui en principe en dérive c'est la nécessité d'une justification externe concernant la détermination de la prémisse évaluative qui sert à l'intégration de la règle de droit (38).

Qu'une justification dépourvue d'éléments sur le choix du critère évaluatif ne soit pas acceptable, paraît assez évident ; mais

(35) Voir Esser, Grundsatz und Norm, cit., p. 96 et s., 150 et s. ; Alexy, op. cit., p. 275.

(36) Voir surtout McCormick, Coherence in Legal Justification, dans Theory of Legal Science, cit., p. 235 et s. ; Id. Universalization, cit., p. 101 et s. et aussi Wroblewski, Livelli di giustificazione, cit., p. 214 et s. ; Alexy, op. cit., p. 278 et s. ; Peczenik, op. cit., p. 80 et s., 102 et s.

(37) Ces exigences paraissent réalisées dans le modèle formel de justification interne proposé par Alexy, op. cit., p. 275 et s.

(38) En général sur la notion de justification externe v. référence supra, n. 28.

il est difficile d'établir ce qu'il faudrait pour une justification satisfaisante de ce choix. Une série de questions découle du fait que les *standards* ne sont homogènes ni quant à leur structure ni quant à leur fondement ; une autre série de questions vient du fait que la doctrine a produit un nombre assez vaste de définitions conceptuelles du *standard*, qui sont assez différentes les unes des autres et ont une influence sur le problème du choix du critère d'évaluation par le juge, et donc aussi sur sa justification.

Je ne peux tenter ici ni un examen du répertoire des *standards*, ni une discussion des théories proposées par la doctrine, d'autant plus que la plupart de ces théories ne concernent pas le problème de la justification du jugement.

Pour aborder ce problème, je propose plutôt de distinguer trois situations dans lesquelles le juge peut se trouver confronté au choix d'un critère d'évaluation, pour aborder les questions qui en dérivent du point de vue de la justification externe du jugement. Je dois dire préalablement que je ne suis pas sûr que ces situations soient exclusives les unes des autres ni qu'elles soient exhaustives. Probablement, elles n'ont pas ces caractères : dans la pratique, il peut être assez difficile de les distinguer, et pourrait même trouver des situations différentes. Il me paraît toutefois que ces trois situations peuvent comprendre au moins les cas les plus importants et fréquents, et donc que cette distinction peut être de quelque utilité.

a) La première situation peut être appelée celle du *juge sociologue.*

La théorie des *standards* qu'on peut considérer comme classique envisage dans le *standard* un point "ouvert" dans le système du droit positif (une *Fenster des Kodifikationssystems* selon la définition d'Esser) (39) par lequel le juge tend vers les valeurs et les critères d'évaluation qui existent dans la société (40). Ces critères sont définis de plusieurs façons dont la plus intéressante est celle de Larenz et d'autres auteurs qui suivent la même perspective, en termes de *sozialtypische Verhaltensformen* ou de *axiologischer Idealtypus* (41).

En ce qui nous concerne ici, le facteur le plus important de cette théorie est qu'elle vise à objectiver au maximum l'emploi que le juge fait des *standards*. C'est surtout Engisch, mais d'autres auteurs suivent la même tendance -bien que parfois

(39) Voir Grundsatz und Norm, cit., p. 150.
(40) Ce renvoi à la société est un lieu commun dans la théorie des standards : voir notamment Engisch, op. cit., p. 124 et s. ; Larenz, op. cit., p. 274 et s., 277 ; Teubner, op. cit., p. 13 et s., 68 et s. ; Esser, Precomprensione, cit., p. 55 et s. ; Rials, op. cit., p. 39 et s.
(41) Voir Larenz, op. cit., p. 447 ; Strache, op. cit., p. 94.

d'une façon plus souple-, qui souligne que le *standard* n'implique qu'au contraire il renvoie le juge aux "évaluations objectivement valides" qui existent dans la collectivité ou dans des groupes sociaux déterminés (42). Le rôle essentiel du juge est alors d'établir quelles sont les règles morales qui existent dans la société (on parle parfois de la "loi morale objective", de *Sozialmoral* ou de *materiale Wertethik*) (43), le cas échéant en utilisant les instruments de la recherche sociale (44) (d'où l'étiquette de *juge sociologue* que j'ai proposée).

Surtout dans ses versions les plus sophistiquées, cette théorie a l'avantage d'offrir une analyse très approfondie du problème de l'emploi des *standards* par le juge, et des méthodes qu'il devrait suivre (45). En plus, elle se pose comme une théorie générale, et elle paraît correspondre à l'idée courante qu'on a des *standards* comme renvoi aux critères sociaux d'évaluation des faits.

D'ailleurs, c'est surtout du point de vue de la justification du jugement fondé sur un *standard* qu'elle pose des problèmes et qu'elle montre ses limites.

Si l'on demande quelle peut être, sur la base de cette théorie, la justification du choix du critère d'évaluation, on devrait répondre qu'elle est donnée par l'existence de ce critère dans la conscience sociale collective, ou tout simplement dans le sens commun. S'il est vrai, peut-être sur la base de données sociologiques que le critère "existe", alors le choix du juge devrait paraître justifié.

Mais c'est précisément à ce sujet que des questions importantes se posent. J'essaie d'indiquer au moins les plus évidentes.

a 1) Supposons que le juge ait établi l'existence d'un certain critère social d'évaluation. La référence à ce critère pourra donner une justification *empirique*, c'est-à-dire fondée sur l'existence d'un "fait social" constitué par la tendance répandue à évaluer certains faits d'une certaine façon.

Le problème surgit d'ailleurs du fait que le juge ne s'intéresse pas seulement à connaître ce "fait social" mais à *appliquer* le critère d'évaluation qu'il contient. Il ne s'agit donc pas d'un choix *cognitif*, mais d'un choix *évaluatif* dans le sens

(42) Voir Engisch, op. cit., p. 124 et s. ; Esser, Grundsatz und Norm, cit., p. 96 et s., 150 et s. ; Id., Precomprensione, cit., p. 62 et s. ; Strache, op. cit., p. 16 et s. De quelque façon, même l'idée de "mesure de normalité" proposée par Rials (op. cit., p. 43 et s.) entraîne un renvoi à de critères qui existent dans la société.

(43) Voir Engisch, op. cit., p. 125 et s. ; Teubner, op. cit., p. 17, 23 et s.

(44) Sur le rôle et les problèmes de la recherche sociale dans l'emploi des standards, voir notamment Teubner, op. cit., p. 65 et s., 90 et s.

(45) La référence est surtout aux essais de Teubner et de Strache, déjà cités.

opérationnel du terme : le critère n'est pas seulement connu du juge ; il lui sert aussi à faire une évaluation.

En considération de cet aspect important du jugement, on ne peut dire que la justification empirique, qui concerne l'existence sociale du critère d'évaluation, soit suffisante (46) : ce qu'il faut, c'est aussi une *justification de validité*, c'est-à-dire l'énonciation des raisons qui fondent l'emploi du critère d'évaluation dans le cas particulier (47). D'un côté, la nécessité de cette justification est confirmée par le fait que le *standard* n'est pas donné en soi comme règle générale mais qu'il est matérialisé et précisé par rapport aux caractères spécifiques des cas particuliers (48). Cela signifie que le juge ne déduit pas tout simplement le critère de l'extérieur (c'est-à-dire de la société), mais qu'il re-formule chaque fois le critère. Cette re-formulation est évidemment le résultat d'un choix, et ce choix doit être justifié.

D'un autre côté, il s'agit de justifier l'adoption d'un critère évaluatif, ce qui renvoie nécessairement aux jugements de valeur qui sont à la base du choix de ce critère (il s'agit de la justification du troisième niveau dont parle Wroblewski) (49).

En substance, la recherche sociologique, *lato sensu* peut permettre au juge d'interpréter le *standard* selon les critères qui sont en vigueur dans la société, mais elle ne fournit aucune justification de l'emploi de ces critères : il faut quand même que le juge justifie, sur la base des valeurs qu'il partage, son choix concernant l'emploi d'un critère d'évaluation dans le cas particulier (50). Ce problème n'est pas résolu simplement en considérant que c'est la loi qui renvoie à un "critère social" d'évaluation. Qu'il s'agisse d'un renvoi "normatif" (51) n'est pas

(46) En général, à propos de l'insuffisance de la justification empirique dans le discours juridique, voir Alexy, op. cit., p. 285 et s. ; Aarnio-Alexy-Peczenik, op. cit., par. 2.1.1.

(47) La nécessité de cette justification est évidente lorsqu'on n'accepte pas l'idée d'une correspondance ou d'un passage automatique du sozial Sollen au rechtlich Sollen (selon la terminologie de Teubner, op. cit., p. 90), c'est-à-dire si, même à ce niveau, on applique la distinction fondamentale entre le Sein et le Sollen (pour une critique à Habermas à ce point de vue voir Alexy, op. cit., p. 141 et s.).

(48) Voir supra, par. 2.

(49) Voir Justification through Principles, cit., p. 133 et s. ; voir aussi Aarnio, op. cit., p. 206.

(50) Il faut souligner que les auteurs mêmes qui parlent d'une réception des critères sociaux par le juge (par ex. Teubner, op. cit., p. 65 et s.), n'ont pas une idée "passive" d'une telle réception, et ils introduisent des "contrôles" par le juge (voir la "kontrollierende Rezeption" de Teubner, op. cit., p. 91). Même Rials, qui fonde sa définition du standard sur l'idée de normalité, est d'ailleurs obligé de souligner que dans l'application du standard le juge accomplit des choix "politiques" au niveau le plus élevé (op. cit., p. 53). Mais de cette façon, le problème d'une justification de ce que le juge fait en choisissant le critère d'évaluation surgit de nouveau.

(51) Voir par ex. Esser, Grundsatz und Norm, cit., p. 96 et s. ; Strache, op. cit., p. 67 et s.

décisif du point de vue de la justification du jugement, puisque ce que la règle de droit justifie c'est seulement le fait que le juge emploie un critère extrajuridique d'évaluation. D'ailleurs, elle ne renvoie pas à un critère évaluatif spécifique, qui est au contraire établi et choisi par le juge (éventuellement parmi ceux qui résultent de la recherche sociale) : elle n'arrive donc pas à justifier l'emploi de ce critère.

a 2) On dit parfois que l'emploi d'un *standard* peut être justifié par rapport aux autres cas où la jurisprudence a utilisé le même critère d'évaluation (52). Même cette suggestion a des limites. Elle peut être valable pour les *standards* qui sont déjà consolidés à un niveau juridique ou quasi-juridique. En revanche, elle n'a évidemment presque pas d'intérêt s'il s'agit de *standards* qui ne sont pas consolidés dans la jurisprudence (53). En outre, le fait qu'un critère d'évaluation ait été utilisé dans d'autres cas ne dit rien, en soi, sur l'opportunité de l'employer dans le cas nouveau. Il faudrait au moins démontrer que ce cas présente des analogies avec les précédents (54), puisque sinon il n'y aurait aucune raison pour employer le même critère. Il ne suffit pas, alors, de citer des précédents ; il faut expliquer les raisons par lesquelles le cas est relié à ces précédents, et montrer ce qui justifie l'emploi du même critère d'évaluation. Mais, même ici, c'est évident, il s'agit de choix évaluatifs du juge qui doivent être spécifiquement justifiés.

En substance, l'existence des précédents n'est pas en soi une justification suffisante : en tout cas, elle doit être fondée sur l'analogie (55). D'ailleurs, si tout cela peut satisfaire le juriste, je doute que cela puisse satisfaire le théoricien. On doit alors envisager une forme différente de rationalisation du recours aux précédents, qui peut être par exemple de les considérer en tant qu'éléments d'une confirmation de la généralisation possible du critère d'évaluation que le juge emploie dans le cas particulier (56).

(52) Voir par ex. Larenz, op. cit., p. 277

(53) Pour la distinction entre principes déjà consolidés dans la jurisprudence et principes pas encore consolidés, voir Esser, Grundsatz und Norm, cit., p. 52 et s., 73 et s. ; Zaccaria, op. cit., p. 82 et s., 88.

(54) Voir Larenz, op. cit., p. 278. En particulier, sur l'exigence de fonder la référence à la jurisprudence sur une analyse précise de faits, voir Aarnio, op. cit., p. 128 et s.

(55) D'après Larenz, op. cit., p. 277 et s., la concrétisation peut se fonder sur des précédents, mais il faut quand même qu'elle "passe" par des critères généraux, et par l'analogie entre les cas déjà décidés et le cas nouveau.

(56) Pour la définition des précédents comme "indices" pour la formulation d'un standard voir Esser, Precomprensione, cit., p. 191.

a 3) Ce qu'on a dit jusqu'ici suppose que le juge arrive à trouver, dans le sens commun ou dans la soi-disant morale sociale, des critères sûrs et univoques pour l'évaluation du fait. Mais il est assez évident que, très souvent, cette situation optimale ne peut se produire dans la réalité.

D'une part, il peut arriver que le juge ne trouve pas, dans le répertoire des critères d'évaluation en vigueur dans la société, ce qu'il faut pour une évaluation congruente et raisonnable du fait. Il se peut que le fait soit tout à fait neuf, ou en tout cas que le juge ne trouve aucune analogie entre ce fait et ceux qui sont qualifiés par des critères établis (57), ou même que le juge trouve que le critère qu'il pourrait employer ne conduit pas à des conséquences acceptables dans le cas particulier. Dans ces situations, le juge n'arrive pas à remplir le "vide" du *standard* sur la base des critères d'évaluation en vigueur dans la société. Mais il faut souligner que ce cas ne résulte pas simplement d'une constatation empirique de ce qui "existe" ou n'existe pas dans le milieu social : la connaissance des critères sociaux renvoie directement, en effet, à l'évaluation de leur congruence par rapport au fait spécifique qui doit être jugé ; et c'est à ce niveau que le juge établit qu'il n'y a pas de critères convenables pour l'évaluation du fait.

D'autre part, il peut arriver que le juge trouve plusieurs critères d'évaluation, concurrents ou contradictoires, qui pourraient être appliqués au même fait (58). Un système de valeurs stables et cohérentes ne peut être trouvé, en effet, que dans les sociétés statiques et homogènes, ou homogénéisées par un groupe dominant. Ce n'est pas la situation des sociétés modernes, dynamiques et conflictuelles où des valeurs très différentes sont propres aux différents groupes sociaux et politiques, aux classes, aux mouvements d'opinion, aux couches sociales et économiques, et même aux individus.

Face à ces situations, le renvoi à la morale sociale est presque complètement dépourvu de sens. Même le renvoi aux critères évaluatifs des groupes sociaux, qui est indiqué surtout par Engisch (59), ne paraît pas significatif puisqu'il ne définit pas le groupe social dont le juge devrait adopter les valeurs, et qu'il risque de se traduire par une légitimation de l'idéologie homogénéisante du groupe dominant (60). D'ailleurs, on peut dire

(57) Sur le problème du "cas nouveau" voir Larenz, op. cit., p. 279.
(58) Sur cette situation voir Teubner, op. cit., p. 92.
(59) Op. cit., p. 124.
(60) Le bestimmt Kreis dont parle Engisch (ibidem) est en effet un concept indéterminé : il peut être déterminé par référence au groupe social "qui compte", s'il n'y a un, ou il est déterminé par un choix du juge.

à peu près la même chose à propos du renvoi à l'opinion publique (61) ou aux critères évaluatifs du soi-disant sens commun.

Dans le cas fréquent de conflit entre les divers critères d'évaluation qui existent dans la société, le juge se trouve face à une alternative : ou il peut décider de n'appliquer *aucun* de ces critères, et il se trouve alors, à nouveau dans une situation de "vide" ; ou il décide d'en appliquer *un*, mais, dans ce cas, il est obligé de choisir parmi les différents critères qui existent dans la société.

J'examinerai après ce qu'il peut se passer dans les situations de "vide". Ici, je voudrais souligner que le type de situation dans laquelle le juge vient à se trouver dépend essentiellement d'un choix de valeur fait par lui-même (62), et qui, étant décisif pour le jugement, devrait être justifié à son tour.

Si de toute façon le juge arrive à établir un critère d'évaluation utilisable, cela dépend *a fortiori* d'un choix de valeur ; mais, alors, on ne peut dire que le jugement fondé sur le *standard* est justifié par le fait que le critère d'évaluation employé par le juge "existe" dans la société.

Encore une fois, on constate qu'une justification empirique fondée sur l'existence sociale du critère d'évaluation employé par le juge n'est pas suffisante, et qu'il faut aussi une justification fondée sur les raisons par lesquelles le choix du juge peut être accepté : ces raisons concernent évidemment les valeurs *du juge*.

5. SUITE

Venons-en maintenant à parler des situations qu'on peut qualifier de "vides" parce que le juge n'a pas trouvé dans la société de critères d'évaluation adéquat aux faits du cas particulier. Dans ces situations, le juge peut se conduire principalement de deux façons, c'est-à-dire comme réalisateur de valeurs individuelles ou comme créateur de critères d'évaluation.

b) La situation du juge *réalisateur de valeurs individuelles* a lieu quand le juge, faute de critères sociaux d'évaluation, décide sur la base des valeurs qui sont propres aux parties (ou à une partie) de l'affaire. C'est ce qui peut arriver, par exemple, si le juge estime la gravité d'un préjudice par rapport à la réaction d'une partie, s'il établit la bonne foi du point de vue des aspects

(61) Sur le problème du renvoi à l'opinion publique, voir l'analyse critique de Teubner, op. cit., p. 108 et s., qui reconnaît d'ailleurs à l'opinion publique un rôle d'information et de limitation par rapport aux choix du juge (v. p. 113 et s.).
(62) Voir Larenz, op. cit., p. 279.

psychologiques d'une conduite individuelle, ou s'il établit que la vie en commun des époux est intolérable, afin de prononcer le divorce, en adoptant le point de vue du conjoint qui ne peut la tolérer (63).

Dans des cas pareils, le critère de l'évaluation du fait est évidemment donné par les valeurs de l'individu, et la base de l'évaluation est dans le fait que le juge adopte ces valeurs comme critères du jugement. A ce propos, on doit observer encore une fois qu'il ne suffirait pas d'une justification fondée sur la connaissance du fait que l'individu intéressé emploie un certain critère d'évaluation, et qu'il faut une justification de validité, c'est-à-dire une argumentation qui fonde l'adoption de ce critère par le juge (64).

C'est d'ailleurs sur ce point qu'il y a des questions difficiles à résoudre. D'un côté, il n'y a pas la possibilité d'universalisation du critère d'évaluation, dont parle en particulier McCormick (65), puisqu'on ne peut pas universaliser un critère qui est fondé seulement sur des situations ou des réactions typiquement individuelles. D'un autre côté, on ne peut pas employer le critère de l'acceptabilité des conséquences du jugement (66), puisque l'acceptabilité des conséquences est mesurée seulement par rapport aux préférences de l'individu particulier. Même les autres justifications possibles (de congruence, de cohérence, de justice matérielle, de fondement sur des valeurs, etc.) aboutissent à un cercle vicieux, puisqu'il s'agit toujours d'avoir les valeurs de l'individu particulier comme point de départ et comme critère exclusif d'évaluation.

Il semble donc qu'il n'y ait pas de véritables justifications rationnelles de l'évaluation que le juge fait dans ces cas, si par justification on entend des raisons acceptables même au-delà du cas particulier. Mais le juge doit de toute façon justifier au moins son choix qui consiste dans l'adoption des critères propres d'un individu, et il pourra le faire en démontrant qu'il est "juste" - selon des valeurs assez générales et acceptées- de remplir le "vide" de la loi par la réalisation d'une valeur individuelle (67). Naturellement, cela dépend du type de *standard* qui est en jeu : on pourra par exemple considérer raisonnablement que l'intolérabilité de la vie en commun soit établie sur la base des

(63) Ce cas est discuté notamment par McCormick, On Reasonableness, cit., p. 141 et s..
(64) Voir supra, n. 47.
(65) Voir supra, n. 36.
(66) Voir infra, c2).
(67) McCormick, On Reasonableness, cit., p. 142, souligne à ce propos que ce qui peut être universalisé est le choix d'adopter les valeurs d'une partie comme critère du jugement. D'ailleurs, ce qu'on universalise de cette façon n'est pas le critère concret d'évaluation, mais une méthode de jugement.

attitudes des époux intéressés tandis que, dans d'autres cas, l'adhésion du juge aux valeurs des individus particuliers n'est pas justifiable (68).

c) Enfin, on peut avoir la situation du juge qui *crée les critères d'évaluation.*

Cette situation peut être considérée comme "normale" si on part d'une définition du *standard* qui laisse au pouvoir créateur du juge l'intégration évaluative de la règle de droit (69). Elle est d'ailleurs fréquente même si on part d'une définition objectivante du *standard* par rapport aux critères en vigueur dans la société : on a vu en effet qu'il y a toujours des cas où la morale sociale ne donne rien, puisqu'il n'y a pas de critères d'évaluation congruents avec le cas particulier, ou puisque le juge n'accepte pas ces critères. En général, on se trouve dans cette situation chaque fois que, par rapport au cas qui doit être jugé, le *standard* renvoie à des critères sociaux d'évaluation qui, selon la définition d'Esser, ne sont pas encore consolidés (70).

Si, de toute façon, le juge n'arrive pas à employer des critères "tirés de l'extérieur", la conséquence naturelle est qu'il établit lui-même le critère d'évaluation du fait. Dans ce cas son pouvoir créateur atteint évidemment son maximum, et on pourra même se demander jusqu'à quel point ce pouvoir peut arriver, en prenant par exemple pour limite la compatibilité de son exercice avec les principes du système juridique positif (71).

Il s'agit d'ailleurs de la situation où, le pouvoir créateur du juge étant au maximum, le risque d'une subjectivité arbitraire est au maximum ; par conséquent, l'exigence d'une justification rationnelle du jugement est aussi au maximum.

Il faut donc déterminer les caractères que cette justification peut revêtir même si on ne peut parler d'un modèle systématique et complet d'argumentation justificative, mais seulement de moyens que le juge peut employer dans le but de donner des raisons acceptables à ses choix évaluatifs. Naturellement, mais cela va sans dire, la prémisse fondamentale

(68) D'après McCormick (On Reasonableness, cit., p. 141 et s.), il faut distinguer le cas où il est justifié d'employer des critères "objectifs" (c'est-à-dire donnés par la société), des cas où il est justifié d'employer des critères "subjectifs" (c'est-à-dire les valeurs des parties ou d'une partie). Cette distinction est évidemment raisonnable, mais elle n'est jamais déterminée par la loi ; elle implique donc à son tour un choix évaluatif du juge, qui exige d'être justifié.

(69) Pour un panorama de cette orientation dans la doctrine des standards voir Strache, op. cit., p. 13. Voir aussi Bergel, op. cit., p. 321, qui met en évidence le rôle des valeurs du juge dans l'emploi des standards. Voir aussi Larenz, op. cit., p. 279.

(70) Voir supra, n. 53.

(71) Sur cette limite voir notamment Esser, Precomprensione, cit., p. 13 et s. ; Zaccaria, op. cit., p. 181 et s. Voir aussi Wroblewski, Justification through Principles, cit., p. 152 ; McCormick, Universalization, cit., p. 101 ; McNicol-Maher, op. cit., p. 56.

est de penser que le jugement de valeur est en principe justifiable par des arguments rationnels (ou au moins raisonnables), selon la tendance qui paraît commune dans la théorie générale actuelle (72).

c 1) Dans ce domaine, l'un des problèmes fondamentaux est que, puisque l'adoption d'un critère d'évaluation est fondée sur des valeurs, c'est là la clef de la justification. Le critère d'évaluation se justifie par la valeur qui l'inspire ; à son tour, cette valeur doit être formulée et justifiée, le cas échéant par rapport à un système de valeurs qui paraît acceptable. Je n'ai pas besoin d'approfondir l'analyse des échelons et de la structure d'une justification rationnelle d'un jugement de valeur : il me suffit ici de renvoyer à l'analyse formelle de Wroblewski à propos des niveaux de cette justification (73). Dans une perspective en partie différente, mais compatible et peut-être complémentaire avec celle de Wroblewski, l'idée de *I-Rationality* élaborée par Peczenik donne aussi des orientations intéressantes en ce qui concerne les conditions d'une justification rationnelle d'un jugement de valeur, et en particulier du choix de la valeur qui est à la base de ce jugement (74).

c 2) L'évaluation du fait n'est pas fondée, seulement d'ailleurs sur la valeur qui en produit le critère. D'autre part, ce qui nous concerne, c'est l'évaluation d'un fait spécifique qui est accomplie par le juge. On peut donc se référer à une autre forme de justification, qui a été analysée justement dans le domaine de la rationalisation des jugements individuels de valeur dans le contexte du raisonnement juridique. Il s'agit de la *justification sur la base des conséquences*, selon laquelle un critère d'évaluation est justifié s'il conduit, une fois appliqué au cas concret, à des conséquences acceptables (75). Il est clair que de cette façon la question de la rationalisation se déplace vers celle de l'acceptabilité des conséquences, puisque les raisons d'une telle acceptabilité sont en substance les raisons qui justifient le choix du critère d'évaluation.

(72) Sur ce problème, la littérature est désormais très vaste. En ce qui concerne la justification des jugements de valeur dans le raisonnement juridique, voir par ex. Larenz, op. cit., p. 276 ; Wroblewski, Justification through Principles, cit., p. 132 et s. ; Jorgensen, op. cit., p. 335 et s. ; Peczenik, Why Should Value Statements Be Rational ?, dans Reason in Law, cit., vol. 1, p. 107 et s. ; Aarnio, op. cit., p. 204 et s.

(73) V. Justification through Principles, cit., p. 132 et s.

(74) V. Why Should Value Statements Be Rational ?, cit., p. 107 et s.

(75) Voir par ex. Wroblewski, Justification through Principles, cit., p. 150 et s. ; McComick, Universalization, cit., p. 101 et s. ; Id., On legal decisions and their consequences : from Dewey to Dworkin, dans 58 NYULR 1983, p. 239 et s. ; McNicol-Maher, op. cit., p. 64 et s.

A ce propos, on a élaboré des conditions qui définissent l'acceptabilité des conséquences. Il y a d'abord une pré-condition juridique, selon laquelle les conséquences de l'évaluation ne doivent pas être en opposition avec le système juridique (76) (ce qu'on peut nommer *condition de légalité*).

Mais il y a surtout des conditions "positives", qui concernent véritablement le contenu spécifique de l'évaluation et de ses conséquences.

Il s'agit d'un côté de la cohérence de ces conséquences avec un système de valeurs, ou même avec plusieurs systèmes de valeurs : on peut penser au système des valeurs qui sont sous-tendues dans les règles de droit, mais aussi à des valeurs extrajuridiques (77) (*condition de cohérence axiologique*).

Il y a, de l'autre côté, le critère proposé en particulier par McCormick, selon lequel les conséquences d'une évaluation sont acceptables, et on a donc une justification du critère de l'évaluation, si elles peuvent être universalisées. Cela signifie que les conséquences ne doivent pas seulement paraître "justes" ou "convenables" dans un cas spécifique, mais qu'elles doivent être acceptables aussi dans d'autres cas, et en principe dans *tous* les cas semblables (78) (*condition d'universalisabilité*). Cette condition correspond au principe de justice qui prévoit le même traitement des mêmes situations (79), mais surtout elle fonde la rationalité intersubjective de l'évaluation accomplie dans le cas particulier. Il s'agit d'une condition qu'on peut considérer comme valable en général, pour n'importe quelle sorte de jugement, mais qui prend une importance tout à fait particulière lorsqu'il s'agit des cas où le juge exerce au degré maximum son pouvoir d'intégration évaluative de la règle de droit.

(76) Voir Wroblewski, Justification through Principles, cit., p. 152 ; McCormick, Universalization, cit., p. 101.
(77) Voir notamment Wroblewski, Justification through Principles, cit., p. 153, 155.
(78) Voir McCormick, Universalization, cit., p. 104 et s. ; Id., On Legal Decisions, cit., p. 249 et s. ; McNicol-Maher, op. cit., p. 65 ; Weinberger, Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning, dans Theory of Legal Science, cit., p. 218. Une version moins rigoureuse, et peut-être plus réaliste, du critère de McCormick est proposée par Burton, qui parle de généralisation en se référant à des principes ou critères qui peuvent valoir dans la plupart des cas, mais pas dans tous les cas (v. Professor McCormick's Claim Regarding Universalization in Law, dans Reason in Law, cit., vol. 2, p. 155 et s.).
(79) Elle satisfait donc au principe d'égalité dans l'emploi des standards, qui est posé par ex. par Larenz, op. cit., p. 278 ; voir aussi Weinberger, op. cit., p. 218 ; Esser, Precomprensione, cit., p. 61.

6. REMARQUES CONCLUSIVES

Etant parvenu à la fin de mon discours, j'ai conscience d'avoir posé plusieurs questions, mais d'avoir proposé peu de solutions. Nous ne disposons, d'ailleurs, pas d'une théorie organique de la justification des évaluations du juge, telle qu'elle puisse être aisément appliquée aux situations particulières où le jugement est fondé sur des *standards*.

L'analyse de ces situations conduit de toute façon à mettre en évidence des aspects qui sont peut-être toujours présents dans l'interprétation des règles de droit, mais qui constituent le noyau de l'application des règles qui contiennent des *standards*.

D'un côté, il s'agit du rôle essentiellement créateur qui est joué par le juge, et qui se traduit dans des évaluations et dans le choix des critères évaluatifs pertinents.

De l'autre côté, il s'agit de l'exigence fondamentale, qui en dérive, que les évaluations et les choix du juge soient justifiés par des arguments rationnels, alors qu'il est aussi nécessaire de se référer à une idée de rationalité qui ne laisse pas de côté, ou dans l'ombre, les jugements de valeur.

A ce propos, je voudrais souligner que cette exigence ne se résout pas dans un besoin vague d'harmonie conceptuelle ou de rationalité abstraite et formelle. Ce qu'il faut, pour les raisons que j'ai indiquées au début, c'est que le juge donne vraiment, dans ses jugements concrets, une base rationnelle argumentée à ses évaluations : si elles doivent être acceptées, elles doivent l'être sur la base de "bonnes raisons", et non pas sur la base d'une autorité arbitraire.

De ce point de vue, ce qui a pu apparaître comme la défense d'une rationalité théorique prend le sens d'une critique adressée à la pratique judiciaire qui est commune en particulier aux systèmes de *civil law*. On sait bien, en effet, que, dans plusieurs pays, le style de la motivation des jugements est tel que les évaluations du juge ne sont pas exprimées, et encore moins justifiées (80). On ne peut discuter ici des causes complexes de ce phénomène (81) ; mais il faut souligner que ce qui en résulte, c'est l'impossibilité de connaître et de contrôler un aspect décisif de l'activité du juge. Cela vaut en général, mais d'une façon spécialement importante, lorsqu'il s'agit d'un jugement fondé sur des *standards*, étant donné qu'ici l'évaluation est le véritable coeur du jugement.

(80) Voir, à propos de différents pays, Taruffo, La motivazione, cit., p. 298 et s. ; Id., La fisionomia della sentenza in Italia, cit., p. 194 et s. ; Esser, Motivation, cit., p. 144 et s. ; Touffait-Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, dans Rev. trim. dr. cit. 1974, p. 487 et s.

(81) Voir à ce propos, Esser, Motivation, cit., p. 146 et s.

Ce que l'on doit constater, c'est alors, malheureusement, que la pratique judiciaire reste souvent très éloignée du minimum de justification nécessaire à une rationalisation satisfaisante du fondement évaluatif des jugements (82). Dans une situation pareille, la décision fondée sur un *standard* risque très souvent d'être synonyme d'une évaluation subjective, impossible à connaître et donc irrationnelle. Alors, même des critères de justification très évidents, comme ceux qui imposent l'énonciation des faits spécifiques qui sont évalués selon le *standard* et du critère d'évaluation qui est employé, sont déjà importants comme conditions de rationalité du jugement. Cela vaut *a fortiori* en ce qui concerne la justification externe des critères d'évaluation, et en général des jugements de valeur qui impliquent des choix individuels du juge.

Face à l'état de la pratique dominante et aux dangers qu'elle implique, le rôle de l'analyse théorique n'est donc pas de rationaliser ce qui se passe, mais d'élaborer des modèles prescriptifs de rationalité justificative : ils pourront avoir de l'influence positive sur la pratique judiciaire et ils peuvent, au moins, donner des instruments rationnels pour la critiquer.

(82) Voir en particulier la critique d'Esser, Motivation, cit., p. 154 et s. ; voir aussi Touffait-Tunc, op. cit., ; Taruffo, La fisionomia, cit., p. 207 et s.

LE CONTROLE DE L'APPLICATION DES STANDARDS PAR LA COUR SUPREME BRESILIENNE

****

THE CONTROL OF THE APPLICATION OF STANDARDS BY THE BRESILIAN SUPREME COURT

Par

José Carlos BARBOSA MOREIRA
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de l'Etat de Rio de Janeiro (Brésil)

1. Le Brésil est une République fédérale, dont l'organisation judiciaire s'étage sur deux niveaux différents : celui de l'Union et celui des Etats-membres. Les deux ordres de juridictions possèdent des organes de premier degré et des cours supérieures. Les juridictions fédérales connaissent des seuls litiges que leur soumet la Constitution de la République, la compétence des juridictions locales étant déterminée par exclusion. Les unes et les autres peuvent appliquer des règles de droit émanées du législateur fédéral ; c'est même un fait pour ainsi dire quotidien, étant donné que les règles de droit civil, de droit commercial, de droit pénal, de droit processuel, etc. ne sont édictées que par le pouvoir législatif de l'Union.

Il est toujours possible, à l'évidence, que les cours supérieures (fédérales et locales) adoptent des interprétations inégales d'un même texte. Cela met en échec l'uniformité de l'application des lois civiles, commerciales, pénales, processuelles, etc. Au point de vue pratique, une disposition du code civil concernant le mariage ou la propriété, par exemple, aura un certain sens dans l'Etat-membre X et un sens différent dans l'Etat-membre Y. C'est un phénomène qui pourrait se manifester même à l'égard d'une disposition constitutionnelle.

On a tenu cette éventualité pour peu convenable et on a voulu y porter remède. Ainsi la Constitution (art. 119, III, d) prévoit-elle une voie de recours (le "*recurso extraordinario*") qui ouvre à la Cour suprême (*Supremo Tribunal Federal*), dans le cas d'une telle divergence, la possibilité d'établir l'interprétation qui mérite de prévaloir. Le projet de la nouvelle Constitution maintient ce système dans l'essentiel, bien qu'il attribue à une autre Cour (le *Superior Tribunal de Justiça*) la compétence pour trancher la question, lorsque le désaccord herméneutique a pour objet une *loi* (non la Constitution elle-même).

2. Tout justifié qu'il soit en théorie, ce mécanisme de contrôle ne laisse pas de présenter des dangers. Le souci de l'uniformité, poussé à l'extrême, risque de nuire à la justice. Les situations concrètes qui donnent lieu à des procès sont évidemment susceptibles de varier à l'infini dans leurs caractéristiques particulières. La loi essaie de les enfermer dans des clauses synthétiques. Ce faisant, elle est bien forcée de simplifier : elle passe sous silence nombre d'éléments qui ne se laisseraient pas réduire aisément à un dénominateur commun. L'hypothèse de fait, telle que la décrit n'importe quelle disposition légale, n'est souvent qu'une caricature, plus ou moins réussie, de l'événement réel.

Or la tâche de juger est loin d'avoir trait à de pures abstractions ; elle porte au contraire sur des tranches de vies humaines, teintes de mille singularités. Le juge ne peut, lui, les mettre à l'écart. On comprend sans difficulté, par conséquent, que deux situations puissent réclamer, à ses yeux, des solutions inégales, quoiqu'elles soient capables, si l'on ne les regarde que dans leurs grandes lignes, de se conformer au modèle prévu dans un même texte. Le juge se sentira alors naturellement poussé à introduire des distinctions, parfois subtiles, dans la "lecture" de ce texte.

Lorsqu'il s'agit de deux cours distinctes, les jugements rendus contrasteront entre eux dans l'interprétation de la loi. On pourra alors, en principe, porter l'affaire devant la Cour suprême, au moyen d'un *recurso extraordiñario* fondé sur l'art. 119, III, d, de la Constitution. Reste à savoir si la Cour, dans tous les cas de ce genre, s'estimera tenue d'assurer coûte que coûte l'unité de la jurisprudence, ou si elle choisira plutôt une ligne de conduite plus encline à la souplesse.

3. Le problème dont nous nous occupons prend un intérêt tout particulier à l'égard des normes juridiques employant des standards, ces notions à contenu variable qui échappent, en raison de leur partielle indétermination, à une définition précise et universellement valable. Le code civil brésilien en fait un usage assez fréquent : aux termes de l'art. 159, "celui qui, par une action ou par une omission volontaire, par *négligence* ou par *imprudence*, viole un droit, ou cause un préjudice à autrui, est tenu de le dédommager" ; un des conjoints peut demander l'annulation du mariage s'il y a eu "erreur essentielle quant à la personne de l'autre conjoint" (art. 218), par exemple une erreur portant sur "l'honneur et la *bonne réputation* de celui-ci", pourvu que la connaissance ultérieure de la vérité rende "*insupportable*" pour le conjoint trompé la vie en commun avec l'autre ; un immeuble appartenant à un mineur sous tutelle ne peut être vendu que s'il y à un "*avantage manifeste*" (art. 429) ; la donation est révocable pour cause d'ingratitude lorsque le donataire a "*gravement injurié*" le donateur (art. 1.183, I, *principio*) ; etc. Les expressions soulignées se rapportent à des standards -ou, pour employer la terminologie allemande, reçue par la doctrine d'autres pays, à des concepts juridiques indéterminés (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) (1).

L'utilisation de cette technique dénote chez le législateur l'intention de ne pas lier l'applicateur de la loi à une description

(1) Dans la littérature juridique brésilienne on trouve l'expression "conceitos jurídicos indeterminados", bien que certains la critiquent comme inexacte : v. Eros Roberto Grau, Direito, conceitos e normas jurídicas, S. Paulo, 1988, p. 72.

trop rigide de l'hypothèse de fait. Ce souci peut bien entendu se rattacher à des motifs variés. Il y a de quoi supposer que, dans certains textes, l'emploi de formules imprécises est un procédé qui s'explique tout simplement *commoditatis causa* ; on pourrait même soupçonner parfois qu'il ne s'agit que d'une maladresse de style. Il faut pourtant reconnaître l'existence de cas nombreux où le droit ne saurait se passer facilement de l'usage des standards.

Une des raisons qui sans doute légitiment cet usage est le fait bien connu que les critères normalement adoptés, dans l'appréciation de la conduite humaine, des phénomènes naturels et des événements en général se modifient sans cesse -et souvent d'une façon très remarquable- dans le temps et dans l'espace. La diversité des moeurs, des habitudes, des croyances, des opinions, des degrés de développement économique, social, scientifique, technologique, ne peut ne pas influencer l'échelle des valeurs qui prédomine dans tel ou tel milieu. Une même distance entre deux villages sera considérée comme assez longue en Belgique et exceptionnellement courte en Amazonie. Au commencement du siècle, les gens croyaient voyager très rapidement lorsqu'ils se faisaient transporter en bateau, pendant quelques semaines, de Rio de Janeiro à Lisbonne ; aujourd'hui on se plaint déjà de lenteur si le vol d'une ville à l'autre dure plus de neuf heures.

Si la disposition légale, en voulant par exemple établir un délai, se fixe à un étalon immuable, elle risque d'entraîner des conséquences indésirables dans son application, car la vraie signification d'une semaine ou d'un an, au point de vue pratique, dépend de multiples circonstances. Selon l'heure et le lieu -pour ne pas parler d'autres variables- cet espace de temps peut s'avérer tantôt excessif, tantôt insuffisant. On se trouve ici en face d'un paradoxe apparent : l'uniformité de la règle mène à l'inégalité et par là à l'injustice ; pour sauvegarder l'égalité et la justice, il faut admettre au contraire une certaine dose de flexibilité dans la règle. C'est à quoi sert la technique du standard : la loi parlera alors d'un "délai raisonnable" ou emploiera une autre expression de ce genre.

4. Si les observations précédentes sont exactes -et elles n'ont d'ailleurs aucune prétention à l'originalité-, nous sommes à même d'en dégager quelques conclusions à propos du contrôle, par la Cour suprême, de l'éventuelle divergence dans l'interprétation des normes faisant usage de concepts juridiques indéterminés.

Deux attitudes sont ici concevables. On peut, d'une part, s'accrocher à cette conviction que, si le droit a créé un mécanisme d'uniformisation, l'organe judiciaire doit le mettre en marche jusqu'au bout, chaque fois qu'un désaccord herméneutique se présente, abstraction faite de toute singularité que l'on puisse

déceler dans le cas d'espèce. Il faudrait retenir une des deux interprétations discordantes et repousser l'autre. Cela revient à dire que, si l'une est vraie, l'autre est nécessairement fausse, et le jugement qui la consacre ne doit pas subsister (2).

On peut cependant considérer, d'autre part, que pousser jusqu'à un tel point l'exigence d'uniformité c'est dépasser nettement les limites suggérées par sa propre raison d'être, au risque d'aboutir, en fin de compte, à un résultat incompatible avec l'inspiration fondamentale sous laquelle des textes comme celui de l'art. 119, III, d, de la Constitution de la République ont été rédigés. Le mécanisme d'uniformisation vise, en effet, à la correction d'inégalités dans l'application de la loi ; maintes fois, pourtant -et le cas des standards, on l'a déjà signalé, en fournit un excellent exemple-, les organes judiciaires préserveront l'égalité substantielle par une interprétation nuancée et plastique plutôt que par la fixation rigoureuse du sens à attribuer, une fois pour toutes, à une disposition légale. Il va sans dire que ce dernier procédé -philosophiquement rattaché, ajoutons-le, à l'héritage du positivisme juridique, avec sa croyance dans un système de normes complet et univoque, aux articulations toujours parfaitement ajustées, sans aucune fissure et sans aucune antinomie- menace d'un coup mortel l'utilité des standards dans la rédaction des lois.

5. L'importance pratique du problème que nous examinons augmente, dans bien des cas, lorsque la règle de droit se destine à être appliquée dans des milieux fort hétérogènes. Il suffit de penser aux concepts qui impliquent des jugements de valeur particulièrement sensibles d'être influencés par les habitudes courantes. Plus celles-ci varient, plus on éprouve le besoin de la flexibilité qui est la marque des standards tels que "bonnes moeurs", "injure grave", "mauvaise conduite", "punition immodérée", etc...

Les exemples sont innombrables. Notre attitude à l'égard du langage, des gestes, de la façon de s'habiller ou d'élever les enfants, de toute manifestation de la vie sexuelle, est très étroitement liée aux croyances, aux opinions, aux préjugés de notre ambiance. Certes, il y aura toujours des composantes strictement individuelles dans nos actions et réactions ; mais la remarque que nous venons de faire, et qui d'ailleurs frise la banalité, n'est pas moins exacte pour autant.

(2) C'est la position, v.g., de Seabra Fagundes, A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano, in Revista de Direito Público, vol. 23 (1973) ; cet auteur y émet un jugement défavorable sur la proposition n° 400 de la Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, dont nous parlerons dans le n° 8 de notre rapport.

Dans un climat conservateur, une femme se tiendra pour gravement injuriée si son mari prononce en sa présence certains mots, qu'elle estime obscènes, ou, pis encore, s'il essaie d'avoir avec elle des rapports intimes d'un caractère moins traditionnel. Par contre, dans une autre atmosphère sociale et culturelle, la femme elle-même n'hésitera pas à faire usage d'un vocabulaire libre, ni à accueillir avec une parfaite naturalité, quant au reste, les propositions les plus hardies, sinon à prendre ses propres initiatives sur ce terrain-là... Infliger un châtiment corporel à un enfant est une pratique regardée dans quelques milieux comme tout à fait légitime, voire nécessaire, tandis qu'ailleurs elle fera crier au scandale.

Si tout cela est vrai même pour des sociétés plus harmonieuses dans leur structure (3), le phénomène s'exacerbe dans un cadre de dissemblances et de contrastes comme celui qui caractérise en général les pays moins développés, et spécialement ceux dont le territoire est très vaste. C'est justement le cas du Brésil, où plus de 140 millions d'habitants se distribuent par des régions d'une extrême variété en ce qui concerne l'aspect physique, les ressources naturelles, le climat, la densité de population, mais surtout le degré de développement économique, social et culturel ; où, pour tout dire, malgré l'effet partiellement "niveleur" des *mass media*, des couches assez inégales de civilisation coexistent d'une façon bizarre, parfois jusqu'à l'intérieur d'une même ville ou d'un même quartier. Dans ces conditions, si l'on emploie toujours des critères invariables pour trancher, disons, des différends matrimoniaux, soit qu'il s'agisse de paysans du nord-est ou de la haute bourgeoisie de Sao Paulo, on tombera tôt ou tard dans l'absurde. Vouloir "uniformiser" à outrance est ici le moyen le plus sûr de sanctionner l'iniquité.

On ne saurait donc se passer d'un "soupirail". La voie de recours prévue dans l'art. 119, II, d, de la Constitution mérite un destin plus honorable que celui de servir d'instrument d'injustice. Il nous reste à voir quels expédients techniques la Cour suprême pourra utiliser pour se tirer d'embarras, lorsqu'elle est saisie d'un *recurso extraordinario* fondé sur le désaccord entre deux arrêts de cours distinctes, quant à l'interprétation d'un texte se reportant à un concept juridique indéterminé, et qu'elle estime préférable de laisser subsister la divergence.

(3) Un problème analogue à celui que nous examinons attire l'attention de la doctrine, en République Fédérale d'Allemagne, à propos de la Revision - une voie de recours qui joue, dans ce pays, un rôle semblable en partie à celui de notre recurso extraordinario : v., pour tous, Henke, Die Tatfrage - Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, Berlin, 1966, et Rosenberg - Schwab, Zivilprozessrecht, 14e éd., München, 1986, p. 930.

6. Le premier consiste à disqualifier la question comme question de droit. Le *recurso extraordiñario* n'autorise pas la Cour suprême à reprendre en son entier l'examen du litige. Il faut qu'elle accepte le fait tel qu'il résulte des énonciations du jugement rendu par l'autre cour. Elle ne fait porter son appréciation critique que sur les questions de droit, encore que, à la différence de ce qui arrive chez les cours de cassation du type classique, elle ne se borne normalement pas, si elle accueille le *recurso*, à annuler l'arrêt attaqué, pour renvoyer l'affaire à une autre juridiction, mais elle applique aux faits la règle juridique établie et par là elle substitue son jugement à celui qui fait l'objet du *recurso*.

Or, il incombe à la Cour même, au moment où elle contrôle la recevabilité du *recurso*, de décider si la question posée est vraiment une *questio iuris* ou plutôt une simple *quaestio facti*. Si la Cour estime que seule une question de fait est en jeu, elle déclare le *recurso* irrecevable, ce qui revient à dire qu'elle se refuse à examiner la décision attaquée. Dans une situation pareille, on restera toujours dans l'ignorance de la position que pourrait prendre la Cour à l'égard de la question dont il s'agit.

D'autre part, nul n'ignore que la distinction entre les *quaestiones facti* et les *quaestiones iuris* a donné lieu de tout temps à des doutes et à des controverses parfois orageuses. Certes, il y a bon nombre d'hypothèses où aucune hésitation ne serait justifiée. On trouve aussi, cependant, des cas limites qui semblent difficiles à classer -tout au moins à juger par la remarquable volubilité avec laquelle les cours les rangent tantôt d'un côté, tantôt de l'autre. Ce phénomène peut bien entendu s'expliquer quelquefois par une espèce de "manipulation" : la cour qualifie la question, tour à tour, de telle sorte qu'elle puisse en prendre connaissance ou, au contraire, se créer une raison légitime pour s'en abstenir (4). C'est une inversion logique, sans doute, mais consciemment assumée en vue du but que l'organe judiciaire se propose.

Il n'est pas facile de repérer dans la jurisprudence de la Cour suprême des échantillons susceptibles d'illustrer la description de ce procédé. On y découvre plusieurs exemples d'oscillations concernant la qualification d'actes juridiques (v.g. : s'agit-il vraiment d'un mandat ? la somme d'argent remise par l'un des contractants à l'autre l'a-t-elle été à titre d'arrhes proprement dites ? les parties ont-elles conclu une donation ou un

(4) On rappellera la remarque ironique de Jolowicz, Appellate proceedings (rapport général du Congrès international de Droit Processuel de Gand, 1977), in Towards a Justice with a Human Face, Antwerpen - Deventer, 1978, p. 137 : "the statement "the court may only entertain appeals on points of law" scarcely differs from the statement "a point of law means a point which may be entertained by appellate courts which are restricted to points of law".

partage d'ascendants ? (5)) ; pour ce qui est des standards, toutefois, la recherche devient beaucoup plus pénible, car l'"*ementa*" (c'est-à-dire l'énoncé succinct du principe juridique consacré dans la décision, que l'on met en tête de l'arrêt) ne révèle normalement pas la position prise par la Cour en la matière.

Quoi qu'il en soit, nous ne saurions approuver la technique de la disqualification. Savoir si tel père a donné des coups de poing à son fils est une chose ; décider s'il lui a infligé par ce moyen un châtiment immodéré en est une autre. La première question est une pure *quaestio facti*, comme telle soustraite à l'appréciation de la Cour suprême ; la deuxième est une *quaestio iuris*, puisqu'elle concerne l'interprétation de la règle de droit (art. 395, I, du Code civil), et la Cour ne peut ne pas lui reconnaître cette qualité.

7. La deuxième possibilité ne s'applique qu'à une part des *recursos extraordinarios*. Aux termes de l'art. 119, parag. 1er, de la Constitution de la République, pour rendre recevable le *recurso*, dans certains cas -dont celui qui nous intéresse ici, c'est-à-dire lorsqu'on invoque une divergence jurisprudentielle dans l'interprétation d'une loi fédérale-, il faut que le jugement attaqué corresponde à une des prévisions du Règlement Interne de la Cour suprême. Dans la liste de ces prévisions (art. 325), après la mention de quelques cas spécifiques, on trouve une disposition générique ainsi conçue : "dans tout autre procès, pourvu qu'il s'agisse d'une question fédérale importante". L'art. 327, parag. 1er, du Règlement dispose à son tour : "Est considéré comme importante la question fédérale qui, par ses répercussions dans l'ordre juridique, et compte tenu des aspects moraux, économiques, politiques ou sociaux du litige, réclame la décision de la Cour sur le *recurso extraordinario*".

On voit bien que la notion de "question fédérale importante" est elle-même un concept juridique indéterminé. Elle peut être utile dans la matière que nous examinons. Lorsqu'un *recurso* est formé hors des cas spécifiques prévus dans le Règlement, il ne sera recevable que s'il pose une question fédérale importante. Or il incombe à la Cour même de décider si la question est importante ou si elle ne l'est pas. Etant donné la grande flexibilité de cette notion, la Cour n'aura pas de difficulté à déclarer irrecevable le *recurso*, chaque fois qu'elle estime justifiée par les circonstances la divergence d'interprétation. Il lui suffira en effet de nier l'importance de la question. C'est un

(5) V., respectivement, les arrêts du 24.10.1974, E.R.E., n° 77.539, in Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 74, p. 144 ; du 25.10.1977, R.E. n° 87.855, ibid., v. 86, p. 691 ; du 20.4.1982, R.E., n° 94.512, in Diário da Justiça du 7.5.1982, p. 4.270.

procédé fort commode, d'autant plus qu'aucune règle n'impose à la Cour de motiver cette décision. En tout cas, répétons-le, il est applicable seulement là où une prévision spécifique n'existe pas dans la liste de l'art. 325 du Règlement Interne.

8. Il reste encore une possibilité, et c'est la plus importante, car d'une part elle peut être utilisée dans n'importe quel cas (6), d'autre part elle permet d'échapper aux critiques que soulève un expédient techniquement vicieux comme celui de la disqualification (supra, n° 6). On aperçoit sans peine l'usage fréquent de ce troisième procédé dans la jurisprudence de la Cour suprême. Elle a inclus dans son répertoire officiel ("*Sūmula da jurisprudência predominante*") une proposition (n° 400) suivant laquelle, si le jugement a donné à la loi une "interprétation raisonnable", la voie du *recurso extraordiñario* ne s'ouvre pas, bien que cette interprétation "ne soit pas la meilleure". L'inclusion d'une proposition dans la "*Sūmula*" a une signification que l'on ne saurait négliger. Elle présuppose normalement l'application réitérée d'un même principe juridique dans un nombre considérable d'arrêts et elle dénote la ferme disposition de la Cour à s'y tenir chaque fois qu'un cas analogue se présentera.

On comprend aisément la portée de la thèse consacrée dans le n° 400 de la "*Sūmula*". Elle ne se borne pas, de toute évidence, au domaine des standards (7), mais elle peut y jouer un rôle capital. En l'adoptant, la Cour admet carrément la possibilité qu'une même règle prenne tour à tour des sens changeants dans le système juridique brésilien. La teneur littérale de la proposition, il est vrai, donne à entendre qu'il y a toujours une interprétation "meilleure", à côté d'autres qui seraient moins bonnes, quoique "raisonnables". Mais il ne faut pas exagérer l'importance de cette formule, au point de vue pratique : si la décision attaquée subsiste, que l'interprétation consacrée par la cour dont elle émane soit considérée comme "la meilleure" ou tout simplement comme "raisonnable", cela ne change rien au résultat.

S'agissant d'un concept juridique indéterminé, on conçoit sans peine, en principe, la possibilité de plusieurs interprétations "raisonnables" : non pas, bien sûr, dans le sens d'un pouvoir discrétionnaire conféré à l'organe judiciaire, mais dans celui d'une marge de choix qui tienne compte des variables dont nous avons parlé et par là permettre d'adapter l'idée générale exprimée par le standard aux contours capricieux du réel. Pour reprendre

(6) Il convient toutefois de préciser que la Cour s'abstient d'y avoir recours lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'un texte de la Constitution : v., par exemple, l'arrêt du 5.12.1979, A.R. n° 890-1, in Diário da Justiça du 11.4.1980, p. 2.236.

(7) Jardel Noronha et Odaléa Martins, Referências da Súmula do STF, Brasilia, 1969, v. 20, rapportent plus de 200 arrêts fondés sur la proposition n° 400 dans la période 1964-1967, et plus de 100 dans la seule année de 1968.

un exemple déjà utilisé, il peut s'avérer parfaitement "raisonnable", dans certaines circonstances, d'interpréter une règle de droit qui fait mention d'"injure grave" de façon à y inclure l'emploi d'un langage grossier, tandis que, dans d'autres circonstances, cette conduite ne mériterait pas une telle qualification. On évite ainsi les conséquences indésirables auxquelles pourrait conduire en pareille matière la technique d'uniformisation représentée par le "*recurso extraordiñario*" ex art. 119, III, d, de la Constitution, si dans son application l'on devait négliger tout autre intérêt et faire table rase de toute autre valeur.

STANDARDS, NOTIONS FLOUES ET FORCES SOCIALES DANS LE DROIT MEDICAL CONTEMPORAIN

****

STANDARDS, FUZZY NOTIONS AND SOCIAL FORCES IN THE CONTEMPORARY MEDICAL LAW

Par
Noël J. MAZEN
Secrétaire Général de l'Association Française de droit de la santé
Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne

Tout système normatif se construit nécessairement en fonction de la pratique conceptuelle, de la réalité sociale et des nécessités économiques et politiques d'une société. Ainsi, selon les époques, le système juridique évolue tantôt vers plus de formalisme, tantôt vers l'utilisation de concepts permettant plus de souplesse.

Il semble que le droit occidental contemporain, après avoir subi pendant de longues années l'influence positiviste et scientiste conduisant à une multiplication et à un pointillisme des règles, ressente actuellement un désir de plus grande flexibilité et la nécessité d'une adaptation plus rapide aux besoins sociaux. C'est cela, semble-t-il, qui le conduit à multiplier les notions floues et les standards.

Cela est inévitable lorsque le droit s'insinue dans les moindres méandres du jeu social et prétend tout régir ; en effet, de nombreux domaines ne peuvent s'accommoder de règles de droit précises et complexes : ils imposent une certaine souplesse difficilement compatible avec les exigences de normes techniques.

Ainsi débouche-t-on inévitablement sur des notions "molles" (1) ouvrant un champ de possibles au juge ou bien le renvoyant, par le biais de standards, à un autre type de normativité.

La notion souple doit en effet, à notre sens, être distinguée du standard : l'une délimite un espace de liberté qui accorde une certaine latitude au juge (2), l'autre lui propose de définir son propre espace de liberté par référence à un autre ordre normatif (3).

On définit souvent le standard comme un comportement moyen, "une mesure moyenne de la conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée" (4). Cela ne nous semble pas tout à fait exact en ce que le standard n'a pas vocation à exprimer les frontières du comportement admissible par la loi. Il se borne à indiquer par quels raisonnements ou plutôt par quelles références celui qui

(1) M.A. Hermitte, "Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, l'exemple des droits individuels", Archives de Philosophie du Droit, 1985, tome 30, p. 332.

(2) C. Perelman, "Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique", Paris, L.G.D.J., 1984, p. 135 ; dans le même sens : J. Verhaegen, "Notions floues en droit pénal", in "Les standards, notions critiques du droit", Ed. Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 7-19.

(3) S. Rials, "Le juge administratif et la technique du standard ; essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité". Préface P. Weill, Ed. L.G.D.J., Paris, 1980, n° 51, p. 47 ; en ce sens, C. Atias, "Epistémologie Juridique", Ed. P.U.F., Paris, 1985, pp. 59-60, n° 30.

(4) Al Sanhoury, "Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise", 1925, p. 41 ; voir encore R. Pound, Communication au Congrès de l'American Bar Association, 1919 : "mesure moyenne de conduite sociale correcte".

aura pour mission d'interpréter la loi, pourra déterminer le comportement adéquat.

Ainsi que le souligne Stéphane Rials, le standard est une méthode, une technique de formulation indirecte de la règle de droit (5) ; il se situe aux frontières de l'internormativité puisque, pour établir les limites de la règle de droit, il propose en général une référence extra-juridique. Tandis que les décisions judiciaires prises par la mise en oeuvre d'une notion floue sont l'expression d'un certain pouvoir discrétionnaire du juge, le standard procède d'une démarche normative.

Certains considèrent que les deux notions sont étroitement liées ; le juge, face à une notion à contenu variable, faisant appel "le plus souvent à des standards c'est-à-dire à des critères fondés sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société au moment où les faits doivent être appréciés" (6). Certes, qu'il s'agisse de standards ou de notions floues, le but est de donner au juge une potentialité d'adaptation de la norme à la réalité de manière à éviter que, confronté à l'injustice ou l'inéquitabilité d'une règle trop stricte et dont il juge les conséquences inacceptables, il s'en libère par le biais de fictions, fausses lacunes ou fausses antinomies. Notions floues et standards sont donc membres d'une même famille.

Toute réflexion sur celle-ci conduit à analyser l'un des aspects du droit les plus difficiles à appréhender puisque élaboré à partir du concept d'abstraction. Il est particulièrement significatif que la notion de standard ait une vie mouvementée tantôt élément essentiel de l'évolution du droit, tantôt élément dont l'existence même apparaît refusée.

L'absence de définition stricte, les contradictions marquées par la doctrine rendent difficile toute approche de théorie juridique des standards et des notions floues. Le danger est double : se borner à une approche psycho-sociologique et magnifier la démarche du juge face aux standards et notions floues, ou à l'inverse vouloir trop abstraire et refuser tout ce qui n'est pas précis en ignorant que notions floues et standards sont parfois nécessaires pour connecter la règle générale sur la réalité sociale.

En toute hypothèse, le regard porté actuellement sur ces notions ne peut être comparé avec celui des théoriciens des années 1930 ; en effet standards et notions floues ont connu à cette époque un développement doctrinal s'inscrivant dans la réaction aux excès de l'exégèse, et dans l'intérêt suscité par l'idée de l'individualisation nécessaire du droit (7). Face à un besoin

(5) S. Rials, précité, pp. 45 et s.
(6) C. Perelman, précité, p. 136.
(7) On peut se demander si les aléas rencontrés en France par la notion de standard

nouveau, les juristes ressentaient la nécessité d'un processus exceptionnel (8) ; aussi la doctrine, à la suite de Lambert (9) et de l'Ecole de Lyon en France et à celle du doyen Pound aux Etats Unis lui fit-elle une place importante (10).

La période actuelle n'est pas marquée par un tel mouvement doctrinal et il semble plutôt que ce soit la pratique mais également le législateur qui ressentent la nécessité de ces notions et, progressivement, en accroissent l'impact.

Cela doit-il nous étonner ? Certes pas : le succès du positivisme et la passion du juriste contemporain pour la technique juridique ne suscitent en effet ni débat ni approfondissement de ces notions ; le renforcement des spécialisations a naturellement conduit la plupart des juristes à s'isoler dans leur technique délaissant bien souvent toute réflexion fondamentale.

Il est cependant difficile de ne pas s'interroger sur les conséquences qu'aura, en matière juridique, la faillite actuelle de la plupart des mouvements intellectuels traditionnels et le bouillonnement qui va leur succéder et dont on ne sait trop quel sera le devenir.

Le standard suscite la méfiance des juristes positivistes attachés à juste titre à la sécurité juridique dans la mesure où il ne répond pas aux impératifs que le droit français s'impose depuis la Révolution : prévisibilité, égalité des justiciables, prohibition de l'arbitraire.

L'évolution du droit depuis près d'un siècle a conduit les juristes à prendre une certaine distance vis-à-vis de la supériorité de la loi ; c'est ainsi que les notions d'équité et d'intérêt général ont pris une certaine importance dans la dialectique des juges tandis que le législateur lui-même multipliait dans les textes les notions à contenu variable, notions confuses, floues, imprécises voir même indéfinissables et donc, par essence, laissées à la libre appréciation du juge.

Le développement de l'utilisation des notions floues et des standards apparaît inévitable pour deux raisons :

- la première est l'intervention du droit dans toutes les directions y compris dans des domaines autrefois concédés aux règles morales, aux usages, à la simple bonne foi,

---

ne sont pas dus essentiellement à ses origines doctrinales et philosophiques, qui l'on conduit à connaître le même sort que les doctrines qui en avaient fait le succès et donc le déclin. Au contraire, aux Etats Unies, l'approche beaucoup plus pragmatique du standard fait que la notion est depuis un demi-siècle considérée comme une constante nécessaire du système juridique.

(8) C. Perelman, précité, p. 137.

(9) Lambert, "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis", 1921, p. 51.

(10) R. Pound, "An introduction to the philosophy of Law", 1922 et "Social control through law", 1942.

- la seconde est issue de l'importance de plus en plus grande prise par le droit européen qui, pour arriver à concrétiser un accord entre le législateur des douze pays de la Communauté, est fréquemment contraint de se limiter à des notions vagues ou à contenu indéterminé dont l'interprétation est laissée à la Cour de Justice des Communautés Européennes (11).

Ainsi que le souligne Stéphane Rials, la doctrine actuelle a une conception très extensible du standard ; notions floues et notions vagues, ainsi que notions indéterminées sont baptisées standards. "C'est là une conception particulièrement extensible et peu opératoire de la notion. Cela suffit probablement à expliquer la relative erreur dans laquelle elle est tombée" (12).

La Cour de cassation elle-même ne cautionne-t-elle pas une approche fonctionnelle du standard puisqu'elle considère qu'il ne relève pas de son contrôle, qu'il serait une simple question de fait dépendant de facteurs contingents ?

Quoiqu'il en soit, il nous semble important d'aborder le phénomène des standards et notions floues sans a priori défavorable. "L'imprécision du terme juridique, perçue au premier abord comme un défaut dans une conception positiviste du droit, paraît au contraire, à la réflexion, plutôt comme un aspect essentiel du droit" (13).

Le système légaliste, l'extension actuelle du pouvoir de l'Etat conduisent inévitablement à des excès dont les limites sont marquées par des épiphénomènes comme l'émergence d'une para-normativité et l'apparition de médiateurs et de conciliateurs dont le rôle est de tenter de trouver la solution du litige au-delà même de la règle de droit. "L'état de droit est dévoré de l'intérieur par des pratiques, des concepts, des modes de raisonnement, des institutions qui lui viennent des nouvelles branches du droit" (14).

Ainsi que l'ont démontré des auteurs comme Pecker ou Mackaay, l'utilisation de notions floues a pour objet de redistribuer quelque peu les rôles entre le législateur et les tribunaux de manière à adapter la règle à la structure judiciaire

(11) Cf. H. Bauer - Bernet, "Notions indéterminées et droit communautaire". Les notions à contenu variable en droit, p. 269 et s. Voir particulièrement le principe selon lequel "aucune dérogation ne peut porter atteinte au droit commun au-delà de la mesure nécessaire". J. Perrin, "Comment le juge suisse détermine-t-il les mesures juridiques à contenu variable ?", in Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1984, p. 223.

(12) S. Rials, précité, p. 35. Voir également : Hauriou. "Police juridique et fond du droit", R.T.D.Civ., 1926, p. 265 s. "Le standard est un élément de méthode..., un procédé de préparation et d'organisation juridique pour mettre sûrement en place toutes les données du problème que l'on a à résoudre...", p. 151.

(13) Y. E. Mackaay, "Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision", Langages 1979, n° 53, p. 35.

(14) M. A. Hermitte, précité, p. 332.

et sociale, et à permettre une plus saine "gestion" de la norme juridique.

Dans ce cadre, les difficultés que l'incertitude de la règle peu causer, apparaissent en général moins grandes que les difficultés dues à son inadéquation et à son incapacité à évoluer. L'interprétation d'une notion floue, dès l'instant où elle ne conduit pas à violer les conventions linguistiques habituelles et ne met pas en cause la cohérence du système juridique, permet d'intégrer dans la mise en oeuvre de la loi la recherche d'un certain consensus moral, social ou professionnel.

Ainsi, la "fluidité sémantique des termes juridiques apparaît comme un moyen indispensable de maintenir un équilibre entre la nécessaire précision de la règle de droit et l'accélération du mouvement social qui régulera certains domaines, prenant en défaut la règle de droit trop précise".

Cela est particulièrement vrai en droit médical dans la mesure où l'évolution de la réalité sociale et scientifique contemporaine est propice à la multiplication des standards et notions floues, cause ou conséquence d'une réelle insécurité juridique (15). Cette situation suscite un certain malaise tout à la fois dans le monde des praticiens de la santé qui parfois a du mal à percevoir les marges concrètes de la licéité de ses comportements mais aussi chez les patients qui sentent incertaines les barrières posées à un pouvoir médical toujours redouté.

L'objet de notre développement sera de démontrer comment tant les standards que les notions floues peuvent être le lieu privilégié d'affrontement des forces sociales.

L'originalité de la situation en droit médical réside pourtant moins dans la qualité des intervenants ou dans le danger plus perceptible aux libertés individuelles et à la dignité de la personne humaine inhérents à cette évolution que dans la diversité des causes qui y président et la singularité de certains de ses effets. En un domaine où le droit se trouve intimement aux prises avec des valeurs sociales essentielles, elles-mêmes radicalement disputées, et dans lequel le poids des innovations scientifiques pèse de manière décisive sur la révision des jugements moraux et des acquits traditionnels, la chose ne saurait étonner. Le phénomène est particulièrement clair dans deux directions qui impriment au droit médical sinon une évolution déterminante, du moins un dynamisme conflictuel :

- l'accroissement de la liberté de la recherche exigée par la course actuelle à "l'innovation scientifique" qui s'accommode mal des limitations que le droit médical apporte à son exercice,

(15) Sur l'insécurité juridique, voir N.-J. Mazen : "L'insécurité inhérente au système juridique", Thèse dactylo. Dijon, 1979.

- les tentatives de démédicalisation enfin qui visent à libérer l'individu de l'emprise du corps médical et en même temps à tourner une réglementation contraignante d'un point de vue économique ou impliquant une conception de la gestion de la santé que d'aucuns voudraient moins dogmatique.

Sous l'effet de ces aspirations, la lutte s'organise précisément en ces points obligatoires qui constituent les notions à contenus variables et les standards. A ceux que le législateur a lui-même établis ou que la jurisprudence a créés pour peu à peu les circonscrire, s'ajoutent ceux que le milieu médical suscite pour les insérer dans le système juridique, ce qui lui permet d'asseoir son contrôle sur les "concepts durs" qu'il s'efforce de rendre équivoques pour mieux les asservir à ses buts.

I - LA LIBERTE DE LA RECHERCHE

Les sociétés post industrielles, marquées par le règne de l'information, ont pour moteur essentiel l'innovation, la recherche de nouveaux produits signifiant la conquête de nouveaux marchés. En amont, la concurrence n'est pas moins vive entre scientifiques ; elle se traduit par la course à la publication et conditionne l'octroi de crédits. C'est dans ces conditions que la recherche scientifique est entourée et choyée par les pouvoirs publics qui y aperçoivent l'un des instruments essentiels du développement industriel. Cette primauté rencontre toutefois des limites dans certains de ses objets d'étude : en effet, la défense et la sauvegarde de la personne humaine représentent un idéal plus grand encore auquel le postulat de la liberté de la recherche s'affronte souvent. Pour résoudre les conflits qui pourraient survenir, les milieux scientifiques tentent de jouer sur la compréhension de notion de personne humaine, en lui opposant parfois celui de fins scientifiques.

A - La notion de personne humaine

Il ne sera pas dans notre propos de retracer les débats qui entourent les tentatives de définition, mais plutôt de souligner le rôle du milieu médical pesant sur l'évolution des notions clés qui en défendent l'accès. Le processus est simple et consiste à circonvenir les problèmes à quelques notions premières dont la définition, détachée en partie du sens commun, reste au seul pouvoir des scientifiques : ainsi en est-il de la mort et de l'enfant à naître.

1 - La mort

De phénomène simple, évident et naturel (16), le phénomène de la mort est devenu, depuis une vingtaine d'années, complexe, mystérieux et médiatisé par des techniques et des institutions qui en occultent la perception (17). Si cette évolution rend également compte des paramètres sociologiques fondamentaux, elle manifeste surtout un lieu privilégié de conflit d'un point de vue juridique.

On objectera que la constatation de la mort a, de tout temps, incombé au corps médical (18), qu'elle n'est qu'un fait juridique dont seules les conséquences appartiennent à la sphère du droit. Pourtant, on ne peut qu'être frappé aujourd'hui par le divorce entre le discours scientifique sur la mort et l'attitude du public face à celui-ci (19). La révélation du caractère graduel de l'exitus (20), la nécessité d'un appareillage technique pour en mesurer l'accomplissement lui ôtent son immédiateté en quelque sorte rassurante. Ce n'est pas en raison d'une certaine complexification de la réalité biologique que le phénomène de la mort est revenu au premier plan de l'actualité juridique, mais parce que cette complexification révèle une exigence de la recherche médicale et scientifique. Le corps médical ayant de plus en plus besoin de matériel vivant, tend à avancer les limites de la mort. La pratique des greffes le commande mais aussi celle des expérimentations (21) : un homme en coma dépassé est-il déjà mort ou s'agit-il d'un "état végétatif chronique" (22) ? La mort se perd et éclate en des signes dont aucun ne paraît s'imposer de manière décisive : les proches d'un patient dont deux électro-encéphalogrammes plats ont attesté de la mort cérébrale, mais qui conserve ses

(16) Voir Ph. Aries, "Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen-Age à nos jours", Ed. Seuil, Paris, 1975, p. 218 s. ; I. Illich, "Némésis médicale", Ed. Seuil, Paris, 1975, p. 170 s. ; E. Morin, "L'homme et la mort", Ed. Seuil, Paris, 1976, p. 301.

(17) Sur les méthodes simples de constatation de la mort avant la promulgation de la circulaire du 24 avril 1968, comme l'artériotomie ou la méthode d'Icard mises en vigueur avec la circulaire du 3 novembre 1948 : voir P.-J. Doll, "Les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes en l'état actuel de la législation française", J.C.P., 1968, II, 2168, n° 25 et 26.

(18) Si l'on excepte bien sûr la mort civile qui était de nature purement juridique ; voir par exemple, art. 27 du décret du 31 décembre 1941.

(19) Voir en ce sens, R. Dierkens, "Les droits sur les corps et le cadavre de l'homme", Ed. Masson, Paris, 1966 ; J. Py, "A propos des greffes d'organes", G.P., 1968, II, 86.

(20) Sur un très bon exposé de ce processus : voir C. Kaufer, "Le phénomène de la mort au point de vue médical", Concilinus, Vol. 94, avril 1974, pp. 31-34.

(21) Cf. la proposition de loi d'origine sénatoriale votée à l'unanimité le 12 décembre 1988 par l'Assemblée Nationale sur l'expérimentation et la recherche biomédicale. Ce texte admet sous certaines réserves la recherche sans finalité thérapeutique directe ainsi que certaines expériences sur les personnes en état végétatif prolongé (cf. les articles P.R.D. et J.Y. Nau, Le Monde, 14 décembre 1988 ; dépêche A.F.P. du 14 décembre 1988).

(22) Les expériences menées par le Professeur Michaud : V.B. Portnoi, "A propos de la définition légale de la mort", G.P. des 25 et 26 mai 1988, p. 9 s.

fonctions végétatives seront-ils vraiment convaincus de son décès (23) ?

Tout donne l'impression en définitive que ce n'est pas tant une définition de la notion floue que l'on recherche mais plutôt un compromis entre les exigences sociales actuelles et les nécessités de la science ; il s'agit, en effet, de décider à quel stade d'une existence biologique, dont personne ne conteste qu'elle se poursuit au-delà de la définition légale actuelle de la mort (24), un être humain sera ou non considéré comme une personne et donc protégé comme tel. En ce sens, le terme "constatation de la mort" devient impropre, il faudrait parler d'une mort décrétée. La mort n'est plus la perception d'un état naturel mais d'un niveau d'existence biologique qui permet de délaisser le matériel humain utile au corps médical dans la mesure où il ne révèle plus suffisamment aux yeux de la société l'existence réelle d'une personne. C'est à ce point d'équilibre que se situe pour l'heure le moment de la mort en droit ; on ressent parfaitement la fragilité du critère et son contenu conflictuel.

Dans cette première illustration, la résistance sociale se montre, au moins progressivement, la plus forte face aux exigences des scientifiques de sorte que le standard atteint une certaine stabilité. La situation apparaît toute différente pour l'enfant à naître.

2 - L'enfant à naître

Le statut juridique de l'enfant à naître, est-il nécessaire de la rappeler, est composite d'un point de vue strictement juridique ; à la lumière des textes positifs, il appartient au monde des choses, aux dires de certains jusqu'à la dixième semaine de grossesse (25), voire jusqu'au septième mois (26) ; en toute hypothèse, sa protection s'accroît graduellement jusqu'au seuil de la viabilité où l'on peut situer sans hésitation l'émergence de la personnalité (27).

(23) Voir J.D. Arnold, "Public attitudes and the diagnostic of death", J.A.M.A., vol. 206, 1968, pp. 1949-1954.

(24) Voir Comité Consultatif National d'Ethique. Avis du 24 février 1986 sur "Les malades en état végétatif chronique". Voir également Affaire Karen Quinlan ; Voir K. Bai, "Implication of the Karen Quilan Case - Real and imaginary". Actes du 5ème Congrès de Droit Médical, Gent 1979, p. 278.

(25) Voir art. L. 162-1 du Code de la Santé publique ; en ce sens, F. Terré, "L'enfant de l'esclave", Ed. Flammarion, Paris, 1987, p. 143-144 ; R. Thery, "La condition juridique de l'embryon et du foetus", Dalloz, 1982, chron. p. 231 ; B. Louvel, "Les données juridiques actuelles de la vie humaine jusqu'à la naissance", G.P., 1984, I, p. 4 s.

(26) N.-J. Mazen, "Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme", Bioéthique et droit. Etudes rassemblées par R. Drai et M. Harichaux, P.U.F., 1988, p. 194.

(27) Sur la question de la viabilité, voir M. François, "Contribution à l'étude de la personnalité", Revue de droit, de législation et de la jurisprudence, tomes 54-55,

Cette hiérarchie qui suit l'embryogénèse non sans prendre quelques libertés avec la réalité scientifique (28), a été adoptée dans la perspective de ménager au profit de la mère une possibilité d'interrompre une grossesse non désirée. Le débat, qui semblait tranché en fonction des impératifs sociaux, a rebondi assez singulièrement avec l'accroissement considérable de l'intérêt manifesté par le corps médical et les scientifiques pour les tissus foetaux, bref pour le matériel humain anténatal. L'utilisation d'embryons, de foetus ou de tissus d'origine foetale ou embryonnaire à des fins de recherche a soulevé une grande émotion dans tous les milieux (29) : s'agit-il de simples choses ou sont-ce des choses bénéficiant d'une protection particulière ?

La recherche a obtenu d'utiliser sans restrictions spécifiques les tissus et matériels vivants provenant de foetus morts (30) ; en revanche, se pose le problème des embryons vivants, c'est-à-dire des organismes vivants dans les premiers stades de leur développement. C'est à ce point que se noue le débat théorique : la notion d'enfant à naître se perd en de multiples étapes dont aucune ne semble emporter l'adhésion de manière décisive et sur lesquelles s'affrontent scientifiques, juristes et bioéthiciens. Curieusement, les termes embryons et foetus qui désignent les deux stades majeurs de l'ontogénèse, ne se voient conférer aucune signification juridique particulière (31). Deux notions s'affrontent en revanche, auxquelles leurs promoteurs voudraient que soient attribuées une valeur en droit : la "personne potentielle" et le "préembryon".

La "personne potentielle" est un concept éthique, qui ne cache pas cependant ses ambitions juridiques. Il est attaché à l'embryon dès sa fécondation ; le clair dessein des autorités

---

1930-1931, p. 143 s. ainsi que 286 s.

(28) C'est ce que l'on peut déduire des discussions sans fin entre partisans et adversaires de l'avortement qui tour à tour utilisent des arguments purement biologiques au soutien de leurs affirmations, arguments dont la véracité scientifique n'est pas contestées ; qu'il s'agisse de la continuité du processus de l'embryo-génèse (voir Recommandation du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1986 ; C. Jacquinot, "La recommandation du Conseil de l'Europe relative à la protection juridique de l'enfant dès sa conception", G.P. 24-25 juin 1987, pp. 22-23), du positionnement des "sauts qualitatifs" qui consacrent l'apparition de l'humanité (voir par exemple : R.M. Veatch, "Definition of life and death : should there be consistency", in "Defining human life", N.Y. 1983, p. 99 ; C. Grobstein, "A biological perspective in the origin of human life and personhood", in "Defining human life", Shaw and Doudera, Ed., N.Y., 1983, p. 3 ; aucune des parties ne semble se satisfaire du "découpage" actuel...

(29) Cette émotion s'attache plus semble-t-il aux opérations de recherche et aux opérations onéreuses qu'aux buts thérapeutiques : sans doute le public perçoit-il dans ces derniers un bénéfice immédiat que proposent rarement les visées cognitives.

(30) Voir avis du C.C.N.E., "Sur les prélèvements de tissus, d'embryons ou de foetus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques ou scientifiques", Paris, 22 mai 1984.

(31) Les termes "embryons" et "foetus" visent tous les stades du développement du zygote depuis la fécondation de l'ovule jusqu'au stade de la maturation permettant une vie autonome".

éthiques françaises est d'attribuer au matériel humain vivant un statut protecteur non pas tant de son existence, ce qui remettrait en cause la légalité de l'interruption volontaire de grossesse, mais de sa dignité, en raison de son origine et de sa symbolique (32). Contesté dans son fondement, comme dans son utilité (33), ce concept porte le double vice de son ambiguïté et de ne point satisfaire aux nécessités de la recherche ; de fait, les scientifiques réclament pour les premiers stades de la vie embryonnaire, un statut clair et leur permettant d'effectuer leurs travaux en toute impunité.

Ils proposent de distinguer l'enfant à naître du "pré-embryon" s'appuyant sur le fait que, jusqu'au quatorzième jour, le produit de la fécondation constitue un tout indistinct appelé "complexe foeto placentaire" (34), simple amas cellulaire sur lequel ils revendiquent le droit d'effectuer toute recherche scientifique. Cette position a été adoptée par le droit au Royaume-Uni (35) mais rejetée par le Conseil de l'Europe et le Comité Consultatif national d'éthique en France. Certains scientifiques devant ces réticences ont préféré abandonner leur recherche, d'autres menacent d'aller les poursuivre à l'étranger. On voit, là encore, que le débat ne s'évalue plus en termes de recherche et de dignité de l'homme. Derrière les coups de boutoir que connaît la notion floue d'enfant à naître et les limites que l'on veut lui apporter se profile la lutte omniprésente entre la course à l'innovation et l'acceptabilité sociale. Il en est de même pour un standard dont l'importance devient stratégique en matière médicale, celui des "fins scientifiques".

(32) En ce sens réaffirmé : C.C.N.E. "Recherche biomédicale et respect de la personne humaine", précité.

(33) Voir Noël J. Mazen, "Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme", précité. J.-C. Galloux, "Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique", Thèse Bordeaux, 1988, p. 43-44 ; voir également F. Terré, "L'enfant de l'esclave : génétique et droit", p. 196.

(34) L'"infertility Medical Procedures Act" de 1986, promulgué en Australie, ne propose que le terme "embryon", qu'il ne définit d'ailleurs pas, pour en interdire la destruction : les juges l'interprètent dans le sens d'une entité indépendante dont l'existence commence 20 heures environ après la pénétration du spermatozoïde dans l'ovule, lorsque les éléments génétiques des deux gamètes fusionnent, tandis que les scientifiques distinguent le pré-embryon de 14 jours de l'embryon : Voir C. Morgan, "New Australian Law or embryo still confuses researchers" Nature, vol. 325, 1987, p. 185 ; également : S. Dickman, "Embryo research criminal", Nature, Vol. 323, 1988, p. 555.

(35) Voir "The first Report of the Voluntary licensing Authority for Human In Vitro Fertilisation and Embryology", London, 1986, R.I.L.S., vol. 38, n° 2, 1987, p. 433-437 ; T. W. Beardslem, "Ethical guidelines announced", Nature, Vol. 323, 1987, p. 97.

B - Les fins scientifiques

Ce standard, qui a fait une entrée discrète dans les textes de droit médical, paraît prendre peu à peu une plus grande importance : son rôle est encore de justifier l'appropriation par le corps médical de matériels vivants humains et certaines utilisations de ceux-ci. Il agit comme une limitation importante au droit de regard de la personne sur des éléments corporels ainsi abandonnés à la recherche. Le domaine étroit que le droit positif lui avait alloué, se trouve largement méconnu, comme son contenu des plus flous.

1 - Le domaine du standard des fins scientifiques

Trois textes seulement prévoient expressément, en droit français, l'utilisation à des fins scientifiques de matériel vivant humain, voire leur prélèvement à ces fins : l'article 2 de la loi du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes sur le cadavre (36), l'article R 363 10 du Code des communes qui prévoit le legs du cadavre à un établissement d'hospitalisation d'enseignement ou de recherche, l'article 16 du décret du 31 mars 1978 concernant les conditions et procédure d'autorisation des établissements en vue d'effectuer des prélèvements après décès (37). Il est curieux de constater qu'aucun des autres textes relatifs à des types de prélèvement différents ne retienne le but scientifique : ainsi le sang humain, son plasma et leurs dérivés "ne peuvent être utilisés qu'à... des fins strictement thérapeutiques, médico-chirurgicales" (38), de même les prélèvements accessibles sans traumatisme, effectués au niveau des téguments, des phanères et des muqueuses sont classifiés actes médicaux et ne sauraient donc concerner, du moins immédiatement, des fins d'ordre scientifique (39).

On peut, à bon droit, s'étonner de ce que le standard des fins scientifiques prenne, depuis peu, une extension nouvelle et cela par des canaux non traditionnels. Ainsi le Comité consultatif national d'éthique, en son avis rendu public le 23 mai 1984, s'est

(36) "Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son vivant son refus d'un tel prélèvement. Toutefois, s'il s'agit du cadavre d'un mineur ou d'un incapable, le prélèvement en vue d'une greffe ne peut être effectué qu'après autorisation de son représentant légal".

(37) "Le ministre chargé de la santé notifie sa décision au demandeur. En cas d'autorisation, celle-ci précise la nature des prélèvements autorisés et le but scientifique ou thérapeutique auxquels ils répondent".

(38) Art. 666 du Code de la Santé publique ; l'arrêt du 20 juin 1985 relatif au Centre national de référence pour les groupes sanguins et les produits utilisés en immuno-hématologie et transfusion sanguine, réfère à des actions de recherche en ces domaines, mais d'une façon ambigüe...

(39) Arrêté du 6 janvier 1962, art. 4 bis modifié par l'arrêté du 21 octobre 1975.

prononcé "sur les prélèvements de tissus d'embryons ou de foetus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques ou scientifiques" (40), suivi en cela par le Conseil de l'Europe (41). En son avis du 23 janvier 1987, le même Comité a également évoqué la possibilité "d'une recherche scientifique" sur toutes sortes de prélèvements effectués sur un patient vivant, en recommandant toutefois que les malades en soient informés" (42). Cette extension inattendue du domaine des fins scientifiques s'explique par la nécessité de la recherche en génétique humaine : l'étude des cellules cancéreuses ou foetales permet par exemple de mieux comprendre les mécanismes bio-moléculaires de la différenciation et de la prolifération cellulaires tandis que l'échantillon le plus infime suffit à isoler des séquences génomiques intéressantes (43).

2 - Le contenu du standard des fins scientifiques

A l'évidence, la fin scientifique se distingue des fins thérapeutiques ou diagnostiques, comme aussi de l'expérimentation.

En effet, si l'expérimentation médicale humaine doit tendre à la guérison du malade dans des conditions formelles relativement strictes, l'expérimentation purement scientifique ne prétend à aucune utilité pour le malade et se trouve donc en principe illicite (44) ; or, l'expérimentation est absolument nécessaire aux fins scientifiques. C'est pourquoi le législateur se montre très prudent pour autoriser des atteintes portées au corps humain dans le seul but scientifique. En revanche, les fins scientifiques apparaissent dans la réalité comme un motif utile pour s'approprier le matériel vivant déjà séparé du corps ; le stratagème un peu élémentaire des autorités médicales est de considérer que le patient abandonne implicitement ces parties séparées de son corps -alors qu'il est clair que l'abandon ne peut

(40) Voir G. Memeteau, "Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique, (prélèvements sur embryons et foetus)", J.C.P., 1985, I, n° 3191.
(41) Voir doc. 5479 du 28 septembre 1985 et doc. 5262 du 5 septembre 1984.
(42) Voir Avis du 23 janvier 1987, le Concours Médical, Vol. 109-09, 1987, p. 764.
(43) Voir Art. L. 753 du Code de la Santé publique ; également Décret n° 80-987 du 3 décembre 1980 fixant les catégories de personnes habilitées à effectuer certains actes de prélèvement en vue d'analyses de biologie médicale (J.O. du 9 décembre 1980) ; Sur les nécessités de la technologie génétique, voir W. Graf Vitzthum, "La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche", Droit Prospectif, 1986-1, pp. 70-105 ; sur l'ensemble de la question de l'intérêt porté à l'information génétique : J.C. Galloux, précité, p. 365 s.
(44) Voir par exemple : A. Decocq, "Essai d'une Théorie Générale des Droits sur la personne", Préface G. Levasseur, Ed. L.G.D.J., Paris, 1960, n° 439, p. 304 ; X. Dijon, "Le sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif", Ed. de l'Univ. de Louvain, 1982, n° 554, pp. 385-386. Voir en sens contraire le texte voté par l'Assemblée Nationale le 12 décembre 1988 et qui a priori ouvre une ère nouvelle dans le domaine de l'expérimentation (cf. ci-dessus, note 21).

résulter que d'un acte de volonté explicite (45)- ou que le patient en faisant un don dans un but thérapeutique ou diagnostic a accepté également l'utilisation à des fins scientifiques.

Cette sorte d'impérialisme du standard des fins scientifiques se trouve conforté par le flou dont son contenu demeure entouré : toute recherche n'est pas nécessairement scientifique et le caractère scientifique dépasse souvent le cadre médical. En réalité, il faut avouer que bien souvent les hommes de science restent les seuls juges de la scientificité des fins poursuivies, si l'on excepte le contrôle parcimonieux exercé par certaines institutions de recherche ou d'éthique sur les projets. Le standard des fins scientifiques ne comporte en lui-même aucune limitation quant aux objets sur lesquels il peut étendre son empire. La preuve en est que les seules restrictions qu'il reçoit demeurent d'ordre moral (condamnation de toute recherche sur des embryons humains de la part des autorités catholiques) ou d'ordre juridique fondées sur des considérations morales (interdiction des fertilisations transespèces (46)).

Le standard des fins scientifiques est donc le dernier avatar en droit de la volonté des chercheurs de libérer leur quête des contraintes morales ou juridiques qui leur semble l'entraver ; il est important que le juriste ne se laisse pas prendre à ce mirage des mots (47).

La liberté est l'une des aspirations fondamentales des dernières décennies ; le patient la réclame également, ne voulant plus être prisonnier d'une confiance aveugle dans le corps médical et refusant qu'au prétexte d'une connaissance académique, celui-ci lui confisque toute liberté ; c'est ainsi que se font jour certaines tentatives de démédicalisation.

(45) En ce sens : Avis du C.C.N.E. du 23 janvier 1987, précité ; la situation est identique pour le placenta : Voir M. L. Rassat, "Le statut juridique du placenta", J.C.P., 1976, II, n° 2777 ; N.-J. Mazen, "Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme", précité, p. 200 ; Voir en ce sens F. Zenati, "La nature juridique de la propriété", n° 461, in "Contribution à la théorie du droit subjectif", Thèse dactylographiée, Lyon, 1981.

(46) C.C.N.E., "Problèmes d'éthique posés par les essais de nouveaux traitements chez l'homme". Réflexions et propositions du groupe de travail, 9 octobre 1984, p. 13 ; C.C.N.E., "Avis relatif aux recherches sur les embryons humains in vitro et leur utilisation à des fins médicales et scientifiques", 15 décembre 1986, p. 16 ; C.C.N.E., "Document de travail sur les problèmes éthiques posés par le recours aux mères de substitution", Paris, 23 octobre 1984, p. 5.

(47) N'évoquer que l'état actuel des connaissances permet, certes, de mesurer le caractère scientifique des projets, mais c'est oublier que les grandes découvertes scientifiques ont remis en cause la rationalité scientifique précédente en modifiant parfois radicalement la vision du monde : sur ce thème voir T. Khun, "La structure des révolutions scientifiques", Traduction L. Meyet, Ed. Flammarion, Paris, 1983, notamment le chapitre intitulé : Anomalie et apparition des découvertes scientifiques", p. 82.

II - LES TENTATIVES DE DEMEDICALISATION

Pendant très longtemps, le médecin a régné sans partage sur ses patients. Il décidait seul de ce qui était bon pour eux et écartait tout ce qui n'était pas l'art traditionnel de la médecine. L'évolution sociale conduit l'individu à rejeter les contraintes et à vouloir assumer lui-même les choix qui se posent à lui. De la même manière, l'évolution économique conduit à une transformation progressive du monde des praticiens de la santé.

A - La liberté individuelle

Le droit médical français a, en général, résisté à l'ambiance parfois libertaire de la société contemporaine : le concept de "situation de détresse" qui accorde à la femme la liberté d'interrompre une grossesse, constitue certes un bon exemple de concession ; en revanche, le standard de la "particulière gravité" marque le retour à une position de liberté surveillée pour l'individu tandis que la notion de "modification du sexe" exprime tout au contraire la liberté contrariée.

1 - La liberté concédée : la situation de détresse

"La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse" énonce l'article L 162-1 du Code de la Santé publique (48). A la vérité, le standard de la situation de détresse apparaît presque comme un faux standard, destiné à masquer la liberté totale de la femme plutôt qu'à octroyer aux juges une quelconque latitude d'interprétation.

En effet, la seule ambiguïté qui méritait d'être tranchée, l'éventuel rapprochement de la situation de détresse et de l'état de nécessité prévu par l'article 63 du Code pénal, a été rapidement dissipé, les différences, selon la doctrine, "résultant... non seulement de leur nature... mais de leurs manifestations..." (49). L'état de détresse est une situation subjective et incontrôlable laissée à l'entière appréciation de la femme, elle doit tout au plus "s'estimer placée dans la situation visée" (50). Cette solution s'inscrit dans la logique d'un texte de compromis qui n'a pas voulu reconnaître un véritable droit à l'interruption de grossesse au profit de la femme, se bornant à quelques mesures, particulièrement la dépénalisation de l'avortement (51). Mais

(48) Issu de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse.

(49) En ce sens : A. Decocq, "Chronique législative", R.S.C., 1975, p. 727.

(50) Trib. corr. Rouen, 9 juillet 1976, J.C.P., 1976, II, 18258, note Savatier. D. 1976, 531, note G. Roujou de Boubée, G.P., 1975, 2798 note Magdi Samir Zaki.

(51) Les travaux parlementaires étaient très clairs à cet égard : voir par exemple les

l'esprit demeure de ménager à la femme un espace de liberté au sein duquel elle disposera seule de son corps ; la preuve la plus éclatante en reste l'ignorance par le législateur de la place de l'homme. Le mari, le compagnon et en tous cas le père potentiel ne sont ni requis, ni avisés, ni consultés (52). Ainsi, le standard, abandonné à l'interprétation du justiciable, sert-il à consacrer une liberté que le législateur, "résigné au moindre mal" (53) a hésité à proclamer.

Cet usage insolite du standard se retrouve partiellement dans une situation voisine, celle de l'interruption de grossesse dite "thérapeutique".

2 - La liberté surveillée : l'affection d'une particulière gravité

A côté du péril grave qui menace la santé de la femme enceinte, l'article L. 162-12 a prévu une seconde justification à l'interruption de la grossesse pour des motifs dits thérapeutiques : "qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic", attestée par deux médecins.

La généralité des termes de cette disposition plaide en faveur d'une interprétation large de la "particulière gravité" (54). Paraissent se ranger sous ce vocable toutes les malformations ou tares héréditaires, comme aussi les malformations survenues dans le cours de l'embryogénèse. La question se pose cependant de savoir à quel niveau de gravité la sanction eugénique peut être administrée. On remarquera que le texte réfère au terme "affection" qui évoque une conformation pathologique et pas simplement anormale ; pareillement, on ne saurait lui donner comme synonyme le terme handicap : le handicap se révèle lors de la confrontation du milieu avec l'organisme vivant, de sorte que bien souvent des organismes considérés a priori comme normaux ou sains apparaîtront handicapés (55). A l'inverse, il est bien certain que l'affection détermine un handicap en diminuant chez le sujet atteint ses facultés d'adaptation. On remarquera enfin que la particulière gravité n'est pas nécessairement synonyme de léthalité : l'enfant peut être viable quoiqu'il puisse naître infirme ou difforme. En d'autres termes, un enfant apte à recevoir la personnalité juridique et jusqu'au seuil de sa réception

déclarations de M. J. Foyer, J.O. Ass. Nat., 1975, p. 7222.

(52) Voir à titre d'exemple : E. Severin, "La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects juridiques et sociologiques", R.T.D.S.S., 1980, p. 291.

(53) Voir M. Hardoin, "Grossesse et liberté de la femme", Droit Social, 1977, p. 299.

(54) En ce sens, G. Memeteau, "Le refus de soins à enfant conçu", R.T.D.S.S., 1979, p. 321.

(55) Voir G. Canguilhem, "Le normal et le pathologique", Paris, p. 214 s.

parmi les sujets de droit peut se trouver touché par cette mesure eugénique.

Dès lors, la conclusion vient d'elle-même : le critère de la particulière gravité ne peut être exclusivement déduit des seules considérations médicales et scientifiques (56). Il réintroduit dans la décision d'interruption de grossesse des valeurs, une subjectivité dont il nous appartient de déterminer si elle est celle des médecins, de la femme ou du couple procréateur. La naissance d'un enfant est désormais trop associée aux critères de la réussite sociale et de l'accomplissement individuel pour que la venue de la plus légère tare dans la progéniture soit acceptée facilement comme le simple signe d'une épreuve existentielle ; la préoccupation de bien engendrer est trop vive dans notre société, la pression sociale trop forte pour que les médecins eux-mêmes les méconnaissent.

Aussi, les praticiens consultés fonderont-ils en dernière analyse leurs avis sur des considérations de nature sociale ou psychologique, en particulier l'aptitude de la femme et du couple à "assumer" la venue d'un tel enfant.

Cette subjectivité, d'aucuns diraient cette sensibilité individuelle, que le standard de la particulière gravité appelle nécessairement et qui lui attribue cette indéfinition inquiétante, ne doit cependant pas être sans borne. Ainsi l'appartenance du foetus à l'un ou l'autre sexe ne saurait motiver, en raison des voeux contraires des parents, une telle mesure eugénique (57). N'est-ce pas alors la conscience médicale qui vient imposer certaines limites ?

En conclusion, la liberté des parents est largement sauvegardée sinon entendue dans l'appréciation du standard de la particulière gravité ; certes, le couple ou la femme restent maîtres de la décision finale après avis favorable des médecins, mais celui-ci se trouve largement conditionné par des valeurs et des appréciations subjectives dont les parents détiennent certaines clés.

Dans notre dernier exemple en revanche, la liberté individuelle est contrariée dans ses projets que la médecine avait,

(56) Le C.C.N.E. en son avis du 13 mai 1985 relatif aux problèmes posés par le diagnostic prénatal et périnatal, précisait pour le définition de l'affection d'une particulière gravité, qu'elle était à "confronter aux situations de fait dont l'appréciation doit combiner quatre éléments : le degré de certitude du diagnostic, la gravité de l'affection encourue, l'âge de l'apparition des troubles et l'efficacité du traitement" ; mais c'est justement l'appréciation de la gravité qui échappe dans une large mesure à des critères scientifiques.

(57) Dans la mesure, bien entendu, où il ne s'agit que d'une mesure dite de "sexage" et non de l'élimination d'une affection héréditaire autonomique, liée au sexe ; sur le sexage des embryons : voir M. Hulten, "Preventing feticide", Nature, Vol. 325, 1986, p. 190 ; Radhakrishna Rao, "None to bansex determination", Nature, Vol. 331, 1988, p. 467.

par ses techniques les plus récentes, puissamment aidé à accomplir : le changement de sexe.

3 - La liberté contrariée : le changement de sexe

Les progrès de la médecine permettant le changement de sexe se heurtent à l'une des plus importantes limites posées à la liberté individuelle : l'état des personnes ou plus exactement l'état de nature de la personne, conçue parfois comme une planche de salut face à la dérive de la réalité biologique. Les intéressés arguent d'un droit reconnu à l'individu sur son corps.

L'augmentation du contentieux relatif aux demandes de "changement de sexe" n'est pas simplement dû à un accomplissement de la jurisprudence (58) ou à un singulier accroissement des cas pathologiques qui seraient alors le signe inquiétant d'un environnement mutagène (59) : il s'agit, en réalité, d'un phénomène sociologique dans la genèse duquel les progrès médicaux n'ont joué qu'à titre de forces d'appoint. Certes, la chirurgie plastique permet désormais de modifier profondément les morphologies mais l'essentiel est que la médecine récente a fait éclater la notion de sexe, qui reposait jusqu'alors sur la conformation des organes sexuels externes, en plusieurs réalités : sexe morphologique, sexe endocrinien, sexe psychique et même psycho-social. Le transexualisme est une discordance entre ces divers niveaux de réalité tandis que le sexe devient une sorte d'harmonie dans laquelle le "vécu" personnel occupe une place privilégiée. On comprend dès lors que les individus en quête d'une identité sexuelle nouvelle aient utilisé les progrès médicaux et tenté d'exploiter cette faiblesse conceptuelle pour revendiquer un droit de vivre leur véritable réalité sexuelle (60).

Dans quelle mesure une modification de l'apparence sexuelle doit-elle conduire à une rectification de l'état civil ? En d'autres termes, une personne peut-elle volontairement modifier son état juridique ? A cette dernière question, la réponse négative est constante, en vertu de considérations de sécurité juridique et, plus fondamentalement, en vertu du principe selon lequel une

(58) Voir R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, obs. in R.T.D.Civ., 1981, p. 830 ; les mêmes auteurs in R.T.D.Civ. 1982, p. 843, n° 16 ; G. Sutton, note sous Agen, 2 février 1983 et T.G.I., Paris, 7 décembre 1982, G.P. 1983, II, p. 603 ; P. Dubois, "Le physique de la personne", Préf. G. Cornu, Ed. Economica, Paris, 1986, n° 166.

(59) La proportion serait de 1/25000 environ et les hommes y sont 4 fois plus "sensibles" que les femmes : voir E. Groffier, "De certains aspects juridiques du transexualisme dans le droit québécois", Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Vol. 6, 1975, p. 114 à 149.

(60) Certains arrêts donnent les détails ampliatifs de ces prouesses techniques : voir par exemple, Nancy, 22 avril 1982, J.C.P., 1984, II, 20222, note J. Penneau ; Paris, 18 janvier 1974, D. 1974, p. 196, conclusions Avocat Général Granjon.

personne humaine ne peut renoncer à sa nature (61), le sexe étant une composante de celle-ci.

S'en tenir à ce principe revenait à nier la réalité de modifications, pourtant médicalement constatées, dans le sexe de certains individus. Y avait-il d'ailleurs modification ou révélation du véritable sexe de l'intéressé ? Le concept même de modification posait problème à la jurisprudence ; certaines juridictions se réfugièrent dans une définition du sexe purement génétique, donc nécessaire et invariante, hors de tout recours médical pour le patient (62) ; cela revenait à bloquer toute évolution du standard. La Cour Suprême, dans le dernier état de sa jurisprudence, a préféré abandonner le strict terrain médical, se refusant à définir ce que pouvait être la modification du sexe admissible ; elle laisse cela aux juges du fond, se bornant à poser le cadre dans lequel elle considère que le standard peut évoluer. Ainsi, elle exige que la modification en cause soit réelle et naturelle (63) : pour elle, l'évolution de l'état de la personne n'est admise qu'autant qu'elle est le résultat d'une évolution spontanée des forces biologiques et non d'une volonté considérée de l'individu.

Pour le droit positif français, la personne ne saurait renier sa nature qui semble, du moins actuellement, constituer une ultime barrière à sa liberté.

Si le droit médical voit s'opposer liberté de la recherche et liberté de l'individu, il est également le lieu d'affrontement de forces économiques diverses revendiquant le secteur de la santé en essayant pour certains de le démédicaliser.

B - L'évolution du monde des praticiens de la santé

La gestion de la santé repose toute entière sur deux corps homogènes qui en détiennent le monopole : le corps médical qui soigne et le corps des pharmaciens qui délivre les moyens thérapeutiques. Or, la pression économique et sociale conduit ces services et produits à échapper en partie au monopole pour être banalisés par de "nouveaux agents de la santé", thérapeutes de toutes sortes et spécialistes de la distribution. La lutte entre ces nouveaux agents et les professionnels institutionnels s'est cristallisée sur le plan juridique autour de deux concepts clés qui verrouillent l'accès à ces deux marchés : le médicament et le traitement.

(61) Voir Req. 6 avril 1903, D.P. 1904, 1, p. 395. Conclusions Baudoin.
(62) C'est-à-dire le caryotype : la composition féminine est 46 XX et masculine 46 XY ; déterminée dès la fécondation, elle constitue une sorte d'invariant.
(63) Voir notamment Cass. civ. 1ère, 3 mars 1987, G.P. 1er octobre 1987, note E.S. de la Marnière.

1 - Le médicament

La notion de médicament est traditionnellement le "sésame" du marché de la santé : aux termes de l'article L 512 du Code de la Santé publique, sa préparation, sa distribution et sa délivrance au public sont réservés aux seuls pharmaciens. En dépit de la technicité de la matière, les spécialistes s'accordaient à affirmer que jusqu'à présent les frontières entre les notions de médicament, d'aliment, de produit diététique et de produit d'hygiène et de beauté ne posaient pas grande difficulté ; en revanche, depuis peu, la situation a évolué au point que l'on peut se demander si le médicament n'est pas devenu une "notion à contenu variable" (64). La grande distribution, et particulièrement les Centres Leclerc dont une grande partie de la publicité s'est investie dans la guerre contre les monopoles, ont suscité une offensive sur les produits dits de "petite pharmacie", vitamines, oligoéléments, huiles essentielles, plantes, compresses, pansements, désinfectants... Le contentieux, abondant ces deux dernières années, finit par ébranler les certitudes juridiques sur la nature et le domaine de la notion ; cette remise en cause est le prix nécessaire de la conquête par la grande distribution d'un marché nouveau. Les hésitations sur la nature véritablement médicamenteuse, ou l'usage thérapeutique de tel produit ont conduit à certaines extensions du domaine de la notion ; ainsi la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle fait un large usage de la notion de "médicament par présentation implicite" pour qualifier tels des produits rappelant ou pouvant rappeler au consommateur le médicament (65). Il est clair pour chacun que la lutte qui s'engage autour de la notion de médicament se situe sur un plan essentiellement commercial, au détriment sans doute d'une réflexion sur la santé face à l'évolution des habitudes de consommation contemporaines.

Parmi les indices utilisés par la jurisprudence pour retenir la qualification de médicament par présentation implicite, certains apparaissent en réalité comme des actes de concurrence déloyale : il en est ainsi de la figuration sur les emballages d'un logo

(64) Sur un panorama de ce contentieux : Voir C. Viala et A. Viandier, "La vitamine C, médicament ou aliment ?", G.P. 21-25 août 1987, p. 2 à 6 ; parfaitement illustrées par le volumineux rapport du Professeur Rougereau qui, aux termes de 900 pages, n'a pu déterminer avec précision si la vitamine C pouvait être considérée comme un médicament ou un aliment : voir T.G.I. Angers, 1ère chambre, 6 mai 1986 ; Voir R.T.D.S.S. 1986, p. 418 s. et 597 s. les observations de J.M. Auby.

(65) Inaugurée par le célèbre arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes Van Bennekom, aff. 227/82, 30 novembre 1983, Rec. 1983-10, p. 3883 ; confirmée encore récemment par la même Cour : Cour de Justice des Communautés Européennes, 2ème chambre, 20 mars 1986, aff. n° 35/85, R.T.D.S.S., 1986, p. 419-420, obs. J.M. Auby.

évoquant la croix verte des pharmaciens (66), de l'indication de la formule en latin (67), ou de libellé d'un produit, baptisé Naturel 400 E (68) : dans tous les cas, il y a volonté d'abuser le consommateur, de parer le produit de vertus médicamenteuses qu'il n'a pas. En revanche, on peut s'interroger sur d'autres formes de présentation jugées également comme pertinentes par les juges : le visa d'un pharmacien, l'indication de la composition, le conditionnement en gélules ou en sachets.

On peut se demander si ce formalisme étroit dans l'interprétation du médicament se justifie réellement au regard des moeurs contemporaines de consommation et de santé. Effectivement, tant l'arrivée en masse de l'alimentation diététique que le développement considérable des médicaments dits de "confort" ont totalement modifié les habitudes. N'est-il d'ailleurs pas contradictoire de prétendre protéger le consommateur contre des produits qui ne sont que des compléments alimentaires alors que les médicaments de confort, même s'ils sont distribués par les pharmaciens, le sont en réalité sans aucun contrôle ?

L'usage extensif fait ici de la notion jusqu'à la rendre floue a, cela est clair, des motivations purement économiques, visant à maintenir la parapharmacie sous le monopole des pharmaciens et refusant autant que faire se peut la démédicalisation. Ce refus du juge de tenir compte de l'évolution de la réalité sociologique a éveillé l'intérêt du législateur français qui se penche sur une situation aussi irrationnelle qu'anti-libérale (69). On retrouve le même refus de toute tentative de démédicalisation dans le domaine des soins qui met aux prises d'autres actes mus par d'autres ressorts.

2 - Le traitement

La notion de traitement constitue la pierre d'angle de la pratique médicale : toute personne prenant part à une traitement de manière habituelle et hors les cas prévus par la loi qui les réserve aux seuls spécialistes, peut être condamné pour exercice illégal de la médecine.

L'interprétation particulièrement extensive de la notion de traitement par les juridictions garantit au corps médical un large monopole dont le pendant est le contrôle exercé par les organismes professionnels. Ainsi, le praticien ne doit utiliser que

(66) Trib. Corr. Paris, 5 octobre 1985, R.T.D.S.S., 1987, p. 382.
(67) Trib. Corr. Poitiers, 28 janvier 1987, R.T.D.S.S., 1987, p. 607.
(68) Qui entraîne évidemment la confusion avec la vitamine E : Poitiers, 6 novembre 1986, R.T.D.S.S., 1987, p. 379.
(69) Voir rapports de la Commission Cortesse relative aux problèmes de la parapharmacie ; voir également, G. Viala, "A la limite du monopole : du médicament aux produits bénéfiques pour la santé". Colloque "Les problèmes juridiques de la parapharmacie", 14-15 novembre 1988, R.T.D.S.S. 1986, p. 55-56.

des traitements "suffisamment éprouvés", selon les termes des articles 30 et 31 du Code de déontologie : double standard dont l'interprétation permet au corps médical de défendre son monopole et son image scientifique non sans parfois certaines contradictions.

Traditionnellement, le traitement est défini comme l'ensemble des actes à visée préventive ou curative, distincts des actes diagnostics. Il est donc étonnant de voir la jurisprudence admettre une conception très vague ; selon la Cour de cassation, "le traitement peut revêtir de multiples formes dont aucune n'est exclue de la définition s'il s'agit d'actes habituels" (70) ; cela signifie que les frontières de la notion floue sont modulées non en fonction de l'intérêt, du danger ou de l'efficience de l'acte mais en fonction de la volonté thérapeutique qui le sous tend.

En d'autres termes, le qualificatif de traitement va être attribué à tout acte émanant d'un individu étranger au corps médical et que l'on veut retenir dans les liens de la prévention d'exercice illégal de la médecine qu'il s'agisse de radiesthésie (71), d'hypnotisme (72) ou même de sorcellerie (73)...

Comment justifier que des activités aussi étranges soient qualifiées de traitement et ainsi comparées à de véritables actes médicaux si ce n'est par la volonté de défendre en même temps la santé des patients mais également le monopole économique du corps médical ? Cette volonté n'a-t-elle pas toujours été à la base de la vieille querelle, déjà stigmatisée par Molière entre le savoir académique et cette connaissance traditionnelle, empirique qui ressurgit en notre époque de doute ? Curieusement d'ailleurs, une partie du corps médical, conscient qu'un marché nouveau s'offre à elle, intègre certaines de ces pratiques sous le qualificatif de "médecines parallèles", "médecines douces" ou autres "médecines naturelles".

Cela n'est pas sans conséquence sur l'autre standard principal de l'activité médicale : le traitement suffisamment éprouvé.

Les médecins se voient interdire par leur Code de déontologie d'utiliser pour autrui un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé de même que toute pratique de charlatanisme. La définition du standard du traitement suffisamment éprouvé est par évidence délicate ; les juridictions disciplinaires ou judiciaires se retranchent parfois derrière des critères formels. Il en est ainsi de l'administration de médicaments

(70) Voir par exemple Cass. crim., 7 mars 1973, Bull. Crim., n° 117, p. 274 ; J.C.P., 1973, II, n° 17495, note P.J. Doll.

(71) Voir par exemple Trib. Corr. Orléans, 29 novembre 1950, D. 1951, p. 246, note A. Tunc ; Cass. crim. 18 décembre 1957, Bull. crim. n° 850, p. 1537.

(72) Voir par exemple, Cass. crim. 9 octobre 1973, G.P. 1974, I, p. 9, note P.J. Doll.

(73) Voir par exemple Trib. corr. Toulouse, 30 juin 1934, D.H. 1934, p. 535.

non autorisés en France (74) : l'idée sous-jacente reste ici le caractère potentiellement dangereux de produits qui n'ont pas reçu l'autorisation (AMM) et dont, par conséquent, l'efficacité comme l'innocuité n'ont fait l'objet d'aucune évaluation.

Pour ce qui concerne le recours à des thérapeutiques en marge du savoir médical officiel, leur sanction se mesure à l'aide d'un autre standard, "les données acquises de la science" (75) : celles-ci visent essentiellement "des travaux scientifiques récents et sérieux" (76), c'est-à-dire faisant l'objet d'une reconnaissance certaine de la communauté scientifique. Ainsi rejoint-on de façon directe la notion de scientificité telle qu'elle a été évoquée à propos des fins scientifiques : de la même manière, l'appréciation du standard échappe au juge, fût-ce en présence de présomptions du caractère sérieux du traitement en cause (77).

Il est cependant significatif de noter qu'une tolérance nouvelle s'instaure à l'égard de traitements précisément non scientifiquement reconnus ou insuffisamment éprouvés. La nécessité économique conduit, on l'a vu, le corps médical à étendre peu à peu son champ d'action ; les patients, ayant épuisé les ressources de la thérapie classique ou à la recherche d'une médecine différente, sont demandeurs et ainsi créent un marché nouveau. La jurisprudence reste prudente ; ainsi, dans plusieurs espèces, il est reproché au praticien non pas d'avoir utilisé des traitements estimés insuffisamment éprouvés mais de les avoir mis en oeuvre seuls sans recours parallèle à une thérapie classique (78) ou par préférence à une thérapeutique qui eût été certainement efficace (79).

Une fois encore la définition du standard évolue en fonction de la pression sociale et des impératifs économiques.

---

(74) Voir en ce sens : C.E. 11 mai 1987, R.T.D.S.S. 1988, p. 41, obs. J.M. Auby ; C.E. 21 février 1984, Bulletin de l'Ordre des Médecins, 1985, pp. 58-59 ; section disciplinaire de l'Ordre National, 24 mars 1983, B.O.M., 1984, p. 16.

(75) Voir par exemple : section disciplinaire O.M., 27 novembre 1986, B.O.M., juin 1987, p. 19-21 ; id. 5 juin 1986, p. 24-25.

(76) Décision du 5 juin 1986, précitée.

(77) Dans l'espèce soumise au Conseil d'Etat, le 11 mai 1987, la Haute Juridiction indique que les premiers juges n'étaient nullement tenus d'examiner dans les détails des expérimentations rapportés par le médecin, ni d'indiquer quelles autres expérimentations auraient été nécessaires.

(78) Il a été ainsi jugé que "le praticien avait commis une faute sur le fondement de l'article 30 du Code de déontologie médicale, en appliquant son traitement sans recours préalable ou simultané à une thérapeutique classique", C.E., 5 mars 1986, B.O.M., 1987, pp. 77-78 ; que le praticien aurait dû "corroborer"... "un diagnostic dépourvu de valeur scientifique"... "par des examens conformes aux données acquises de la Science", Section disciplinaire, 27 novembre 1986, précité.

(79) Il en est ainsi d'un traitement à base de "crudités cultivées et récoltées dans la propriété" "pour un cancer du col de l'utérus" qui ne s'opposait pas à une intervention chirurgicale", Section disciplinaire du Conseil de l'Ordre, 21 mars 1984, B.O.M., 1985, p. 26-27.

CONCLUSION

Les standards et les notions floues occupent donc en droit médical une place particulièrement importante, à l'image d'une discipline soumise sans doute plus que toute autre, depuis une dizaine d'années, à des pressions sociales puissantes et parfois contradictoires.

Ces mouvements conduisent à une utilisation des standards et notions floues qui rejaillit sur leur nature.

Certains, tel le médicament, correspondent au phénomène initialement décrit : le juge et partant l'analyse juridique conservent à son égard un rôle décisif : l'arbitrage du droit prend ici sa pleine dimension.

En revanche, se développe parallèlement un nouveau type de standards, qui, du point de vue taxinomique, s'apparenterait à des "faux standards". Leur nature est presque extra-juridique puisque leur imprécision ne détermine aucun conflit et par voie de conséquence ne nécessite aucun arbitrage : ils ne servent qu'à masquer un pouvoir quasi-discrétionnaire d'appréciation. En effet, la femme est seule comptable de la détresse dans laquelle elle se trouve, le corps médical apprécie presque souverainement la notion de traitement tandis que la communauté scientifique est quasiment seule à juger du caractère scientifique de sa recherche. On peut cependant se demander si, dans l'avenir, les choses ne seront pas appelées à évoluer et si, comme cela s'amorce timidement en matière de recherche, des limites ne seront pas imposées. Ne recouvrant aucune réalité pour l'instant, ces standards pourraient prendre vie lorsque, les équilibres sociaux ayant évolué, de nouveaux impératifs se feront jour.

Une dernière catégorie a fait son apparition : les "standards et notions éclatés". Notions autrefois "dures", elles ont perdu leur évidence et leur immédiateté sous les coups tout à la fois de l'approfondissement des connaissances scientifiques et de l'évolution des convictions morales : la mort, le sexe et l'enfant à naître. Elles sont moins la proie d'un conflit que d'un débat dont les termes mêmes ne sont pas toujours fixés tant il est vrai qu'elles ne recouvrent pas des imprécisions juridiques mais des enjeux qui dépassent très largement l'orbite du droit. Or, les standards et notions floues, compris dans le sens classique du terme, trouvent leur ambiguïté dans le seul ordre juridique.

RAPPORT DE SYNTHESE

****

CLOSING REPORT

Par

Philippe JESTAZ
Professeur à l'Université de Paris XII

Outre les organisateurs de ce Congrès, je voudrais remercier les précédents rapporteurs -ils sont trop nombreux pour que je puisse les citer tous- et plus largement tous ceux qui ont participé à nos discussions, pour la somme de connaissances et de doute méthodologique qu'ils m'ont apportée. Avant de venir à Aix, je croyais savoir ce qu'est un standard. Au bout de quelques heures, j'avais perdu cette illusion. Et maintenant je reprends espoir car je suis au moins, nous sommes tous, en mesure de plonger à grande profondeur dans notre sujet, ce que je vais faire en votre nom et au mien.

Au plus bas de ce plongeon, je trouve d'abord cette notation laissée négligemment sur un banc de sable par Philippe Delebecque et qui a trait à l'équivoque du mot. Dans la langue quotidienne du commerce et de la technologie, la standardisation désigne l'uniformisation, l'universalisation rationnelle. Pour les juristes en revanche, le standard évoque la diversité, une diversité impossible à systématiser. Or, existe-t-il une complicité dialectique entre le sens juridique et l'autre ? Dans l'affirmative, le standard serait une clé unique pour ouvrir des portes différentes : en français, cela s'appelle un passe-partout ... Nous y reviendrons car je voudrais d'abord laisser les images au profit d'une démarche plus scientifique.

LA NOTION DE STANDARD

Pour essayer de trouver la notion de standard, j'aimerais partir *a contrario* de son exact opposé, afin d'observer leurs différences de structure. L'opposé du standard, c'est, me semble-t-il, *la norme juridique immédiatement opérationnelle*. Qu'est-ce à dire ? La norme juridique -je rappelle ici une banalité- est un modèle qui a vocation à fournir des solutions pratiques. Pour qu'elle soit immédiatement opérationnelle, il faut que la personne chargée de l'appliquer (le juge en particulier) puisse directement trouver la solution dans la norme elle-même et dans les exégèses auxquelles elle aura donné lieu. Cela suppose que la norme revête une grande précision tant dans le *présupposé* que dans *l'imputation* des conséquences : je me réfère, après tant d'autres, à la célèbre et indispensable distinction de Motulsky entre le présupposé et l'imputation. Le présupposé, c'est l'hypothèse envisagée par le législateur, le cas de figure factuel : par exemple, une chose a été vendue. L'imputation, qui constitue la partie proprement normative, c'est la solution juridique qu'il convient d'appliquer à ce cas : en l'occurrence, l'acheteur doit payer le prix, le vendeur doit livrer la chose et garantir les vices cachés. Or, vous remarquez que j'ai choisi un exemple de norme très précise. Sans doute hésitera-t-on parfois pour savoir ce qu'est un vice, mais

enfin c'est le métier du juge que d'interpréter les concepts et nous serons tous d'accord pour considérer que cette norme, immédiatement opérationnelle sous la réserve des cas limites, est tout le contraire d'un standard. En effet, cette dernière notion perdrait tout intérêt si elle se diluait dans l'éternel pouvoir d'appréciation du juge.

L'hypothèse du standard commence donc là où le concept utilisé par la norme devient imprécis non pas seulement sur ses frontières, mais dans son principe même. Cette imprécision peut d'abord affecter la conséquence imputée par la norme. Par exemple, un certain comportement sera pénalement sanctionné d'amende *ou* de prison, chaque branche de l'alternative comportant d'ailleurs un minimum et un maximum chiffrés. Cette fois, les frontières sont précises, mais à l'intérieur de la fourchette le juge jouit d'une liberté totale. S'agit-il alors d'un standard ? En l'espèce, j'opinerais plutôt pour une délégation de pouvoir car enfin le juge n'a reçu aucune directive même souple. Le standard pénal, ainsi que l'a montré Mireille Delmas-Marty, suppose une instruction d'avoir à prendre en compte l'âge du délinquant, son état psychique, ses antécédents pénaux, ses possibilités de réinsertion, etc. ... tous éléments qui, *de lege ferenda* au moins, permettraient d'exercer un minimum de contrôle sur la décision intervenue. Or, tel n'est pas le cas ici. Ainsi pas de directive, pas de standard.

A ce cas, je serais tenté d'assimiler celui de la directive tellement large qu'elle équivaut à une délégation de pouvoir. Soit la norme d'après laquelle, lorsque des parents divorcent (présupposé), le juge attribue la garde selon l'intérêt de l'enfant (imputation). Certes, un contrôle est théoriquement concevable dans le cas où le juge prendrait une décision en opposition totale avec ses propres constatations ... En fait, les tribunaux ont toute leur liberté, même au point de vue moral, car la loi ne leur prescrit nullement de se référer à un modèle social de parent efficace ou d'enfant normalement heureux. Nous n'apercevons pas ici cet élément de normalité sociale dans lequel Stéphane Rials voit le critère du standard et dont notre discussion a confirmé qu'il était le barrage nécessaire pour éviter une extension démesurée, et par là peu significative, de la notion. A mon sens, l'intérêt de l'enfant ne renvoie, par la force des choses, qu'à une appréciation d'opportunité dans chaque cas particulier. Disons que cette notion se trouve à la limite supérieure du standard, celle qui sépare celui-ci de la pure délégation de pouvoir.

Quant à la limite inférieure du standard, celle qui le sépare de la notion souple, elle suscite des difficultés plus redoutables encore, qui se révèlent notamment lorsque l'indétermination affecte non plus les conséquences, mais le

présupposé de la norme. C'est l'exemple de l'article 1382 du Code civil : cette fois, la conséquence est précise (réparation de l'entier préjudice), mais l'hypothèse de base (la commission d'une faute) renvoie implicitement à une appréciation sociale indéterminée. La faute est-elle un standard ? Nul ne saurait en douter. Dès lors que nos amis d'Outre-Atlantique nous donnent comme l'exemple type du standard pratiqué par eux le critère de l'homme raisonnable, il semble aller de soi que le critère du bon père de famille en est un autre, -sauf à noter que l'homme raisonnable des Amériques a des emplois beaucoup plus variés que le *bonus paterfamilias* romaniste. En tout cas, nous voyons bien la différence avec le vice caché de tout à l'heure, lequel ne renvoie à aucun jugement sur les conduites humaines, mais seulement à la finalité de l'objet vendu : il y a vice quand la voiture ne roule pas, quand la machine à laver n'essore pas et non -bien que les deux puissent se recouper- lorsque le constructeur n'a pas eu le comportement moyen qu'on attendait de lui. Pour cette même raison, je refuserais probablement le nom de standard à l'urgence, notion que je connais bien pour lui avoir jadis consacré ma thèse. Lorsque la loi dispose qu'en cas d'urgence et si le recouvrement de la créance paraît en péril (ce second élément ne faisant qu'expliciter le présupposé), le juge peut autoriser une inscription provisoire d'hypothèque, elle ne renvoie qu'à des considérations particulières d'opportunité et à aucun modèle social de comportement. Le standard est donc un concept beaucoup plus étroit que la notion souple : toute notion souple n'est pas un standard, loin s'en faut, mais il y aura parfois difficulté à les distinguer dans certains cas. Ainsi du bref délai en matière de vente, pour lequel l'article 1648, C. civ., renvoie d'abord à la nature du vice rédhibitoire (notion qui n'a rien d'un standard) et ensuite -secondairement peut-être- à "l'usage du lieu".

Jusqu'ici nous avons raisonné sur une norme de type classique, mais telle qu'un élément partiel d'indétermination, condition nécessaire quoique non suffisante du standard, affecte soit le présupposé de cette norme, soit la conséquence imputée par elle. Il faut maintenant aller plus loin et envisager une dose d'indétermination telle qu'il n'existe même plus de présupposé, de sorte que le texte n'énonce aucun cas de figure particulier. Imaginons qu'un principe général (écrit ou coutumier) ou une déclaration des droits ou un préambule de constitution ou même un article de constitution ou de loi proclame la liberté des opinions tout en énonçant que cette liberté s'exerce dans des limites *raisonnables* et de façon à éviter des préjudices *anormaux*, etc. ... Pareil texte, qui contient un et même deux standards dans mon exemple, peut selon les cas appartenir ou non au droit positif, mais ce point n'importe pas pour mon propos. En effet,

qu'il soit ou non de droit positif, il est inapplicable en l'état, il n'est pas immédiatement opérationnel pour la bonne raison qu'il exprime une intention, mais dénuée de conséquences précises : pour que ces conséquences apparaissent, il faudrait commencer par imaginer toute une série de présupposés se rattachant à l'intention exprimée et lui permettant de se concrétiser. Par exemple il faut imaginer le cas d'une personne qui publie des propos racistes (présupposé). Après quoi, il faut encore imputer une conséquence, en choisissant entre deux solutions possibles : ou bien la personne est innocentée au nom de la liberté d'opinion, ou bien elle est condamnée au nom des limites raisonnables que doit connaître cette liberté. Alors, mais alors seulement, le juge compétent disposera d'une norme immédiatement opérationnelle et sera donc en état de rendre une décision.

LES DEUX SORTES DE STANDARDS

Autrement dit, il existe deux sortes de standards : celui qui s'adresse au juge et auquel nous pensons tous d'emblée, mais aussi celui qui s'adresse au législateur. Dans mon exemple d'un texte contenant une déclaration de principe sur la liberté d'opinion et ses limites, le législateur est invité à poser -en tant que de besoin- des normes de type classique avec un présupposé et une conséquence. En bref, le texte (qu'il soit ou non de droit positif, mais l'exemple sera encore plus net s'il fait partie du droit positif) est une invitation à légiférer. Quand je parle d'un standard pour le législateur, il faut entendre ce dernier terme au sens large : le législateur auquel je songe pourra être non seulement un parlement classique ou un exécutif légiférant par délégation, mais encore un juge prétorien s'érigeant en législateur. Auquel cas ce juge, jouant deux rôles à la fois, aura émis la norme en tant que législateur inavoué et l'aura ensuite appliquée en tant que redevenu simple juge. Ainsi comprise, la distinction me paraît fondamentale car le standard pour le législateur correspond à l'hypothèse d'un droit en voie de consolidation tandis que le standard pour le juge correspond à celle d'un droit en voie de déréglementation. Je me dois de développer ce point, sous-jacent aux divers exposés que nous avons entendus, et qui permet peut-être d'opérer un certain classement entre les opinions émises.

a) Le standard pour le législateur tend à la consolidation du droit

J'emprunterai à l'actualité l'exemple des difficultés suscitées par les progrès de la biologie (procréation artificielle, manipulations génétiques, etc. ...). En l'état, il est impossible de légiférer sur la question car nous ne maîtrisons à peu près aucune des données tant scientifiques que morales ou sociales. Tout ce que nous pouvons faire, c'est de réaffirmer notre attachement à certaines valeurs très générales et de proclamer des principes, éventuellement assortis de standards. Puis, pour un début de réalisation concrète, on pourra créer des comités d'éthique (organes de réflexion et de proposition) ainsi que des instances juridiques originales (par ex. des autorités administratives indépendantes) adaptées au particularisme de la matière. En somme, les pouvoirs publics vont élaborer des directives et des procédures avec l'espoir que la mise en oeuvre des secondes, dans le respect des premières, permettra d'aboutir par tâtonnements à l'émission de normes acceptables et d'abord opérationnelles, c'est-à-dire encore une fois de normes qui comportent un présupposé et une conséquence ... Dans cette quête de la norme future, le standard est comme toujours un guide précieux, mais il est aussi, en l'occurrence, *un creuset* grâce auquel le droit en formation va se durcir. Pour employer une expression plus familière, je dirai que la matière apparaît comme une étoffe initialement dépourvue de forme propre : mais le standard, à l'instar des baleines de parapluie, aura pour rôle de tendre cette étoffe et de lui donner une forme, qui sera la forme juridique.

Un processus du même genre s'observe encore, comme on l'a vu, dans la matière des traités internationaux, sous cette réserve que le recours au standard ne s'explique pas ici par le caractère insaisissable des données, mais plus simplement par l'impossibilité de s'accorder sur un choix politique précis. Mais techniquement parlant, le processus de consolidation juridique sera le même, avec cependant le risque que cette consolidation prenne des formes divergentes chez les différentes parties contractantes ...

b) Le standard pour le juge tend à l'assouplissement ou à la déréglementation du droit

L'hypothèse est ici que, dès le départ, le législateur procède de manière classique, c'est-à-dire qu'il élabore du droit rigide, mais que par sagesse il introduit des éléments de souplesse dans son oeuvre. Quand il les introduit après coup, on se trouve en présence d'un cas particulier de déréglementation. Ainsi la clause pénale fut très longtemps régie par le système ultra-rigide

du Code civil, le principe que les conventions tiennent lieu de loi aux parties s'opposant à toute révision. Puis le législateur de 1975 a décidé d'assouplir le système : et au lieu de choisir la solution semi-rigide (révision quand la clause excède un certain pourcentage du préjudice), il adopte un standard entièrement souple (révision des clauses "manifestement excessives"). En pareil cas, la comparaison familière pourrait être trouvée dans l'idée de lubrifiant qui vient huiler le moteur juridique.

Il resterait à savoir si le standard pour le juge et le standard pour le législateur, dont la distinction s'impose pour des raisons méthodologiques évidentes, constituent deux notions distinctes (mais apparentées) ou une notion unique. Je n'ai évidemment pas la prétention de répondre à cette question. En faveur d'une dualité de notion, on invoquera la dualité des rôles - qui apparaissent même comme diamétralement opposés- et aussi cette idée qu'une notion unique serait encore plus vague et déconcertante qu'on ne le craignait. Mais en sens inverse, on notera l'absence de cloison étanche entre les deux standards. Plus précisément la cloison, relativement étanche dans un système légaliste de droit écrit, semble devenir à claire-voie dans un système de *common law* où nous avons bien vu que les deux types de standards jouent de manière réciproque et enchevêtrée (comme on dit en France à un tout autre propos) parce qu'ici le standard est peut-être à titre principal un instrument de formation du *case-law*.

FONCTION TECHNIQUE DU STANDARD

Quel que soit le rôle de politique juridique joué par le standard, on doit maintenant s'interroger sur la manière technique dont il opère. Ici deux notions viennent éclairer le débat : celle de *renvoi* (évoquée par Enrico Pattaro) et celle de *système*, mise en avant par André-Jean Arnaud lorsqu'il nous interrogeait sur les rapports du standard avec la notion de système. Même si cela n'a pas été dit aussi explicitement que je vais le faire, il me semble qu'un théorème se dégageait de nos discussions, à savoir que le standard serait l'instrument par lequel un certain système renvoie à un autre système. Pareille idée reste encore assez vague dans le cas du standard adressé au législateur puisque le système juridique renvoie à une réflexion de caractère éthico-politico-juridique, autrement dit à un système en formation (une nébuleuse en quelque sorte), étant rappelé que le système existant cherche à provoquer ou accélérer la formation du futur système. Par contre l'idée devient beaucoup plus précise en cas de standard pour le juge car cette fois le système juridique positif renvoie à un autre système déjà existant. Le mécanisme évoque la règle de

conflit en droit international privé, avec cette différence que le droit positif renvoie non pas à la loi étrangère, mais à un *système normatif extra ou parajuridique*, c'est-à-dire à un *corpus* structuré qui mélange ou alterne les moeurs, la morale, l'économie, la technologie, -avec aussi, le cas échéant, un zeste de juridique extra-étatique (fondé sur les volontés particulières). Deux exemples en sens contraire vont permettre d'illustrer la thèse.

Premier exemple : si le législateur utilise le concept de "maison", il n'établit aucun standard. Ainsi que l'observait judicieusement notre collègue Coipel en développant cet exemple dans une intervention, la loi renvoie tout au plus au dictionnaire . J'ajouterai qu'elle renvoie aussi à un simple fait, à une pratique courante, celle de construire des maisons plutôt que d'habiter dans des grottes. De sorte que pour appliquer ce concept, le juge n'aura en général qu'à se livrer à un travail assez routinier. De loin en loin, il éprouvera une difficulté d'appréciation pour savoir si telle bicoque ou masure médiocre entre dans la catégorie visée. Mais son appréciation ne mettra *directement* en jeu aucune notion de conduite sociale. J'insiste sur le mot "directement" car indirectement toute appréciation juridique se réfère toujours à des comportements sociaux (dans l'exemple, à l'habitude de construire et d'habiter des maisons *dignes de ce nom*). Mais ici et à la différence de ce qui se produit dans le cas du standard, la loi ne vise pas directement ces comportements. Elle vise pour l'essentiel une catégorie descriptive et ne renvoie à aucun système normatif propre à régir la vie sociale en l'absence de droit ou en complément du droit. Sans doute renvoie-t-elle au système linguistique, lequel a un caractère normatif : mais le langage ne régit pas directement la vie sociale et au demeurant on ne va tout de même pas parler de standard chaque fois qu'un texte juridique reprend un concept du langage courant ! Bref, nous pouvons bien dire que pour déterminer ce qu'est une maison, le juge émet un jugement *de fait* et pas un jugement de valeur comme dans l'hypothèse du standard.

Deuxième exemple : l'obligation de moyens du médecin. Selon un arrêt célèbre, le médecin doit des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données actuelles de la science : voilà le type même du standard ! Or, mettons-nous à la place du juge qui doit statuer dans un procès en responsabilité médicale. Ce juge -supposons-le français- applique *a priori* le droit français de la responsabilité qui est un système cohérent en dépit de certaines contradictions (mais quel système n'a pas les siennes ?). Toutefois le bon usage du standard qu'on vient de rappeler le force à pénétrer dans une véritable galaxie peuplée de personnages étranges qui s'appellent aide-soignant, interne de

garde, etc. ... Et lesdits personnages manipulent une technologie savante, inconnue des juristes, mais des plus normatives ; ils baignent en outre dans une éthique médicale pas toujours écrite, mais contraignante. Le tout avec un brin de juridique : leurs positions respectives sont définies soit par les règles de l'organisation hospitalière (qui sont encore du droit étatique), soit par des conventions intervenues entre eux (qui sont du droit d'origine privée). Tous ces éléments forment un système qui a sa cohérence propre et qui vit juxtaposé au droit positif de la responsabilité. Or, par le standard de l'obligation de moyens, le droit commun de la responsabilité renvoie au système médical et à ses normes afin de déterminer si le médecin a ou non commis une faute. Et bien entendu le droit de la responsabilité reprend son empire une fois ce point déterminé : si faute il y a, lui seul en déduira les conséquences civiles, pénales, etc. ...

Je pourrais prendre d'autres exemples. Si je les empruntais à la responsabilité du sportif, je vous introduirais dans le monde à part du cyclisme ou de la Formule I, monde où nous rencontrerions du droit carrément extra-étatique, celui que secrètent les organisations sportives internationales. C'est alors à la lumière de ce droit ainsi que de l'éthique sportive que le juge devrait élaborer son appréciation de comportement.

J'ai eu soin, bien entendu, de choisir des exemples particulièrement spectaculaires. Mais le raisonnement reste vrai pour des standards plus humbles. Par exemple, le texte relatif à la clause pénale manifestement excessive renvoie sans qu'on y prenne garde à une certaine morale des affaires ou, si l'on préfère, à des moeurs économiques d'autant plus difficiles à connaître qu'elles varient selon le secteur d'affaires envisagé, mais dont on ne saurait nier l'existence sous le seul prétexte de cette difficulté ! De même, la règle que les conventions doivent être exécutées de bonne foi opère un renvoi discret à l'état des moeurs.

Dès lors, nous voyons bien que la distinction du droit et du fait, souvent évoquée lors de nos débats, est ici en porte-à-faux complet. Certains intervenants avaient cru voir dans le standard un renvoi du droit au fait, un renvoi à une connaissance simplement sociologique et descriptive. Et de se demander par quel miracle le droit (c'est-à-dire la décision finale du juge) pouvait sortir d'un simple fait, comment le prescriptif pouvait sortir du descriptif ! Or, tout s'éclaire si l'on admet que le droit (le normatif juridique) s'appuie ici sur le normatif extra ou parajuridique, si l'on admet que le droit emprunte certains éléments de sa décision à un autre ordre normatif. Car pas plus que la loi étrangère, cet ordre n'appartient à la sphère du pur fait, ni ne relève de la seule description. Quand on dit que la loi

étrangère est un simple fait aux yeux du juge français, il n'y a là qu'une façon de parler, suggestive mais inexacte, pour exprimer que le juge français n'est pas censé la connaître, qu'il ne casse pas en raison de sa mauvaise application, etc. ... Mais que l'on sache, la loi italienne ou allemande est tout autant du droit que la nôtre ! *Mutatis mutandis*, les moeurs françaises sont tout aussi normatives, à leur manière, que le droit français à l'égard des citoyens ou résidents français, -encore que, bien entendu, le sociologue se doive de les étudier scientifiquement, c'est-à-dire *comme si* elles étaient un simple fait.

De même il conviendrait de lever cette équivoque sur laquelle nous avons maintes fois buté ces jours derniers : le standard est-il dans le droit ou en dehors du droit ? Est-il une bizarre excroissance du fait au sein de la règle juridique ou bien celle-ci l'a-t-elle adopté, phagocyté et juridicisé ? Ces questions deviennent de fausses questions pour qui accepte la thèse du renvoi à un autre système. Car si le standard est une technique de renvoi, on ne voit pas en quoi il pourrait bien modifier la nature juridique de la règle qui le contient : il correspond seulement à un retrait partiel et volontaire de cette règle. Le standard apparaît ainsi comme le sas par lequel nous passons d'un système à un autre (et d'ailleurs dans les deux sens puisque le juge retourne à la règle initiale après que le renvoi a produit son office). On peut aussi évoquer le passe-partout de tout à l'heure car nous avons vu que la même clé du *bon père de famille* ouvre des portes différentes donnant elles-mêmes sur des ordres ou des sous-ordres normatifs distincts. Cela dit, entre les normes juridiques précises, les normes juridiques reposant sur des notions souples et les normes juridiques reposant sur un standard, il y a certes une différence de structure logique, mais non une différence de nature au regard des sources du droit.

Pour nous résumer, nous dirons qu'on est en présence d'un standard lorsque le système juridique invite le législateur

a) à émettre un jugement de valeur

b) portant directement sur des comportements sociaux

c) par référence à un autre système normatif, juridique ou non, existant ou en formation,

d) afin de rendre une décision ou de poser une norme

e) cette décision ou norme devant s'intégrer au système juridique.

Après quoi, tout rentre dans l'ordre ! La boucle est bouclée, le système juridique reste le système juridique, avant comme après cet emprunt extérieur.

STANDARD ET CONNAISSANCE DU MONDE EXTRA-JURIDIQUE

En vérité, si nous nous sommes interrogés à faux sur la nature juridique du standard ou de la norme qui l'inclut, c'est peut-être parce que nous reculions devant une difficulté plus considérable encore, celle de connaître les systèmes normatifs auxquels il nous renvoie. Ce qui intimide n'est pas le passe-partout, mais le contenu des pièces dont il ouvre la porte. Et si nous tripotons nerveusement ce passe-partout en lui inventant peut-être des aspérités qu'il n'a pas, c'est sans doute par crainte de nous en servir. Je dois d'ailleurs avouer que je suis le premier effrayé par ce problème de *connaissance*. Dans le cas du standard pour le législateur, le système est à créer : par définition donc, personne ne le connaît ! Dans le cas du standard pour le juge, le système existe déjà, mais c'est encore pire car son extrême complexité le fait largement échapper à nos investigations de sociologues plus qu'amateurs. En pratique, comment procédons-nous ?

Nous sommes, dans cette salle, une majorité d'universitaires. Or, en cette qualité, comment réagissons-nous lorsque, dans nos cours ou dans nos travaux, nous rencontrons un standard ? La réponse est simple : nous inventons des exemples d'école ou bien nous développons quelques cas empruntés à la jurisprudence et nous synthétisons brièvement le tout par quelques idées générales propres à éclairer tant soit peu la religion du lecteur ou de l'étudiant. En somme, nous imitons le législateur : comme lui, nous procédons par *renvoi* ! Pour mille raisons évidentes, nous ne pouvons aller au-delà, n'ayant ni la compétence, ni le temps, ni même le droit (au regard du programme à traiter) de nous étendre à l'infini sur les bonnes moeurs, sur l'excès manifeste ou sur l'homme raisonnable.

Beaucoup plus inconfortable est la position des avocats et du juge qui, quant à eux, doivent se rendre sur le terrain pour aboutir à une appréciation : les voilà chargés d'une mission redoutable ! Michele Taruffo a émis la crainte que le juge, en réalité, ne se borne à statuer selon sa propre opinion, mais il s'agirait là, selon moi, d'une perversion du système. En principe, le juge doit se renseigner sur cet univers normatif, social mais non juridique, auquel la loi lui commande de se référer. Car il a ordre de se documenter *au-delà des faits de la cause* : on pourrait méditer là-dessus. Et grâce à l'aide des avocats et des experts, il ne s'y dérobe pas, quitte à nous avouer, comme l'ont fait sportivement le Premier Président et le Bâtonnier d'Aix, qu'ils pratiquaient le standard sans en connaître le nom doctrinal. Mais avouons à notre tour que, même sans lire une bibliothèque

complète de sociologie ou de technologie, leur tâche est déjà assez rude !

En bref, les universitaires esquissent une théorie du standard sans aller sur le terrain tandis que les praticiens occupent le terrain sans préoccupation doctrinale. Comment s'étonner, dans ces conditions, de nos difficultés à cerner le sujet et des angoisses existentielles que nous avons parfois éprouvées pendant ces trois jours de congrès ?

Parmi ces angoisses, il en est une que je voudrais tout de même relativiser : celle qui a trait à l'insécurité juridique engendrée par la pratique du standard. Pour vous rassurer, je citerai une anecdote qui date d'avant la loi sur l'assurance obligatoire en matière de construction. A cette époque, les assureurs stipulaient volontiers une exclusion de garantie au cas où l'entrepreneur commettrait un manquement inexcusable aux règles de l'art. Or, la Cour de cassation avait annulé cette clause comme contraire à la loi qui dispose que les exclusions de risque doivent être précises et limitées. Et son argumentation revenait à dire, en substance, que nul ne sait ce qu'est un manquement inexcusable aux règles de l'art. Mais, répliquait mon ami Hubert Groutel dans son commentaire, cela n'est pas exact. Il est bien vrai que nous autres juristes ne le savons pas ; toutefois l'entrepreneur, quant à lui, le sait très bien ! De même le contractant sait fort bien s'il exécute de bonne ou de mauvaise foi, etc. ... Ainsi le standard apparaît comme le moyen de donner force de droit à ce que le juge ne connaît pas toujours d'emblée, mais que le justiciable connaît souvent comme étant recommandé ou au contraire peu recommandable. Par conséquent, le standard est moins dangereux qu'on ne le dit, faute de quoi on ne comprendrait d'ailleurs pas qu'il rencontre un pareil succès dans des systèmes démocratiques ...

DEVENIR DU STANDARD

Cet essor que nous avons tous constaté incite à s'interroger pour finir sur le devenir du standard. Grâce aux différents rapporteurs, nous avons pu observer que le standard se développe sur les grandes questions (droits de l'homme, libertés publiques, défense d'intérêts majeurs, choix de société ou choix personnels fondamentaux), mais aussi, plus humblement, à la jointure des petites questions (bref délai en matière de vente, clause pénale excessive, etc. ...). Le développement récent du standard tient peut-être à ce que, pendant des siècles, les sociétés ont surtout élaboré du *petit* droit (qui par nature est rigidement technique : v. par ex. le droit des obligations) alors que le développement du *grand* droit date à peine du XVIIIème siècle, ce qui est

historiquement récent ... Bien entendu, je ne hasarde l'hypothèse qu'avec prudence. De toute façon, l'essor viendrait aussi de ce que la diversification de la vie sociale, dans les sociétés industrielles et post-industrielles, crée un besoin de lubrifier ce que j'ai appelé le petit droit. En outre, la progression des moyens de connaissance a pour conséquence qu'il est plus facile d'obliger le juge à se renseigner : j'imagine mal le standard dans une société fruste, sauf à ce qu'il introduise seulement l'arbitraire du juge ... Sur tout cela, il faudrait encore réfléchir et l'on pourrait de même se demander jusqu'où ira la progression du standard. Je ne conçois guère que le législateur supprime la majorité à 18 ans pour décider qu'est juridiquement capable celui qui donne des signes manifestes de maturité intellectuelle ... Le droit rigide a encore de beaux jours devant lui et il serait intéressant de savoir lesquels, en dehors même de cette réglementation technocratique ultra-détaillée que nous ne cessons de dénoncer. Mais nos difficultés à préciser la notion de standard nous ont empêchés de mesurer le caractère irrésistible ou non de son ascension.

A moins que l'ambiguïté propre du standard n'interdise une pareille mesure. Et au moment d'amorcer ma conclusion, je me souviens qu'Enrico Pattaro l'a rattaché, entre autres, à la pensée baroque. Rêvant un peu, je me demande si le standard ne souffre pas d'une ambiguïté comparable. Comme chacun sait, le baroque est à l'origine une forme d'architecture religieuse inspirée par la Contre-Réforme. Puis il envahit tous les arts y compris dans le domaine profane et devient une forme de civilisation : on parle alors de la musique baroque, de l'époque baroque, qui durera deux siècles, de l'Europe baroque, qui d'ailleurs s'étend jusqu'au Brésil ... Aujourd'hui, des théoriciens de l'art se demandent si toute forme d'art ne passe pas par une phase classique (ligne droite et dépouillement) ainsi que par une phase baroque (profusion décorative et ligne courbe). De la même façon, il faudrait se demander - nous l'avons déjà fait à mots couverts- si le standard est seulement un procédé de Common law (comme son nom paraît l'indiquer) ou un procédé qui s'universalise au cours de notre XXème siècle ou encore un procédé éternel du droit. Ce pourrait être l'objet d'un autre congrès. Mais réjouissons-nous d'abord d'avoir mené à bien celui-ci et félicitons-en Jean-Louis Bergel. Remercions-le surtout de ce que, pendant ces trois merveilleuses journées d'évasion, nous avons pu contempler de près la courbure et l'efflorescence baroque du droit.

PREMIER CONGRES DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE
DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

FIRST CONFERENCE OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION
OF LEGAL METHODOLOGY

LISTE DES PARTICIPANTS

LIST OF PARTICIPANTS

ALEXANDRE Jean-Jacques, Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
ARNAUD André-Jean, C.N.R.S.
ATIAS Christian, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
BALDOUS André, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
BALIAN Serge, Avocat à la Cour de Paris
BARBOSA-MOREIRA José-Carlos, Professeur à l'Université de Rio de Janeiro (Brésil) et Magistrat
BELTRAME Pierre, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III
BERGEL Anne-Marie, Expert judiciaire
BERGEL Jean-Louis, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III - Directeur de l'I.E.J.
BLEUCHOT Jérôme, Etudiant
BORDONNEAU Jean, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III
BOULAN Fernand, Doyen de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille III
BREDEAU Pierre, Ancien Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Aix-en-Provence
CATALA Pierre, Professeur à l'Université de Paris II
CHEROT Yves, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III - Directeur de l'U.E.R. Recherches Juridiques
CHIARLONI Sergio, Professeur à l'Université de Turin
CIMAMONTI Sylvie, Assistante à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
M. COIPEL, Professeur d'Université (Facultés Université Notre-Dame de la Paix) (Belgique)
COUPET Louis, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III

Sir William DALE, Barrister - KC. MG, Université de Londres (G.B.)
DELCAMP Alain, Responsable du secrétariat de la Commission des Lois du Sénat, Chargé de cours à l'I.E.P. d'Aix-Provence
DELEBECQUE Philippe, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
DELMAS-MARTY Mireille, Professeur à l'Université de Paris II
DELNOY Paul, Professeur à l'Université de Liège (Faculté de Droit) (Belgique)
DENTI Vittorio, Professeur à l'Université de Pavie (Italie)
DI MARINO Gaëtan, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
DUBOUIS Louis, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
EL HATIMI M'hamed, Professeur à l'Université de Rabat (Maroc)
FAROUZ André, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III
FAVOREU Louis, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
FLORY Maurice, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
FOUILLOUX Gérard, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
FOURTANIER Michèle, Avocat à la Cour de Paris
FRAYSSINET Jean, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III
FRIEDMAN Gary, Avocat-Professeur à l'Université de Stanford (U.S.A.) - Directeur du Centre de Médiation en droit de Californie
GARCIN Michel, Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
GASSIN Raymond, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
GIOVANNANGELI Christian, Chargé de travaux dirigés à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
GLENN H. Patrick, Professeur à l'Université McGill, Montréal (Canada)
GODBOUT Bernard, Avocat à Québec (Canada)
GRIVART de KERSTRAT Françoise, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III
GUASTINI Riccardo, Professeur à l'Université de Gênes (Italie)
JESTAZ Philippe, Professeur à l'Université de Paris II
KRONSTROM Serge, Avocat - Québec (Canada)
LABRUSSE-RIOU Catherine, Professeur à l'Université de Paris-Sud (XI)
MAZEN Noël-Jean, Avocat, Maître de Conférences à l'Université de Dijon
Mme MERCIER-NELISSE, Chargée de Recherche - Faculté de Droit, Université Catholique de Louvain (Belgique)

MESTRE Jacques, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
MIGNUCCI Pierre, Premier Président de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence
MITSOPOULOS Georges, Professeur Emérite à l'Université d'Athènes (Grèce)
MOLLET-VIEVILLE Francis, Bâtonnier, Membre du Conseil Constitutionnel - Paris
MORAND Charles-Albert, Professeur à l'Université de Genève (Suisse)
NAVARRO Juan-Santos, Chargé d'enseignement à Lyon
NEGRIN Jean-Paul, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III
ORIANNE Paul, Professeur à l'Université Catholique de Louvain (Belgique)
PATTARO Enrico, Professeur à l'Université de Bologne (Italie)
PAVLOPOULOS Procopios, Professeur à l'Université d'Athènes (Grèce)
PEDROT Philippe, Maître de Conférences à l'Université de Toulon et du Var
PETEV Valentin, Doyen de la Faculté de Droit de Münster (R.F.A.)
PINARD Danielle, Professeur à l'Université McGill - Montréal (Canada)
PIZZORUSSO Alessandro, Professeur à l'Université de Florence - Directeur de l'Institut de Droit Comparé (Italie)
PONTHOREAU Marie-Claire, Chercheur à l'Institut Universitaire Européen de Florence (Italie)
PRIETO Catherine, Collaborateur de Recherche à l'I.E.J. d'Aix-Marseille
PUTMAN Emmanuel, Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
RICHARD Jean-Paul, Administrateur au Sénat - Paris
ROBITAILLE Alain, Avocat - Québec (Canada)
ROY-LOUSTAUNAU Claude, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III - Directeur-adjoint du Centre de Droit du Travail
SAVOIE Réginald, Avocat, Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
SERIAUX Alain, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III - Directeur du Département de Philosophie du Droit
SONNENBERGER Hans-Jurgen, Professeur à l'Université de Munich
SPARER Michel, Président du Conseil Supérieur de la Langue Française à Ottawa (Canada)
SYR Jean-Hervé, Maître de Conférences à l'Université d'Aix-Marseille III
TARUFFO Michele, Professeur à l'Université de Pavie (Italie)

TRUDEL Pierre, Professeur à l'Université de Montréal (Canada)
UENO Mamiko, Professeur adjoint à l'Université Chuo - Tokyo (Japon)
VERNARDOS Anastasios, Vice-Avocat Général à la Cour de Cassation - Athènes (Grèce)
VITA (de) Anna, Professeur à l'Université de Florence (Italie)
WROBLEWSKI Jerzy, Professeur à l'Université de Lodz (Pologne)
YOKARIS Angelos, Professeur agrégé à l'Université d'Athènes (Grèce)
ZIEMBINSKI Zygmunt, Professeur à l'Université de Poznan (Pologne).

BULLETIN D'ADHESION
à
L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE JURIDIDQUE

Objet social :

Cette association a pour buts :

- d'établir des relations scientifiques entre les juristes particulièrement intéressés par les problèmes de méthodologie juridique ;
- de développer et d'organiser toutes activités de recherche et d'information dans le domaine de la méthodologie juridique et de la théorie générale du droit, dans les divers systèmes juridiques ;
- de favoriser la connaissance et le développement de la méthodologie juridique par l'organisation de congrès, de colloques, de journées d'études, de séminaires ainsi que le publication de travaux, de bulletins et tous autres moyens de nature à permettre une collaboration scientifique ;
- de susciter la constitution de comités locaux dans les divers pays intéressés.

Conseil d'administration :

Président :

M. Bergel J.-L., Prof. Univ. d'Aix-Marseille (France)

Vice-Présidents :

MM.
Ben Achour Y., Prof. Univ. de Tunis (Tunisie)
Cote P.A., Prof. Univ. de Montréal (Canada)
Sir William Dale, KCMG Univ. de Londres (G.-B.)
Hopt K., Prof. Univ. de Berne (Suisse
Kozyris Ph.-J., Prof. Ohio State Univ. (U.S.A.)
Orianne P., Prof. Univ. de Louvain (Belgique)
Taniguchi Y., Prof. Univ. de Kyoto (Japon)
Vernengo R., Prof. Univ. de Buenos-Aires (Argentine)
Vilanova L., Prof. Univ. de Recife (Brésil)
Mellede Vita A., Prof. Univ. de Florence (Italie)
M.Wroblewski J., Prof. Univ. de Lodz (Pologne)

Secrétaire général :

M. Chérot J.-Y., Prof. Univ. d'Aix-Marseille III (France)

Trésorier :

M. Coupet L., M. Conf. Univ. d'Aix-Marseille III (France)

Adresse de l'Association - Adhésion : auprès de
M. J.-L. Bergel, Prof. à l'Univ. d'Aix-Marseille III
3, av. Robert Schuman - F 13628 Aix-en-Provence cedex 1
Tél. : 42 . 59 . 19 . 45 .

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE JURIDIQUE
International Association of Legal Methodology

3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex 1 (France)

BULLETIN D'INSCRIPTION
Application form

Nom de famille :.....
Family name (surname) :

Nom de jeune fille :.....
Maiden name :

Prénom usuel :.....
First name :

Profession : ..... Nationalité : .....
Occupation : Nationality :

Adresse postale :.....
Mailing adress :

Code postal : ..... Pays : .....
Postal code : Country :
Numéro de téléphone :.....
Telephone number :

Règlement de la cotisation
Payment of the subscription

Montant annuel personnes physiques 150 FF (or the equivalent in local currency)
Yearly amount natural persons

personnes morales 500 FF (" ")
artificial persons

Droit d'entrée pour les membres bienfaiteurs :
First fees for the benefactor members : 1 000 FF (" ")

Paiement par chèque bancaire
Payment by cheque

Paiement par chèque postal
Payment by postal order

Paiement par virement bancaire
Payment by bank draft

A renvoyer au : Siège de l'Associaiton ou au Vice-Président de l'Associaton dans votre pays.

Please send back the form with the payment to : The Vice-Président of the Association in your own country or to the President of the Association, at the associations' adress.

BULLETIN D'ABONNEMENT

à la

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1989

CAHIERS DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

ABONNEMENT : 1 NUMERO PAR AN

France : 80 FF **Etranger : 80 FF**

Demande à adresser aux :
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex 1

Nom et Prénom .....

Adresse (complète).....

.....

.....

souscrit uniquement à un Abonnement à la Revue de la Recherche Juridique - Cahiers de Méthodologie Juridique- pour l'année 1989 au tarif de ..... FF.

Signature

Règlement :

- Chèque bancaire à l'ordre de "M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille",
- C.C.P. - n° 940415 E Marseille

BULLETIN D'ABONNEMENT

à la

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

1989

ABONNEMENT : 4 NUMEROS PAR AN

France : 280 FF **Etranger : 340 FF**

Demande à adresser aux :
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex 1

Nom et Prénom .....

Adresse (complète) .....

.....

.....

souscrit à un Abonnement à la Revue de la Recherche Juridique pour l'année 1989 (du 1/1/89 au 31/12/89) au tarif de ..... FF.

Signature

Règlement :

- Chèque bancaire à l'ordre de "M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille",
- C.C.P. - n° 940415 E Marseille

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

TABLES GENERALES

de l'année 1988

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

- Lise BEAUDOIN, **La prescription des servitudes : Commentaires sur l'arrêt anglais Dalton v. Angus de 1881 et comparaison avec le droit civil français** 15

- Ysolde GENDREAU, **Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais** 41

- Antoine LECA, **Essai de synthèse sur l'état du droit féodal à la veille de la Révolution** 63

- Jean-Louis MESTRE, **Le rayonnement en France des Facultés de droit et d'administration de Tübingen sous la Monarchie de Juillet** 85

- Benoît SAVELLI, **La liberté religieuse au Concile Vatican II** 115

- Jill FRANK, **L'arroseur arrosé : Paradigmes kuhniens et types idéaux weberiens dans la pensée juridique de George Fletcher** 193

- Henri R. PALLARD, **La règle et le droit : La subjectivité et la genèse de la normativité dans l'ordre juridique** 211

- Danièle PINARD, **Les probabilités mathématiques classiques et le traitement des faits en contexte judiciaire : un débat** 243

- Alain SERIAUX, **Libre propos sur un avant-propos** 263

- Heinz-Dieter ASSMANN, **Les problèmes de causalité dans la responsabilité délictuelle pour des dommages causés à l'environnement en droit allemand** 289

- Christian BOLZE, **L'unité du lien de connexité en droit des obligations** 303

- Emmanuel PUTMAN, **La loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs** 341

- Wolfgang GRAF VITZHUM, **Le transfert de technologie, les espaces non-nationaux et l'ordre économique international** 365

- Gérard MEMETEAU, **La place des normes éthiques en droit médical** 391

- Jean-Marc TRIGEAUD, **Métaphysique de la culture et discours du droit** 425

- Philippe COCATRE-ZILGIEN, **La Révolution française et le modèle constitutionnel vénitien** - Les institutions de la République de Venise ont-elles inspiré la création de certains organes extraordinaires de la France révolutionnaire ? 575

- Wolfgang GRAF VITZTHUM, **Le fédéralisme allemand** - Histoire, doctrine et fonctionnement 615

- Hutsumi SHIMIZU, **Le principe de la séparation de la religion et de l'Etat dans la constitution du Japon** 635

- Hutsumi SHIMIZU, **Pouvoir et fonction du Tennô** - Une présentation du statut constitutionnel de l'Empereur du Japon 643

- Olsen A. GHIRARDI, **Logique de la cassation (Erreurs in cogitando) - Une réforme dans la province de Cordoba** 651

- Henri R. PALLARD, **La phénoménologie et le droit : Méthode et théorie en philosophie du droit** 677

- Antoine LECA, **L'utopie et ses métamorphoses** 729

- Guillaume CHAMPY, **Essai de définition de la fraude informatique** 751

- Enrico PATTARO, **Les dimensions éthiques de la notion de standard** 813

- Valentin PETEV, **Les standards et les principes généraux du droit** 825

- Juan-Santos NAVARRO, **Standards et règles de droit** 833

- Jerzy WRÓBLEWSKI, **Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit** 847

- Philippe DELEBECQUE, **Les standards dans les droits romano-germaniques** 871

- Sir William DALE, **L'utilisation des standards dans le système juridique anglais** 887

- Zygmunt ZIEMBINSKI, **Les principes de la vie en société en tant que standard des droits socialistes** 895

- Mamiko UENO, **Les standards en droit japonais** 909

- A. YOKARIS, **L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues** 929

- Michel SPARER, **Les standards dans les textes bilingues au Canada** 941

- Anastassios VERNARDOS, **Les objectifs de la C.E.E. comme standards du droit communautaire** 953

- Procopios PAVLOPOULOS, **Les standards en droit public** 961

- Alessandro PIZZORUSSO, **Standards et contrôle de constitutionnalité des lois** 977

- Pierre TRUDEL, **Les standards dans les textes législatifs traitant de matières techniques spécialisées** (Radiodiffusion : "la haute qualité") 989

- Mireille DELMAS-MARTY, **Les standards en droit criminel** 1019

- Paul ORIANNE, **Les standards et les pouvoirs du juge** 1037

- Danielle PINARD, **Le droit et le fait dans l'application des standards** 1069

- Michele TARUFFO, **La justification des décisions fondées sur des standards** 1123

- José Carlos BARBOSA MOREIRA, **Le contrôle de l'application des standards par la Cour Suprême brésilienne**..... 1147

- Noël-Jean MAZEN, **Utilisation des standards et adaptation du droit à l'évolution sociale**..... 1157

- Philippe JESTAZ, **Rapport de synthèse**
- Colloque "Les standards dans les divers systèmes juridiques" -..... 1181

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

Action en justice, 341
Association, 341
BACHELARD, 451
Cause, 289
Concile, 125
Connexité, 303
Consommation, 341
Droit allemand, 289 ; 615
Droit anglais, 15 ; 41 ;
Droit brésilien,
Droit canadien,
Droit constitutionnel, 575 ; 643
Droit d'auteur, 41
Droit féodal, 63
Droit japonais, 635 ; 643 ;
Environnement, 289
Epistémologie, 451
Ethique, 391
Facultés de droit, 85
Fédéralisme, 615
FLETCHER, 193
Fraude, voir informatique
Histoire du droit, 63
Informatique, 751
Liberté religieuse, voir Religion
Médecine, 391
Normativité, 211
Obligations, 303
Ordre juridique, 211
Ordre économique international, 365
Phénoménologie, 677
Philosophie du droit, 425 ; 677
Prescription, 15
Principes généraux du droit,
Procès, 243
Propriété littéraire et artistique, voir Droit d'auteur
Raisonnement judiciaire,
Religion, 115 ; 635
Responsabilité civile, 289
Révolution française, 575
Servitudes, 15
Standard, 801
Théorie générale du droit, 193 ; 211 ; 243
Transfert de technologie, 365
TUBINGEN, 85
Utopie, 729

DEPOT LEGAL 4e Trimestre 1988

N° I S S N 0249-8731

Couverture Imprimerie Paul Roubaud. Aix-en-Provence