
DROIT PROSPECTIF



A voir notamment :

M. le Professeur René DAVID :

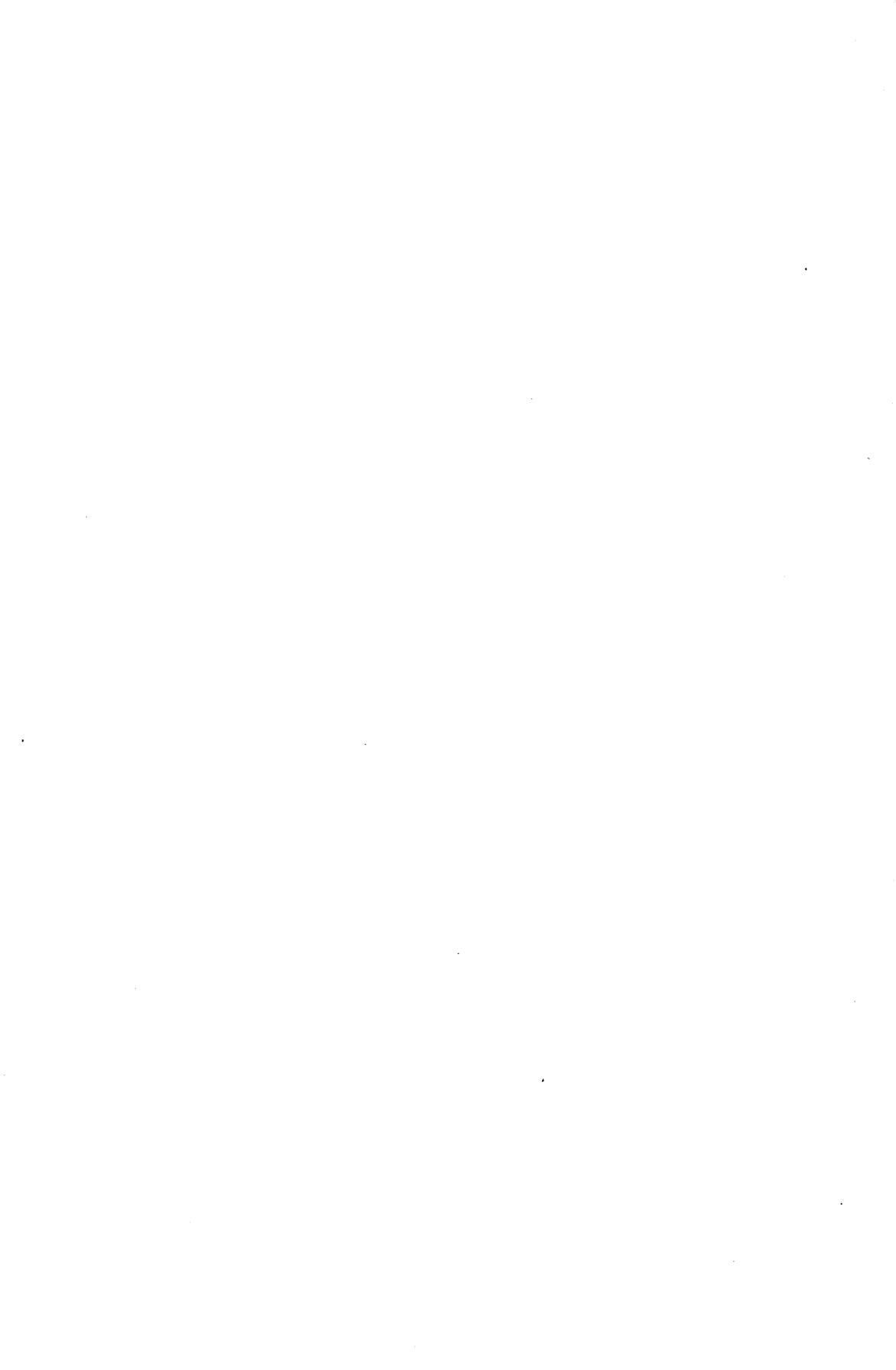
LA DOCTRINE, LA RAISON, L'ÉQUITÉ

M. le Professeur Bruce A. ACKERMAN :

DEUX SORTES DE RECHERCHES "EN DROIT ET ÉCONOMIE"

M. le Professeur Alain LEVASSEUR :

LES CODIFICATIONS EN LOUISIANE



La Direction de la Revue de la Recherche 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.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF

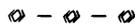
1986 - 1

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

Abréviation de référence : R. R. J.

COMITÉ 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 à 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. 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 TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (+)	



Rédacteur en Chef : C. ATIAS

Secrétaire de Rédaction : M. GARCIN

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Président	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Président	L. FAVOREU	M. le Professeur	C. MOULY

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1986

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 240 F

Abonnement étranger : 300 F
Numéro (France) : 80 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'UNIVERSITÉ
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE
Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

<i>EDITORIAL</i> par D. LINOTTE	7
<i>SOTTISIER LEGISLATIF ET REGLEMENTAIRE</i> (suite) par C. ATIAS	11
<i>ACTUALITES DOCTRINALES</i>	
- M. le Professeur J.P. GRIDEL, Politique pénale et pénitentiaire : en relisant Tocqueville	17
<i>PHILOSOPHIE DU DROIT</i>	
- M. le Professeur B. ACKERMAN, Deux sortes de recherches en "droit et "économie"	31
- M. l'Abbé P. FONTAN, Référence philosophique à Saint Thomas d'Aquin	49
- Jean-Paul II et les droits de l'homme A propos de deux ouvrages du R.P. Ph. ANDRE-VINCENT	61
<i>CONFERENCES, LECONS, DISCOURS</i>	
- M. le Professeur W. GRAF VITZTHUM, La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche	69
<i>ETUDES</i>	
- M. le Professeur R. DAVID, La doctrine, la raison, l'équité	109
- M. O. LALIGANT, Réflexions sur l'avenir de la notion de représentation au lendemain de la Loi du 3 juillet 1985	159
- M. le Professeur A. LEVASSEUR, Les codifications en Louisiane	171
- M. le Professeur J.L. MESTRE, L'intérêt suscité en France par le projet de Code pénal louisianais d'Edouard Livingston	281

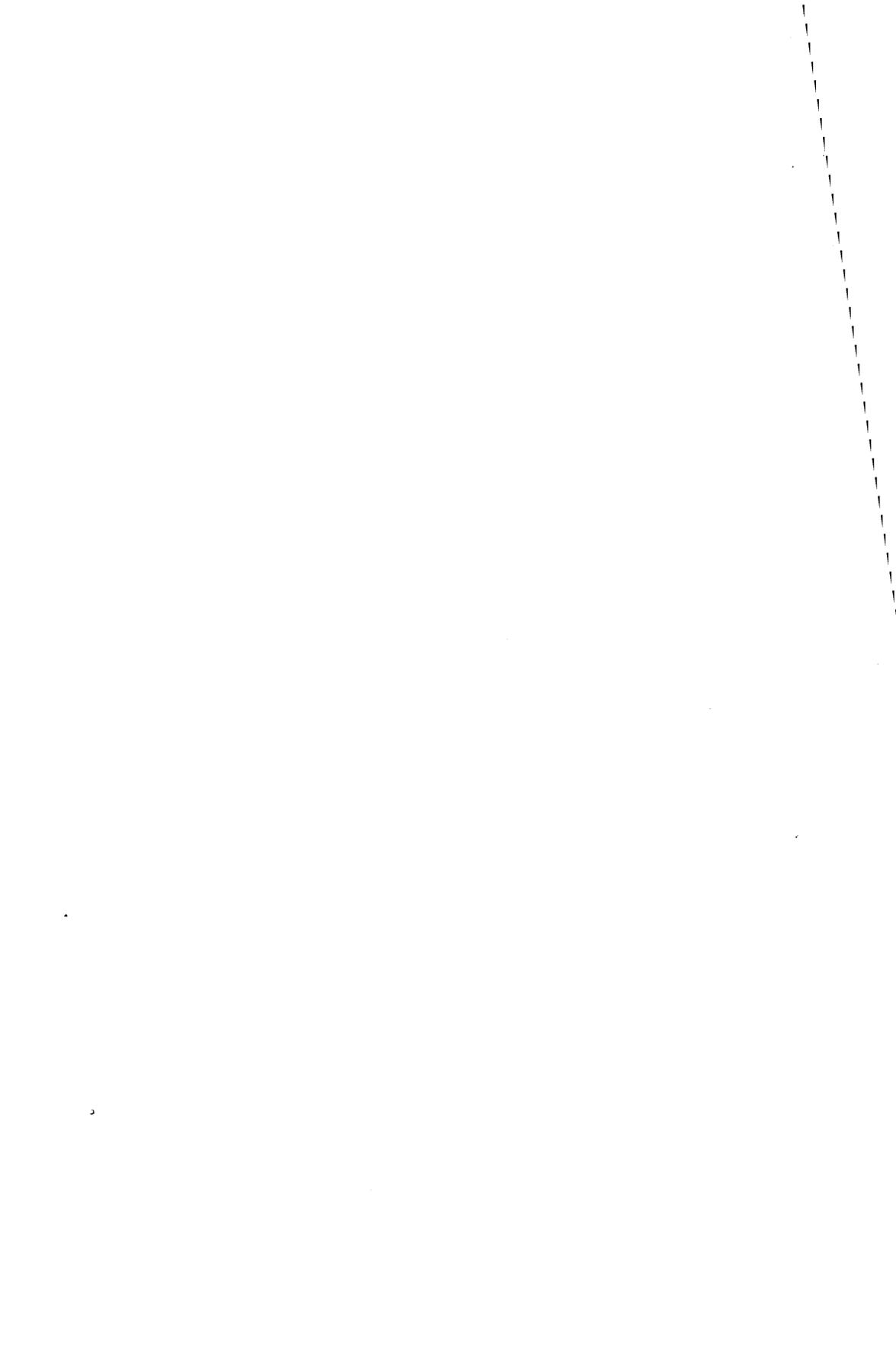
EDITORIAL

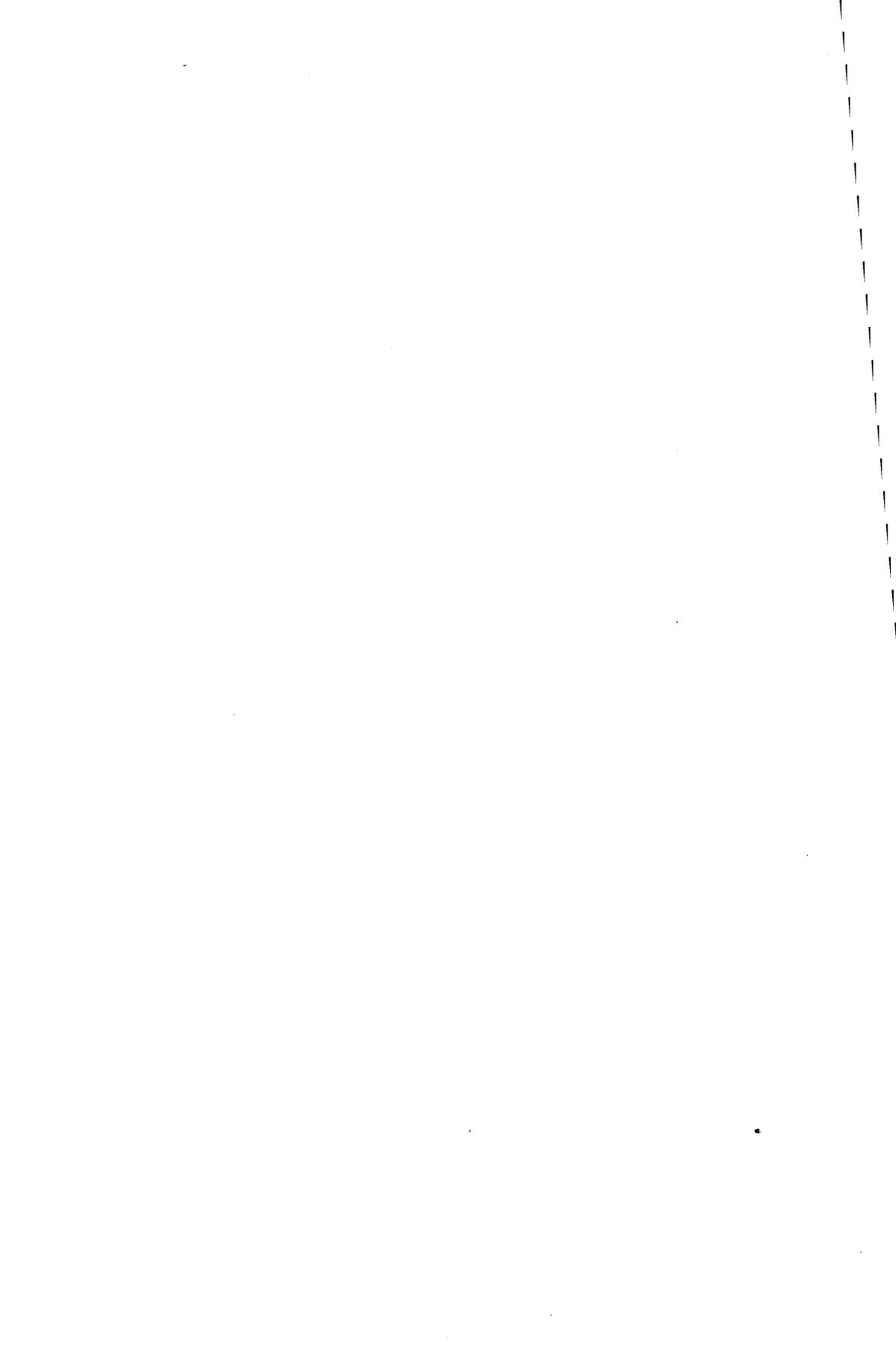
La recherche en droit développe aujourd'hui deux grandes tendances. Délaissant à juste raison le seul technicisme, elle revient au **fondamentalisme** et à l'étude des **valeurs** qui sous-tendent nécessairement la règle de droit. Ainsi en va-t-il des études que présentent ici :

- R. David : La doctrine, la raison, l'équité ;
- P. Fontan : Référence philosophique à Saint Thomas d'Aquin ;
- J.L. Mestre : L'intérêt suscité en France par le projet de Code Pénal Louisianais d'Edouard Livingston ;
- et W. Graf Vitzthum : La technologie génétique entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche.

Mais la recherche en droit se ressource également par la **comparaison** ; que celle-ci s'opère dans le champ des disciplines voisines comme nous le propose B. Ackerman (Deux sortes de recherches "*en droit et économie*") ou qu'elle nous invite, avec A. Levasseur (Les codifications en Louisiane) à l'exploration des vieilles *Terrae incognitae* !

Didier LINOTTE





LE SOTTISIER LEGISLATIF ET REGLEMENTAIRE (suite)

Par Christian ATIAS

Qui aurait l'extrême naïveté de supposer que la qualité et l'effectivité des lois sont inversement proportionnelles à leur quantité, aurait quelque raison de s'inquiéter du bilan de la législature qui s'achèvera en mars 1986. Ce serait sans doute un tort ; les innovations n'ont pas manqué et, cette fois encore, les interprètes vont pouvoir exercer leur sagacité.

LE MENAGE A TROIS, ... OU QUATRE

Le nouvel article 1424 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi n. 85-1372 du 23 décembre 1985, détermine les actes qu'en régime légal de communauté, les époux ne peuvent accomplir que d'accord entre eux. La première phrase précise très banalement que *"les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ..."*. La deuxième est plus originale ; elle affirme que les époux *"ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux ..."*.

Plusieurs interprétations s'offrent, à l'accoutumée, de cette divergence apparente entre les deux séries d'actes soumis à l'exigence de cogestion. La première - qu'il faudrait peut-être appeler *"légitimiste"* - rechercherait délibérément des conjoints pour consentir et supposerait que se trouve implicitement consacrée en France la bigamie. Ainsi, par exemple, un mari et une femme, mariés ensemble, pourraient percevoir les capitaux provenant de certaines opérations avec le consentement de leur autre conjoint respectif. Une deuxième interprétation, plus novatrice, raisonnerait sur l'hypothèse du divorce suivi de remariages. Désireux de reconnaître enfin une certaine indissolubilité du lien conjugal, le législateur aurait voulu affirmer que les nouveaux époux doivent parfois recueillir le consentement de leur précédent conjoint. La technique est un peu complexe, mais assurément originale.

ON NE FAIT PAS TOUJOURS CE QU'ON VEUT

La même réforme du 23 décembre 1985 avait été mise en chantier à la suite d'une constatation péremptoire. Une grave inégalité continuait d'exister entre époux mariés sous le régime légal puisque *"les dettes de l'épouse (n'engageaient) que dans certains cas déterminés les salaires de son conjoint, (tandis que) les créanciers du mari (pouvaient) pratiquement toujours, dans les faits, saisir les gains et salaires de la femme"* (Projet de loi relatif à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et dans la gestion des biens des enfants mineurs, présenté au nom de M. L. Fabius, par M. R. Badinter, **documents** Assemblée nationale, 1985, n. 2584, p. 2). Et de conclure : la femme *"a moins de crédit que son mari"*.

Que croyez-vous qu'il advînt ? Le crédit de la femme ne fut pas augmenté. Désormais, les dettes de l'épouse n'engagent que dans **un** cas déterminé les salaires de son conjoint.

Article 1414 du Code civil. *"Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ..."*

"Dieu ! Que le son du cor est triste au fond des bois" lorsqu'il porte le cri d'un législateur qui découvre avec effroi les limites de sa souveraineté.

LA REFORME IMPLICITE

Article 373-2 du Code civil (inchangé à ce jour) :

*"Lorsque les père et mère sont divorcés ..., l'autorité parentale est **exercée par celui d'entre eux** à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant ..."*

Article 389-2 du Code civil (rédaction résultant de la loi n. 85-1372 du 23 décembre 1985) :

*"L'administration légale est placée sous le contrôle du juge des tutelles ..., **à moins que** les parents n'exercent **en commun** l'autorité parentale, lorsque les père et mère sont **divorcés** ..."*

Il y avait quelques années que les interprètes se demandaient si la garde des enfants après divorce ne

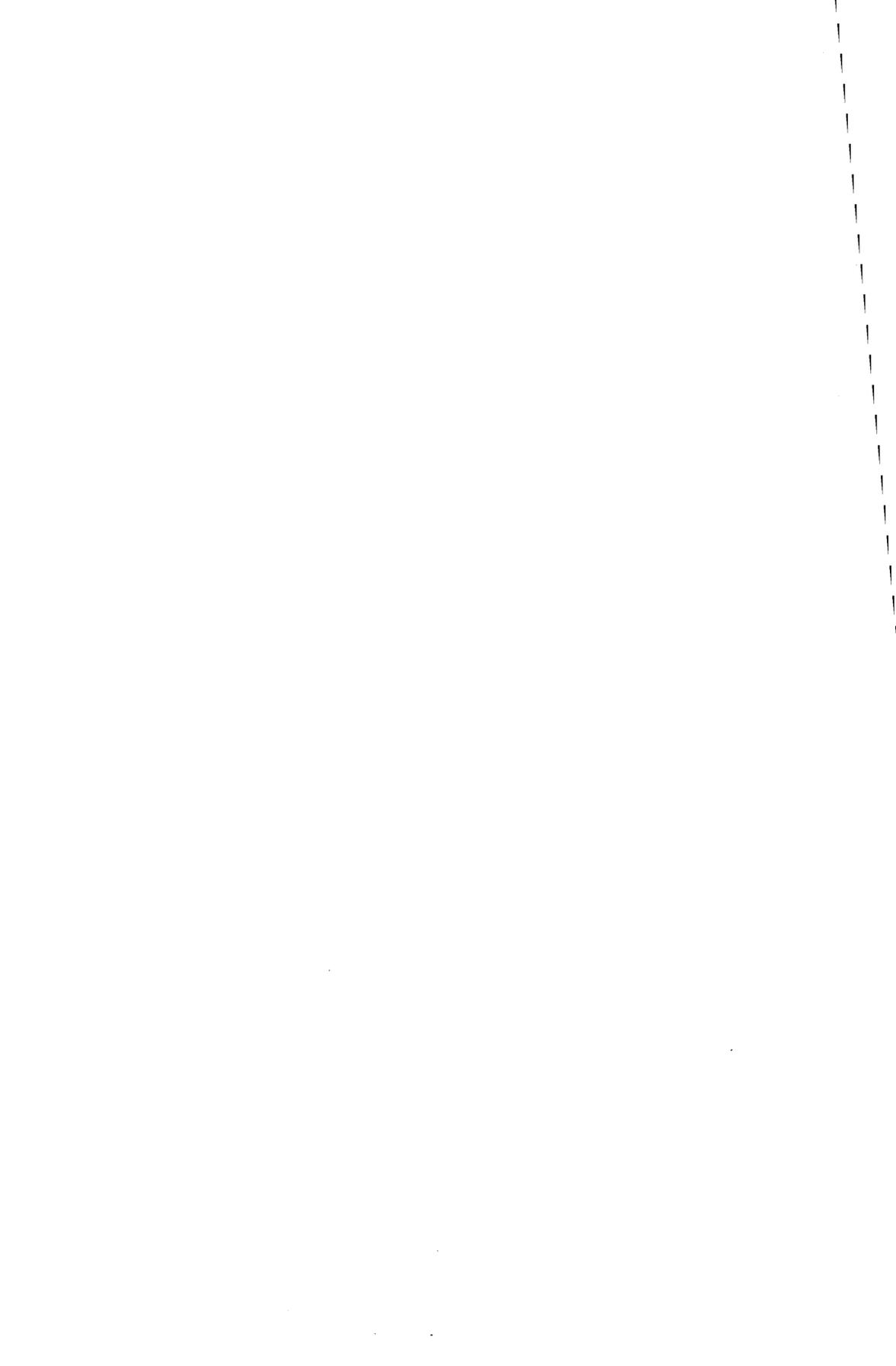
pourrait être conjointe ; voici que l'autorité parentale le devient comme par inadvertance ! Le cri de l'interprète arrachant ses derniers cheveux n'est également pas très gai.

LA PROTECTION DE L'ENFANCE ET DE LA FAMILLE

Sous l'intitulé "*Mesures relatives à l'enfance et à la famille*", la loi n. 85-772 du 25 juillet 1985 modifie les articles 187-1, 187-2 et 416 du Code pénal pour interdire désormais toute discrimination selon les moeurs. Ainsi, un directeur d'école ne peut plus tenir compte des moeurs d'une personne pour refuser de la charger de s'occuper des enfants. Les répercussions de cette réforme peuvent être considérables. Pour ne pas opérer de discrimination en fonction des moeurs, les conventions ne doivent-elles pas dorénavant déroger aux bonnes moeurs ? L'article 6 du Code civil serait ainsi implicitement abrogé.

R.R.J. 1986
Pages 15 à 28

ACTUALITES
DOCTRINALES



POLITIQUE PENALE ET PENITENTIAIRE :
EN RELISANT TOCQUEVILLE ... (*)

Par Jean-Pierre GRIDEL

Professeur des Facultés de Droit

(*) A la suite d'une erreur matérielle, les notes de cet article ayant été omises dans le n° 1985-3, nous publions ici le document complet et nous prions l'auteur de bien vouloir nous excuser.

POLITIQUE PENALE ET PENITENTIAIRE : EN RELISANT TOCQUEVILLE ...

Par J.-P. GRIDEL

Professeur des Facultés de Droit

Si les observations et réflexions de science politique rassemblées dans son livre *"De la démocratie en Amérique"* ont assis la durable notoriété d'Alexis de Tocqueville, celui-ci fut aussi, et d'abord, le coauteur d'un ouvrage moins connu, édité en 1833 sous le titre *"Le système pénitentiaire aux Etats-Unis et son application en France"*. En effet, dans les premiers mois de la Monarchie de Juillet, *"lorsqu'il y avait encore des illusions à nourrir et des idées généreuses à flatter"* (1), Tocqueville, juge à Versailles, fut officiellement chargé, en compagnie de son ami Gustave de Beaumont, substitut dans la même ville, *"de parcourir l'Amérique du Nord pour y rechercher les différentes applications du système pénitentiaire, et pour y recueillir tous les documents propres à éclairer le Gouvernement à cet égard"* (p. 49).

Après avoir, pendant un an, étudié sur place la législation de plusieurs Etats, visité les prisons, examiné leur régime intérieur, leur construction, leur coût, rassemblé nombre de documents, parlé avec des juges, des directeurs de prisons, des gardiens, des détenus, et, ils tiennent à le souligner, avoir toujours reçu le meilleur accueil de la part des administrations pénitentiaires, les deux magistrats regagnèrent la France et publièrent leur rapport. Tout en se livrant à la description des faits observés et à l'examen prudent des chances et difficultés d'éventuelles transpositions, l'ouvrage, tantôt philosophique et tantôt très concret, se présente en réalité comme une réflexion d'ensemble sur la politique pénale et pénitentiaire. Son attribution usuelle, assez injuste, au seul Tocqueville s'explique par la célébrité ultérieure du personnage et par son zèle au sein des commissions parlementaires qui, à partir de 1837, cherchèrent à introduire corréla-

tivement certains enseignements dans une loi, laquelle, votée en 1847, ne fut jamais appliquée. Le travail de Beaumont et Tocqueville comporte, certes, des développements dépassés et des formules naïves ou d'un autre âge ("*Ils - les prisonniers - sont malheureux ; ils méritent de l'être : devenus meilleurs, ils seront heureux dans la société dont ils respecteront les lois...*" p. 231). Toutefois, écrit par deux hommes soucieux d'ordre social mais non conformistes, évolutifs mais préoccupés de ne pas confondre **changement** et **progrès**, "*Le système pénitentiaire ...*", est une oeuvre réfléchie et franche, dans l'expression de ses certitudes comme de ses doutes. Elle comporte maints passages auxquels tout citoyen soucieux de la chose publique peut, encore aujourd'hui, se référer sans complexe, tant en matière de science criminelle (§ I) que d'organisation carcérale (§ II).

- I -

"*Le système pénitentiaire*" pressent l'extension indéfinie de l'emprisonnement considéré comme un châtement en lui-même (A), demande l'objectivité scientifique dans la recherche criminologique (B), et exige le rejet de l'idéalisme dans l'action (C).

A) L'importance historique croissante de l'emprisonnement utilisé comme une peine

Jusqu'à l'extrême fin du XVIII^e siècle, l'incarcération des malfaiteurs est un acte pénalement secondaire et provisoire, destiné à s'assurer de leur personne dans l'attente du jugement ou de sa mise à exécution. La véritable peine réside alors toute entière dans l'inflexion d'une sanction corporelle (mutilation, marque, fouet) ou éliminatoire (mort, avec ou sans tortures, exil, déportation) qui s'ensuivra. Tocqueville et Beaumont observent que plusieurs Etats d'Amérique ont rejeté tout ou partie de ces châtements hérités de la colonisation et que, en France même, tous sont ou contestés par une frange de l'opinion, ou réduits dans leur application, voire abolis ou sur le point de l'être. Les deux auteurs lisent là, au moins en ce qui concerne les peines fondées sur la recherche de la douleur physique, la démonstration d'un mouvement positif de civilisation ("*L'homme peut bien avoir le droit de tuer son semblable, mais non de le torturer, et nous repoussons sans examen un code pénal fondé sur le sang et les supplices*" p. 104). Ils soulignent l'émergence

et la généralisation corrélatives d'une mesure nouvelle dès lors qu'elle est instituée à titre punitif : la mise en prison. Mais ils insistent surtout sur le fait qu'une évolution aussi fondamentale exige la mise en place d'un système pénitentiaire, entendant par là l'ensemble cohérent des règles auxquelles sont soumis le malfaiteur captif *"que la société s'efforce de rendre meilleur, en même temps qu'elle le place dans l'impossibilité de nuire"* (p. 112).

Les réformes pénales intervenues depuis lors, en confirmant la tendance ainsi décelée ou pressentie (*"Ne peut-on déjà entrevoir le temps où le code des nations civilisées, rétrécissant chaque jour le cercle des peines capitales ne connaîtra plus en quelque sorte qu'un seul châtiment, la privation de la liberté"* eod loc.) (2), et en faisant ainsi de la prison la peine de substitution absolue, ont conféré à la finalité et à l'organisation carcérales une gravité et une acuité renouvelées. Des problèmes de cette ampleur ne sauraient être étudiés sans réflexion méthodologique préalable, et la lecture de l'ouvrage se révèle à cet égard plus concrètement féconde.

B) L'objectivité criminologique

Pour Tocqueville et Beaumont, une politique criminelle présuppose la vérité des chiffres, c'est-à-dire, le recours à des critères rationnels d'évaluation. **Evaluation de la criminalité.** C'est une erreur que de se référer à l'augmentation ou à la diminution du nombre de condamnations prononcées : il dépend, en effet de la quantité d'infractions qui, portées à la connaissance des services officiels, donnent effectivement lieu à poursuites. Si, en effet, une atmosphère générale convainc les victimes de l'inutilité voire du danger d'une plainte, si des textes ont pour effet de ralentir toujours davantage le cours de la justice et de rendre l'action policière la plus inefficace possible, si le classement sans suite est pratiqué sur une vaste échelle, il devient aisé de montrer, *"statistiques à l'appui"* que le niveau des infractions constatées ou des condamnations prononcées n'augmente pas sensiblement. Aussi doit-on s'abstenir de chercher là une information vraiment fiable. **Evaluation, ensuite, de la qualité d'un système pénitentiaire.** Celui-ci ne doit pas être jugé en fonction de l'accroissement ou de la réduction de la criminalité dans le pays : *"Les institutions, les moeurs, les circonstances politiques, voilà ce qui influe sur la moralité des hommes en société ; les prisons n'agissent que sur la*

moralité des hommes en prison" (p. 212). Autrement dit, le critère à utiliser là est celui de la proportion de récidivistes observable parmi les détenus ayant purgé leur peine et retrouvé la vie sociale : *"S'ils ne commettent aucun délit nouveau, on peut croire que l'influence de l'emprisonnement sur eux a été salubre ; et s'il tombe en récidive, il est prouvé que le régime de la prison ne les a point rendus meilleurs"* (p. 212). Mais *"une mauvaise prison ne peut pas plus dépraver ceux qui n'ont pas été exposés à son influence corruptrice, qu'un bon pénitencier ne peut réformer les individus auxquels son régime bienfaisant est inconnu"* (p. 212). A ces remarques, de clairvoyance certaine, les auteurs apportent deux précisions. La première concerne la difficulté à connaître les nouveaux forfaits commis par les malfaiteurs libérés, en raison de l'inexistence d'un recensement généralisé. Le casier judiciaire a, depuis, apporté remède, mais, dépassant l'observation, nous pourrions mettre en évidence un autre obstacle, déduit de la notion et du régime juridiques de la récidive. Bien souvent n'est, en droit, qualifié récidiviste que celui qui a commis à nouveau la **même** infraction ; encore faut-il, d'ailleurs, qu'une loi d'amnistie n'oblige pas à tenir l'une d'elle pour néant. L'interdiction faite au juge de retenir la perpétration d'une infraction antérieure dans l'appréciation de la culpabilité ne devrait toutefois pas empêcher le statisticien de la relever pour connaître le taux de succès ou d'échec de la sanction pénale.

La seconde précision réside dans l'apparent oubli de l'effet d'exemplarité de la peine de prison *"sur tous les hommes libres qui peuvent craindre d'y être envoyés"* (p. 302). L'explication est que cette influence bénéfique ne saurait être attribuée à l'action réformatrice du traitement pénitentiaire lui-même, mais tient au degré d'intimidation qu'un châtiment quelconque peut inspirer de l'extérieur : *"si la peur n'a jamais rendu un homme vertueux, il est incontestable qu'elle a empêché plus d'un scélérat de mal faire"* (p. 78). Comme on va le voir encore, cette lucidité est un des traits dominants de l'oeuvre.

C) Le rejet de l'idéalisme

Tocqueville et Beaumont sont manifestement irrités par le sentimentalisme primaire, larmoyant et partial de certains philosophes ou avocats de leur temps, ceux qu'ils appellent *"les philanthropes"*. Ils leur reprochent,

d'abord, leur angélisme "Il y a, en Amérique comme en Europe, des hommes estimables dont l'esprit se nourrit de rêveries philosophiques, et dont l'extrême sensibilité a besoin d'illusions. Ces hommes, pour lesquels la philanthropie est devenu un besoin, trouvent dans le système pénitentiaire un aliment à cette passion généreuse : prenant leur point de départ dans des abstractions qui s'écartent plus ou moins de la réalité, ils considèrent l'homme, quelque avancé qu'il soit dans le crime, comme susceptible d'être toujours ramené à la vertu, ils pensent que l'être le plus infâme peut dans tous les cas recouvrer le sentiment de l'honneur ; et, poursuivant les conséquences de cette opinion, ils entrevoient une époque où tous les criminels étant radicalement réformés, les prisons se videront entièrement, et la justice n'aura plus de crime à punir" (p. 197). Ils dénoncent, par ailleurs, leur courte vue, qui les incite à se préoccuper surtout de l'adoucissement des conditions de détention des individus, alors que leur souci essentiel devrait être de travailler à leur amendement en vue d'une efficace réinsertion. "Repoussons donc ces théories efféminées et débiles qui ne placent l'humanité envers les détenus que dans les améliorations matérielles ; qui permettent aux criminels de se corrompre les uns les autres, parce qu'il serait cruel de leur imposer silence, et les jettent pêle-mêle la nuit dans des dortoirs communs parce qu'il serait inhumain de les isoler" (p. 136).

On sent ainsi venir les suggestions faites en matière d'organisation carcérale.

- II -

"Nos prisons, qui non seulement ne rendent point les détenus meilleurs, mais encore les corrompent davantage (p. 197)... On y apporte une culpabilité spéciale ; on en retire une aptitude générale à tous les crimes" (p. 51). Le propos est relativement nouveau sous la Monarchie de Juillet. On pourrait, néanmoins, le croire extrait des discours officiels contemporains justifiant la création et l'extension des peines de substitution aux courts emprisonnements, opportunes alternatives au "tout carcéral" auquel notre société allait parvenir. Il conduit Tocqueville et Beaumont à prôner, idée neuve pour l'époque, la mise sur pied d'un système pénitentiaire, tel ceux dont ils ont constaté les résultats dans certains Etats d'Amérique.

"Peut-être en sortant de prison n'est-il (le détenu) pas un honnête homme, mais il a contracté des habitudes honnêtes... S'il n'est pas au fond devenu meilleur, il est du moins plus obéissant aux lois, et c'est tout ce que la société est en droit de lui demander" (p. 206)... "L'objet du système pénitentiaire est de rendre meilleur des criminels que la société a retranché de son sein, ou, du moins, de s'opposer à ce que, dans leur prison, ils ne deviennent plus méchants" (p. 87). Dans cette terminologie, **système pénitentiaire** s'entend d'un régime qui, aménagé pour être punitif, intimidant et régénérateur, s'oppose à **mauvais système d'emprisonnement**, celui dont l'unique finalité est d'empêcher les évasions. C'est le côté punitif et intimidant qui fonde la privation de liberté et les rigueurs consécutives à l'emprisonnement, c'est le côté régénérateur qui justifie la trame éducative dont sera tissée la vie quotidienne. Pour les auteurs, les droits de la société de punir et régénérer - qui ne sauraient faire de doute dès lors qu'il s'agit de protéger les intérêts légitimes des personnes non délinquantes - prennent le pas sur les droits de l'homme incarcéré et justifient les contraintes qui lui sont imposées, dès lors qu'elles "*ne répugnent pas à l'humanité*" (p. 170). La nourriture sera saine et abondante, mais sans raffinements, l'hygiène et la salubrité des locaux seront assurés, les vêtements fournis seront propres, le règlement de la prison sera communiqué aux détenus qui jouiront d'un droit de réclamation. Ceci étant rapidement posé une fois pour toutes, les deux magistrats, qui ajouteraient sans doute aujourd'hui les soins médicaux et le chauffage l'hiver, s'étendent sur l'essentiel et le plus difficile : les luttes contre l'influence corruptrice et pour l'amendement. Rappelant cette vérité élémentaire mais toujours bonne à réentendre, qu'on ne peut gouverner des criminels comme on gouverne des hommes libres, honnêtes et respectueux des lois, ils prônent - on s'en tiendra aux seuls développements concernant les adultes condamnés à temps pour actes de droit commun - trois principes : A) l'isolement absolu de chaque détenu vis à vis des autres ; B) l'imposition d'activités dirigées ; C) l'égalité dans l'exécution des peines.

A) L'isolement du détenu

Cet isolement diurne et nocturne est essentiel, tant la détention en commun de plusieurs malfaiteurs entraîne l'alignement de tous sur le plus pervers. La

séparation ainsi organisée empêche l'exercice de cette influence délétère. Elle est aussi punitive : elle fait obstacle aux relations de groupe par lesquelles le temps semble moins long, elle prive le plus corrompu de sa cohorte d'admirateurs et de son accession au caïdat. Comment assurer cette séparation, seul moyen de ne pas rendre l'individu à la vie sociale dans un état pire que celui de son entrée ? Soit par l'isolement cellulaire la nuit et le travail collectif silencieux le jour, soit plutôt, eu égard à la difficulté d'empêcher les communications diurnes, par l'emprisonnement solitaire permanent dans des cellules conçues en conséquence. A défaut, la classification des condamnés, à fins de regroupement n'est souvent qu'une illusion. *"Il y a des peines pareilles et des crimes appelés du même nom, mais il n'y a pas deux moralités qui soient semblables ; et toutes les fois que des condamnés sont mis ensemble, il existe nécessairement une influence funeste des uns sur les autres, parce que, dans l'association des méchants, ce n'est pas le moins coupable qui agit sur le criminel, mais le plus dépravé qui a action sur celui que l'est moins"* (p. 173). Non seulement la réforme est impossible mais, en outre, le caractère punitif tiré de l'isolement disparaît.

La séparation ainsi recommandée suscite bien sûr des objections. A l'heure actuelle, l'on songe à la formule-slogan *"il n'y a que trente deux mille places dans les prisons françaises"*. Elle n'est que conjoncturellement pertinente, car la situation n'est telle que parce que des décisions politiques la veulent ou l'ont voulue ainsi. D'un point de vue plus fondamental, ladite séparation, si elle est accompagnée en permanence de silence et d'inaction, telle qu'elle fut primitivement expérimentée à Auburn en 1821-1822, entraîne divers cas de dépérissement mortel, de folie, de suicide. Résultats inacceptables, dit l'ouvrage, le but de l'opération étant de priver l'individu de liberté et d'une mauvaise promiscuité, non de lui arracher la vie. Objection très grave et pertinente, mais qui doit impérativement être résolue, à peine de faire écrouler tout le système. En effet, l'on ne saurait, tout à la fois, dénoncer la prison au nom de sa promiscuité corruptrice, et refuser l'isolement entre condamnés au nom de l'humanisme (à moins, ajouterions-nous encore, que la mauvaise influence de la prison ne soit que l'angle d'attaque choisi pour faire abolir, après la peine de mort, la peine carcérale elle-même). Avant d'examiner les remèdes du travail

et de la propédeutique tels que les conçoivent les auteurs, l'on peut, prolongeant leur pensée, souligner qu'ils ne souhaitent l'isolement qu'à l'égard des détenus. Des contacts avec d'autres personnes sont concevables, dès lors qu'ils ne compromettent par l'action réformatrice, la sécurité des personnels ou la discipline de l'établissement. L'on pense, en premier lieu, aux visites périodiques des membres des familles (leur interdiction étant, selon nous et dans les cas ordinaires, une de ces mesures "*qui blessent l'humanité*"), d'associations caritatives, de ministres des cultes, d'organismes proposant l'exécution de travaux et agréés par l'Administration. On arrive là à l'organisation des activités.

B) L'activité du détenu

Elle doit reposer sur le travail et la formation. Les investigations menées par Tocqueville et Beaumont dans les prisons pratiquant l'isolement cellulaire même diurne leur ont montré que ce mode de détention était convenablement supporté lorsque les individus avaient la possibilité de travailler. Mieux encore, le travail était par eux ressenti comme une chance, une consolation et une nécessité psychologique. Les prisonniers interrogés disent à plusieurs reprises leur hantise du dimanche, jour le plus long car le travail y est prohibé. Dans un tel contexte, le profit du travail revenait à la société, afin que la détention soit rendue moins dispendieuse. Les auteurs rejettent ce dernier aspect et s'en tiennent au système, sans doute meilleur, de la quote-part. Sont particulièrement opportunes aussi les remarques sur la subordination de la nature et de la quantité de travail à l'intérêt global du condamné, non à celui de l'entreprise. Un temps suffisant doit en effet être réservé à la formation, c'est-à-dire à la double pédagogie professionnelle et civique. Selon le niveau culturel, l'instruction élémentaire ou secondaire, jointe à l'acquisition ou le perfectionnement du savoir faire professionnel, ne peuvent que favoriser la réinsertion. Mais ces connaissances doivent s'accompagner d'une éducation au respect de lois. La science, en elle-même, est neutre : seul l'usage que l'on en fait est bon ou mauvais. Il est louable d'apprendre en prison l'art de la serrurerie afin de posséder une ultérieure qualification professionnelle. Mais la société est flouée si l'intéressé a surtout acquis l'aptitude à crocheter les coffres-forts.

Enfin, Tocqueville et Beaumont ne sont pas hostiles à l'admission, contrôlée, de livres dans les cellules. Modernisant le propos, l'on pourrait concevoir la fourniture de postes de radio ou de télévision qui, d'abord, permettraient effectivement la formation en cellule sans multiplication des moniteurs, mais pourraient aussi capter, à certaines heures de la semaine, des programmes distrayants ou culturels propres à l'établissement. La faculté, ainsi ouverte à tous, est un aspect de l'égalité dans l'exécution des peines.

C) L'égalité des détenus

Cet aspect des modalités d'exécution revient à diverses reprises dans **Le système pénitentiaire**. D'une part est favorablement commentée la règle selon laquelle la bonne conduite ne doit pas être un facteur d'adoucissement ou de réduction de la peine. Les deux auteurs font leur la formule de Lynds, le fameux rénovateur d'Auburn : *"J'ai toujours remarqué que les plus mauvais sujets faisaient d'excellents détenus"*. La personne retorse, expliquent-ils, sait se soumettre lorsqu'elle constate simultanément l'inanité de la révolte et une satisfaction prochaine pour prix de sa docilité. Aussi arrive-t-on à faire bénéficier d'une faveur un individu qui n'en est pas nécessairement le plus digne.

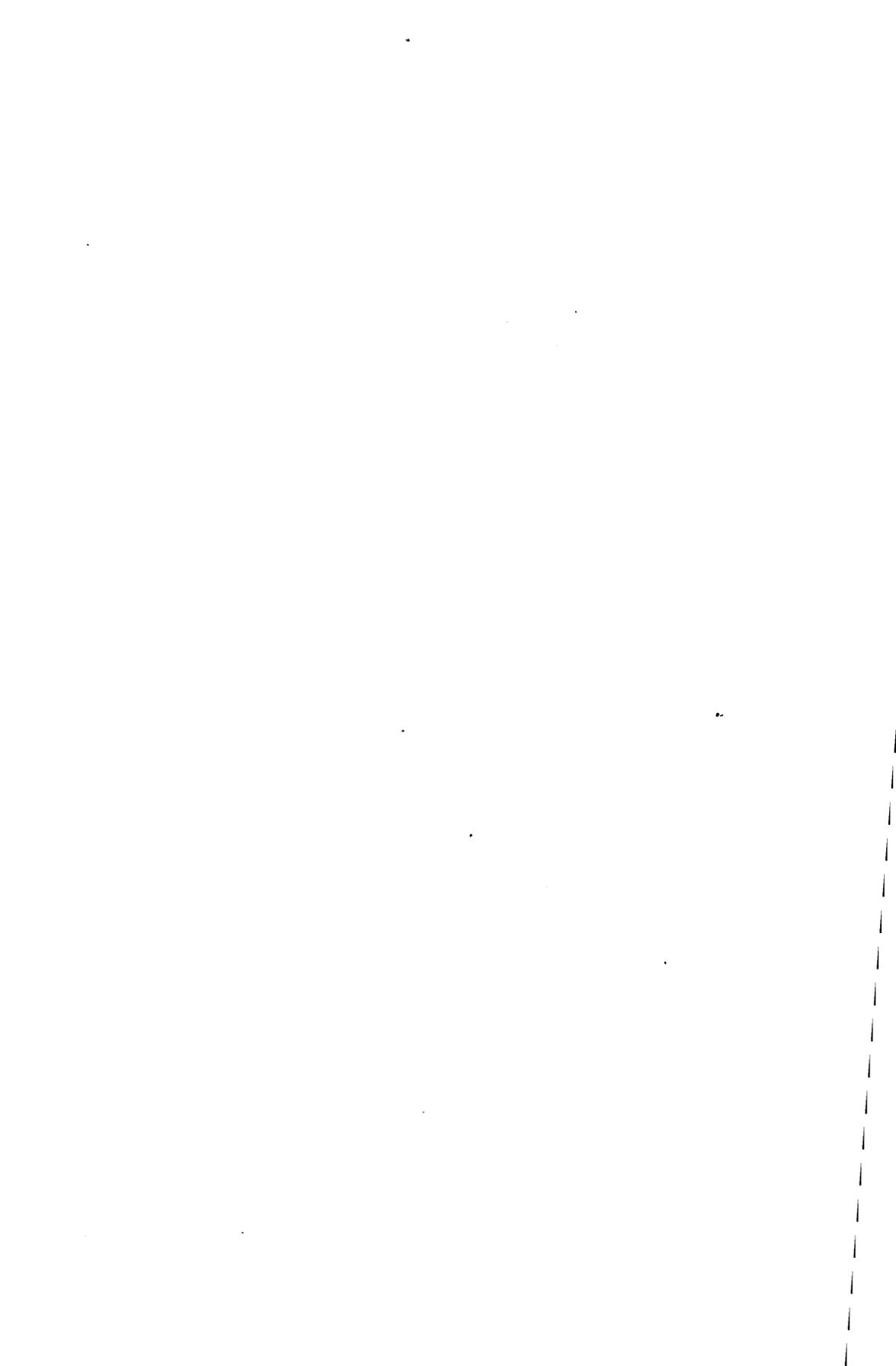
D'autre part, est approuvée l'interdiction faite au condamné d'acquérir des biens ou services de nature à améliorer son sort quotidien. L'uniformité du régime alimentaire, la rudesse du vêtement, l'anonymat de la cellule, ajoutés à l'isolement de principe, participent du caractère punitif de l'incarcération, et toute modification à cet égard doit bénéficier à tout le monde ou à personne. Permettre une dépense personnelle, c'est corroder l'ordre carcéral et laisser s'instaurer un traitement différent en fonction des ressources des détenus et de leurs proches. Du reste, notent les deux juristes, il est anormal qu'un condamné puisse, de sa propre volonté, modifier les conditions de l'emprisonnement.

Il y a, dans **Le système pénitentiaire**, plus à prendre et moins à laisser que ne le donne à penser la date de sa publication. La rigueur du régime carcéral proposé est un argument en faveur de peines plus courtes que celles habituellement prononcées, et, en outre, facilite

la surveillance de l'établissement. Les bouleversements juridiques et psychologiques d'une telle réorganisation, son coût financier font que sa réalisation ne pourrait être que progressive. La vérification de son efficacité réelle exigerait que l'on ne soumette à ce régime que des individus jamais condamnés antérieurement, et que, après leur réinsertion, l'on puisse constater une faible récurrence. Conscients de ces graves objections, Tocqueville et Beaumont recommandaient de commencer par construire un (nous dirions volontiers plusieurs) pénitencier modèle, organisé suivant les principes définis ci-dessus. L'expérience mériterait d'être tentée. Quels qu'en doivent être les résultats criminologiques ce n'est pas gaspiller les deniers publics que de construire des locaux et de former des éducateurs spécialisés. Par ailleurs, notre Histoire nous l'enseigne : c'est toujours à l'occasion des grands changements et alternances politiques que des réformes pénales ou pénitentiaires ont vu le jour.

NOTES

- (1) Extrait du National, 5 juillet 1833, rapporté in Alexis de Tocqueville, *œuvres complètes*, T. IV, *Écrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, présentation M. Perrot, Gallimard 1984, p. 444. C'est à cet ouvrage, remarquablement annoté, que renvoient les citations opérées dans le présent article.
- (2) C'est là un propos de pure prospective historique. Ailleurs les auteurs tendent à considérer la peine de mort, «question presque insoluble de sa nature», comme un mal nécessaire à certaines sociétés (p. 170). Leur démarche objective les conduit à s'intéresser essentiellement aux répercussions de son éventuelle suppression sur la peine de prison («Si la peine de mort est abolie dans son principe, ou, ce qui serait peut-être mieux, seulement dans certains cas, ce changement amènera nécessairement un classement nouveau dans l'échelle des délits et des peines, p. 79).



R.R.J. 1986
Pages 29 à 66

PHILOSOPHIE
DU DROIT

DEUX SORTES DE RECHERCHES EN "DROIT ET ECONOMIE"

Par Bruce A. ACKERMAN

Beekman Professor de Droit et Philosophie

Columbia University, New York

L'étiquette "*droit et économie*" peut évoquer deux points de vue différents.

Appelons le premier **l'analyse économique du droit**. Celui qui l'adopte a le sentiment de s'engager dans une nouvelle application de la théorie microéconomique construite durant les deux derniers siècles depuis Adam Smith. Ainsi, de même que certains économistes étudient la fixation des prix des biens publics ou le commerce international, les nouveaux analystes de l'économie se proposent d'étudier les règles juridiques.

Pour mieux comprendre cette discipline naissante, prenons l'exemple du problème très simple qui a amené le droit et l'économie modernes.

Supposons, comme le fait R. Coase, qu'un éleveur (E) laisse son troupeau manger les récoltes d'un fermier (F) (1). Est-ce que E doit payer F ? Est-ce que F peut obliger E à obtenir son autorisation avant que les troupeaux n'envahissent à nouveau sa propriété ?

Tout système juridique doit essayer de répondre à de telles questions, provoquant ainsi continuellement l'économiste à comprendre les solutions juridiques en utilisant les outils de l'analyse économique. Ceci suppose un travail en deux temps. D'une part, l'économiste essaiera d'évaluer la façon dont la maximisation des utilités E et F réagira aux règles juridiques dans un monde profondément entravé "*par une déroutante variété d'imperfections du marché*". D'autre part, il essaiera d'évaluer les règles existantes ou proposées en utilisant l'ensemble très insuffisant des critères d'efficacité que les néo-classiques, depuis Lionel Robbins, ont introduit dans

(*) Conférence préparée pour le premier colloque de l'Association Européenne de Droit et Economie qui s'est tenu à Berlin-Ouest, Allemagne.
Traduction : Melle Yiang LAN PAK KEE.

leurs échanges professionnels.

Tout ceci ne veut pas évidemment dire que certains économistes ont résolu le problème de manière satisfaisante. Au contraire, la majeure partie de ce qu'on appelle "*droit et économie*" n'est qu'une mauvaise application de la science économique. Même les travaux de qualité souffrent de faiblesses caractéristiques. Dans la description, la plupart des travaux se limite à des analyses microéconomiques étroites et statiques portant sur l'incidence de certaines règles juridiques particulières dans certains marchés particuliers. Un petit effort est accompli pour insérer la discussion dans un équilibre général. Par conséquent, les problèmes rampants du phénomène de "*second best*" ont été systématiquement ignorés (3). De même, les facteurs dynamiques n'ont pas reçu toute l'attention qu'ils méritaient.

Si nous passons de l'analyse descriptive à l'expertise normative, nous constatons que le travail conventionnel comporte aussi des lacunes. Il y a une tendance permanente dans la littérature à banaliser la notion d'efficacité au point qu'il ne reste plus aucun lien avec les conclusions disponibles familières à l'économie du bien-être, telle qu'elle a été conçue après Robbins. Alors que je crois volontiers que nous devrions essayer de dépasser les critères parétiens traditionnels (4), les efforts fournis par les récents économistes du droit pour défendre de nouveaux critères de bien-être n'ont été remarquables que par leur naïveté philosophique (5).

Cependant, mon but n'est pas de contribuer au développement de l'analyse économique, que ce soit dans ses dimensions descriptives ou normatives. Je me propose plutôt de juxtaposer cette façon de concevoir cette discipline avec une deuxième forme de "*droit et économie*". Pour mieux apprécier la différence entre ces deux formes, considérons l'indifférence avec laquelle l'économiste considère le fonctionnement quotidien du système juridique qu'il veut analyser.

Mais, notons tout de suite qu'il n'est pas vraiment totalement indifférent aux problèmes du juriste moyen. Après tout, comme nous l'avons vu, il est très intéressé par les solutions juridiques : avant même qu'il ne commence son analyse, il doit savoir qui, de l'éleveur ou du fermier, gagne la bataille juridique, et quand cela se produit.

Cependant, pour le juriste, les règles décrivant la solution juridique ne peuvent être assimilées qu'après une longue familiarisation avec une culture juridique, processus par lequel le novice apprend graduellement le répertoire d'arguments qui peuvent influencer les "décideurs" qu'il rencontre tous les jours dans sa vie professionnelle.

Ce répertoire dialogique varie, bien évidemment, selon les différentes cultures juridiques, comme en témoigne la plus superficielle comparaison de la common law anglo-saxonne et du droit civil continental (6). Je ne connais aucun juriste ou juge qui pourrait imaginer pouvoir travailler correctement dans un système juridique quelconque sans une profonde initiation de son répertoire dialogique.

A l'opposé, l'économiste du droit est complètement indifférent à ce que j'appellerai "*le dialogue juridique primaire*" des participants qui produisent les règles obligatoires d'un système juridique. Du moment qu'il connaît les règles applicables décrivant la solution juridique, il n'est pas intéressé par le processus par lequel les participants juridiques ont identifié la solution légalement appropriée au cas étudié. Cependant, si l'économiste, tel que je l'ai défini, ne cherche pas à avoir des échanges avec ces "décideurs" juridiques, il a, bien évidemment, son propre "*cercle de discussion*" (7) auquel il adresse ses arguments. Cette audience qu'on retrouve particulièrement dans les universités est composée de tous ceux qui sont intéressés à connaître la vérité sur le droit, sans pour autant connaître la valeur pratique immédiate de celle-ci. J'appellerai cette discussion la "*méta-conversation*" et je l'opposerai au dialogue primaire des "décideurs" juridiques : il s'agit d'une conversation académique relative aux règles juridiques qui sont produites par les intervenants primaires dans les tribunaux, les bureaucraties et autres organismes assimilés.

En mettant l'accent sur l'indifférence des économistes pour le dialogue juridique primaire, mon intention n'est pas d'amoindrir leur contribution particulière. Au contraire, je crois que l'analyse économique contribue grandement à l'intelligence académique du droit, mais pourvu qu'elle ne rejette pas les contributions potentielles des sociologues, psychologues et anthropologues qui apportent des considérations particulières

inconciliables avec la pensée néo-classique (8). Aussi, je ne pense pas qu'on puisse sérieusement douter de l'utilité de l'analyse économique du droit. Car, qui peut nier la valeur de l'étude de la méta-compréhension en soi ?

Mais, les êtres humains ne sont pas que des observateurs indifférents des systèmes juridiques. Qu'ils le veuillent ou non, ils sont aussi les participants de ces systèmes qui gouvernent leur vie. Cette simple constatation sur les individus est à la base de la seconde catégorie de droit et économie.

Dans ce cas, le "*juriste-économiste*", comme je l'appellerai, n'apparaît pas comme un observateur indifférent du système juridique. Au contraire, il est très engagé dans la bataille et considère que, par principe, des arguments économiques devraient être introduits dans le répertoire des arguments disponibles aux participants primaires des cultures juridiques occidentales. En se référant encore une fois à R. Coase, supposons que vous êtes l'avocat d'un fermier infortuné qui a eu toute sa récolte mangée par des troupeaux. Quels seraient vos arguments pour gagner la cause de votre client contre l'éleveur ? Notamment, est-ce que vos arguments juridiques invoqués devant le tribunal (ou devant tout autre "*décideur*" institutionnel) ressembleraient en quelque façon à l'article que Coase a écrit pour convaincre ses collègues de l'analyse économique du droit ? La réponse du juriste-économiste, tel que je le définirai, est définitivement positive. Avant de prendre des décisions juridiques autorisées, les "*décideurs*" des systèmes juridiques occidentaux devraient sérieusement prendre en compte les arguments de l'analyse économique du droit. A l'inverse, il est parfaitement possible d'être un économiste du droit et de répondre à cette question par la négative. En effet, même si l'analyse économique est d'une grande ressource aux adeptes de la méta-conversation, elle peut être complètement ignorée dans la pratique par les "*décideurs*" confrontés à l'argumentation juridique quotidienne. Ici donc apparaît la distinction entre les deux catégories de droit et économie que j'avais annoncées dans le titre. L'économiste du droit est un observateur neutre du système juridique et il contribue à la méta-conversation concernant la vérité qu'on trouve principalement dans les universités. Le juriste-économiste est un personnage engagé qui

essaie de convaincre les participants primaires d'un système juridique de prendre des décisions réelles dans un sens plutôt que dans un autre (9).

II

Cette distinction pourra, je l'espère, être utile aux Européens qui essaient de comprendre le débat américain particulièrement chaotique et dynamique relatif au thème : droit et économie. Cette littérature bourgeonnante n'aurait jamais demandé tant d'énergie, ni suscité tant d'opposition si elle n'impliquait que l'analyse économique du droit. Alors que cette discipline a suscité un grand intérêt (10), la plupart des étudiants américains ne se sont pas contentés d'agir en tant qu'économistes. En outre, ils espéraient, tels les juristes-économistes, influencer les Américains engagés dans la pratique primaire du droit. L'enjeu, en effet, est capital : il s'agit d'une reconstruction du répertoire des éléments proposés aux juristes américains, afin de changer la structure même des arguments partout où le droit est présent aux Etats-Unis.

Ces pionniers appartiennent à deux catégories. Il y a, d'un part, les juristes-économistes **durs** qui pensent que la **seule** forme d'argument juridique approprié est celle qui apparaît acceptable aux économistes du droit. Ce groupe trouve son origine spirituelle à la "*University of Chicago Law School*" (11). Il y a, d'autre part, les juristes-économistes plus **souples** qui ne sont pas aussi intraitables et qui pensent que l'analyse économique devrait jouer un rôle important, mais non exclusif, dans les discours juridiques primaires. Leur but principal est d'intégrer droit et économie dans une conception plus complexe des arguments juridiques appropriés. Cette évolution compliquée se déroule dans divers endroits des Etats-Unis ; mais je pense qu'on peut situer son origine spirituelle à la "*Yale Law School*" (12).

Je suis moi-même un juriste-économiste souple. Cependant, qu'ils soient souples (13) ou durs, tous les juristes-économistes doivent affronter les doutes, les anxiétés, les oppositions de leurs collègues praticiens du droit. Après tout, les avocats et les juges ont été en opposition pendant des siècles à propos de questions juridiques. Mais, pendant tout ce temps, pas un seul juriste n'a essayé de convaincre un juge en lui expli-

quant que "*le principe de la loi des obligations est d'internaliser les externalités*", ou encore que "*l'on devrait élaborer la loi des contrats avec l'aide d'une théorie des risques moraux*", ou encore à l'aide d'autres mots savants du juriste-économiste. Alors que les juristes traditionnels ont, bien évidemment, parfois pris en compte des facteurs économiques dans leurs arguments, ils n'ont jamais jugé nécessaire de les développer de la manière systématique et rigoureuse caractéristique de la méthode moderne dite "*droit et économie*". En outre, en ce qui concerne les traditionnalistes, ils ne se sont pas si mal débrouillés sans un tel outil économique sophistiqué. On comprend donc leur réticence à investir lourdement dans l'outillage conceptuel nécessaire avant qu'ils puissent assimiler les propositions de "*droit et économie*" dans leur répertoire d'arguments. Donc, aux Etats-Unis du moins, la montée en puissance des juristes-économistes a déjà provoqué une vague d'opposition. Il y a toutes les raisons de penser que si un tel mouvement similaire se développait en Europe, il rencontrerait une aussi forte opposition. Malheureusement, je ne pense pas que votre futur **Methodenstreit** venant du **Sturm Und drang** et qui se développe de notre côté de l'Atlantique vous sera d'une aide précieuse. Mais, le débat américain a au moins le mérite de souligner l'existence d'un couple d'impasses.

Commençons l'étude de ces impasses avec ceux qui veulent justifier les méthodes des juristes-économistes auprès de leurs collègues juristes. Ces apologistes ont tenté de minimiser le défi posé par le juriste-économiste aux discours juridiques traditionnels. Selon eux, il existe déjà une logique économique implicite dans le droit privé traditionnel. S'il en est ainsi, le traditionnaliste peut être plus facilement persuadé d'abandonner sa réticence initiale au nouveau jargon économique qui lui est proposé. Car, à ce propos, tout ce que le juriste-économiste veut, c'est faire prendre conscience aux juristes de la logique qui guidait déjà implicitement le droit. Et si tout cela était vrai, l'opposition du traditionnaliste serait bornée, pour ne pas dire plus. Car, en effet, la victoire du juriste-économiste ne représenterait pas la répudiation de la tradition, mais au contraire sa revitalisation et sa consolidation à travers une prise de conscience juridique.

Un tel mariage de la Tradition et de la Raison serait,

bien évidemment, merveilleux. Mais je suis plutôt pessimiste quant à ses chances de réussite. En effet, je crois que l'effort des juristes-économistes pour prouver l'efficacité des décisions de common law a eu les effets contraires à ceux espérés. Au lieu d'établir la façon dont un tribunal traditionnel pourrait fonctionner, à la manière d'une "*main invisible*" afin de produire un système tendant vers plus d'efficacité, l'économie des procédures de common law a plutôt abouti au résultat contraire. Comme le montre l'article du Professeur Aronson (14), une étude systématique des articles les plus importants révèle surtout les hypothèses les plus irréalistes à faire pour pouvoir imaginer que l'esprit de la common law n'est rien d'autre que l'efficacité même. Plutôt que de minimiser le défi posé par le juriste-économiste, une économie réaliste des procédures de common law devrait mettre l'accent sur les nombreux éléments du processus judiciaire qui génèrent, systématiquement, des solutions juridiques inefficaces.

En outre, même si cette hypothèse de l'efficacité avait quelque mérite dans l'étude du droit anglo-saxon, celui-ci ne s'exporterait pas très bien Outre-Manche. Même le touriste américain le plus naïf ne peut manquer de remarquer des mains, très visibles, derrière les grands Codes qui constituent les monuments du droit européen. Je veux, bien sûr, parler des mains de l'Empereur Napoléon et du Kaiser Wilhelm. Quoiqu'on puisse dire du droit anglo-américain, le mouvement de la codification du droit européen ne peut être compris à travers l'utilisation de modèles économiques, tels ceux discutés par Aronson, qui sont entièrement centrés sur les jugements et omettent toute mention de la législation. Résumons donc cette première impasse : en présentant de nouvelles formes d'arguments juridiques, le juriste-économiste réalise, en fait, quelque chose de différent de la "*simple*" révélation de la logique implicite de la tradition.

Comme je l'ai souligné, cette première impasse a été développée par les juristes-économistes pionniers qui espéraient minimiser le défi lancé par leur nouveau schéma conceptuel aux traditionalistes. A l'opposé, nous avons une deuxième impasse due aux critiques radicaux qui perçoivent les juristes-économistes comme un modèle de quelque maladie juridique fatale. Ces critiques ont cherché à se défendre contre l'influence

des juristes-économistes en exhumant les moindres éléments de persuasion de la tradition Américaine de Réalisme Juridique. De ce point de vue extrême, la doctrine juridique est composée d'une série infiniment manipulable de dogmes que les juristes et les juges peuvent utiliser pour justifier n'importe quelle solution de leur choix. En mettant l'accent sur l'imprécision de la doctrine juridique, ces réalistes de la dernière génération ne se cantonnent pas aux rares "*cas difficiles*" dans lesquels des décisions juridiques ne peuvent être prises sauf après une pénible période d'indécision. Pour ces derniers, il n'y a pas de cas facile : **toute** doctrine est **toujours** infiniment manipulable (15). Donc, en ce qui les concerne, le juriste-économiste a commis le péché originel, appelé "*formalisme*" ou "*conceptualisme*". Celui-ci croit réellement que, du moins dans certains cas, les juristes peuvent dire que certaines règles sont meilleures ou pires que d'autres et que cet argument peut avoir quelque influence sur les juges qui essaient de prendre les décisions. Puisque la croyance dans l'efficacité doctrinale est, selon ces critiques, totalement inconcevable, leur but est de démasquer le juriste-économiste en le présentant comme le mystificateur qu'il est. Ainsi, il existe une littérature critique qui essaie de montrer que les outils du juriste-économiste sont **complètement et toujours** inefficaces pour l'aider à choisir entre les différents arguments juridiques. Au contraire, il est établi que dans **chaque** et dans **toute** querelle juridique, **chaque** partie peut avancer des arguments **également valables** dans la conception de "*droit et économie*" (16).

Je voudrais vous présenter mes excuses pour l'utilisation de tant d'italiques dans les deux derniers paragraphes, mais je crois que la meilleure façon de réfuter des idées aussi extrêmes est de mettre l'accent sur leur extrémité. Il y a eu des efforts prudents et convainquants pour corriger, dans le détail, les idées excessives avancées dans les critiques des censeurs (17). Cependant, pour mon propos actuel, il est plus utile de mettre l'accent sur les conceptions totalement irréalistes de la nature humaine telle qu'elle est conçue par les Réalistes de la dernière génération. Au fond des critiques, il y a l'image extraordinaire du juriste conçu comme un super-homme cognitif. Après tout, avant même qu'il ne puisse manipuler les doctrines juridiques, il doit d'abord les apprendre et ensuite trouver leurs faiblesses secrètes.

Ma propre expérience m'apprend que cela n'est pas une tâche facile. Les juristes et les juges sont plus souvent dominés par l'apparente stabilité doctrinale qu'ils ne parviennent à dominer suffisamment des doctrines pour pouvoir les manipuler. Mais même si les critiques reconnaissent ces limites de la capacité du juriste, ils l'étiquetteraient comme une forme de "*fausse conscience*" (18) qui devrait être corrigée par la libéralisation de l'éducation juridique (19).

Personnellement, j'ai un point de vue très différent : je me rapproche plutôt de quelqu'un comme Herbert Simon (20). Les juristes, comme tout autre **homo sapiens**, doivent agir sous de strictes limites cognitives. Ils n'ont ni le temps, ni l'énergie, ni la capacité de manipuler, à leur volonté, tous les aspects de leur culture juridique. Au contraire, leurs procédures normales d'opération sont profondément imprégnées des schémas conceptuels au sein desquels ils ont été socialisés. Plutôt que de supposer que les juristes peuvent manipuler leur culture juridique à volonté, il est plus satisfaisant de considérer les façons par lesquelles des cultures juridiques particulières contraignent les juristes et les juges dans leur travail quotidien ce décision sur des questions discutées.

Nous devrions alors rejeter la critique super-Réaliste du "*néo formalisme*" du juriste-économiste, comme fondée sur une conception irréaliste de la nature humaine. En disant cela, je ne veux pas faire l'erreur opposée qui est d'affirmer que la culture juridique est le seul facteur causal pertinent pour expliquer les décisions juridiques. Ma proposition est plus modérée. Je l'appellerai **l'autonomie limitée de la culture juridique** : le répertoire dialogique d'arguments admis dans un système juridique particulier a vraiment une grande influence sur les solutions juridiques engendrées par le système. Pour le moment, je ne pense pas qu'il vaille la peine de débattre sur l'efficacité que nous devons attribuer à la culture juridique comme cause génératrice du droit, par opposition aux facteurs politiques, économiques et sociologiques. Même si la culture juridique compte "*seulement*" pour 10 % ou 20 % dans ce débat, cette contribution vaudrait la peine d'être étudiée pour elle-même.

III

Ayant rencontré deux impasses, nous pouvons maintenant progresser un peu. Si nous supposons, d'abord, que les nouveaux arguments des juristes-économistes ne reprennent pas les conclusions traditionnelles (cf. impasse n° 1), et ensuite que les changements dans le répertoire dialogique des arguments admis dans une culture juridique ont des conséquences significatives (cf. impasse n° 2), alors nous pouvons enfin formuler une question intéressante : de quelle façon l'intégration de la conception de droit et économie dans le répertoire des arguments des systèmes juridiques occidentaux changera-t-elle les solutions juridiques ?

Ceci est une question empirique ; elle ne peut être résolue qu'en développant des modèles de culture juridique nous autorisant à prédire comment réagiront les solutions juridiques aux changements du répertoire dialogique des arguments. Cependant, à partir du moment où nous commençons à considérer sérieusement les cultures juridiques en théorie positive, nous ne tarderons pas à devoir aborder une question normative évidente : est-ce que la reconstruction de la culture juridique occidentale selon les propositions des juristes-économistes est une bonne chose ?

Bien que les réponses à cette question doivent avoir des liens complexes avec nos modèles empiriques, je devrais préciser que ces deux questions sont en principe distinctes l'une de l'autre. Il est parfaitement possible de conclure que le juriste-économiste essaie de reconstruire le discours juridique d'une manière tout à fait mauvaise et en même temps de croire qu'il existe des forces profondes au sein de la culture juridique qui assureront sa victoire sur ses opposants plus traditionnalistes. Il n'est pas impossible non plus d'arriver à un diagnostic tout à fait contraire, mais non moins désespérant, selon lequel, malgré la grande valeur des propositions des juristes-économistes, celles-ci seront évincées par les forces de la tradition interne à la culture juridique existante. Pour le moment, je ne me préoccupe pourtant pas de contribuer à l'une ou l'autre de ces visions tragiques ou optimistes de notre avenir juridique. Au lieu de vous donner mes prédictions, il me semble plus utile de considérer dans quelle mesure les outils conceptuels

existants permettent aux juristes-économistes de répondre aux questions fondamentales issues de leur proposition de reconstruction de la culture juridique. Ici apparaît un paradoxe : si le juriste-économiste espère répondre aux questions normative et positive posées par sa propre existence, il se trouvera dans l'obligation de transcender les **deux** formes de "droit et économie" que nous avons discutées jusque-là. Pour en comprendre la raison, commençons par nous concentrer sur le côté empirique de la question. A l'évidence, ce serait une affaire délicate que de reconstruire un modèle de culture juridique qui, même en principe, serait capable de prévoir les conséquences des changements intervenus dans le répertoire dialogique d'arguments du fait du triomphe des juristes-économistes. Pour éclaircir ce paradoxe, il suffit de considérer deux questions préliminaires qui se posent à tout constructeur de modèles.

Je pense que, quoique fasse notre constructeur de modèle, il doit éliminer ces deux questions avant de pouvoir raisonnablement espérer progresser. Il doit, d'abord, trouver une façon de caractériser le répertoire dialogique d'arguments existant dans un système juridique occidental quelconque, en tenant compte des grandes différences entre les traditions continentales et anglo-américaines d'argumentation juridique (21). Ensuite, il doit trouver une façon de caractériser les éléments distinctifs des nouveaux arguments avancés par les juristes-économistes. C'est seulement à ce moment-là qu'il peut espérer comprendre les conséquences de l'importance croissante de ces derniers sur la culture juridique.

Mais, avec ces précautions préliminaires, nous commençons à percevoir que l'apport de l'économie néo-classique aux tentatives de reconstruction de modèles est limité. Tout simplement, les néo-classiques ont une vue très réductionniste de l'idée de culture en général, et du dialogue en particulier. En effet, il n'est pas exagéré de dire que les néo-classiques ont essayé de montrer quelle part du monde pouvait être expliquée **sans** prendre consciemment en compte les caractéristiques distinctives de l'homme en tant qu'animal utilisateur de symboles. Par conséquent, les économistes ont très peu à contribuer aux analyses de la façon dont les juris-

tes se parlaient les uns aux autres dans le passé, ou des façons par lesquelles les juristes-économistes pourraient se parler dans le futur.

Je m'explique : considérons ce simple dialogue qui est supposé avoir lieu chaque fois que des courbes d'offre et de demande se croisent dans le cas d'une concurrence parfaite.

Acheteur : Combien coûte ce "*machin*" ?

Vendeur : 100 dollars.

Acheteur : Parfait, voilà le compte.

Vendeur : Et voilà le "*machin*".

Ceci est une conservation bien simple. Elle n'a rien de comparable avec la façon complexe dont les juges et les juristes essaient de se persuader les uns les autres de la bonne façon de trancher dans une discussion juridique. Cependant, les économistes n'ont même pas essayé de réfléchir sur la structure symbolique d'une telle conversation (22). En effet, même si les économistes modernes ont reconnu progressivement d'autres limites à la "*concurrence parfaite*" en tant que modèle analytique, ils n'ont pas révisé leur approche réductionniste de la culture et de la communication. Par exemple, une grande partie de la conception de "*droit et économie*" se consacre très justement à la façon dont les acteurs utilisent des formes juridiques pour les adapter aux problèmes posés par l'ignorance et l'incertitude. Cependant, pour régler ces problèmes, les analystes adoptent d'une façon caractéristique des modèles qui ignorent les façons distinctives par lesquelles les êtres humains communiquent entre eux. Le problème de la recherche d'un peu d'information en parlant avec autrui est traité comme s'il était fondamentalement identique à la façon par laquelle nous recherchons un peu de cuivre, ou tout autre objet physique. Pour le moins, il y a là une extrême simplification (23).

Afin de prévenir une méprise prévisible, je voudrais dire que je n'ai nullement l'intention de condamner l'économie de l'information en mettant l'accent sur son traitement réducteur de la communication symbolique. Les limites de l'esprit humain demandent tous les efforts scientifiques possibles pour simplifier cer-

tains aspects de la réalité afin d'enquêter sur certains autres. En tant que stratégie de recherche, l'économie de l'information imparfaite est une des sources les plus fécondes pour l'intelligence de l'économie du droit (24). Cependant, comme toute autre stratégie de recherche, elle finit toujours par révéler ses limites. Et justement, le problème que nous étudions constitue une de ses limites : afin de comprendre l'influence du juriste-économiste sur les cultures juridiques occidentales, nous **de-****von-****s** être capables de conceptualiser les répertoires dialogiques d'arguments d'une façon bien plus complexe que ceux utilisés actuellement en économie.

Si l'économie ne peut nous dire comment le juriste-économiste influencera le droit, quelle discipline - me direz-vous - **peut** nous donner la réponse ? Abstraitement parlant, c'est certainement une très bonne question. La réponse est assez simple : nous devons nous tourner vers **les sciences de culture** pour expliquer comment mieux comprendre à la fois les cultures occidentales traditionnelles et les façons dont elles pourraient être transformées par les nouvelles formes d'argumentation des juristes-économistes. Je rejette donc catégoriquement l'attitude condescendante de l'économiste moyen pour ses collègues de science humaine travaillant dans les domaines de l'anthropologie, de la sociologie et de la socio-psychologie. Aussi étranges que puissent paraître leurs méthodes, ils ont au moins le mérite de traiter sérieusement les graves problèmes provoqués par tout échange de signifiants sociaux par des procédés symboliques. Si le juriste-économiste veut prendre conscience de sa contribution au développement juridique, ce sont **ces** disciplines qu'il doit consulter avant de pouvoir progresser.

Cela n'est guère encourageant, car ce n'est un secret pour personne que ces disciplines sont elles-mêmes en crise. Je ne pense pas que la fumée de la bataille doive amoindrir la pertinence des travaux classiques concernant notre problème. En particulier, la grande tradition de la théorie sociale allemande a beaucoup à nous apprendre. Dans une perspective néo-wéberienne, les efforts du juriste-économiste pour reconstruire le discours juridique n'est pas une nouveauté, comme semblent le croire les praticiens ou leurs critiques. Au contraire, ces efforts s'inscrivent dans une longue série de

tentatives menées par les juristes occidentaux pour reconstruire une forme relativement autonome et rationnelle de discours juridique technique. C'est, en fait, une bataille longue d'un siècle que Weber considérait comme l'un des traits caractéristiques de l'Occident moderne (25). De même, les juristes-économistes ont beaucoup à apprendre des théoriciens modernes allemands des sciences sociales, tels Habermas (1981, 1984) et Luhmann (1985) qui ont cherché (de façons très diverses) à dépasser la vision weberienne du droit et de la société modernes (26). Mais la dure vérité est que je ne peux donner une approbation même mitigée à aucun écrivain moderne sur ces sujets difficiles ; de même, aucun des théoriciens sociaux les plus importants n'a réfléchi sur ces problèmes culturels particuliers provoqués par l'essor des juristes-économistes. Si ces derniers veulent comprendre leur influence réelle sur la culture juridique traditionnelle, ils devront se mettre au travail eux-mêmes.

Tout cela n'est pas moins vrai de la dernière question que nous devons aborder à propos du développement du mouvement "*droit et économie*" ; est-ce que ce mouvement est une bonne chose ?

Ici, apparaît immédiatement le caractère superficiel des banalités parétiennes : **bien évidemment**, l'essor des juristes-économistes avantagera certains et désavantagera d'autres. La question qui se pose est de savoir si, malgré la frustration qui en résultera, l'utilisation de "*droit et économie*" permettra aux juristes de construire une culture juridique capable de répondre aux défis politiques et philosophiques de la vie dans les derniers jours du XXe siècle.

Ceci m'amène à un dernier point, par lequel j'aurais peut-être dû commencer : mon dernier livre, **Reconstructing American Law** (1984). Car, c'est dans ce livre que j'ai fait mes premiers pas vers une évaluation (aussi bien positive que normative) de la contribution des juristes-économistes à la culture juridique occidentale. Cependant, plutôt que de résumer les arguments développés dans ce livre, j'ai pensé qu'il valait mieux présenter plus clairement les problèmes qui m'ont conduit à l'écrire, et par là même, vous encourager non seulement à lire mon essai sur ce sujet, mais aussi à le dépasser.

NOTES

(1) Voir Ronald Coase, "The problem of social cost", J. of Law and Econ. (1960), vol. 3:1.

(2) Voir Lionel Robbins, An essay on the nature and significance of economic science, London : Macmillan & Co., 1932 ; Nicholas Kaldor, "Propositions of economics and interpersonal comparisons of utility", Economic Journal (1939) vol. 49 : 549 ; John Hicks, "The foundations of welfare economics", Economic journal (1939), vol. 49 : 696 ; Tibor Scitovsky, "A note on welfare propositions in economics", Review of economic studies (1941), vol. 9 : 77.

(3) Pour une exception, voir Richard A. Markovits, "Basic structure for microeconomic policy analysis in our worst-than-second-best-world" : a proposal and related critique of the Chicago School of Law and Economics", Wisconsin Law Review (1975), vol. 1975 : 950.

(4) Voir Bruce A. Ackerman, Private property and the Constitution, New Haven : Yale University Press, 1977.

(5) Voir par exemple les critiques accablantes de Richard Posner, Economic analysis of law, Boston : Little Brown (2d edition), 1977, par Jules Coleman, "The normative basis of economic analysis : a critical review of Richard Posner's the economics of justice", Stanford Law Review (1982), vol. 34 : 1105 ; Ronald Dworkin, "Is wealth a value ?", J. of Legal Studies (1980), vol. 9 : 191 ; et Anthony Kronman, "Wealth maximization as a normative principle", J. of Legal Studies (1980), vol. 9 : 227 ; ainsi que les critiques émises par Brian Barry, Political argument, London : Routledge & Kegan Paul (1965) et "Review essay : James Buchanan, the limits of liberty and freedom of constitutional contract", Theory and decision (1980) sur le travail de Buchanan et Tullock, The calculus of consent, Ann Arbor : University of Michigan Press (1962) et de James Buchanan, The limits of liberty : between anarchy and Leviathan, Chicago : University of Chicago Press (1975).

(6) Comparer par exemple Karl Llewellyn, The common law tradition : deciding appeals, Boston : Little, Brown (1960) et Joseph Esser, Vorverständnis und methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main : Athenäum Verlag (1970).

(7) J'emprunte cette phrase utile à un article non publié de Michael Hutter.

(8) Ce n'est pas le lieu de tenter une synthèse générale des rôles corrects de l'économie, de la sociologie, de la psychologie et de l'anthropologie, dans une compréhension indépendante du droit. Tout ce que je peux faire ici, c'est mettre en garde l'orgueilleuse croyance - que j'ai souvent entendu exprimer dans la conversation courante - que les économistes peuvent "s'en sortir seuls" et construire une analyse complète du droit sans l'aide d'autres disciplines. Comme nous le verrons, même ce court essai découvrira des questions touchant au droit auxquelles les économistes ne peuvent répondre.

(9) Je suis redevable à mon collègue George Fletcher d'avoir clarifié ma pensée sur cette distinction. Voir Fletcher, "Two modes of legal thought", Yale Law Journal (1981), vol. 95 : 1276, pour des réflexions sur des thèmes liés, mais différents.

(10) Pour une défense éloquente de l'analyse économique, telle que je l'ai définie, voir George Priest, "Social science theory and legal education : the law school as university", J. of legal education (1983), vol. 127 : 630.

(11) Beaucoup, cependant, semblent préférer travailler sous des climats plus chauds que celui de Chicago. Richard Posner, Economic analysis of law, Boston : Little Brown (2d édition), 1977, est - je le suppose - le plus notoire des avocats de la conception dure de "droit et économie".

(12) Peut-être le plus distingué des représentants de la tendance douce est-il l'actuel doyen de la Yale Law School, Guido Calabresi. Voir Calabresi, The costs of accidents : a legal and economic analysis, New Haven : Yale University Press (1970), et Tragic choices, New York : Norton (1977).

(13) Bien sûr, la tendance douce prend des formes d'une déroutante variété. Ce court essai n'offre pourtant pas la possibilité de développer mes idées sur la place propre de l'analyse économique au sein du plus large répertoire de l'argumentation juridique. Pour des éléments relatifs à ma position, voir Ackerman, Private property and the constitution, New Haven : Yale University Press (1977), Social justice in the liberal State, New Haven : Yale University Press (1980), Reconstructing American Law, Cambridge, Mass. : Harvard University Press (1984).

(14) Voir Peter Aronson, "Doctrinal judgments and economic judgments in common law and constitutional law", à paraître.

(15) Pour des expressions récentes de cette tendance contraignante, voir Duncan Kennedy et Peter Gabel, "Roll over Beethoven", Stanford Law Review (1984), vol. 36 : 1, et Gerald E. Frug, "The ideology of bureaucracy in American law", Harvard Law Review (1984), vol. 95 : 1276.

(16) L'article-phare ici est celui de Duncan Kennedy, "Cost-benefit analysis of entitlement problems : a critique", Stanford Law Review (1981), vol. 33 : 387.

(17) Voir, par exemple, Richard A. Markovits, "Duncan's do-nots : cost benefit analysis and the determination of legal entitlements", Stanford Law Review (1984), vol. 36 : 1169, répondant à la critique de Kennedy citée dans la précédente note.

(18) Pour un développement caractéristique sur ce thème, voir Peter Gabel, "The phenomenology of rights-consciousness and the pact of the withdrawn selves", Texas Law Review (1984), vol. 62 : 1563.

(19) Voir Duncan Kennedy, "Legal education and the reproduction of hierarchy", J. of Legal Education (1982), vol. 32 : 591.

(20) Voir, par exemple, Herbert Simon, Models of man, New York : Wiley (1964).

(21) Pour une nouvelle et importante approche de ce problème classique de droit comparé, voir Mirjan Damaska, State Authority and the faces of justice, New Haven : Yale University Press (1986).

(22) Pour un travail, rare dans son genre, d'un juriste-économiste qui explore en profondeur cette dimension symbolique, voir Arthur A. Leff, Swindling and selling, New York : Free Press (1976).

(23) Il y a, me semble-t-il, des tendances en ce sens dans les recherches récentes qui commencent à reconnaître cette inadéquation. Ainsi, après un important travail de Michael Spence, Market signaling : informational transfer in hiring and related screening processes, Cambridge, Mass. : Harvard University Press (1974), les économistes ont commencé à confronter les uns aux autres les puzzles analytiques apparus lorsqu'ils découvrent que les institutions produisent des signes de communications qui ont eux-même une grande valeur économique indépendante des caractéristiques de leur objet sous-jacent. De même, des savants comme Oliver Williamson, Markets and hierarchies, New York : Free Press (1975), qui souligne l'importance de la forme juridique comme une réponse à la rationalité liée, insistent souvent sur l'importance d'une confiance établie pour soutenir les relations économiques suivies. Toutefois, ni ici, ni nulle part ailleurs, il n'y a d'effort **pour analyser** la façon dont un répertoire dialogique aide à engendrer des signes pour le marché ou une confiance mutuelle auxquels ces économistes prêtent, à juste titre, la plus grande attention dans leur analyse.

(24) Voir, par exemple, Oliver Williamson, Markets and hierarchies, New York : Free Press (1975), Alan Schwartz et Louis Wilde, "Intervening in markets on the basis of imperfect information : a legal and economic analysis", University of Pennsylvania Law Review (1979),

vol. 127 : 630.

(25) Pour une récente interprétation de l'insistance de Weber sur ce point, voir Anthony Kronman, Max Weber, Palo Alto : Stanford University Press (1983).

(26) Les néo-Durkheimiens, comme Mary Douglas, Purity and danger, London : Routledge & Kegan Paul (1984) et Natural symbols, New York : Pantheon Books (1982), ont aussi apporté de très éclairantes contributions.

REFERENCE PHILOSOPHIQUE

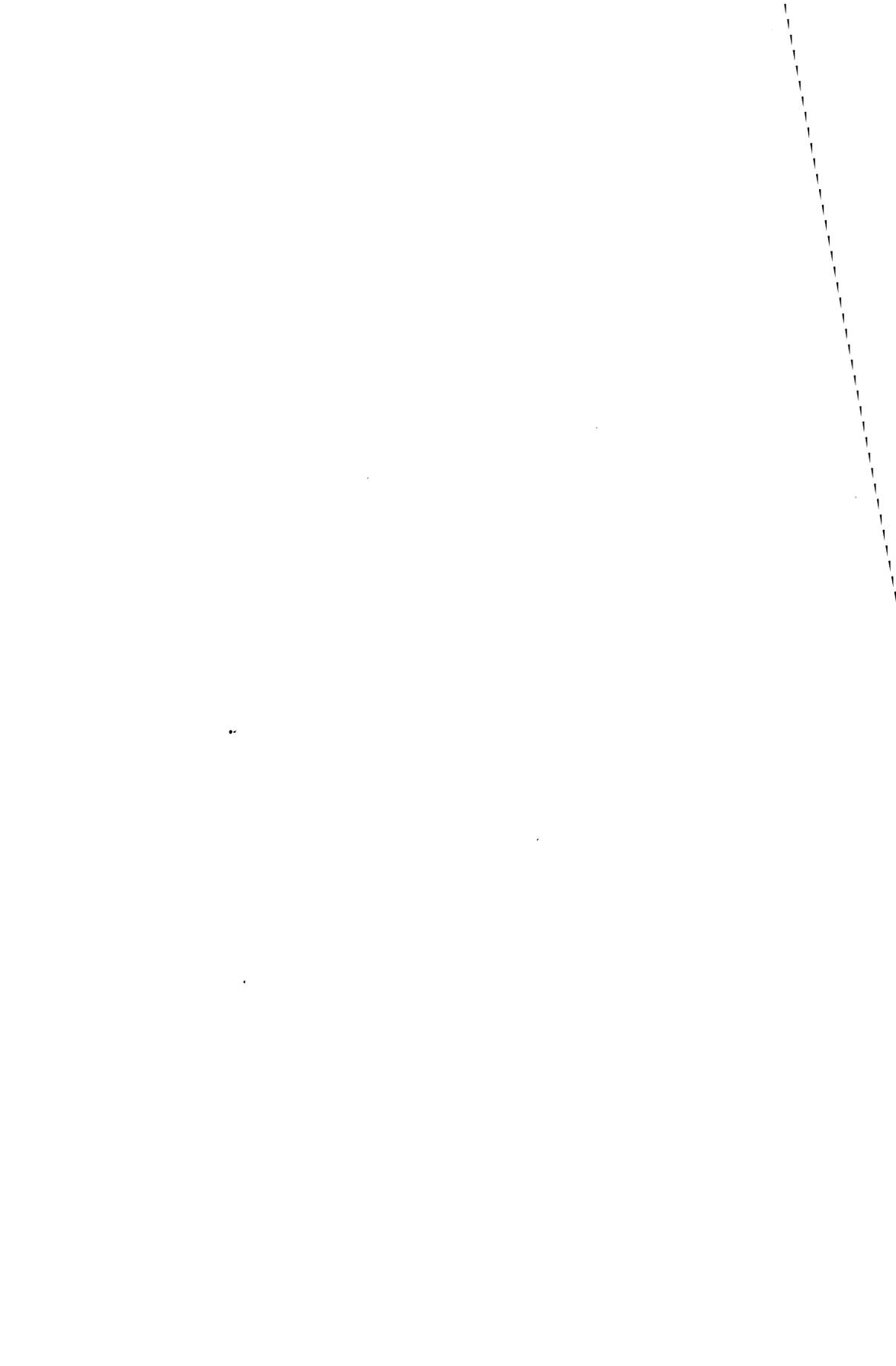
A ST THOMAS D'AQUIN

Par P. FONTAN



PRESENTATION

L'article qui suit est de première importance ; nous devons à Monsieur l'Abbé Pierre Fontan une reconnaissance toute particulière pour nous l'avoir confié. Il se pourrait que nos générations soient un jour jugées sur leur aptitude à retrouver "l'actualité" de ces pensées fortes et fermes, de ces antidotes contre les modes, les manies, les engouements, les manichéismes et autres simplismes de toute origine. Voici une réflexion fondamentale et générale qui tend à être oubliée, escamotée, voire condamnée par trop de philosophes et d'intellectuels ! Voici une réflexion fondamentale qui est au coeur des interrogations de la philosophie du droit et dont beaucoup prétendent faire l'économie ! Aux juristes, il importe de méditer ces vérités essentielles : "Tout concept, toute pensée, en son mode universel, porte consciemment sur des réalités nécessairement singulières, offertes par les sens à l'esprit". Comment ne pas reconnaître, dans la critique de l'idéalisme, cette directive donnée par Joseph Rassam - auteur si méconnu malgré les efforts de Monsieur l'Abbé Pierre Fontan - : "être attentif ... à cette aspiration qui marque, avant toute prise de la vérité par la pensée, l'emprise de la vérité sur la pensée" (Le silence comme introduction à la métaphysique, Toulouse, 1980, p. 42). Il faut donc dénoncer "la confusion du réel et du notionnel" qui ferait, "à la limite, de la réalité concrète une combinaison d'abstrait, ensemble abstrait lui-même et incapable, comme tel, d'existence". Au moment où cette limite est si souvent, si délibérément franchie, c'est le réalisme que l'auteur nous invite à redécouvrir. Aucun juriste ne s'étonnera de retrouver, en son coeur, la personne humaine.



REFERENCE PHILOSOPHIQUE

A ST THOMAS D'AQUIN

Par P. FONTAN

L'actualité d'une telle référence n'est pas celle d'une mode mais d'une exigence essentielle, analysée ou non, mais présente et ressentie. Elle nous invite à insister non sur nous-mêmes et les centres d'intérêt du moment, mais sur quelques traits d'une pensée philosophique mieux approchée de nos jours pour qui tient compte des travaux historiques éclairant l'auteur lui-même et son contexte médiéval. Ces travaux occupent ces 70 dernières années, mobilisant un très vaste ensemble de chercheurs, dont émergent des noms tels que de Wulf, Grabmann, Hayen, Forest, Gilson (1). Ces tâches ont exigé de l'historien, et elles exigent des lecteurs que nous sommes, la souplesse, le dépaysement et l'acclimatation propres à la connaissance du passé, et, tout ensemble, un sens philosophique permettant au moins de comprendre ce qu'on lit.

Pour faire bref et pratique, indiquons simplement, parmi les éditions non encore épuisées :

- aux éditions "Que sais-je ?", *"Le thomisme"*, de Paul Grenet, *"La philosophie médiévale"*, par Edouard Jeauneau ;
- chez A. Colin, *"Philosophie au Moyen-Age"*, par Paul Vignaux ;
- chez Vrin, *"Le thomisme"*, de Gilson ; du même : *"La philosophie au Moyen-Age"* ;
- *"L'étude de Saint Thomas d'Aquin"*, par Paul Jolivet, dans l'Histoire de la Philosophie, de la Pléiade.

Généralement aussi les ouvrages, toujours actuels, du P. Sertillanges, tels (chez Aubier) *"le Christianisme et les Philosophies"* et *"l'idée de création"*.

Ces auteurs aboutissent à la conclusion ainsi formulée par E. Jeauneau :

"(Saint Thomas) pense pour son temps avec un constant souci d'actualité. Il y a même quelque chose de révolutionnaire dans son entreprise. Les contemporains ne s'y sont pas trompés. Et si certains admirateurs de St Thomas s'avisaient) à faire du thomisme un reliquaire idéal pour les conservatismes de toute nature, ils pourraient avoir beaucoup retenu de la lettre ; ils n'auraient sûrement pas saisi l'esprit."

La vie de St Thomas (1224 ou 1225 - 1274) se confond avec sa vocation. Issu d'une famille (Rocasecca, Royaume de Naples) apparentée à l'Empereur germanique, destiné par elle à la mitre abbatiale du Mt Cassin, confié à ces Bénédictins dès l'âge de cinq ans, il contrarie les siens par son entrée, à 19 ou 20 ans, dans l'Ordre dominicain qui avait le prestige d'une nouveauté évangélique et studieuse.

Etudes à Naples, puis à Cologne près d'Albert le Grand. Maître en théologie en 1257 à l'Université de Paris où il enseignait depuis 1252, Thomas d'Aquin travaillera en tout 10 ans dans cette ville : 1252-1259 ; 1269-1272. Entre 59 et 69, et loin des controverses qui avaient pu inquiéter, 10 ans en Italie (Naples et Rome). Meurt le 7 mars 1274 en se rendant, sur le désir du pape, au Concile de Lyon.

Enseignement universitaire admiré et contesté dans un milieu très divisé qui accueille ou dénonce sa "*modernité*", tous s'accordant sur l'extrême correction d'une pensée et d'une expression très sereines.

En quoi cette impression de nouveauté profonde frappe-t-elle les contemporains et aboutira, peu après la mort du théologien, à des condamnations épiscopales (Paris 1277, Cantorbéry 77, 84, 86) ?

St Thomas apparaît, après les "*renaissances médiévales*" des IX, XI, XIIe siècles, à la rencontre des sources grecques et chrétiennes parvenues à un degré remarquable d'assimilation, de maturation, par la restitution et connaissance des textes, l'analyse comparée, les efforts variés de juxtaposition, d'exclusion, de synthèse.

Ainsi, pour l'Antiquité grecque, le courant "*platonicien*" : Plotin, St Augustin, le Pseudo-Denys. Et d'autre part, "*Aristote*" parvenu par fragments avant 1150 et au complet au début du XIIIe siècle. Au complet, mais

assorti d'additions et de commentaires juifs et arabes - explication de censures ecclésiastiques, et de décantation objective par retour au texte original dont bénéficie, en version latine (Guillaume de Moerbecke), St Thomas d'Aquin.

Ces deux séries d'influences s'adressent à une conscience chrétienne qui ne voit pas en elles un obstacle absolu par déification de l'homme, mais qui ne transige pas sur deux points : le fait de la création, bien étranger au texte d'Aristote ; et la réalité personnelle et spirituelle d'un homme à l'image de Dieu.

Dans ce champ complexe, l'originalité de St Thomas d'Aquin est encore difficile à préciser par connaissance insuffisante des sources arabes ou juives - Avicenne et Maïmonide particulièrement -, des antécédents immédiats - tels Alexandre de Halès et Guillaume d'Auvergne -, et même des contemporains, dont Albert le Grand.

Les résultats sont plus clairs que ces strates. L'oeuvre a sa forme propre et son accent personnel, irréductible aux influences et à ses matériaux, bien que située à partir de ceux-ci.

Une controverse (2) d'époque peut nous introduire. Elle porte sur les conditions mêmes de notre accès à quelque vérité. Ces conditions, qui nous mettent en présence d'un intelligible à caractère universel irréductible au caractère concret singulier de la donnée sensible, sont-elles en nous ou hors de nous ?

Le courant augustinien, fidèle à son "*platonisme*" et désireux de donner le plus possible à Dieu, fait appel à une lumière supérieure à notre esprit, l'homme étant incapable, sans cette "*illumination*", des perceptions et des jugements les plus communs, les plus élémentaires.

L'averroïsme (dans les milieux intellectuels bien connus de St Thomas d'Aquin) va dans le même sens, au nom d'Aristote... Et même plus loin, puisqu'il rend extérieures à nous à la fois l'élaboration et la considération de l'intelligible : un intellect unique, séparé, universel, "*abstrait*" et anonyme, pense pour nous ...

Dans ces deux positions, bien qu'à degrés divers, St Thomas voit une négation effective de l'autonomie naturelle du sujet humain, sa dépersonnalisation relative

ou totale. L'inverse, selon lui, s'impose à nous par voie d'expérience intime.

La conscience attentive reconnaît la propriété de ses états et de ses actes - propriété qui est la caractéristique d'une nature au sens aristotélicien du mot. Nous prenons conscience, dit-il, d'éclairer nous-mêmes le sensible, d'en dégager la signification universelle (Montaigne discernant l'homme dans Montaigne), de nous laisser pénétrer de cette signification, comme aussi de réfléchir en nous de tels actes et de nous saisir nous-mêmes en eux.

Cette conscience ainsi affirmée (3) est lourde d'implications. Elle condense la pensée philosophique de Thomas d'Aquin comme le cogito cartésien contient déjà Descartes.

Une objection commune aux adversaires consistait à dire que seul un principe universel distinct des individus que nous sommes est à la mesure de l'universalité du concept (et du terme exprimant ce dernier) et de l'anonymat du vrai ...

St Thomas approfondit l'objection. Elle refuse ou omet une distinction dont toujours il se réclame. Tout concept, toute pensée, en son mode universel, porte consciemment sur des réalités nécessairement singulières, offertes par les sens à l'esprit. La modalité, l'universalité en acte, est d'ordre logique seulement. L'attribuer comme telle au donné qui la contient en puissance seulement est une confusion du réel et du notionnel, confusion dénoncée par St Thomas dans des attitudes (Avicébron) qui feraient, à la limite, de la réalité concrète une combinaison d'abstrait ; ensemble abstrait lui-même et incapable, comme tel, d'existence. Confusion par suite (ainsi Forest critique Hegel) de la puissance et de l'acte. Est acte (d'où le mot actuel) l'existence singulière du donné sensible, plus exactement de l'être ainsi atteint. Est acte l'existence personnelle du sujet qui porte de la puissance à l'acte l'intelligibilité latente de ce donné, sa capacité d'évoquer plus que lui-même au regard de l'esprit.

C'est dire que le sujet humain, loin d'être coupé du sensible et défini en son objet par une idée "platonicienne" séparée des choses est "lecteur" du sensible au-delà de ce dernier. Il lui appartient de mettre en lumière,

à travers des approches empiriques toujours imparfaites, certaines caractéristiques extensibles à d'autres objets en séries non closes.

Précisons le vocabulaire. "*Sens*" et "*esprit*" évoquent *ici*, non des choses, non des substances (telles la pensée et l'étendue cartésiennes), mais des aptitudes, distinctes, d'un unique sujet. Ce ne sont pas les sens qui perçoivent et l'esprit qui abstrait, juge, veut, mais l'homme, tel homme, en sa vie essentiellement mais non identiquement sensible et intellectuelle. Il ne s'agit donc pas d'un cogito désincarné, ni davantage d'un sensualisme. L'être d'un seul tenant qui n'est ni ange ni bête, ni composé des deux, ne saurait dire avec Descartes : "*moi, c'est-à-dire l'âme*" (ego, sive anima) mais plutôt, avec Molière, du côté de Gassendi, "*mon corps est moi-même*". Sans signifier par là une pure et simple matérialité de celui dont la pensée domine et actualise la matière. Ni son absorption dans les structures et le code impersonnel du langage, ce qui serait aggraver le réalisme logique refusé une fois pour toutes par l'auteur.

Sommes-nous simplement ici chez Aristote - repris en certaines de ses lignes de fond ? L'accent est mis par St Thomas, en tout ce qui précède, sur l'être personnel fécondé, non réduit, par le sensible, et sur ce qu'il a désigné comme acte d'être (au sens fort d'existence) par une extension délibérée du vocabulaire aristotélicien au-delà de son aire...

Disons, pour schématiser, qu'une philosophie est caractérisée par un centre d'attention privilégié - comme par la méthode appliquée à ce centre.

Platon est avant tout sensible (devant la déroute de la Cité) à ce qu'on nommera dans les milieux de Lavelle et Le Senne, "*les valeurs*" ou "*la Valeur*", en donnant à ces termes tout leur poids (si l'on peut dire) d'idéal.

Critique d'un idéal, ou d'une notion, sans titre de naissance et garantie empiriques, Aristote s'attache au monde du devenir et particulièrement à la vie - d'où les "*notions*" d'acte et de puissance, notions non univoques ... L'analyse porte sur les natures, unités dynamiques traduites par **leurs** états et **leurs** actes. Non

pas une Nature spinozienne résorbant toutes choses, mais ces dernières mêmes en leur pluralité et singularité qui amorce - et défie - une science définie comme telle par l'abstrait...

Thomas d'Aquin fait sienne cette analyse. Elle pré-suppose un fait d'existence hors lequel, pour Aristote, l'essence n'est qu'un mot ("*le bouc-cerf*"). Ce fait, l'esse - non une généralité mais celui de chacun, tel le sum de Descartes et celui de Biran - est le centre d'attention et de réflexion thématiqué par St Thomas, ou plutôt présent en acte conscient dans toutes ses démarches. D'où la régression réflexive jusqu'à "*l'acte d'être*" qu'impliquent et rayonnent les activités et (au sens ancien du mot) les "*passions*" ou réceptivités.

Le vocabulaire aristotélicien prend dès lors une signification nouvelle par voie non de négation mais d'approfondissement, et d'intensification, du langage dominé cette fois par l'appréhension, et le jugement, d'existence (cf. "*Aristotele aristoteliior*").

D'où l'extension métaphysique de cette intuition (au sens de : pénétration intellectuelle). En deux domaines particulièrement, sur une seule et même lancée. La philosophie de la personne humaine, en son acte d'être qui saisit et domine la matière. Et, comme il nous est "*donné d'être*", la nécessité d'un Acte donateur, exempt de toute réceptivité et donc simple et infini. Cet Acte non seulement "*moteur*" au sens d'Aristote mais créateur (fondement ultime de ce qui est) "*n'est pas seulement une partie de la nature*" et comme un supplément ou suppléant des êtres, mais l'absolu qu'ils impliquent - et qu'implique toute nature et toute liberté -. La raison transcendante, non l'éviction, de leur surgissement spontané, de leur plénitude propre, de leur activité inaliénable. Particulièrement de l'activité spirituelle qui tend vers lui comme Vérité première et Bien définitif...

La position de St Thomas d'Aquin dans la controverse médiévale (pas médiévale seulement) que nous avons évoquée, implique ces développements dont l'affirmation de Dieu est, non le point de départ philosophique, mais le terme et le dernier connu. La pensée consistant alors à la reconnaître comme dépassant tout ce que nous pouvons penser de lui.

S'il faut parler de l'actualité de St Thomas d'Aquin, le plus net de cette actualité revient peut-être, en profondeur, à sa réflexion sur l'acte...

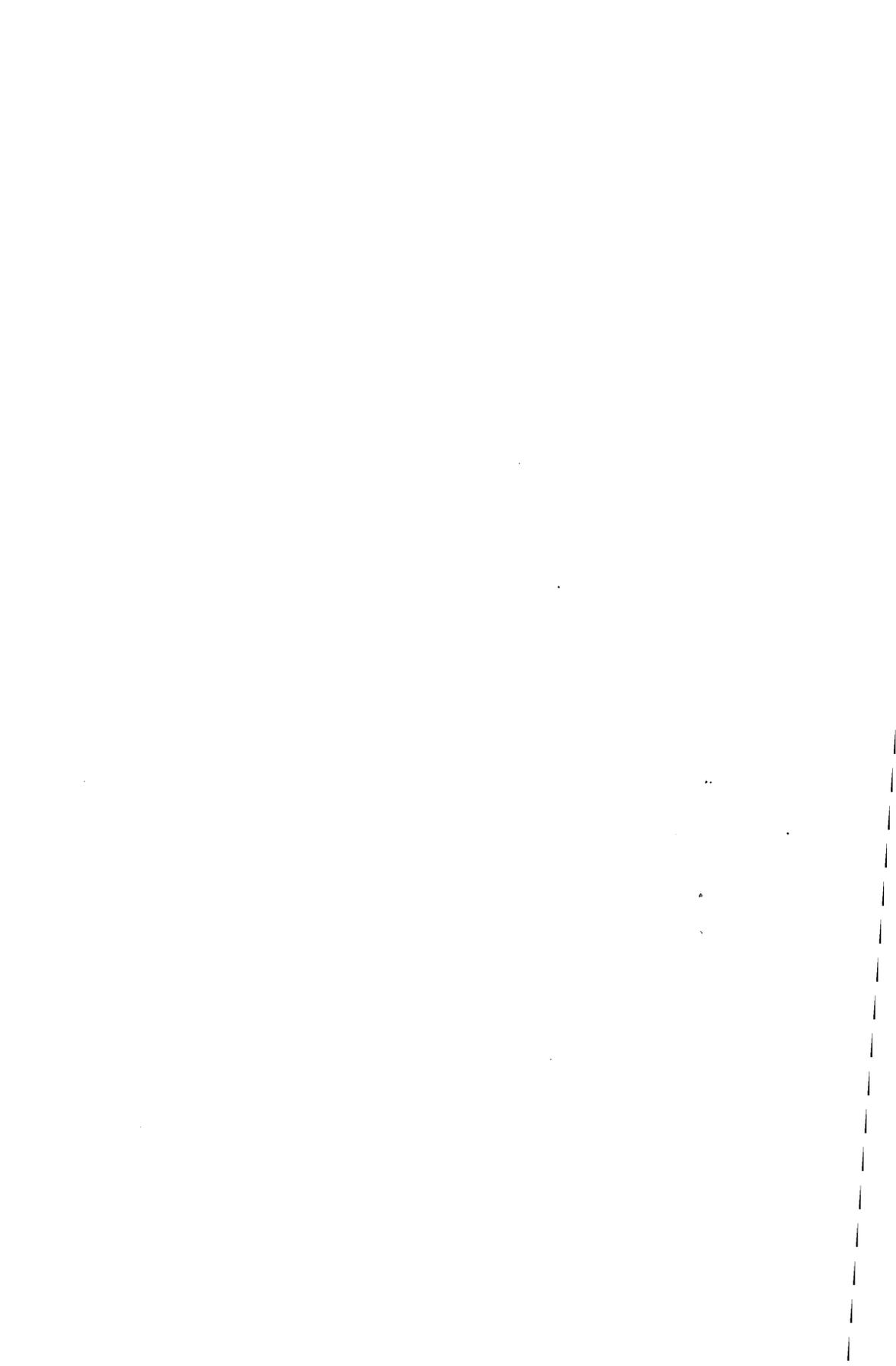
NOTES

(1) De Gilson, nous retenons particulièrement dans ces pages, "Pourquoi St Thomas a critiqué St Augustin", dans AHDLMA, 1926-1927, p. 5-127.

(2) Cf. Revue Thomiste, 1977 n° 4, pp. 533 à 557 : "Critique et tradition chez St Thomas" (P. Fontan). Cette étude porte particulièrement sur St Thomas : "Quaestiones disputatae : de spiritualibus creaturis", a. 9 et 10.

(3) Quaest. disp. : de spir. creat. : a. 9 et 10 ; D. de anima a. 5 ; C.G.II c 76 : Praeterea et Adhuc ; sum. theol. 1a 9.79 a 4.

Cf. Bernard Lonergan : La notion de verbe dans les écrits de St Thomas d'Aquin - Paris 1967 p. 168-169 : "L'intuition dans la conversion au phantasme".



JEAN PAUL II ET LES DROITS DE L'HOMME

A propos de deux ouvrages (*)
du R.P. Philippe ANDRE-VINCENT

Au début du siècle, les "*Droits de l'Homme*" apparaissent comme un vocable usé.

L'idéologie de 1789 n'avait-elle pas été mise en miettes par les critiques alternées de la gauche marxiste et de la droite traditionaliste ? L'évolution sociale développait ce que le Doyen Morin appelait "*la révolte des faits contre le Code*", et surgissait un "*droit social*" contre l'individualisme originel de la "*révolte bourgeoise*". Cependant, avec éclat, les "*Droits de l'Homme*" reparaissent, après la Deuxième Guerre mondiale, dans la Déclaration de 1948.

Pie XII avait préparé les catholiques à entendre ce langage dans ses messages de Noël 1942 et 1944, non sans une épuration radicale du sens. Jean XXIII ne ménagea pas ses louanges non sans réserve cependant ; et dans son Enseignement comme dans celui de Vatican II, le mot de "*Droits de l'Homme*" n'apparaît pas, si ce n'est sous forme de citation de la Déclaration et entre guillemets.

Jean Paul II supprime les guillemets. Le vocable de Droits de l'Homme, introduit par Paul VI à l'O.N.U. surgit sous la plume de son successeur sans aucune réserve. Il est employé équivalement à côté des termes, "*Droits fondamentaux*", "*Droits de la personne humaine*", qui jusque là tenaient sa place dans l'Enseignement pontifical. Le mot est adopté. Mais cette adoption s'accompagne d'une nouvelle naissance. Le sens du mot a changé.

(*) - "*Les droits de l'homme dans l'enseignement de Jean Paul II*", Bibliothèque de Philosophie du Droit, vol. XXVIII, L.G.D.J. 1983, 132 pages.

- "*La Doctrine sociale de Jean Paul II*", éd. France-Empire 1983, 130 pages.

L'homme dans l'enseignement de Jean Paul II est tout autre que le sujet absolu de droits individuels évoqué par la Déclaration de 1789. Le sujet de droits ici n'a rien d'un individu abstrait ; il n'est pas un existant par soi, mais "*un être qui naît*". Avant même de naître, l'homme est cet être qui existe avec l'autre et par l'autre : avant de devenir une personne et une liberté, il est chose, dans le sein de sa mère, qui dépend d'elle totalement ; mais dans la grandeur de la maternité qui l'enveloppe, cette chose est sacrée ; c'est une vie humaine, un homme.

Dans l'enseignement de Jean Paul II, le premier des droits fondamentaux apparaît avec la première des relations humaines, et au-dedans d'elle. Le droit à la vie de l'enfant est manifesté dans l'exaltation de la maternité. Il faut relire le discours de Saint Denis. L'être humain en son humble et merveilleux commencement a la grandeur de sa relation avec la mère, et, par elle, à la société toute entière et à tout le Cosmos. Dès le commencement, l'Univers des relations humaines est inscrit dans la chair de l'être humain.

Toutes les relations de justice se greffent sur ce qui est dû à l'enfant par sa mère et, à travers elle, par son père, par la société familiale et par la société globale. Or toutes ces relations sont un service de la vie humaine qui, en définitive, les transcende. Car dans son âme spirituelle, l'enfant est déjà une personne : il a relation fondamentale à Dieu ; il est esprit et "*image de Dieu*".

Jean Paul II parle de l'homme dans la vérité de sa nature et de sa vocation à la vie surnaturelle.

L'image de Dieu est toujours présente dans ces êtres défigurés par la souffrance, par la faim, par le péché du monde. La Vérité de la vie spirituelle est donc toujours première avec son corollaire, la liberté religieuse. Cependant, les exigences de la vie du corps ne sont pas moins primordiales : concrètement elles sont premières.

La dialectique concrète de Jean Paul II épouse les conditions de vie de l'être humain. Elle n'est pas moins existentielle que théologique : l'image de Dieu, avant

de se connaître, existe et sommeille dans le sein de la mère et dans l'enveloppement de l'enfance. Avant de connaître par l'intelligence et d'aimer selon l'esprit, l'être humain possède en lui les germes qui deviendront vertus et actes spirituels de connaissance et d'amour ; cultiver ces germes à travers les instincts et les impulsions de tout petit enfant, c'est la première éducation qui se continue dans le développement de la culture à travers la vie ; la seconde doit respecter les mêmes équilibres du corps, dans le mouvement et le repos, l'alimentation et le sommeil, et aussi et toujours, l'amour.

La dialectique concrète de Jean Paul II ne sépare pas justice et amour : car le service de la vie humaine ne se fait pas sans aimer. Les relations fondamentales qui découlent de la nature sont à la fois justice et amour. La famille est le premier foyer de ces relations : la première communauté et la plus naturelle, celle qui est la plus proche du but de toute société : rassembler les personnes dans le service de la vie humaine.

La Déclaration de 1948 reconnaît dans la famille "*l'élément fondamental*" de la société : elle proclame "*le droit prioritaire*" des parents dans l'éducation de leurs enfants. Par là elle se contredistingue de celle de 1789, muette sur ces deux points fondamentaux, et cela, en vertu même de sa conception de la société et du droit.

Jean Paul II ne se réfère jamais à la Déclaration de 1789 ; et par delà celle de 1948 il rattache son enseignement à la grande tradition du droit naturel et des Pères. Deux siècles de rupture ne peuvent effacer vingt siècles de fidélité à la source. Cependant le Pape est de son temps et en parle le langage.

Se conformant à l'usage des grandes Déclarations, Jean Paul II, à plusieurs reprises, énumère un certain nombre des droits fondamentaux : énumération variable, et jamais définitivement arrêtée, bien différente en cela du catalogue systématique dressé par Jean XXIII dans "*Pacem in terris*". Cependant on discerne à travers les diverses listes des Droits de l'Homme un ordre essentiel : celui de la vie.

Et voici une révolution dans le catalogue des Droits de l'Homme. Le premier des droits n'a pas pour objet

la liberté mais la vie. Le "*droit à la vie*", absent des articles de la Déclaration de 1789, apparaît dans celle de 1948. Dans les listes des droits fondamentaux données par Jean Paul II, au cours de sa dialectique existentielle, il est toujours le premier.

L'ordre des droits fondamentaux est celui de la vie : il suit le développement de l'être humain selon son ordre naturel de croissance, de culture ; le droit de l'enfant à la culture qui s'appelle sous sa forme première éducation fonde le droit des parents. Et grandissent ensemble les droits et les devoirs de l'être humain qui, de l'enfance à l'adolescence, se prépare à assumer ses responsabilités.

Le droit au travail découle immédiatement des obligations et des nécessités de la vie. Il s'inscrit dans une solidarité plus vaste que celle de la famille ; mais il est d'abord au service des familles en étant au service de la vie humaine. Le travail est un bien humain ; non une utilité économique seulement, mais un bien de l'homme. L'outil prolonge la main. Le capital est au service du travail comme le travail au service de l'homme. Les droits du travailleur résultent de ses références vitales à sa famille, à sa communauté professionnelle, à sa nation. L'homme travaille pour le pain de ses enfants et aussi pour le bien commun.

Les droits fondamentaux des personnes, ceux des familles et des corps intermédiaires, sont au coeur du bien commun. Ils ne peuvent être définis concrètement que dans l'ensemble des relations sociales. La dialectique des droits fondamentaux respecte toutes les solidarités naturelles de base ; les solidarités syndicales font partie de la solidarité de culture et de travail que constitue la nation : elles doivent s'opposer à la dialectique de la haine et de la lutte des classes.

Les droits de l'homme doivent faire retour au réel. A l'idéologie individualiste de 1789 qui les laisse dans le vide et à la merci des manipulations, Jean Paul II oppose la Doctrine sociale de l'Eglise. En réveillant cette Doctrine, le Pape a projeté dans les Droits de l'Homme une lumière nouvelle, un sens nouveau. A travers sa dialectique des droits fondamentaux Jean Paul II définit les droits de l'homme réel, né de père et de

mère, et se développant dans les communautés issues de la famille et du travail, selon sa nature spirituelle, image de Dieu.

Jean Paul II a-t-il ressuscité le droit naturel et chrétien ? Les droits de l'homme ne sont-ils pas toujours chargés de cette dynamite qui explose en révolutions ou en chimères ? Le Pape les a-t-ils expurgés de cet absolutisme du "*droit subjectif*" radicalement dénoncé par Michel Villey dans son dernier livre ?

Jean Paul II n'est pas un philosophe du droit. Son langage est sujet à interprétation. Mais il a des références sûres, commandées par la norme de l'Enseignement pontifical : la continuité. Comme les textes du Concile, ceux du Pape doivent être interprétés, à la lumière de la Tradition. Saint Thomas est nécessaire non moins que Pie XII pour entendre l'enseignement de Jean Paul II Pape. Michel Villey peut nous y aider, même si l'on juge avec lui que le langage employé reste dangereusement imprégné de mysticisme moderne. Il appartient à la philosophie du droit (et à la théologie qui l'assume) de discerner le danger et d'y parer. Les deux ouvrages du R.P. André-Vincent, collaborateur du Centre de Philosophie du Droit de l'Université d'Aix-Marseille II, y contribuent brillamment.

R.R.J. 1986
Pages 67 à 106

CONFÉRENCES,
LEÇONS, DISCOURS

LA TECHNOLOGIE GENETIQUE ENTRE LA DIGNITE DE L'HOMME ET LA LIBERTE DE LA RECHERCHE

Par Wolfgang GRAF VITZTHUM (*)

*Professeur Dr. iur., LL.M.
(Columbia)*

I. LE BUT : LOCALISATION ET DELIMITATION DE LA TECHNOLOGIE GENETIQUE

Depuis la révolution industrielle, l'Etat et la société sont marqués de plus en plus par le développement des sciences et des techniques. Dans le domaine des sciences sociales, de nouvelles disciplines, se sont, l'une après l'autre, consacrées aux problèmes que font surgir ces évolutions. Par contre la philosophie, la théologie et le droit ont gardé leurs schémas d'argumentation traditionnels. Ils sont d'autant plus appelés, au seuil de l'ère technologique, à développer des normes et des orientations pour le "possible" (1). Cela s'avère nécessaire surtout là où le développement scientifico-technique remet en question l'homme lui-même dans son identité et sa dignité.

La génétique humaine (2), la recherche de l'héritage génétique de l'homme, ne donne pas que des informations sur les conditions biochimiques de l'hérédité, mais aussi sur l'origine et la thérapie de certaines maladies. L'homme intervient dans son fondement biologique en modifiant son évolution. L'analyse du génome humain, c'est-à-dire de l'ensemble des unités génétiques (3), permet déjà de lier quelques qualités du phénotype à certaines parties de l'ADN (acide désoxyribonucléique), de l'élément structurel des gènes. Aujourd'hui

(*) Adresse : Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Wilhelmstr. 7, D-7400 Tübingen, R.F.A. . Je remercie mes collaborateurs, Mme Tatjana Geddert et M. Claus Dieter Classen, pour leurs multiples aides.

on peut localiser l'ADN des prédispositions à certaines maladies. Cette connaissance permet des interventions dans la structure des gènes, des manipulations du code génétique individuel. Il faut faire ici une différence entre la thérapie génétique des cellules somatiques (4), c'est-à-dire des cellules corporelles, et l'intervention dans le germe (5). Tandis que le traitement de cellules somatiques ne produit ses effets que chez l'individu concerné, la manipulation de l'héritage génétique a des conséquences aussi pour les générations futures. Les recherches en vue de trouver la possibilité d'intervenir dans le germe ou dans l'embryon à des fins d'*"eugénisme négatif"*, pour éliminer des anomalies pathologiques de la structure des gènes, sont déjà en cours. En principe une percée scientifique rendrait possible en même temps un *"eugénisme positif"*, c'est-à-dire des interventions pour *"améliorer"* l'homme (6).

Mais *"l'homme a-t-il le droit de faire ce qu'il peut faire ?"* (7). Une science qui utilise du matériel humain vivant représente-t-elle une recherche légitime ? Ou bien viole-t-elle la dignité de l'homme en franchissant les limites de la liberté de la science ? Les barrières traditionnelles du droit peuvent-elles retenir la curiosité élémentaire ? Les dernières normes de l'éthique peuvent-elles prétendre à une valeur universelle, donc concerner toute la communauté scientifique ? Dans quelle mesure les catégories éthiques et juridiques traditionnelles qui exigent par leur fondement - surtout dans la dignité de l'homme - une validité intemporelle valent-elles vis-à-vis de la qualité nouvelle de la recherche et de l'application de ses résultats ? Le cas échéant peut-on empêcher des Etats d'essayer de fabriquer des hommes, ou - pour utiliser un langage découvrant l'atrocité d'une telle entreprise - de *"cloner"* des Kamikazes-Cosaques ?

Si l'on ne précise pas le champ d'investigation, on ne peut pas répondre à ces questions (8). Le juriste qui essaie de déterminer les limites de la technologie génétique ne peut pas commettre de faute plus grave que d'établir des règles générales avant de connaître de façon claire les domaines auxquels elles doivent s'appliquer (9).

La dignité de l'homme et la liberté de la recherche sont garanties expressément par la Loi Fondamentale allemande. Son art. 1er, al. 1 dispose : *"La dignité de l'homme est intangible. Tout pouvoir public est tenu de la respecter et de la protéger."* ; son art. 5, al. 3 : *"L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres ..."*.

L'exposé suivant porte sur le droit allemand. Avant d'entrer dans les détails je veux montrer quand même qu'on peut aussi trouver dans le **droit constitutionnel français** des dispositions se prêtant à des réflexions semblables.

Ni dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ni dans le préambule de la Constitution de 1946, on ne trouve de mention expresse de la dignité de l'homme ou de la liberté de la recherche. Mais une certaine protection de la liberté de la recherche est assurée par la liberté d'opinion - art. 10 et 11 de la Déclaration de 1789. En plus le Conseil constitutionnel a reconnu dans sa décision du 20 janvier 1984 (10) sur la réforme des universités que la recherche comme l'enseignement nécessite l'indépendance du personnel et son entière liberté (11), *"que c'est à la lumière de ces principes que doivent être examinées les ... diverses dispositions ..."* (12).

Tandis qu'il était possible dans ce cas de recourir aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (13), on s'aperçoit que cela est plus difficile en ce qui concerne la dignité de l'homme. Le Conseil d'Etat peut sans problème se référer, dans ses arrêts, aux principes généraux du droit (14). Les sources juridiques des décisions du Conseil constitutionnel par contre sont mentionnées expressément dans le texte de la Constitution de 1958 (15). Mais même dans les lois de la République on ne trouve pas de référence expresse à la dignité de l'homme. Comme cette notion est influencée par la tradition chrétienne, on pourrait - comme cela a été le cas dans les discussions sur l'interruption volontaire de grossesse (16) - invoquer la laïcité de la République (art. 1er de la Constitution de 1958) pour empêcher que la dignité ne soit prise en considération dans le droit constitutionnel.

Mais cette notion de laïcité ne peut pas changer le fait que la base de tout le système juridique français et allemand, surtout de la Déclaration de 1789 comme de la Loi Fondamentale allemande, est une conception de l'homme qui a parmi d'autres des origines chrétiennes (17). L'élément déterminant de cette tradition est la dignité de l'homme. Le Conseil constitutionnel s'est référé dans sa décision du 15 janvier 1975 (18) dans le neuvième considérant au "*principe de respect de tout être humain dès le commencement de la vie*" (19), dont parle aussi l'art. 1er de la loi sur l'avortement (20). Mais ce respect exigé est une autre manière de se référer à la dignité de l'homme. Parmi les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme dont parle la Déclaration de 1789, se trouve donc peut-être la dignité de l'homme (21).

Sans vouloir examiner ce problème en détail, on peut cependant mentionner le préambule de la Constitution de 1946 qui "*garantit à tous, notamment à l'enfant ... la protection de la santé ...*" (22).

Il ne faut pas seulement considérer la technicité du devoir de réglementation, mais aussi sa liaison avec des valeurs. Cela résulte à la fois de l'ample portée de la dignité de l'homme et du droit fondamental de la liberté de la science. La notion de la dignité humaine dans le droit constitutionnel est rattachée aux traditions générales des sciences humaines qui, elles, doivent être valables indépendamment du temps et de la situation pour pouvoir servir d'orientation dernière. Il en résulte que le droit constitutionnel, la théologie et l'éthique se voient appelés à poser les **fondements des valeurs** (23) et à procurer des orientations concrètes pour l'action de l'homme dans une époque de pluralisme de valeurs et de nouvelles possibilités scientifico-technologiques (24). Comment peut-on y arriver ? Pour trouver une réponse, il est nécessaire d'abord de réfléchir sur la dignité humaine en tant que valeur et en tant que notion du droit constitutionnel. Après cela il faut mesurer les diverses applications de la technologie génétique suivant ces normes sans pourtant perdre de vue les autres droits, surtout la liberté de la recherche.

On se contentera d'essayer de donner une "auto-orientation" du constitutionnaliste sur la génétique humaine et la nouvelle "science de fécondation", en laissant de côté le problème de la portée dans l'avenir des conséquences découlant du droit actuel (25). Par ailleurs la dimension internationale du problème ne peut pas être traitée ici pour des raisons d'espace (26).

II. LE FONDEMENT DE LA NORME : LA DIGNITE DE L'HOMME COMME VALEUR ET COMME NOTION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

1. La dignité de l'homme comme valeur

a) Fondements théologiques

Dans la théologie, l'éventail va des positions qui sont fondées sur des principes fondamentaux de la théologie jusqu'aux fondements proches de la philosophie moderne de la raison et de la liberté. En détail on peut y distinguer trois points de départ, l'eschatologie, la christologie et la théologie de la Création (27).

- La théorie eschatologique (28) fonde la prétention universelle de la dignité de l'homme sur le "*droit de Dieu sur l'homme*".

- Selon la théorie qui est orientée scientifiquement vers le Nouveau Testament, Jésus Christ est "*l'homme correspondant à Dieu*" ("*der Gott entsprechende Mensch*") (29).

- La théologie de la Création au contraire déduit la dignité humaine de la qualité inhérente de l'homme fait à l'image de Dieu (Genèse 1, 27) et de ses obligations spéciales à l'égard des commandements de Dieu (30). On recourt aussi à la raison de l'homme, donc à la tradition stoïcienne et thomiste d'un droit naturel rationaliste.

Les théologies protestante et catholique récentes concordent sur le point que le fait d'être à l'image de Dieu et la dignité qui en résulte sont propres à l'homme de par son appartenance à la race humaine et que celui-ci ne peut pas la perdre (31).

b) Fondements philosophiques

Contrairement à ces conceptions matérielles de la théologie, la philosophie développe surtout des normes formelles (32) comme par exemple l'Impératif Catégorique. Le point de départ le plus important des fondements philosophiques est la thèse selon laquelle la moralité est une norme nécessaire à l'action de l'homme. Le manque de conduite instinctive chez l'homme doit être compensé par des orientations sociales. Sa capacité cognitive permet à l'homme de devenir conscient de soi-même, de créer sa propre identité. La catégorie centrale est la raison. Le fondement de la dignité de l'homme est surtout sa capacité de raisonner. Ainsi pour Kant : "*L'autonomie est donc la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable*"(33). L'homme est une fin en soi, il ne faut pas l'utiliser comme un moyen. Il en résulte la prétention universelle de la dignité humaine. Celui qui méprise l'autre se méprise soi-même car il ne peut pas nier la "*communauté d'espèce humaine*" ("*Gattungsgemeinschaft*") avec les autres en tant qu'homme (34).

La dignité humaine signifie donc qu'on reconnaît à tout homme sa qualité de **sujet**, sa spécificité. L'autonomie et la détermination par la raison de l'homme ne conduisent pas seulement à la volonté seule d'exister, mais à la volonté de responsabilité. La dignité humaine consiste en l'autonomie morale au sens de l'éthique de la responsabilité, en la possibilité de se soumettre volontairement à une loi (35).

La "**Responsabilité**" est finalement aussi la revendication qui découle des fondements théologiques de la dignité humaine, surtout du "**homo homini homo**" christologique (36). Par conséquent, cette norme d'action morale est celle qui obtient le consensus le plus large possible. Mais une autre question sera de savoir si le principe de responsabilité peut rester limité au contexte traditionnel de "*l'ambiance immédiate*" de l'action, aux relations personnelles, facilement contrôlables, ou s'il doit donner des orientations à l'ère des grandes technologies avec leurs conséquences à long terme pour la nature et les générations futures de moins en moins prévisibles.

Une notion de responsabilité, élargie aux dimensions de la nature (37) et de l'avenir, telle qu'elle a été introduite dans notre discussion en particulier par le philosophe Hans Jonas, ne permet d'interventions dans la nature que dans la mesure où les conséquences sont contrôlables (38).

2. La dignité humaine comme notion du droit constitutionnel

a) Notion de valeur et notion de droit constitutionnel (39)

La notion juridique de dignité de l'homme (40) possède une structure analogue à celle des fondements théologiques et philosophiques. Cela résulte déjà de son origine (41). Après toutes les expériences affreuses du national-socialisme associé au mépris total de l'homme, on a introduit dans le droit positif l'intangibilité de la dignité de l'homme, la valeur de droit la plus élevée. Plus jamais le noyau matériel des droits fondamentaux ne devrait être remis en question. Aucune atteinte à celui-ci ne devrait se faire sous couvert d'une quelconque légalité.

La Cour constitutionnelle allemande a donc, dès le début de son histoire, vu dans la dignité de l'homme l'un des "*principes constitutifs*" de la Loi Fondamentale et le point de départ dogmatique pour une interprétation matérielle de la Constitution dans le sens d'un "*système de valeurs*" (42). La notion de dignité de la Loi Fondamentale possède donc deux dimensions. Il s'agit d'une notion de droit et de valeur. L'art. 1er fait fonction d'idée régulatrice, de norme fondamentale et de principe d'interprétation de la Constitution. Ce faisant, on définit la dignité de l'homme à partir de la violation, c'est-à-dire par la négative. Ce serait contraire à la dignité de l'homme que de "*l'exposer à un traitement qui remette en question par principe sa qualité de sujet*" (43). La Cour part de façon tout à fait évidente de la philosophie de Kant, mais aussi de l'interprétation de cette éthique dans la formule du constitutionnaliste allemand Günter Dürig, "*canonisée*" par la Cour et les constitutionnalistes, selon lesquels la dignité de l'homme

est violée quand "*l'homme concret est réduit à l'état d'objet, à un moyen seul, à une entité remplaçable*" (44).

b) Domaine de protection matérielle et personnelle

Le domaine de protection **matérielle** de la dignité humaine résulte de sa structure standardisable et de son contenu libéral (45). Le noyau et la fin de l'art. 1er al. 1 de la Loi Fondamentale sont la qualité de la personne en tant que sujet. Il en résulte que le domaine de protection doit comprendre les conditions constitutives pour la sauvegarde de ces qualités (46). L'histoire de la conception des droits de l'homme (47) confirme la dépendance de celle-ci à l'égard des événements historiques concrets. Avant tout, il faut donc trouver les conditions fondamentales d'une existence digne de l'homme à l'ère des grandes recherches et de la technologie avancée. L'identité, aujourd'hui de plus en plus menacée, est concernée, mais aussi le respect de l'intégrité physique de l'homme (48), tant qu'il s'agit de la protection des intérêts les plus **élémentaires** de l'homme.

Ainsi on entre déjà dans le domaine de protection **personnelle** de l'art. 1er al. 1 de la Loi Fondamentale. La valeur et la prétention de respect particulier inhérentes à la dignité sont dues à l'homme par sa "*personnalité*", par sa capacité d'auto-possession et d'auto-détermination **abstraite**, indépendamment de l'état **concret** (peut-être tout-à-fait "*indigne*") du corps ou de l'âme. La prétention de respect est garantie à toute vie issue de l'homme, indépendamment de sa qualité individuelle, de sa capacité ou de son "*apparence de dignité*". M ê m e l'homme le plus gravement handicapé, le criminel, l'aliéné, même celui qui "*vend*" sa dignité ou qui y renonce, est protégé (49).

Le problème du domaine de protection passe donc de la notion d'homme à la notion de **vie**. Le foetus, l'ovule fécondé **in vitro**, possèdent-ils aussi une vie et par conséquent une dignité ? Quand commence la vie humaine ? La protection par les normes punissant l'interruption volontaire de grossesse, les §§ 218 et sui-

vants du code pénal allemand (50) ne commence qu'après l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus (§ 219 d), donc environ à partir du 7^e jour après la fusion de l'ovule et du spermatozoïde. Mais il ne faut pas déduire du manque de punition pénale un manque général de protection par le droit avant cet instant (51). La Cour constitutionnelle allemande dit pertinemment : "*Là où une vie humaine existe, une dignité humaine lui revient.*" (52). En effet il serait inadmissible de faire une différence entre la vie humaine au sens "*biologique*" et au sens personnel, donc entre la vie humaine d'un côté et l'homme de l'autre dans la perspective de l'art. 1^{er} al. 1, art. 2 al. 2 de la L.F., ce dernier disposant : "*Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique ...*". Le foetus est protégé par conséquent par application du concept de dignité humaine.

Comme la dignité revient à toute vie humaine, elle doit revenir aussi à l'ovule fécondé dès le moment de la procréation (53), et indépendamment de la nature de celle-ci, car il existe maintenant une vie spécifiquement humaine, une vie individuelle. La vie de l'homme commence avec sa procréation. L'ovule fécondé contient déjà le code génétique qui pousse à sa réalisation. Comme la vie humaine se développe selon un processus continu (54), chaque césure concevable paraît arbitraire, que ce soit la troisième semaine après la procréation, quand le propre coeur de l'embryon commence à battre, ou après 35 jours, quand son système nerveux commence à se développer, et **a fortiori** bien-sûr à la naissance elle-même qui ne comprend aucun changement qualitatif. Bref, c'est déjà lors de la fusion de l'ovule et du spermatozoïde qu'un être humain est créé.

On ne peut pas en tirer la conclusion que chaque atteinte au droit à la vie (art. 2 al. 2 de la L.F.) représente en même temps une violation inadmissible de la dignité humaine. Certes la vie, même la vie germante, est la "*base vitale*" de la dignité humaine (55), mais elle n'a pas de priorité absolue sur les autres valeurs de la Constitution. Ce n'est pas simplement la vie mais la vie digne qui est la valeur la plus élevée de la Constitution (dans le sens d'un leitmotiv) (56). Le fait qu'on inclut l'ovule fécondé dans le domaine de protection

de la dignité humaine ne signifie pas une garantie sans limites du droit à la vie et au développement naturel, sans prise en compte d'autres droits. En opposant, comme dans le cas de l'interruption volontaire de grossesse, le droit à la vie - art. 2 al. 2 de la Loi Fondamentale - de l'embryon et la liberté d'auto-détermination - art. 2 al. 1 (57) - de la femme enceinte, on doit se référer à la proximité du droit en question par rapport à la valeur la plus élevée de la Constitution (58).

Le caractère absolu de la dignité humaine, son caractère de "*principe constitutif*" de la Constitution rend difficile sa pondération (59). Quand la dignité de l'homme est menacée, c'est elle qui a la priorité. C'est pour cette raison qu'une grande importance doit être attribuée à la détermination de son domaine de protection pour en fixer les limites concrètes. La protection de la dignité humaine ne justifie pas toute atteinte à d'autres droits. Les limitations de la liberté de la recherche, par exemple, doivent être adéquates et justifiées ; pour que celles-ci soient conformes à la Constitution, il ne doit pas exister de moindre restriction possible (60).

La mise en concordance des techniques génétiques et de la dignité de l'homme demande donc qu'on traite les **diverses applications de la technologie génétique** de manière plus détaillée. Mais ici aussi le constitutionnaliste atteint les limites de sa profession. C'est dans la discussion seule, dans l'échange avec les autres sciences, qu'on peut trouver ses limites.

III. L'ORIENTATION D'ACTION : LA TECHNOLOGIE GÉNÉTIQUE ET LA DIGNITÉ DE L'HOMME

1. L'emploi industriel des connaissances de la biologie génétique

a) Possibilités et problèmes

Au lieu de procédés chimiques coûteux, l'industrie de biologie génétique (61) utilise des micro-organismes génétiquement modifiés pour fabriquer certains produits albuminés et pharmacologiques - par exemple l'insuline

et l'interféron à un prix bas. On peut aussi utiliser des familles de microbes manipulées pour la lutte contre la pollution. Elles transforment par exemple du pétrole en albumine, donc elles le neutralisent. Des méthodes biotechniques pour l'élevage de plantes résistantes pourraient un jour contribuer à la diminution de la dépendance de l'agriculture vis-à-vis d'engrais artificiels et de pesticides. L'amélioration quantitative et qualitative espérée de la protéine et l'élevage de plantes et d'animaux manipulés promettent de grands bénéfices même dans des conditions naturelles hostiles (62). Les énormes conséquences d'un tel changement sur l'environnement et l'économie - ainsi que vis-à-vis du Tiers Monde - sont évidentes.

Comme pour toutes les grandes technologies modernes, l'utilisation de l'énergie nucléaire par exemple, la question qui se pose en premier est celle de **la prévisibilité de toutes les conséquences et risques qui en découlent**. On ne sait presque rien sur le comportement de micro-organismes manipulés dans l'environnement naturel où ils ont été introduits - peut-être irréversiblement. En principe des organismes manipulés peuvent continuer à muter spontanément dans l'environnement naturel. Vont-ils se transformer en microbes dangereux, surtout pour l'homme ? Ce danger, peut-on le contrôler ?

Pour le juriste, cette question se pose d'abord dans des termes d'estimation du danger et de protection contre celui-ci. Les installations techniques nécessitent des autorisations et une surveillance. L'introduction de technologies nouvelles n'atteint sa dimension spécifiquement constitutionnelle qu'avec sa qualité de *"décision comportant des dangers pour l'avenir"* (63). C'est cet aspect qu'il faut donc étudier.

Si l'on se demande quelles conséquences la manipulation génétique aura sur la diversité des espèces il faut constater d'abord qu'elle permet par exemple une accélération de l'évolution naturelle d'un même facteur (p.e. 10.000) par rapport au début de l'élevage de plantes et d'animaux domestiques, par des processus de sélection. Ce faisant on réduit fortement le *"pool génétique"*, le réservoir des expressions et variations possibles des organismes (64). Jusqu'à maintenant, on n'a

pas de preuve montrant qu'on peut "*recroiser*" des formes manipulées d'une manière naturelle (65). Face à cette irréversibilité pour le moins très limitée du processus de manipulation génétique, les critères et les maximes de l'amélioration des organismes devraient être valables pour toujours.

Mais une telle "*amélioration*", demain, des virus et des microbes est-elle raisonnable ? Faut-il toujours continuer à industrialiser la nature ? La croissance doit-elle être le signe de la civilisation ? Ne s'agit-il pas maintenant, au nom de la responsabilité pour les générations futures, d'arrêter ou du moins de ralentir (66) ?

L'engagement des écologistes, des "*Verts*" en Allemagne, contre la manipulation génétique présente ce caractère de critique de principe à l'égard de la civilisation (67). L'homme, selon le credo des Verts, ne doit utiliser les ressources naturelles que dans la mesure où elles peuvent se régénérer et dans la mesure où "*l'équilibre*" de la nature est conservé. Les écologistes allemands interprètent d'une manière quasi-religieuse la nature comme un miroir de la sagesse du Créateur. L'homme doit se soumettre à celle-ci (68).

La définition de l'équilibre écologique, même celle de la nature est difficile. L'évolution biologique ne s'est pas accomplie sous des formes pacifiques, mais bien souvent à la suite de catastrophes naturelles, de changements de climat, etc. Par exemple aucun homme raisonnable ne peut considérer la lutte contre les tremblements de terre et les inondations comme irresponsable. En tout cas la conception de l'homme dans la Loi Fondamentale n'interdit pas toute intervention dans l'évolution. En tant qu'être capable de cognition, l'homme a le droit de changer son environnement - **dans les limites du pouvoir de contrôle** -, il a le droit de planifier sa vie et sa survie. Le législateur devra juger si cela correspond au principe de responsabilité dans un cas concret de recherche ou d'application (69).

b) Dangers abstrait et concret

Dans l'industrie de biologie génétique, le seuil de violation de la dignité de l'homme n'est pas encore

atteint en principe. Si l'on voulait déjà supposer une violation des valeurs de droit les plus élevées en cas d'un danger **abstrait**, surtout pour les générations futures, cela impliquerait que la valeur absolue de la Constitution, la dignité de l'homme devienne relative. Elle deviendrait "*la monnaie du droit constitutionnel*" (70). Le danger abstrait, contenu dans la possibilité de l'utilisation "*négative*" des résultats de la biologie génétique, ne représente donc pas en lui-même une violation de la dignité humaine.

Il n'est pas surprenant que le même résultat découle du droit fondamental de la liberté de la recherche, art. 5 al. 3, L.F. Certes, plus le droit est élevé, plus les limitations du droit fondamental antagoniste sont fortes. Pourtant même la protection de la dignité humaine ne justifie pas de limitation globale, disproportionnée à la liberté de la recherche, et qui aurait pour but la protection contre un danger esquissé et simplement abstrait.

Il faut un examen plus détaillé pour décider si le danger abstrait - lié surtout à la possibilité générale d'utiliser les techniques génétiques pour la manipulation des cellules de mammifères, voire de cellules germinales humaines - **nécessite** des obligations spéciales de compte rendu, des procédures de contrôle ou même des interdictions préventives. Un arrêt absolu de la recherche serait certainement **apte** à écarter ce danger, même si son efficacité n'est pas garantie dans tous les cas ou si l'on peut lui échapper en partie à cause du caractère international de la recherche, comme cela s'est passé dans le domaine militaire. Pourtant la possibilité d'un abus ne peut justifier une interdiction préventive que si d'autres possibilités n'existent pas pour protéger effectivement la dignité humaine (71). Cela vaut d'autant plus que le progrès scientifico-technique est ambivalent. Celui qui peut guérir des maladies est également en mesure, généralement, de les faire se déclencher. L'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire ouvre à un certain degré "*le chemin à la bombe*", etc. (72).

Ce principe classique d'éthique et de théologie morale "*Abusus non tollit usum*" conduit-il, à notre époque

de grandes recherches et de technologie avancée, à l'absurdité ? Face au devoir de maintenir ouvert l'avenir, on ne peut guère l'affirmer. Selon l'art. 19 al. 2 de la Loi Fondamentale, *"en aucun cas il ne peut être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental"*. Bien sûr cela vaut aussi pour la liberté de la recherche. Des dangers abstraits ne justifient pas une interdiction préalable absolue. Il n'y a pas de liberté sans risque. Tant que l'industrie se limite à l'ingénierie génétique contrôlée avec des micro-organismes, les contrôles de sécurité stricts et l'exigence d'autorisations préalables semblent suffisants (73).

Seul le danger **concret** que présentent les diverses applications de l'industrie de biologie génétique permet de considérer certaines règles comme proportionnées, d'autres comme disproportionnées (74). Le danger pour la vie et l'intégrité physique justifie déjà des réglementations. Leur densité de contrôle respective résulte des dangers spécifiques, par exemple celui de la fuite de micro-organismes manipulés. On peut exiger des normes de sécurité très élevées pour les laboratoires, dans la mesure où les risques ne sont pas calculables et contrôlables et où le comportement des organismes manipulés dans l'environnement naturel est inconnu (75).

2. La génétique humaine

a) L'analyse du génome

L'homme lui-même est l'objet et la fin de la recherche humano-génétique. L'analyse de la structure génétique permet de découvrir par exemple des prédispositions individuelles à certaines maladies du métabolisme ou la capacité de supporter plus facilement les radiations. Cette élaboration d'une *"carte génétique"* (76) ne change pas la structure génétique. L'ADN est analysé au contraire de manière à pouvoir obtenir des renseignements sur des qualités individuelles ou des prédispositions à certaines maladies (77).

La dignité de l'homme exige le consentement libre et préalable de l'intéressé comme condition primaire

pour justifier une telle intervention, sans parler des problèmes considérables du respect de la protection des données personnelles. Jamais l'analyse du génome ne doit conduire à une discrimination, voire à l'abandon de mesures de sécurité possibles pour assainir une place de travail chargée de pollution (78).

b) Le diagnostic prénatal

Le diagnostic prénatal est l'un des domaines d'application de l'analyse du génome (79). Pendant une grossesse à risque, on aspire des cellules flottant dans le liquide amniotique (l'amniocentèse) pour les examiner et déceler, le cas échéant, un mongolisme ou d'autres maladies d'origine génétique. De cette façon on doit rendre plus facile la décision pour ou contre une interruption volontaire de grossesse. La fécondation extracorporelle permet aussi de tels examens où on sépare une cellule de l'embryon destiné au transfert (80). Mais qui décide alors si tel ou tel handicap diagnostiqué rendra impossible une vie digne ? Qui décide si l'on veut infliger à l'enfant et à sa famille l'opération nécessaire en cas de **spina bifida** ou fente du palais ouverte ? Certains parents ne vont-ils pas préférer un avortement en cas de sexe momentanément non-voulu (81) ?

Si les hommes sont standardisés et si la vie "*indigne*" est "*sélectionnée*", la dignité humaine - la discussion au début l'a montré (82) - est violée. Il ne faut pas abuser du diagnostic prénatal dans le sens d'un choix "*positif*" afin de sélectionner des vies voulues ou non-voulues. On ne doit jamais oublier que l'absence de sanction pénale de l'avortement au cas où l'enfant à naître serait atteint d'une affection incurable - § 218 du code pénal allemand - n'écarte pas le contenu d'illégalité de l'interruption volontaire de grossesse si l'on peut s'attendre à la naissance d'un enfant capable de vivre (83). D'un autre côté l'analyse du génome apporte une base rationnelle à la responsabilité éthique pour la grossesse et l'avortement dans un cas de grossesse à risque (84). Aujourd'hui les résultats négatifs du diagnostic prénatal permettent une décision sans conflit **pour** l'enfant dans 97 % des grossesses à risque.

c) Techniques de reproduction

Une fécondation artificielle dans une éprouvette ne change en elle-même rien au fait que la structure génétique individuelle qui en naît est le produit naturel du hasard et de la nécessité (85). L'identité individuelle comme condition de la dignité humaine reste donc en principe inviolée.

Cette procédure peut porter atteinte à la dignité humaine surtout dans le domaine social, quand il s'agit des questions de filiation (problème des mères dites "*porteuses*") ou de l'achat à une banque d'embryons gelés dotés de certaines qualités (problème de l'*egg donation*"). Même quand la responsabilité sociale pour l'enfant est claire il semble qu'on doive considérer que de telles dispositions posent des problèmes dans la perspective de l'art. 1 al. 1 de la Loi Fondamentale. Face à l'irréversibilité de la naissance, de l'état de parents et d'enfant, il s'agit ici de graves problèmes d'autonomie (86). L'homme ne peut pas disposer lui-même de sa propre dignité. Par conséquent, l'Etat a le droit de prescrire à la femme, dans des cas extrêmes, de considérer sa sexualité, du moins sa capacité d'enfanter, comme un élément constitutif de sa dignité. Les contrats (de "*mères porteuses*") sont d'ailleurs nuls. L'ordre juridique ne peut pas les tolérer (87).

d) La recherche consommatrice d'embryons

Des problèmes plus graves se posent si la réimplantation des embryons à la mère est impossible pour des raisons de fait ou, pire encore, si ceux-ci ont été "*fécondés*" pour servir à des fins scientifiques. La dernière hypothèse au moins est un cas de recherche consommatrice de substance vitale humaine (88). Le but de l'intervention (89) n'est pas la vie individuelle, mais un projet scientifique à part. Dans ce cas la vie humaine n'est pas une fin, un sujet, mais un moyen, un objet.

La recherche consommatrice d'embryons viole donc la dignité humaine. Le but de la recherche - que ce soit l'amélioration de la technique de fécondation *in vitro*, ou bien l'"*eugénisme*" ou la cosmétique - n'y change rien (90). Par conséquent, même dans le cadre d'une

fécondation artificielle, il ne faut "*procréer*" qu'au tant d'embryons pouvant être par la suite implantés selon toute prévisibilité. Si cette implantation n'est plus possible pour quelque raison que ce soit, on n'a pas le droit d'utiliser l'embryon "*en surplus*" à des fins scientifiques, voire commerciales (91), même si cet ovule fécondé *in vitro* n'est pas protégé par le droit pénal allemand (car le § 218 du code pénal allemand, qui pénalise l'avortement, est inapplicable faute d'une grossesse et les normes sur l'homicide - §§ 211 et s. - supposent comme objet du délit un homme né (92).

e) L'intervention dans des cellules somatiques

D'autres problèmes sont posés par les interventions dans la structure génétique de cellules somatiques humaines, effectuées pour des motifs thérapeutiques (93). On prend du tissu et on le manipule génétiquement, c'est-à-dire qu'on programme les fonctions manquantes et qu'on régénère des cellules provoquant des réactions nouvelles (p. e. des cellules destructrices). Le tissu modifié de cette façon est réimplanté ensuite.

Les questions qui se posent au point de vue de la dignité de l'homme et de la liberté de la recherche sont en principe les mêmes que pour la transplantation habituelle d'organes et la pondération des risques (94). La sécurité et la liberté de décision du patient déterminent avant tout l'admissibilité de ces pratiques.

f) L'intervention dans le germe et dans l'embryon qui se développe

Dans un avenir lointain, la thérapie prénatale va essayer de guérir certains manques dès le stage embryonnaire (95). Dans la mesure où l'on peut limiter cette intervention à des fins curatives ("*eugénisme négatif*") - la notion de "*maladie*" doit être définie d'une manière très restrictive (96) -, elle ne représente pas d'atteinte à la dignité de l'homme en principe (97). Le contraire vaut pour l'"*eugénisme positif*". Il consiste en l'introduction d'informations génétiques par lesquelles on veut "*améliorer*" l'homme, donc le rendre plus beau, plus efficace, plus intelligent. L'identité individuelle, l'unicité

et la pureté de l'individualité humaine sont perdues. Des hommes génétiquement normés ne peuvent pas former d'identité. Ils ressemblent - **cum grano salis** - à des hommes qui ont été privés de leur capacité de contrôle par des psychopharmacaca ou des interventions chirurgicales. Une telle manipulation génétique porte atteinte à la dignité de l'homme. Aucune autre considération ne résulte du point de vue de la liberté de la recherche.

Pour le moment, on ne peut pas contrôler les interventions dans le génome humain, que ce soit à des fins d'eugénisme "*négatif*" ou "*positif*". Les conséquences d'un tel transfert de gènes sont moins prévisibles qu'une décharge de plomb dans le noir. Le transfert de gènes dans des cellules germinales ne peut pas servir à des fins thérapeutiques ou "*améliorantes*" au sens de l'eugénisme. Le caractère progressif du développement de l'embryon ne permet d'influencer, ni l'endroit de l'intégration de l'information génétique, ni le moment auquel elle produit ses effets (98). Aucune fin résidant dans l'individu lui-même est décelable (99). De telles interventions se présentent donc comme une recherche consommatrice. Seule une **interdiction** peut empêcher l'atteinte à la dignité humaine. Même dans la mesure où ces expériences peuvent être considérées comme étant de la recherche, la liberté de celle-ci trouve ici sa limitation absolue.

IV. LIBERTE OU OBLIGATION DE LEGIFERER

Pour respecter sa liberté d'action, une obligation imposée au législateur par le droit constitutionnel (100) de régler ces problèmes n'est concevable dans le domaine de la génétique humaine qu'en cas d'atteinte aux valeurs les plus élevées de la Constitution, comme à la vie et à la dignité humaine faute d'autres moyens de protection (le droit pénal comme **ultima ratio** (101)). Surtout dans ce domaine, la définition rationnelle de la limite d'atteinte est extrêmement importante. Les connexités scientifico-techniques conduiront souvent à un manque de conscience de la limite entre la légalité et l'illégalité.

Si l'on considère des interventions "*améliorantes*" dans le génome humain ou dans l'embryon en cours de développement comme incompatibles avec la dignité humaine, il faut se demander, à la suite de la réglementation sur l'avortement et de la décision de la Cour constitutionnelle allemande à ce sujet, si la Constitution exige une extension de la protection en matière de génétique humaine. Certes il faut prévenir une extension précipitée de la pénalité surtout dans ce domaine. Ce n'est pas parce que la vie humaine n'est pas considérée comme étant à protéger à un stade si précoce que le § 218 du code pénal allemand renonce à une extension de la pénalité avant l'implantation dans l'utérus de l'ovule fécondé. La réserve est au contraire fondée sur le fait qu'on n'a pas voulu criminaliser les moyens empêchant cette implantation ("*pilule-après*", pessaire intra-utérin, etc...). De plus, la grossesse n'est pas encore habituellement constatée à ce moment, il n'y a donc pas de danger pour la vie. Régulièrement les interventions dans les cellules germinales ne posent pas ce problème d'évidence. Une pénalisation serait donc possible (102). En cas de fécondation extracorporelle, la situation est encore plus claire. La vie humaine est ici aussi exposée non seulement au risque d'être anéantie mais également à celui d'être manipulée.

Ce danger spécifique suggère une réglementation en dehors des §§ 218 et ss. du code pénal allemand. Si la recherche humano-génétique porte atteinte à la dignité humaine ou si une sélection "*positive*" de l'héritage génétique humain a lieu, le législateur (103) doit interdire ces interventions (104).

Tant que la menace reste un danger abstrait - constitué surtout par le fait que les procédures de la technologie génétique sont en principe applicables aussi à des cellules germinales - des obligations concrètes de légiférer paraissent exclues. Cela vaut surtout pour les réserves faites par principe (et par principe seulement) d'un point de vue écologique. Ici, comme ailleurs, la primauté de la responsabilité **politique** subsiste. Le législateur peut remplir sa propre mission par une réglementation ou par une non-réglementation (105). Le

contenu, conforme à la Constitution, de telles réglementations résulte des dangers spécifiques et du principe de la proportionnalité (106). Le législateur peut avoir confiance en l'auto-contrôle des scientifiques, il peut choisir des solutions procédurales en établissant par exemple des **comités d'éthique** indépendants (107) où il peut combiner divers moyens d'agir.

Les technologies modernes et le conflit entre la dignité de l'homme et la liberté de la recherche qu'elles peuvent représenter doivent être un **risque pris en ayant conscience de sa responsabilité**. Une interprétation de la Constitution tenue par l'éthique de la responsabilité doit prendre en considération en même temps la dignité humaine et un avenir ouvert comme conditions d'une vie humaine (108). La discussion rationnelle sur les conséquences (109) montre de façon évidente où se situent les dangers pour la liberté, l'identité et l'égalité de l'homme, où un progrès scientifico-technique ne correspond plus "*automatiquement*" à l'extension des chances de vie et du développement humain, mais à la fin de l'auto-détermination et donc de l'évolution sociale de la race humaine. D'un autre côté, une des conditions de la liberté humaine est la possibilité de trouver et de réaliser des alternatives d'action. La raison humaine orientée vers l'action perd son contenu si la définition des fins du développement est définitive, celle de l'avenir infaçonnable. Dans cette éthique de la liberté, réside le noyau de la dignité humaine, de la liberté de recherche tout comme dans la liberté de pensée se trouve un fondement ontologique de la dignité humaine. Ce n'est pas une possession de la vérité, mais sa recherche qui est propre à l'homme (110).

Une réglementation relative à la grande recherche et la technologie déterminantes pour l'avenir doit donc maintenir en un double sens les conditions de l'existence humaine. Il s'agit de garantir un avenir ouvert comme condition extérieure de la liberté et, en même temps, de protéger la dignité humaine conformément à l'unicité et à l'authenticité de l'individualité humaine.

NOTES

(1) H. Sachsse, Technik und Verantwortung. Probleme der Ethik im technischen Zeitalter, Freiburg/B. 1977, p. 122 : "Ce n'est pas la solution des problèmes techniques mais celle des problèmes éthiques qui va déterminer notre avenir." ; J. Robert, Eléments d'une bioéthique, in mélanges Lambert, Paris 1975, p. 233 et ss.

(2) Cf. p.e. les Actes du Colloque Génétique, procréation et droit, Actes Sud, Paris 1985 ; H. Gassen/A. Martin/S. Bertram (éds.), Gen-technik, Stuttgart 1985 ; W. Klingmüller (éd.), Genforschung im Widerstreit, Stuttgart 1980 ; J. Reiter/U. Theile (éds.), Genetik und Moral, Mainz 1985 ; P. Koslowski et al., Die Verführung durch das Machbare, Stuttgart 1983 ; H. Lenk (éd.), Humane Experimente ?, München et ailleurs 1985 ; U. Steger (éd.), Die Herstellung der Natur, Bonn 1985 ; W. Schloot (éd.), Möglichkeiten und Grenzen der Humangenetik, Frankfurt/M./New York 1984 ; Bundesministerium für Forschung und Technologie (éd.), Gentechnologie - Chancen und Risiken. Dokumentation eines Fachgesprächs, München 1984 ; R. Flöhl (éd.), Genforschung, München 1985.

(3) Sperling, contribution à la discussion, in Gentechnologie, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 104 et ss.

(4) Jaensch, contribution à la discussion, in Gentechnologie, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 135 et s.

(5) Cf. pour cette méthode Jaensch, **ibid.**

(6) F. Wagner (éd.), Menschenzüchtung, München 1969 ; G. Wolstenholme (éd.), Das umstrittene Experiment : Der Mensch, München 1966 ; pour l'état actuel de la recherche cf. Stüddeutsche Zeitung, 2 septembre 1985, Schlüssel zur Embryonalentwicklung - Pourtant il n'est pas évident qu'un "élevage d'homme" éventuel sera ambitionné resp. atteinte d'abord par l'"eugénisme positif". Les "bonnes" qualités (p.e. l'intelligence) ne dépendent pas uniquement d'un gène, mais de la somme de tous les gènes, de l'environnement et de l'éducation, etc. A l'avenir il sera peut-être "plus facile" de cloner des personnes déjà reconnues comme "performantes" car vivantes (cf. pour cette technique F. Gros, Le génie génétique, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 331 et ss., 335). Mais bien sûr cela aussi est une vision d'horreur largement anticipée. On pensera de même à l'insémination

hétérologue avec des "super-pères" (une procédure déjà possible sur le plan technique, mais qui pourtant ne garantit pas non plus une grande chance de succès). Ce faisant, on ne procrée plus l'homme, mais on le crée.

(7) A. Auer, Darf der Mensch was er kann ?, in A. J. Buch/J. Splett (éds.), Wissenschaft, Technik, Humanität, Frankfurt/M. 1982, p. 11 et ss ; J. Rivero, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 89. Pour les questions éthiques, cf. aussi O. Höffe, Sittlich-politische Diskurse, Frankfurt/M. 1981 ; R. Löw, Leben aus dem Labor, München 1985 ; U. Eibach, Experimentierfeld : Werdendes Leben, Göttingen 1983. - Les aspects militaires sont omis dans cette esquisse, p.e. le développement de vaccins contre des armes biologiques. Pour le contexte plus large de cette question, du point de vue du droit international public, cf. l'étude et la documentation de M. Bothe, Das völkerrechtliche Verbot des Einsatzes chemischer und bakteriologischer Waffen, Köln, Bonn 1973. - De plus, la haute technologie dépasse souvent les frontières de l'Etat nation. La "réalisation technique" (E. Forsthoff) ne peut être contrôlée que sur le plan international. Mais on ne peut pas s'attendre à un gain de fonctions supplémentaires des organisations internationales.

(8) A. Eser, Recht und Humangenetik, in Koslowski, **op. cit.** (*supra* note 2) ; en ce sens du point de vue philosophique aussi Höffe, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 193 et ss., 197 ; J. Reiter, Ethische Implikationen der Genforschung, Stimmen der Zeit, vol. 202 (1984, cahier 7), p. 435 et ss., 437.

(9) F. Gros, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 90. Pour les relations entre les faits et le droit en général cf. C. Atias, Epistémologie juridique, Paris 1985, p. 123 et ss. - Les limites de la liberté de la recherche découlent de la détermination du domaine de protection de la dignité humaine. - Sous la notion de "technologie génétique" on entendra ici la connexité de technologie et de recherche et les dimensions sociales, économiques et écologiques du problème. Cela correspond à l'utilisation anglo-saxonne de la notion.

(10) Décision 83-165 DC, publiée in R.D.P. 1984, p. 720 et ss.

(11) 19e Considérant, de même J. Rivero, Libertés publiques, vol. 2, 3e éd. Paris 1983, p. 345 ; L. Favoreu, Libertés locales et libertés universitaires, R.D.P. 1984, p. 706.

(12) 21e Considérant.

(13) 20e Considérant.

(14) Cf. G. Vedel/P. Delvolve, Droit administratif, 9e éd. Paris 1984, p. 387 et ss.

(15) C.-A. Colliard, Libertés publiques, 5e éd. Paris 1975, p. 108. Cf. dans ce contexte aussi le premier considérant de la décision du Conseil constitutionnel sur l'avortement (J.O. du 16 janvier 1975, p. 671).

(16) R.G. Schwartzberg, La loi sur l'avortement et la Constitution, Le Monde, 9 janvier 1975, cité chez J. Robert, La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse, R.J.D.C. 1975, p. 882.

(17) J. Rivero, Le Conseil constitutionnel et les libertés, Aix-en-Provence 1984, p. 53 ; id., Libertés publiques, vol. 1, 4e éd. Paris 1984, p. 45 ; J. Robert, Libergés publiques, 2e éd. Paris 1977, p. 34 et ss.

(18) Préc. (supra note 15) ; L. Favoreu/L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 3e éd. Paris 1984, p. 298.

(19) Pour le début de la vie, cf. infra II 2 b avec la note 54.

(20) Loi 75-17 du 17 janvier 1975, J.O. 1975, p. 739. Une contradiction dans la décision est constatée donc dans la note de L. Hamon sous cette décision, D.S. 1975, Jurisprudence, p. 530 ; plus contenant Rivero, Le Conseil constitutionnel et les Libertés, op. cit. (supra note 17), p. 53.

(21) D'ailleurs la notion de la dignité humaine a été employée dans ce contexte par C. Labrusse-Riou, Biologie, éthique et droit, in. R.R.J. X-22 (1985-2), p. 425 et ss., 466 et Laroque, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, op. cit. (supra note 2), p. 103. Dans la décision le fondement juridique n'est pas mentionné ; cf. Favoreu/Philip, op. cit. (supra note 18), p. 312.

(22) Dans le contexte de l'IVG, le Conseil constitutionnel se réfère à cette norme sans qu'il soit clair s'il ne considère pas comme enfant un être humain avant sa naissance (telle l'interprétation d'Hamon, op. cit. (supra note 20), p. 530) ou s'il le considère comme un enfant, mais sans que cette loi soit en contradiction avec cette norme (telle l'interprétation de Favoreu/Philip, op. cit. (supra note 18), p. 312).

(23) W. Oelmüller (éd.), Materialien zur Normendiskussion, vol. 1 : Transzendentalphilosophische Normenbegründung, Paderborn 1978 ;

A. Podlech, *Werte und Wertungen im Recht*, Archiv des öffentlichen Rechts vol. 95 (1970), p. 185 et ss. ; H. Ryffel, *Zur Begründung der Menschenrechte*, in J. Schwarztländer (éd.), Menschenrechte, Tübingen 1978, p. 55 et ss.

(24) Aristote, Ethiques à Nicomaques I, 1 (1095 a 5 f). Pour les instruments de l'éthique, cf. Höffe, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 16 et s. Pour la relation entre le droit et l'éthique cf. Ritter, notion "Ethik" in **id.** (éd.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Basel, Stuttgart, p. 759 et ss., surtout p. 784 et ss.

(25) On peut programmer la recherche et diriger de cette manière une partie de l'énergie dans une autre direction. Pourtant on ne peut pas empêcher que d'autres prennent d'autres chemins, par exemple à l'étranger.

(26) Comment peut-on par exemple - d'une manière vérifiée et effective - prohiber que d'autres Etats élèvent systématiquement de l'intelligence (si cela était possible un jour) et empêchent la naissance d'hommes sans intelligence (très optimiste sur ce point F. Gros, **op. cit.** (*supra* note 6), p. 342 ? Le problème ressemble à celui du désarmement et de la paix. Si tous les Etats du Monde se démilitarisent sauf un, trois mitrailleuses suffiront pour gouverner le monde. - L'internationalité du devoir de réglementation représente un défi difficile pour nos décisions fondamentales sur le plan juridique et éthique. L'existence de droits de l'homme même au niveau international est reconnue (cf. par exemple l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du "Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran", Recueil 1980, p. 3 et ss., 42, les deux pactes sur les droits de l'homme du 19 décembre 1966 : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). La notion de dignité humaine n'est mentionnée que dans l'art. 10 al. 1 du premier pacte dans le contexte de la privation de liberté - seule la Convention africaine relative aux droits de l'homme du 27 juin 1982 [ILM XXI (1982), p. 59 et ss., pas encore en vigueur] la garantit expressément (art. 5). Par contre le Pacte relatif aux droits civils et politiques garantit le droit à la vie (art. 6 al. 1), mais déjà sur le plan national celui-ci ne représente pas une protection complète. Certainement il n'est pas évident que la vie avant la naissance y est comprise aussi au niveau international. Face aux traditions culturelles tout-à-fait différentes, qui se montrent en évidence, par exemple dans la discussion sur un "nouvel ordre international de l'information", surtout autour

des satellites de télévision directe, il faut s'en redouter (cf. p.e. V. Witzmann, Völkerrechtliche Aspekte der Bemühungen um eine neue Weltinformationsordnung, München 1984 ; S. Sur, Vers un nouvel ordre mondial de l'information, A.F.D.I. 1981, p. 45 et ss. ; R. Pinto, La liberté d'information et d'opinion et le droit international, J.D.I. (Clunet.) 108 (1981), p. 459 et ss.). Déjà au niveau européen l'ampleur du domaine d'application du droit à la vie (art. 2 de la Convention européenne des droits de l'homme) est incertaine (cf. la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire 8416/78 du 13 mai 1980 (Décisions et rapports 19 (1980), p. 244 et ss., 254 et ss.), dans laquelle la Commission se refuse expressément de statuer sur cette question, et elle n'exclut qu'une garantie absolue de ce droit même au détriment de celui de la mère (n° 23). En Autriche où la Convention jouit d'une valeur constitutionnelle, la Cour constitutionnelle a considéré l'avortement comme conforme à la Convention (cf. Erkenntnis 7400). Par contre la Convention américaine des droits de l'homme garantit le droit à la vie "in general" à partir de la conception. Cf. d'ailleurs W. Brugger, Human Rights Norms in Ethical Perspective, German Yearbook of International Law, vol. 25 (1982), p. 113 et ss. Pour l'essai de considérer l'héritage génétique comme un "patrimoine commun de l'humanité", cf. A.-C. Kiss, Le patrimoine commun de l'humanité, in Recueil des cours de l'académie de droit international, vol. 175 (1982 II), p. 99 et ss., 193-196.

(27) Pour une vue d'ensemble, cf. W. Huber/ H.E. Tödt, Menschenrechte, Stuttgart 1977, p. 64 et s.

(28) J. Moltmann/J.M. Lochmann, Gottes Recht und Menschenrechte, Neukirchenvluyn 1976 ; J. Moltmann, Wer vertritt die Zukunft des Menschen ?, in Evangelische Kommentare 5, 1972, p. 399 et s.

(29) K. Barth, Anthropologie, in Kirchliche Dogmatik, 2e éd. vol. III/2, Zürich 1965, p. 191, 158 : "La détermination ontologique de l'homme est fondée sur le fait qu'au milieu de tous les autres hommes l'un est l'homme Jésus." ; E. Jüngel, Dert Gott entsprechende Mensch, in H.-G. Gadamer/P. Vogel (éd.), Philosophische Anthopologie, 1ère partie, vol. 6, München 1974, p. 347 et ss., 350.

(30) Cette procédure d'une double motivation est significative surtout pour Vatican II (Gaudium et Spes, in K. Rahner/H. Vorgrimmler, Kleines Konzilsdskompendium, Freiburg/B. 1966 ; cf. S.H. Pfürtner, Die Menschenrechte in der römisch-katholischen Kirche, in Zeitschrift für Evangelische Ethik (ZEE) 20, 1976, p. 35-63). Selon cette vue, le fait d'être l'image de Dieu se décompose en une qualité inaliénable et en une

qualité détruite par la Chute. La recherche récente de systématique théologique et d'exégétique accentue le caractère téléologique de cette définition. L'histoire de la Création dit moins sur la qualité de l'homme que sur l'intention de celle-ci.

(31) Cf. Ph. Delhaye, Nouvelle position du magistère, in Esprit et vie 1975, p. 310 et ss. ; M.-H. Congourdeau, L'embryon est-il une personne, in Communio IX (1984), n° 6, p. 103 et ss. ; L. Scheffczyk, Die Frage nach der Gottebenbildlichkeit in der modernen Theologie, in id. (éd.), Der Mensch als Bild Gottes, Darmstadt 1969. Cf. aussi Eibach, Experimentierfeld menschliches Leben, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 39 et ss. Pour la philosophie thomiste cf. P. Chalmel, Biologie actuelle et philosophie thomiste, Paris 1985, pour le point de vue judaïque cf. E. Chouchena, Le point de vue du judaïsme, in Généétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 473 et ss.

(32) Höffe, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 52 et ss., par contre différemment l'éthique de valeurs matérielles de M. Scheler ou N. Hartmann.

(33) I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), in Kant-Werke, édités par W. Weischedel, vol IV, Darmstadt 1956, p. 69.

(34) Kant, Metaphysik der Sitten, in Kant-Werke, **op. cit.** (*supra* note 33), Tugendlehre § 38, p. 600 et s.

(35) Cf. W. Schulz, Philosophie in der veränderten Welt, Pfullingen 1972, partie sur la responsabilité (p. 629 et ss.) ; J. Schwarzländer, notion "Verantwortung" in Handbuch philosophischer Grundbegriffe, édité par H. Krings, H.M. Baumgartner, Chr. Wild, vol. 6, München 1974 ; id., Aspekte zur Bestimmung der Menschenrechte, in id. (éd.), **op. cit.** (*supra* note 23), p. 76 et ss., 87.

(36) Jüngel, Der Gott entsprechende Mensch, **op. cit.** (*supra* note 29), p. 342 et ss., 371.

(37) Il faut se demander si une extension de la notion de responsabilité par la dimension de la nature conduit par force à la renonciation au centrage traditionnel de la philosophie sur l'homme ou s'il ne suffit pas de respecter la nature comme la condition de l'existence humaine.

(38) H. Jonas, Das Prinzip Verantwortung, Frankfurt/M. 1982 (du même auteur en langue française : Technique, morale et génie génétique, in Communio IX (1984) n° 6, p. 46 et ss.) ; Eibach, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 192 et ss. : la "nature" comme objet de la responsabilité éthique ; cf. aussi Reiter, **op. cit.** (*supra* note 8), p. 439 et s.

(29) Pour la relation entre la valeur et la norme cf. W.H. Schrader, notion "Norm" in Historisches Wörterbuch der Philosophie, **op. cit.** (**supra** note 23), p. 910 et ss., 913, pour celle entre le droit et la morale cf. D. Thouvenin, Ethique et droit en matière biomédicale, in. D.S. 1985, Chr. V, p. 21 et ss.

(40) G. Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv des öffentlichen Rechts vol. 81 (1956) p. 117 et ss. ; P. Häberle, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 der Verfassung von Griechenland aus dem Jahre 1975, Rechtstheorie 11 (1980), p. 389 et ss. ; Chr. Starck, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, Juristenzeitung 1981, p. 457 et ss. ; W. Graf Vitzthum, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Juristenzeitung 1985, p. 201 et ss.

(41) Starck, **op. cit.** (**supra** note 40), p. 458.

(42) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, BVerfGE) 7, 198 (205) ; 35, 79 (114) avec des références supplémentaires ; 50, 166 (175). Ce point de départ a été développé par Dürig ; cf. surtout son commentaire sur l'art. 1 L.F. in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München 1984 ; critique à l'égard d'un tel "ordre de valeurs" H. Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden 1973.

(43) BVerfGE 27, 1 (16) ; 30, 1 (26) ; 50, 166 (175) ; 64, 274.

(44) Dürig, **op. cit.** (**supra** note 42), art. 1 al. 1 L.F., note 28. La même formule a été employée par C. Labrusse-Riou, **op. cit.** (**supra** note 21), p. 453, la notion de la dignité de l'homme **ibid.** p. 466 (cf. note 21).

(45) Pour les problèmes de la théorie juridique de la détermination du domaine d'application de la norme, cf. F. Müller, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966 ; **id.**, Juristische Methodik, 1976 ; J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977 (cf. § 11 Der Schutzbereich von Grundrechten, p. 152).

(46) Des conceptions (controversées) de la personne resp. de la dignité fondée sur les sciences sociales sont proposées par B. Giese, Das Würdekonzept, Berlin 1975, et G. Rüpke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, Baden-Baden 1976.

(47) Cf. G. Oestreich, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2e éd. Berlin 1978 ; R. Schnur (éd.), Zur Geschichte der Menschenrechte, Darmstadt 1964 (2e éd. 1974) ; G. Birtsch, Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, Göttingen 1981.

(48) A. Podlech, in A. Azzola u.a., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), vol. I, Neuwied, Darmstadt 1984, art. 1, notes 17-22 (définition fonctionnelle du domaine d'application de la norme) ; cf. aussi H. Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, Berlin 1975 (critique à l'égard de Luhmann surtout p. 164 et ss.).

(49) Cf. Dürig, **op. cit.** (*supra* note 42), art. 1 al. 1 note 20-22.

(50) Extrait du code pénal allemand :

§ 218. Interruption volontaire de grossesse. (1) Celui qui interrompt volontairement une grossesse sera puni d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois ans, ou d'une amende.

§ 218 a. Indication d'une interruption volontaire de grossesse.

(1) L'interruption pratiquée par un médecin n'est pas punie si :

1. la femme enceinte donne son accord et que
2. l'interruption de la grossesse est indiquée selon la constatation d'un médecin après prise en considération des circonstances de vie de la femme enceinte actuelles et futures pour prévenir un danger de préjudice pour l'état de santé corporel ou psychique, et si ce danger ne peut être prévenu d'une autre manière.

(2) Les conditions de l'al. 2 seront considérées comme étant remplies si selon la constatation d'un médecin :

1. il y a fort lieu de présumer que l'enfant va souffrir d'une maladie non guérissable à cause d'une prédisposition héréditaire ou d'influences nocives avant la naissance,
2. la femme enceinte a été victime d'un délit selon les §§ 176-179 (normes protégeant l'auto-détermination sexuelle, W.V.) et de fortes raisons font présumer que la grossesse est le résultat dudit délit,
3. l'interruption volontaire de grossesse est indiquée pour d'autres raisons pour prévenir une situation de détresse

a) qui est si grave qu'on ne peut pas exiger de la femme de supporter la grossesse et

b) si elle ne peut pas être prévenue d'une autre manière exigible de la part de la femme.

(3) Au cas de l'al. 2 n° 1 une telle interruption ne peut être pratiquée que dans un délai de 22 semaines après la fécondation, au cas de l'al. 1 n° 2 et 3 de 12 semaines.

§ 219 d. Définition. Des actes produisant leur effet avant l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus ne sont pas considérés comme une interruption volontaire de grossesse au sens de cette loi.

(51) Cf. Eser, in. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21 éd. München 1982, remarque préliminaire à § 218, note 27. - Si on élargissait le domaine de protection sur l'ovule déjà fécondé, mais pas encore implanté, l'admissibilité juridique du moyen contraceptif des pessaires intrautérins serait douteuse.

(52) BVerfGE 39, 1 (49). Par contre pour une séparation de la vie "biologique" et de la vie "spirituelle" - seule la dernière étant protégée par le droit - Robert, **op. cit.** (*supra* note 18), p. 881 ; S. Regourd, Droits de l'homme et manipulations biologiques, in R.D.P. 97 (1981), p. 403 et ss., 468 (ce dernier mentionne d'ailleurs expressément la dignité de l'homme dans ce contexte).

(53) De même J. Lejeune, Biologie et personne humaine, in. R.R.J. X-21 (1985-1), p. 103 et ss., 119 ; Ostendorf, Experimente mit dem Retortenbaby auf dem rechtlichen Prüfstand, Juristenzeitung 1984, p. 595 et ss., 598. **Contra** : Eser, **op. cit.** (*supra* note 51), § 218 note 27.

(54) Pour le début de la vie cf. F. Böckle, Die Schutzpflicht gegenüber dem ungeborenen Menschen, in D. Hofmann (éd.), Schwangerschaftsunterbrechung, Frankfurt/M. 1984, p. 179 et ss. ; Eibach, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 12 et ss. Pour le droit français cf. J. Robert, La révolution biologique et génétique face au droit, R.D.P. 100 (1984), p. 1255 et ss., 1280, et **id.**, **op. cit.** (*supra* note 16), p. 880 et ss., avec des références supplémentaires, notamment jurisprudentielles (pour un début de la vie avec la naissance). Par contre le contexte de la loi sur l'avortement fait présumer un début avec la conception (cf. art. 1 al. 2 - délai de 10 semaines), de même la décision du Conseil constitutionnel précitée (*supra* note 20). Pour la condition juridique de l'embryon en droit français cf. R. Thery, La condition juridique de l'embryon et du fœtus, D.S. 1982, Chr. XXXV, p. 232 et ss.

(55) BVerfGE 39, 1 (43).

(56) Sinon l'exigence par la constitution de la disponibilité du soldat en service de défendre par sa vie la liberté serait du droit constitutionnel inconstitutionnel. Pour ce problème cf. Dürrig, **op. cit.** (*supra* note 42), art. 2 al. 1 L.F., note 19 ; K. Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3e éd. Frankfurt/M. 1984, p. 289 ; Jonas, Das Prinzip Verantwortung, **op. cit.** (*supra* note 38) ; pour la relation entre l'art. 1er et les droits fondamentaux suivants cf. H. Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Baden-Baden 1979, p. 87 et ss., 727 et ss.

(57) "Chacun a le droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale."

(58) BVerfGE 12, 45 (53) ; 32, 98 (108) ; 33, 23 (28) ; 39, 1 (36 et ss., 42).

(59) Cf. Schneider, *op. cit.* (*supra* note 56), p. 87, 88 ; pour la possibilité d'une limitation du droit fondamental de l'art. 1 al. 1 L.F. Kloepfer, Grundrechtstatbestand und Grundrechtschranken, in Chr. Starck (éd.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. 2, Tübingen 1976, p. 405 et ss., 412 et ss. 416 et ss., 418 et ss.

(60) E. Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts vol. 98 (1973), p. 568 et ss.

(61) Gros, *op. cit.* (*supra* note 6), p. 341 ; W. Klingmüller, in *id.* (éd.), Genforschung im Widerstreit, Stuttgart 1980, p. 31 et ss. ; cf. aussi P. Hofschneider, Gentechnische Methoden im Dienste der Medizin, in Lenk (éd.), *op. cit.* (*supra* note 2), p. 46 et ss.

(62) Bien sûr les problèmes sociaux et économiques des pays en voie de développement ne peuvent pas être résolus que par des techniques agraires ; cf. Steger, Die Herstellung der Natur, in *id.* (éd.), Chancen und Risiken, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 20 ; Löw, *op. cit.* (*supra* note 7), p. 167 et ss. ; Hickel, Gefahren der Genmanipulation, in Blätter für deutsche und internationale Politik 1985, p. 340 et ss., 344 ; Robert, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 99. - D'ailleurs : la nature n'est pas un système stagnant. Il n'y a pas d'organisme résistant éternellement. La manipulation génétique des plantes conduit à une réaction des parasites. De plus le coût élevé et/ou l'efficacité de plantes économiques provoquent une distribution de plus en plus large de quelques systèmes uniformes. Le danger d'épidémies et de parasites adaptés augmente.

(63) P. Henseler, Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen, Archiv des öffentlichen Rechts vol. 108 (1983), p. 489 ff ; à la coordination institutionnelle de la compétence de décision cf. W. Graf Vitzthum, Parlament und Planung, Baden-Baden 1978, p. 40, note 66.

(64) Et aussi le réservoir des plantes économiques de gènes responsables de leur résistance. Une construction toute nouvelle de tels gènes est impossible.

- (65) H. Herbig, Die Geningenieure, Frankfurt/M. 1978, p. 27.
- (66) Cf. U. Eibach, Ethische und theologische Überlegungen zur Gentechnologie, manuscrit d'une conférence tenue à un colloque de juristes sous la direction de la Konrad Adenauer Stiftung au sujet "Neue Entwicklungen in der Gentechnik", 8-10 mai 1985 au château Eichholz (non publiée).
- (67) Cf. la documentation bâtie par E. Hickel (groupe parlementaire des Verts au Bundestag) sur la "technologie génétique" du 21 mai 1984, surtout l'appendice 16 : Hickel, Fluch oder Segen der Gentechnik. Brauchen wir eine neue Wissenschaftsethik ? ; **id.**, **op. cit.** (*supra* note 62).
- (68) Du point de vue théologique cf. U. Eibach, Leben als Schöpfung von Menschenhand ? in Zeitschrift für evangelische Ethik 24 (1980), p. 111-130 ; K. Rahner, Zum Problem der genetischen Manipulation, in **id.**, Schriften zur Theologie, vol. 8, Einsiedeln et ailleurs 1967, p. 286-321 ; A. Auer, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 11 et ss., p. 22 ; J. Splett, "Macht euch die Erde untertan ?", **ibid.** P. 175 et ss. ; pour la philosophie thomiste cf. P. Chalmel, **op. cit.** (*supra* note 35).
- (69) Pour les détails, cf. **infra** la partie IV.
- (70) Dürig, **op. cit.** (*supra* note 42), art. 1, note 29.
- (71) Un acte ou une norme de droit ne sont pas déjà inaptes quand le but visé n'est pas atteint complètement (BVerfGE 13, 237 (241)). Cf. pour l'aspect international E. Deutsch, Das internationale Recht der experimentellen Humanmedizin, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 570 et ss. Un essai peu promettant de règles protectrices des données personnelles dans sa dimension transfrontalière représente le projet de loi du gouvernement fédéral (imprimé 406/84 du Bundesrat) correspondant à un traité du 28 janvier 1981 élaboré dans le cadre du Conseil de l'Europe.
- (72) W. Graf Vitzthum, Vers un nouvel ordre nucléaire international, in R.R.J. 1983-1, p. 65 et ss.
- (73) J. Ayats, texte synthétique, in Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 102 ; A. Eser, Recht und Humangenetik, in P. Koslowski **et al.**, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 49 et ss., 59.
- (74) Eser, in Reiter/Theile (éd.), **op. cit.** (*supra* note 2).
- (75) Quant à l'aspect de protection de danger : Deutsche Forschungsgemeinschaft (éd.), Zum Einsatz von mikrobiologischen Sicherheitska-

binen Bonn 1979 ; pour la discussion sur des règlements cf. A. Eser (éd.), Medizin - Mensch - Gesellschaft (MMG) 7 (1982) ; N. Binder, Gentechnologie zwischen Forschungsfreiheit und Gefahrenschutz, in Reiter/Theile (éd.) **op. cit.** (*supra* note 2), p. 116 et s. Les exigences de sécurité ont pu être baissées de plus en plus, comme le démontre la 4e version des règlements, car il s'est montré que jusque là les micro-organismes manipulés ne peuvent survivre que dans un environnement artificiel. Les mesures de sécurité des laboratoires L 4 sont publiées chez Gassen/Martin/Bertram (éd.), **op. cit.** (*supra* note 2), p. 352 et ss. Seul un expert de sécurité peut décider si le niveau technique pris en considération est suffisamment élevé. "Les règles de sécurité pour les expériences génétiques doivent devenir plus souples selon la volonté du ministre de la recherche fédéral", Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10 septembre 1985. Le commentaire du journal : "D'habitude les organismes génétiquement manipulés ... se sont adaptés de telle manière à la vie au laboratoire qu'ils ne peuvent guère survivre dans un environnement naturel. Si l'on estime l'utilité et les risques, les avantages de la nouvelle technologie sont prépondérants dans la plupart des cas. ... D'ailleurs le vrai risque ne consiste pas en la surveillance des règlements de sécurité car la meilleure règle ne sert à rien si la technique ne fonctionne pas et que l'homme commette des erreurs."

(76) pour la méthode de l'analyse du génome cf. Sperling, contribution à la discussion, in. Gentechnologie - Chancen und Risiken, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 104 et ss. ; W. van den Daele, Genomanalyse, genetische Tests und Screening, Materialien der Studiengruppe "Gesellschaftliche Folgen neuer Biotechniken", Bielefeld 1985.

(77) Gros, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 92 ; F. Vogel ; Genetik psychischer Eigenschaften, in Schloot (éd.), **op. cit.** (*supra* note 2) ; S.L. Chorower, Die Zurichtung des Menschen, Frankfurt/M., New York 1982 ; Robert, **op. cit.** (*supra* note 54), p. 1291 et s.

(78) Löw, Leben aus dem Labor, **op. cit.** (*supra* note 7), p. 173 et ss., 175 ; de même l'avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (français), cité par Robert, **op. cit.** (*supra* note 54), p. 1286, 1296 ; pour une solution plus souple Robert, *ibid.* p. 1296 et s.

(79) T.M. Schroeder-Kurth, Die Bedeutung von Methoden, Risikoabwägung und Indikationsstellung für die pränatale Diagnostik, in Reiter, Theile (éd.), **op. cit.** (*supra* note 2), p. 86 et ss. ; Actes du Colloque Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), partie médecine prédictive, diagnostic prénatal, p. 117 et ss. et l'annexe IV (p.

405 et ss.) ; Robert, **op. cit.** (**supra** note 54), p. 1293 et s.

(80) Mais, à ce moment, il s'agit encore d'une cellule omnipotente qui pourrait donc se développer en théorie à un individu complet.

(81) B. Holmes, Mädchenmord vor der Geburt, in R. Ardritti **et al.**, Retortenmütter, Reinbek 1985 ; Löw, **op. cit.** (**supra** note 7), p. 176 et s. Pour un "droit de choisir quels enfants on aura" B. Latour, La redéfinition du lien social, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (**supra** note 2), p. 355 et ss., 358 et ss.

(82) Cf. **supra** partie II.

(83) Pour la nature juridique des exceptions de pénalité cf. Eser, **op. cit.** (**supra** note 51), § 218 a, note 6. Même si le droit à la vie a généralement la priorité, si donc l'ordre juridique ne considère pas une telle atteinte comme légale, la possibilité existe - telle la solution des §§ 218 et ss. du code pénal allemand - de justifier ou d'exculper une IVG dans des situations de conflit grave, c'est-à-dire de renoncer à des sanctions pénales. Au cas de mongolisme, l'avortement est toléré en Allemagne. Pour la nature juridique des exceptions de pénalité en France cf. J.-B. d'Onorio, note sous la décision du Conseil d'Etat du 2 juillet 1982, D.S. 1982, Jurisprudence p. 425.

(84) Labrusse-Riou, **op. cit.** (**supra** note 21^o, p. 450 ; A.-M. de Vilaine, L'homme-machine, la femme cobaye, les bébés-éprouvettes et les enfants de la science, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (**supra** note 2), p. 459 et ss., 555 et s. ; Hepp, Medizinisch-ethische Implikationen der Neuregelung des § 218 StGB, in H. Jung, H. Müller-Dietz, § 218 StGB, Heidelberg 1983, p. 1 et ss., 6 ; Robert, **op. cit.** (**supra** note 54), p. 1295.

(85) Cf. les Actes du Colloque Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (**supra** note 2), partie congélation d'embryons, fécondation "in vitro", mères de substitution, p. 55 et ss. et l'annexe II (p. 279 et ss.) ; J.-R. Armogathe, J.-L. Archambault, La décision de l'homme, in. Communio IX (1984) n^o 6, p. 4 et ss., 7. Pour la procédure technique cf. S. Trotnow, contribution à la discussion, in Gentechnologie; **op. cit.** (**supra** note 2), p. 52 et s. et S. Trotnow, M. Barthel, Extra-korporale Befruchtung, in Reiter/Theile (éd.), **op. cit.** (**supra** note 2).

(86) C. Labrusse-Riou, La procréation artificielle : questions de droit ?, in. Projet sept. 1985, p. 118 et ss., 125. Pour les problèmes similaires d'autonomie posés par des "peepshows" cf. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (recueil des décisions de la Cour administrative fédérale, BVerGE), 64, 274 (278 et s.).

(87) Pour le droit français cf. C. Labrusse-Riou, *op. cit.* (*supra* note 86), p. 123 ; J. Rubellin-Devichi, La gestion pour le compte d'autrui, *D.S.* 1985, Chr. XXVI, p. 147 et ss., 153 ; J. Robert, La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit, in. Génétique, procréation et droit, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 363 et ss., 378 ; pour le droit allemand cf. D. Coester-Waltjen, Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft, Neue Juristische Wochenschrift 1982, p. 2528 et ss. ; pour l'Angleterre cf. la loi du 15 mars 1985, citée par J. Rubellin-Devichi, *ibid.*, p. 148 ; pour les Etats-Unis cf. D. Callahan, Le point de vue sur la question aux Etats-unis, in. Génétique, procréation et droit, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 451 et ss. ; E.A. Erickson, Contracts to bear a child, 65 California Law Review, 1977, p. 611 et ss. ; pour le Canada cf. J.-L. Baudoin, Bref aperçu de la situation au Canada, in. Génétique, procréation et droit, *op. cit.* (*supra* note 51), p. 409 et ss. Le droit allemand n'admet pas une adoption prénatale, l'obligation à une adoption n'est pas assujettissant. Cf. aussi A. Stolz, Grundrechtsaspekte künstlicher Befruchtungsmethoden, in E. Bernat (éd.), Lebensbeginn durch Menschenhand, Graz 1985, p. 109 et ss., 113.

(88) Cf. A. Seriaux, Droit naturel et procréation artificielle, in. *D.S.* 1985, Chr. X, p. 53 et ss., 53 ; R.J. Levine, Ethische Regeln für Humanexperimente, in A. Eser, K.F. Schumann (éd.), Forschung im Konflikt mit Recht und Ethik, Stuttgart 1976, p. 379 et ss. ; A. Elsasser, Extrakorporale Befruchtung und Experimente mit menschlichen Embryonen, in Reiter/Theile (éd.), *op. cit.* (*supra* note 2), p. 171 et ss., 181 et s. Pour les notions d'"homme" et de "vie" cf. *supra* II 2 b.

(89) Une condition pour une telle intervention est d'ailleurs la présomption que l'embryon ne peut pas sentir de douleur.

(90) Thevenot, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 107. - Si l'on applique la formule du principe de la "fairness" (J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt/M. 1975) cela conduit au même résultat. L'individu, l'embryon supporte seul des désavantages tandis que la recherche et l'utilité publique bénéficient seules des avantages. Cela correspond aussi au système de pénalisation de l'IVG allemand. Si l'on entreprend des mesures raccourcissant la vie des embryons non capables de vivre, mais possédant tous les signes de la vie, cela est puni à la fois comme un essai d'IVG et comme un homicide (Eser, *op. cit.* (*supra* note 52), § 218, note 9). Pour la possibilité d'utiliser des gamètes et des embryons pour la recherche au contraire les recommandations du European Medical Research Council (EMRC), auquel appartient aussi la DFG, l'association allemande de recherche.

(91) De même les règlements votés par le Deutsche Artztetag 1985 (congrès des représentants de tous les médecins allemands) (Deutsches Arzteblatt 1985, S. 1691) et l'avis du Comité consultatif français (précité note 78). Par contre les recommandations du Comité Warnock anglais prévoient l'utilisation à des fins scientifiques d'embryons au cours de deux semaines après la procréation ; cf. Department of Health & Social Security, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, London 1984, p. 58 et s.

(92) Gros, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 93. Pour la question d'une protection de vie différenciée et la possibilité de justification des expériences avec des embryons pour certaines fins, par exemple comme des nécessités (§ 34 du code pénal allemand) cf. Eser, Keller, contributions à la discussion, in Gentechnologie und Recht, congrès organisé par le ministère de la justice de Bade-Wurtemberg les 22-23 novembre 1984 à Triberg, Heilbronn 1984, p. 117 et 140.

(93) Jaensch, contribution à la discussion, in Gentechnologie, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 135 et s. Pour le droit des États-Unis cf. T.O. McGarity, S.A. Shapiro, Public Regulation of Recombinant DNA Gene Therapy, in. The Journal of Legal Medicine, vol. 3 (1985), p. 185-210.

(94) Pourtant cette forme de thérapie renforce une tendance de la médecine moderne de mettre à part les origines psycho-sociales éventuelles de la genèse d'une maladie à la fois dans la prévention et la thérapie, donc de comprendre une maladie d'abord comme un défaut technique de certaines fonctions du corps. Mais il s'agit ici d'un problème qui pourrait être (ou devenir) caractéristique moins pour la technologie génétique que pour la médecine moderne en général.

(95) Cf. Jaensch, contribution à la discussion, in Gentechnologie, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 135 et ss.

(96) Bien sûr, la définition est trop large : la notion de "santé" de l'Organisation Mondiale de la Santé ne peut pas servir pour la délimitation d'eugénisme "positif" et "négatif" ("La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité", préambule de la constitution de l'OMS). Contre la possibilité d'une telle délimitation Labrusse-Riou, **op. cit.** (*supra* note 21), p. 449.

(97) Mais bien sûr, comme il sera montré tout-de-suite, à présent dans la situation **concrète**, car l'intervention n'est pas contrôlable.

Cf. d'ailleurs Labrusse-Riou, **ibid.** ; Robert, **op. cit.** (*supra* note 54), p. 1286.

(98) Jaensch, contribution à la discussion, in Gentechnologie, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 138.

(99) Sauf dans les cas d'une diagnose de trisomie 21 après une insémination artificielle où on essaie de séparer le chromosome en surplus encore au stade de huit cellules.

(100) Cf. J. Rivero, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 89 ; Labrusse-Riou, **op. cit.** (*supra* note 21), p. 436 et ss. ; **id.**, **op. cit.** (*supra* note 86), p. 128 ; Robert, texte synthétique in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 99 et ss. ; Rubellin-Devichi, **op. cit.** (*supra* note 87), p. 154. Pour les détails de la question d'une obligation de l'Etat de légiférer cf. R. Walecki, Normsetzungspflicht des Gesetzgebers und ihre Erzwingbarkeit, thèse en droit, Würzburg 1972, p. 33 ff ; H. Müller-Dietz, Verfassungsrechtliche Pönalisierungsgebote, in Jung/Müller-Dietz, **op. cit.** (*supra* note 84) ; A. Bleckmann, Staatsrecht II. Allgemeine Grundrechtslehren, 2e éd., Köln et ailleurs 1985, p. 236 et ss. L'opinion française traditionnelle est plus réticente à l'égard d'une interprétation "matérielle" de la Constitution, d'un "ordre de valeurs" établi par celle-ci (cf. pour la R.F.A. *supra* la partie II 2 a avec la note 42). Il est donc beaucoup plus difficile en France qu'en R.F.A. de déduire de la Constitution des obligations de légiférer.

(101) BVerfGE 39, 1 (47).

(102) De même la proposition de lege ferenda de G. Mersson, Fortpflanzungstechnologien und Strafrecht, thèse en droit, Bochum 1984, p. 191.

(103) Au cas d'une loi **pénale** éventuelle il faut prendre en considération le problème de la comparabilité de la peine qui y est prévue avec celle - relativement basse - de l'avortement.

(104) D. von Bülow, Forschungsfreiheit und Gefahrenschutz, in W. Böhme, Biologische Tabus ? Herrenalber Texte 22, Karlsruhe 1980, p. 69 et ss. (70) ; Eser, Recht und Humangenetik, in Koslowski **et al.**, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 49 et ss., p. 62, 69 ; recommandation de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 934, point 43, imprimé du Bundestag 9/1373, p. 11 et s. ; pour la France cf. Regoud, **op. cit.** (*supra* note 51), p. 442 et ss.

(105) Cela peut dire aussi que seule la réalisation de la manipulation contraire à la dignité humaine représenterait le danger concret. Cela donnerait aux premiers laboratoires la possibilité d'agir.

(106) Cf. Eser, Humangenetik, in Reiter/Theile (éd.), **op. cit.** (*supra* note 2), p. 130 et ss., 133, 144 et s.

(107) Dans le monde occidental de tels organes - "d'Eros à Thanatos, du sperme gelé à l'euthanasie" - existent depuis presque une décennie. Ils doivent examiner des expériences avec l'homme quant à leur admissibilité du point de vue juridique et éthique. Face aux nouvelles possibilités dans le domaine de la recherche et de la technique génétiques il y a des arguments forts en faveur d'une extension des fonctions de tels comités d'éthique. Pour la France cf. Art. 1er D 83, J.O. 1983 p. 630 établissant le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avec le commentaire de Labrusse-Riou, **op. cit.** (*supra* note 21), p. 461 et ss.

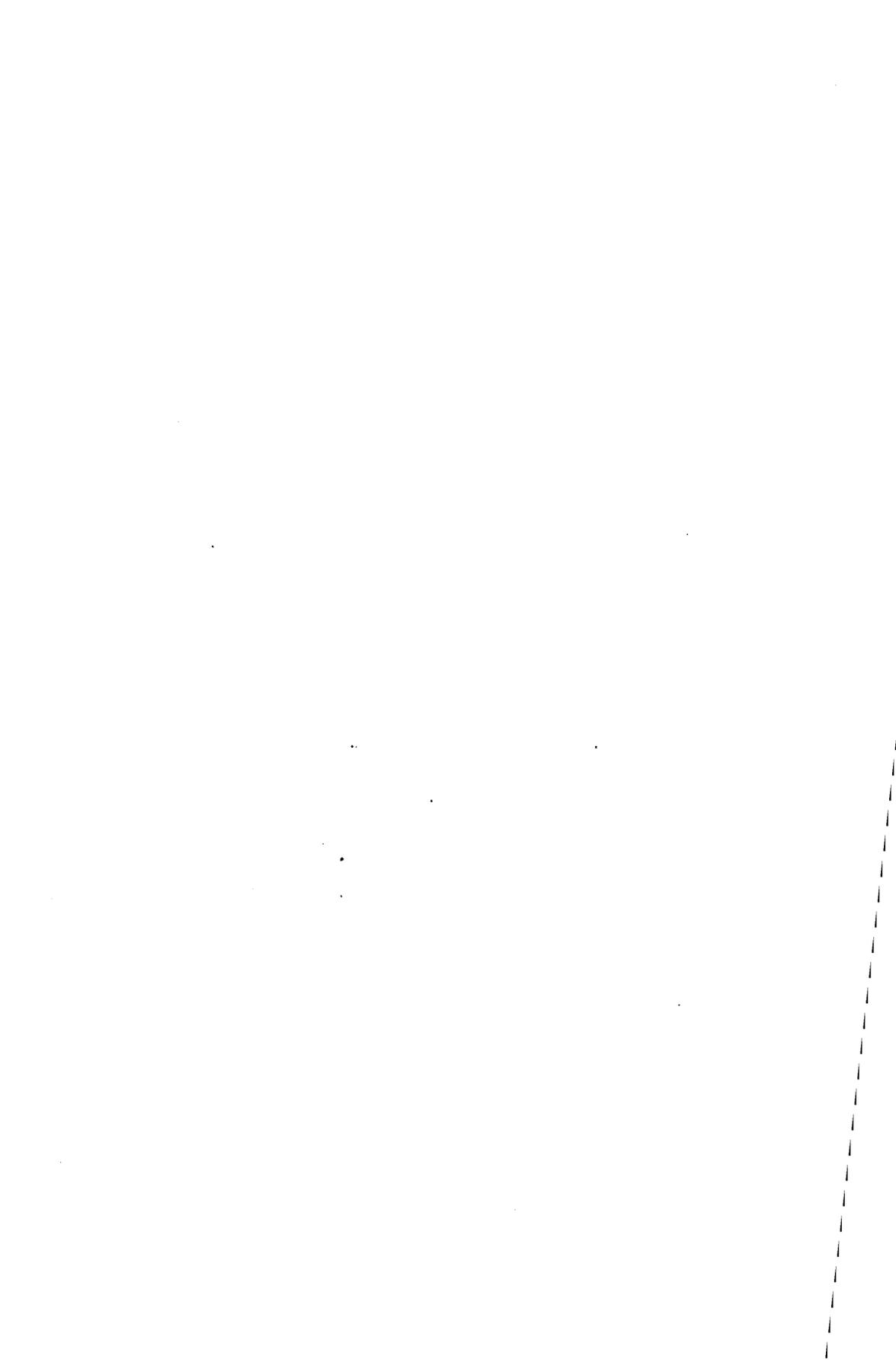
(108) Gros, texte synthétique, in. Génétique, procréation et droit, **op. cit.** (*supra* note 2), p. 93 ; Jonas, Das Prinzip Verantwortung, **op. cit.** (*supra* note 38), p. 36 ; cf. aussi Eibach, Grenzen und Ziele, in Klingmüller (éd.), **op. cit.** (*supra* note 2), p. 117 et ss., 123.

(109) Podlech, Wertungen und Werte im Recht, **op. cit.** (*supra* note 23).

(110) K.R. Popper, K. Lorenz, Die Zukunft ist offen, München 1985.

R.R.J. 1986
Pages 107 à 292

ETUDES



LA DOCTRINE, LA RAISON, L'EQUITE

Par René DAVID

INSUFFISANCE DES SOURCES PRECEDENTES

La loi conçue au sens large, la coutume, la jurisprudence sont apparemment, dans les sociétés contemporaines, les sources principales, sinon exclusives, du droit. Dominées par des principes supérieurs, qui le plus souvent sont actuellement proclamés dans des Constitutions, loi, coutume et jurisprudence paraissent constituer un système complet de règles, en application desquelles il est possible de donner sa solution à toute question de droit.

Il n'en a pas été toujours ainsi cependant, et aujourd'hui encore la chose ne peut être faite qu'en recourant à certains artifices de la technique. Le Coran peut bien avoir tout prévu ; il est la seule loi dans l'Islam, mais cette unique loi de base ne donne la solution de toutes difficultés qu'à travers une oeuvre d'interprétation qui n'y trouve souvent qu'un faible appui. Il faut une certaine déformation de l'esprit pour penser que le législateur ait pu, dans nos sociétés, envisager dans leur complexité tous les problèmes qui vont se poser, et dont beaucoup étaient inimaginables au moment où il a pu formuler des règles. On peut bien concevoir que le juge invoque, en toutes circonstances, des lois, des coutumes ou des précédents judiciaires pour justifier ses décisions. Mais l'appui qu'il prétend prendre sur loi, coutume, ou jurisprudence ne trompe que les fidèles d'une idéologie obstinée. En vérité le juge, en de nombreux cas, aura été chercher ailleurs que dans les documents qu'il invoque le principe de sa décision. Derrière la pseudo-interprétation qu'il a faite de ces documents, cherchons à voir sur quel fondement repose cette décision.

La nécessité qu'il existe, ouvertement reconnu ou à l'occasion dissimulé, un tel fondement est patente. Il est évident que la législation, coutumes ou jurisprudence ne peuvent avoir prévu, dans leur diversité, toutes les questions qui se posent dans la société. le droit pour-

tant, selon la conception qui prévaut de nos jours, doit donner une réponse à toutes ces questions ; l'ordre juridique ne doit pas comporter de lacunes. Le juge, saisi d'une controverse juridique, doit toujours donner à celle-ci sa solution, et il doit le faire selon le droit ; il ne peut s'abstenir de résoudre un litige en faisant valoir que le droit n'a pas prévu en l'occurrence de solution.

Avant de voir comment va être résolu le problème des lacunes du droit - c'est-à-dire des lacunes que laissent subsister les sources du droit jusqu'ici envisagées - deux précisions sont nécessaires. Il faut noter que le juge, en premier lieu, peut refuser de statuer si la contestation qui est portée devant lui ne présente pas le caractère d'une contestation **juridique** ; il faut noter aussi qu'il peut, en second lieu, refuser de statuer en alléguant que la contestation à lui soumise n'est pas de sa compétence.

CONTESTATIONS NON SAISIES PAR LE DROIT

Ces deux règles, qui sont admises en tous pays, restreignent considérablement la portée du problème que constituent les "*lacunes du droit*". On peut bien déclarer que le droit constitue un système complet, mais une telle affirmation n'a pas beaucoup de sens tant que l'on n'a pas précisé quel est le domaine assigné ici et là au droit. Or il est bien certain que le droit n'a jamais étendu son empire à toutes les variétés de relations sociales, et il n'est pas moins certain que le domaine du droit varie aujourd'hui encore selon les civilisations et selon les Etats. L'emprise du droit sur la vie scolaire, assez faible dans les sociétés primitives, s'est considérablement accrue dans les sociétés évoluées ; les développements qui se sont produits récemment en ce qui concerne les rapports de famille, le droit du travail, le droit administratif et le droit économique sont nets à cet égard. Certains types de rapports demeurent cependant en dehors du droit parce que, selon l'opinion reçue, ils relèvent d'un autre ordre de règles (religion, morale, convenances) ou parce que l'on considère qu'ils ne peuvent pas faire l'objet de règles préétablies ou qu'il doivent échapper à tout contrôle ; on reconnaît ici l'idée de la "*prérogative royale*" en Angleterre, celle des "*actes de gouvernement*" en France. Les frontières du droit sont également rendues imprécises par une autre circonstance ; on se demande dans quelle

mesure il est possible pour les particuliers de s'entendre pour que leurs rapports ne soient pas régis par le droit (1) ; on aperçoit ici l'idée anglaise de **gentlemen's agreement**, et celle de l'arbitrage selon l'équité ou d'**amiable composition**, admise en de nombreux pays.

Le juge ne peut pas refuser de statuer "*en raison du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi*" (2), mais il peut et doit refuser de trancher une contestation si celle-ci n'est pas une contestation "*juridique*". C'est là le véritable sens de la formule **non liquet**, dont on dit à tort, en en déformant la signification, qu'elle est rejetée dans les systèmes de droit contemporains. A vrai dire le juge décline seulement en pareil cas sa compétence ; ceci nous amène à parler de la seconde précision qu'appelle le principe de plénitude de l'ordre juridique.

REGLES DE COMPETENCE JUDICIAIRE

Pour que ce principe ait un sens, ou du moins pour qu'il comporte une garantie d'efficacité, il faut que, dans le pays considéré, il existe une juridiction ayant compétence pour statuer sur toutes espèces de controverses juridiques (3). Dans notre manière de voir actuelle, qui exalte le rôle du droit en parlant de **rule of law**, de **Rechtsstaat**, ou de **principe de légalité socialiste**, il nous paraît aller de soi qu'une telle juridiction doive exister. Il s'agit là pourtant d'une conception moderne, et l'évolution qui l'a consacrée n'a pas toujours été menée à son terme. En Angleterre, les Cours de common law n'ont eu pendant des siècles qu'une compétence restreinte, dans le cadre des **forms of action** par lesquelles on pouvait les saisir ; par des artifices divers elles ont graduellement étendu leur compétence, mais il a fallu attendre la grande réforme de l'organisation judiciaire réalisée par les Judicature Acts en 1873-1875 pour qu'elles acquièrent une compétence de principe universelle. En France, où il existe un double ordre de juridictions (ordre judiciaire et ordre administratif) le danger a été perçu que dans certains cas - exceptionnels il est vrai - un plaideur puisse ne pas trouver de juridiction se reconnaissant compétente pour juger son affaire ; un organe juridictionnel de coordination a été institué en 1872, le **Tribunal des Conflits**, qui a entre autres tâches celle de trancher un éventuel conflit négatif de compétences (4). Dans les pays socialistes, la juri-

diction des tribunaux ne s'étend que dans les cas spécifiquement prévus par la loi aux controverses relevant du droit administratif ; il n'y a pas de "juges" habilités à statuer de façon générale sur ces controverses, la garantie du principe de légalité socialiste étant en ces matières remise à la décision des autorités administratives elles-mêmes, sur l'initiative souvent de la Prokouratura (5).

LACUNES DE L'ORDRE JURIDIQUE

Nous voyons maintenant quelle est la portée véritable, restreinte, que comporte le principe de plénitude de l'ordre juridique. Le juge ne peut refuser de statuer en alléguant l'absence d'une norme juridique applicable à la contestation qui lui est déférée ; mais il peut le faire en prononçant qu'il ne s'agit pas là d'une contestation juridique ou en déclarant qu'il n'est pas compétent pour en connaître. Dans ces deux cas il peut employer la formule "*non liquet*" : il n'existe pas une contestation dont il ait qualité pour connaître.

Si la contestation est une contestation d'ordre juridique, et si les règles relatives à l'organisation judiciaire reconnaissent d'autre part compétence au juge pour en connaître, le juge est dans l'obligation de statuer ; il doit découvrir dans le système de droit applicable un principe de solution permettant de résoudre l'affaire à lui portée.

La loi, la coutume, la jurisprudence lui diront plus souvent comment il doit statuer. Mais que doit-il faire si ces différentes sources sont en défaut ? Une attitude différente peut être attendue concernant cette question chez les juristes, dans les pays de "*droit écrit*" et dans les pays de common law, en rapport avec le développement différent donné à la législation et en rapport aussi avec la conception plus ou moins large que l'on a ici et là de la règle de droit.

PAYS DE DROIT ECRIT : SOLUTION TRADITIONNELLE

Dans les pays de la famille romano-germanique, la science juridique a pris pour base de son étude, dans les Universités, un corps de droit très compréhensif, le **Corpus juris civilis**, produit d'une évolution de plusieurs siècles, où il pouvait paraître que tout eût été

prévu. La doctrine pouvait, dans les compilations du droit romain, trouver une réponse à toutes les questions, grâce s'il le fallait à quelques formules générales que ces compilations comportaient. L'on était au surplus, en quelque sorte, obligé d'adopter cette manière de voir, car nulle autre source du droit n'était reconnue ; aucun législateur en particulier ne pouvait intervenir pour dire et modifier le droit. Il appartenait à la doctrine, de ce fait, de rationaliser les règles des lois romaines, mais elle devait le faire en prétendant interpréter ces lois, qui étaient les seuls matériaux à sa disposition. L'on a été ainsi, selon la formule de Jhering, "*par le droit romain, au-delà du droit romain*". L'existence de lacunes dans le système des lois romaines n'a jamais été ouvertement reconnue, et les matières même, telles que le droit commercial, qui se sont développées en dehors de la tradition romaine, ont été réglées sur la base prétendue du droit romain, en considérant le rôle que celui-ci reconnaissait à la coutume.

Cette tradition s'est maintenue de nos jours. Des codes ont remplacé les lois romaines ; la conception que l'on a du droit et de ses sources n'a pas été pour autant modifiée. Le système établi par le législateur est regardé comme étant un système complet, fermé : il n'y a pas d'autre source du droit que la loi, si ce n'est peut-être, jouant un rôle effacé, la coutume ou les usages. Il est inutile de chercher une autre source, car la loi a tout prévu ; coutume et usages même n'ont d'autorité que dans la mesure où la loi veut bien les admettre (6).

Si la solution que le législateur a donnée n'est pas parfaitement claire, il existe des méthodes pour la clarifier. Ces méthodes, pourtant, visent toujours à donner effet à la loi ; on ne veut pas admettre que l'interprétation de la loi comporte des limites et qu'il puisse devenir nécessaire, ces limites étant atteintes, d'avoir recours à une autre source. Le rôle que va jouer le juge dans la découverte des solutions applicables n'est pas pour autant restreint ; mais on feint de croire qu'il s'agit toujours de donner son plein effet à la loi, non de suppléer aux insuffisances de celle-ci.

SUGGESTIONS D'UNE AUTRE METHODE

Il n'a pas manqué d'auteurs pour dénoncer cette analyse, dont la hardiesse de la jurisprudence, en France

et en Allemagne notamment, ne permettait pas de dissimuler le caractère artificiel. Les tentatives faites pour que l'on voie les choses avec plus de réalisme ont pourtant été vaines. La "*libre recherche scientifique*", préconisée en France par François Geny et la théorie du "*freues Recht*" élaborée en Allemagne par Ehrlich et par Gnaeus Mlavius Kantorowicz n'ont eu pratiquement aucun écho dans la jurisprudence, qui a préféré dans les deux pays s'appuyer sur des textes anodins (art. 1384, al. 1, C.civ.) ou des formules générales (BGB, § 242) plutôt que de reconnaître l'existence de lacunes dans la loi. Le législateur, dans sa sagesse et sa prescience, a tout prévu.

En Suisse, le code civil rédigé par E. Huber a franchement reconnu qu'il pouvait comporter des lacunes. L'art. 1 de ce code prescrit en ce cas au juge de statuer selon les règles qu'il édicterait s'il avait à faire acte de législateur. Cette formule a recueilli, dans tous les pays, l'approbation de la doctrine, mais les juges suisses, en définitive, se sont rarement prévalus de cette possibilité qui leur était donnée de s'affirmer en législateurs (7). Un auteur suisse nous le dit : "*such a function is a burden, not a joy for them*" (8). Ils préfèrent arriver à une solution par une interprétation forcée des textes, comme font leurs collègues des autres pays du continent européen, et ils se sont abstenus de toute référence à l'art. 1 (8) dans le cas le plus net où ils auraient pu à juste titre l'invoquer : pour régler les conflits de lois internationaux à propos desquels il n'existe aucune loi fédérale.

RECOURS AUX PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

L'idée persiste dans les pays de la famille romano-germanique que le législateur a tout réglé. On se refuse à admettre que le système par lui établi comporte des lacunes : toute question peut être réglée en se référant à la loi. Le postulat ainsi posé comporte néanmoins certaines restrictions, et il n'est pas sûr qu'il continue indéfiniment à être admis.

L'on conçoit à la rigueur qu'il soit admis dans les domaines du droit que la codification a couverts. Il correspond ici, sans doute, à l'idée maîtresse qui a dominé la codification : le législateur a entendu, en faisant

des codes, régler de façon exhaustive certaines matières. En dehors des solutions particulières qu'il a prévues, il a formulé certains principes généraux en recourant auxquels il est possible de se tirer toujours d'affaire en invoquant la loi.

Il est beaucoup plus difficile de le faire dans les matières où il n'existe pas de codes, et tout spécialement dans le domaine du droit public. Les tribunaux administratifs vont bien statuer, la plupart du temps, en appliquant les dispositions des lois ou règlements multiples qui s'imposent à eux. Ils ne trouvent pourtant dans ces lois et règlements, de façon générale, que des solutions particulières. Le législateur s'est abstenu jusqu'ici de fixer les principes de base du droit administratif, qui ne repose pas sur une tradition aussi antique que le droit privé. Il a appartenu dès lors aux tribunaux administratifs eux-mêmes, dans tous les pays où était reconnue l'autonomie du droit administratif, de dégager les principes de base qui inspireraient leurs décisions.

Dans les matières mêmes du droit privé qui sont couvertes par les codes, le dogme de la plénitude de l'ordre législatif repose bien évidemment sur une fiction, et certains développements peuvent donner à penser qu'il est ébranlé. Nous mentionnerons seulement, à ce sujet, la résurgence, à notre époque, de l'idée de droit naturel. Nous avons fait une place spéciale, dans notre exposé, à l'idée de **higher law**, parce que l'on ne peut pas considérer les principes se rattachant à cette idée comme des dispositions visant à compléter ou rectifier l'ordre juridique. Les principes regardés ici et là comme constitutifs d'une **higher law** dominant l'ordre juridique, ils n'ont pas la fonction secondaire de le compléter. Il convient néanmoins de souligner ici l'importance de ces principes : en revenant à eux, les juristes en effet manifestent qu'ils ne tiennent plus pour incontestable le dogme de plénitude de l'ordre législatif ; on peut attendre d'eux qu'ils complètent et réforment le droit en allant chercher leur inspiration ailleurs que dans la loi.

ALLEMAGNE FEDERALE

L'Allemagne fédérale est peut-être le pays où la tendance à voir dans le droit autre chose que la loi est la plus marquée de nos jours. Le Bundesgerichtshof

n'a pas hésité à le reconnaître : la notion de droit est plus large que celle de la loi. L'art. 97 de la loi fondamentale peut bien dire simplement que les juges sont soumis à la loi (**Gesetz**) ; cet article ne doit pas être interprété en ce sens que la loi serait la source unique du droit : dans la loi fondamentale même, un autre article, l'art. 20, al. 3, déclare au surplus que la jurisprudence est liée "*aux lois et au droit*" (**an Gesetz und Recht**) (9). La jurisprudence doit participer au développement du droit en recherchant, en dehors des prescriptions législatives, ce que le droit, c'est-à-dire la justice, demande. L'intervention des tribunaux à cet égard n'est pas justifiée seulement dans le cas où la loi comporte une lacune ; elle l'est également dans le cas où la loi, interprétée à la lettre, aboutirait à une solution inadmissible, étant donné que, en pareil cas, appliquer la loi serait "*aller au rebours du but par elle visé*" (10). Une doctrine unanime approuve cette manière de voir. Seules demeurent discutées les limites de ce pouvoir donné aux juges. Une formule est difficile à trouver ; il demeure seulement clair que les juges ne doivent exercer leur pouvoir créateur de droit "*qu'avec prudence, en employant une méthode précautionneuse, en conformité avec le sentiment du droit généralement entretenu et avec les principes reconnus - de la loi ou supérieurs à la loi - de l'ordre juridique considéré dans sa totalité*" (11).

L'attitude des Cours et juristes de l'Allemagne fédérale a certainement été déterminée par les circonstances historiques. L'on a voulu, après 1945, répudier les vues doctrinales qui consacraient l'asservissement des juristes, en tant que tels, à des lois barbares. Ce n'est pas seulement en tant que citoyens, mais aussi en tant que juristes, qu'ils doivent refuser leur adhésion à de telles lois. Indépendamment de là, la tendance qui a triomphé en Allemagne fédérale a très probablement été encouragée par les progrès du droit comparé, qui ont permis de constater, en différents Etats démocratiques, la prévalence d'une conception autre que celle de la plénitude de l'ordre législatif.

PAYS DE COMMON LAW : UN SYSTEME INCOMPLET

Une manière de voir toute autre que celle des pays de la famille romano-germanique est entretenue en Angleterre et dans les autres pays de common law. L'autorité,

même morale, du **Corpus juris civilis** n'a jamais été reconnue dans ces pays, et nulle codification n'y a été entreprise en vue de présenter un système complet de droit. Le fond du droit est constitué par des décisions de justice, dont le rôle premier est de résoudre des litiges particuliers. Il peut bien arriver que, à l'occasion de ces litiges, les juges posent des règles de portée générale ; l'autorité de précédent ne s'attache cependant à ces règles que dans la mesure où il était nécessaire de les poser pour résoudre la contestation soulevée en l'espèce. Dans toute la mesure où les juges se sont élevés au-dessus des circonstances de fait de ce litige, leurs affirmations ne constituent pas des **obiter dicta**, et elles ont seulement, à l'occasion, une force de persuasion, toujours sujette à contestation. Il est toujours possible, en d'autres termes, de faire une distinction, et l'on sait comment, de distinction en distinction, on peut arriver parfois à ruiner de façon à peu près totale l'autorité de la décision qui, à une autre époque, pouvait paraître avoir posé un principe de portée générale.

La common law constitue, du fait de sa nature casuistique, un système qui demande toujours à être complété par l'adjonction de règles nouvelles. La théorie qui, en d'autres pays, prétend trouver la solution de toutes questions en considérant la loi, ne peut être transposée à des pays où le droit doit être cherché avant tout dans des décisions judiciaires liées aux éléments concrets d'un litige. Le mot même, et la notion, d'**interprétation** ne sont pas ici à leur place (12). Lorsque le juge, dans un pays de common law, opère une distinction, il n'interprète pas, pour l'appliquer, une règle pré-existante. Il ne fait pas oeuvre d'interprétation, il comble une lacune, qui jusque là existait dans l'ordre juridique, en précisant quelle est la règle, nouvellement affirmée, qui va combler cette lacune. Le caractère casuistique que revêt la common law s'oppose à ce que les règles juridiques dégagées constituent un système sans fissure, couvrant toutes les hypothèses qui pourront se produire dans la vie. Comme on veut néanmoins que l'ordre juridique soit complet et que les juges statuent en toutes circonstances, il est nécessaire de s'en remettre aux Cours pour découvrir, sinon créer, des règles nouvelles pour combler les lacunes dont quotidiennement on reconnaît l'existence. La vie même du système en dépend ; le développement de la common law s'opère en recon-

naissant, et en comblant, les lacunes d'un ordre juridique dont décisions judiciaires, lois et règlements sont impuissants à assurer la plénitude. Comment ces lacunes seront comblées est la question que nous devons maintenant examiner (13).

SOLUTIONS POSSIBLES EN CAS DE LACUNE

Deux possibilités sont ouvertes pour combler les lacunes que peut présenter l'ordre juridique. La première est d'avoir recours, à côté de la loi, coutume ou jurisprudence, à quelque autre source de droit, génératrice de règles juridiques. La seconde est d'autoriser le juge à trancher la controverse qui lui est soumise au vu des circonstances de l'espèce, sans que soit posée aucune règle. Envisageons successivement ces deux méthodes, en considérant, dans le cadre de la première, la doctrine et la raison, et en parlant, lorsqu'il s'agit de la seconde, de l'équité. Nous laissons ici de côté un autre procédé, qui consiste à prévoir un référé au législateur. Nous n'avons pas à nous occuper ici de ce procédé car on revient par lui à une source du droit que nous avons déjà envisagée, à savoir la loi. Notons seulement que ce procédé a parfois été employé : en France notamment, il a servi jusqu'à 1837 à résoudre les conflits qui pouvaient opposer les Cours à propos de l'interprétation des lois.

- A. La doctrine.
- B. La raison .
- C. L'équité.

A. LA DOCTRINE

Le rôle de la doctrine peut être conçu de façons diverses. Il peut se faire en premier lieu que le juge doive obligatoirement, lorsqu'il se trouve en difficulté, suivre l'opinion d'un ou plusieurs jurisconsultes, spécialement qualifiés. Il peut se faire d'autre part que la doctrine ait seulement une valeur de persuasion.

Le premier système qui a été pratiqué au temps de l'Empire romain, où une loi célèbre, la **loi des citations**, promulguée par l'empereur Valentinien III en l'an 426, a prescrit de suivre les opinions émises par certains jurisconsultes (Gaius, Papinien, Paul, Modestin et Ulpian) en établissant des règles à suivre au cas où ces jurisconsultes seraient en désaccord sur la question à résoudre (14).

Le principe de la loi des citations a été fréquemment accueilli ; dans des sociétés où les écrits étaient rares, la tentation a été grande de reconnaître que les oeuvres de certains juristes constituaient un exposé indiscutable du droit lorsque ces écrits émanaient de personnages révéés. En Angleterre ainsi, il a été admis que certains ouvrages feraient autorité et que leurs auteurs devaient être considérés comme ayant exposé de façon correcte ce que l'on allait appeler, à la suite de Coke, la coutume générale immémoriale du Royaume. Ces "*books of authority*" sont ceux de Glanvill et de Bracton aux XIIe et XIIIe siècles, de Littleton et de Coke aux XVIe et XVIIe, les Commentaires de Blackstone au XVIIIe siècle. La multiplication des précédents et l'affermissement de leur autorité, l'intervention fréquente aussi de la législation ont à notre époque substitué des règles nouvelles à celles qu'énonçaient ces ouvrages ; les auteurs anglais cependant continuent avec respect à y voir des **books of authority**, qui pourraient à l'occasion être invoqués devant les Cours.

La même autorité a été reconnue en Ecosse à ceux que l'on appelle les **institutional writers** : Stair au premier rang, de qui les Institutes ont été publiées en 1681, et après lui Erskine au XVIIIe siècle et Bell au XIXe (15).

Il est permis de citer comme créant une situation analogue la disposition qui, dans la République de Liberia, a déclaré applicable en tant que droit "*modern*" au Liberia, "*la comon law et les usages des Cours de l'Angleterre et des Etats-Unis d'Amérique, tels qu'on les trouve exposés chez Blackstone, chez Kent, et dans les autres ouvrages faisant autorité*".

Continent européen

Sur le continent européen, certaines oeuvres juridiques ont joui d'un prestige considérable, et les juges y ont souvent eu recours en fait pour découvrir les règles de la coutume et du droit. Jamais pourtant ils ne se sont sentis strictement liés par les opinions qu'avaient professées leurs auteurs. Il est arrivé cependant que l'autorité de différents auteurs soit confirmée par leur inclusion dans une compilation législative : le Décret de Gratien a été ainsi incorporé au **Corpus juris canonici**, dont il constitue la première partie. La loi des

citations est également demeurée en vigueur dans les pays qui ont "reçu" le droit romain, à travers l'oeuvre des glossateurs et postglossateurs. En Italie, en Castille et au Portugal, le système par elle préconisé a été modernisé, autorité étant reconnue à la **communis opinio doctorum**, c'est-à-dire aux oeuvres des glossateurs et postglossateurs, au premier rang desquels il faut citer Accursius, Azo, Bartolus et Baldus.

Il est arrivé d'autre part, dans le cas de certaines oeuvres, que l'on ne sache plus bien si elles étaient de simples compilations privées ou si elles avaient vu leur autorité acceptée ou confirmée par les souverains du pays. Tel a été le cas de nombreux coutumiers en France avant la rédaction officielle des coutumes, ou en Allemagne avec le Miroir de Saxe et d'autres compilations. A une époque où tout écrit faisait foi, on ne s'est guère préoccupé de savoir si tel ou tel écrit avait été approuvé dans la forme théoriquement requise pour en faire une loi : l'autorité des **Siete Partidas**, en Espagne, a été fondée sur la valeur qui leur était reconnue par les juges, avant qu'elles ne reçoivent officiellement force de loi en 1348 par l'Ordonnance d'Alcalà, trois quarts de siècle après leur compilation (1265).

Dans les Balkans, une véritable autorité de loi sera de même reconnue, en dehors de toute sanction législative, à l'**Hexabiblos** de Harmenopoulos, recueil compilé par un juge à Salonique en 1345 ; on s'accordera à y voir un exposé autorisé du droit byzantin jusqu'au moment où, des Etats nationaux s'étant constitués, des codes viendront le supplanter à une époque récente (16). En Hongrie, le **Tripartitum** de Verboczy, rédigé en 15 sera pendant longtemps regardé comme un exposé autorisé du droit et appliqué en tant que tel ; une situation analogue s'établira à notre siècle, pendant plusieurs décennies, avec un projet de code civil, établi par Klein, qui en fait ne sera jamais promulgué (17). Il en sera de même au Brésil où l'**Esboço** et la **Consolidação das leis civis**, rédigés par Augusto Teixeira de Freitas au milieu du XIXe siècle, jouiront en fait d'une autorité indiscutée jusqu'à la promulgation en 1916 d'un code civil.

Droit musulman

La doctrine jouit d'une autorité considérable encore dans le droit musulman. Ce droit, comme nous l'avons vu, ne reconnaît aucun pouvoir législatif à quelque auto-

rité que ce soit et il ne voit non plus une source de droit ni dans la coutume ni dans la jurisprudence. En conformité du Coran et de la Sounna, qui en sont les sources scripturaires, les règles du droit musulman doivent, pour la plupart, être cherchées dans l'**idjma'**, c'est-à-dire dans les opinions reçues par l'unanimité des croyants, représentés par les juristes de l'Islam (**fouqahâ**). "*Les savants sont les héritiers des prophètes*", dit un h'adith : l'entente des jurisconsultes de l'Islam pour reconnaître une règle de droit fait entrer celle-ci dans le système du droit musulman. En théorie il ne s'agit là, à vrai dire, que d'une interprétation des principes posés par le Coran ou dérivant de la Sounna ; en fait, le droit musulman repose essentiellement sur une doctrine, qui s'est développée après l'avènement des Abbassides (750 de l'ère chrétienne) et s'est trouvée fixée de façon invariable et définitive au Xe siècle de l'ère chrétienne (18).

Rôle d'information de la doctrine

La doctrine a cessé d'être de façon directe, dans les droits modernes, une source du droit, en ce sens que l'on n'est plus obligé de donner effet à ce qu'elle enseigne. Elle n'en conserve pas moins un rôle éminent et l'on ne peut se dispenser d'en parler dans une étude relative aux sources du droit. Ce rôle se manifeste d'une double façon : la doctrine remplit d'une part une fonction d'information sur le droit, et elle peut avoir une grande force de persuasion pour orienter la jurisprudence dans son oeuvre d'interprétation et de développement du droit.

Il n'est pas besoin d'insister sur le rôle que joue la doctrine en ce qui concerne l'information sur le droit. Dans les sociétés de nos jours en particulier, le droit a pris un caractère très complexe ; il faut, pour s'en informer, prendre en considération une masse de lois, de règlements, de décisions judiciaires. L'on ne pourrait y parvenir si la doctrine ne venait pas ordonner, expliquer, systématiser tous ces matériaux. L'on ne peut se passer de la doctrine, qui contribue à la formation des juristes, devenus nécessaires dans notre monde, et qui permet aux praticiens et aux juges de s'y reconnaître dans une réglementation pléthorique et touffue.

Rôle de persuasion de la doctrine

En dehors de ce rôle de clarification et d'information, qui lui appartient en tous pays, la doctrine peut, par une oeuvre de persuasion, exercer une grande influence sur le législateur d'une part, sur la jurisprudence d'autre part.

Nous laisserons de côté l'influence que la doctrine peut avoir sur le législateur. Cette influence peut être grande. Le mouvement de codification du droit a été dans une très large part déterminé par la doctrine et les codes eux-mêmes n'ont souvent fait que reproduire des formules qui avaient été dégagées par les auteurs. Les droits socialistes de même ont été inspirés par les écrits des auteurs qui ont élaboré et développé le marxisme-léninisme. L'action de certains auteurs est nettement reconnaissable, et elle est ouvertement reconnue, dans certaines réformes législatives.

Les écrits des juristes, constitutifs de la doctrine, ne déterminent pas seulement le législateur à intervenir. La science juridique, qui se concrétise dans ces écrits, peut également jouer en dehors de là un grand rôle dans le processus de développement du droit qui se manifeste, souvent sous couleur d'interprétation, dans l'oeuvre de la jurisprudence. La situation a toutefois, à cet égard, varié selon les époques, et elle n'est pas identique aujourd'hui dans les diverses familles de droits.

Famille romano-germanique

C'est dans la famille de droit romano-germanique, apparemment, que la doctrine jouit du plus grand prestige et qu'elle exerce la plus grande influence. La chose ne saurait étonner ; elle a une explication historique. Pendant des siècles, juges et juristes ont été formés dans des Universités qui enseignaient non le droit de la pratique, mais un droit théorique, produit du travail de la doctrine ; l'on attendait des juges qu'ils fissent prévaloir les principes de justice qui leur avaient été ainsi enseignés, et il n'est pas douteux que souvent, lorsque l'occasion leur en a été donnée, ils s'y sont volontiers prêtés. Le professeur de droit a continué dans les pays de la famille romano-germanique à être, au moins dans le monde juridique, un personnage hautement considéré, et l'on n'est pas en peine de citer,

dans les domaines variés du droit, le nom d'auteurs ayant exercé sur le développement du droit une influence de première grandeur. Il en a été ainsi spécialement dans les matières, telles le droit administratif, où l'absence d'un code laissait plus libre la jurisprudence, mais la chose est vraie aussi dans les autres matières. Le développement de la responsabilité du fait des choses en France, celui d'une théorie de l'imprévision (**Wegfall der Geschäftsgrundlage**) en Allemagne, l'acceptation de la théorie de l'abus du droit en nombre de pays peuvent facilement être ramenés à la campagne qu'a menée tel ou tel auteur en faveur des principes qui ont été ainsi consacrés.

Deux observations doivent être ici présentées. La première est que la doctrine n'a pas toujours et partout exercé la même influence. Il y a eu des hauts et des bas, tenant en particulier à la manière différente dont la doctrine a pu elle-même concevoir son rôle. La doctrine a eu une influence marquée lorsqu'elle s'est efforcée d'avoir cette influence, en se dégageant de la simple exégèse du droit positif et en considérant qu'elle avait un rôle à jouer pour que l'on réalise une meilleure justice. Son influence a été par la force des choses beaucoup moindre lorsqu'elle s'est cantonnée dans un dogmatisme isolant le droit de la justice et de la vie. Cette position, qui a été en France celle de l'Ecole de l'exégèse, en Allemagne celle des Pandectistes et plus récemment celle des tenants du "*droit pur*" (**reine Rechtslehre**) peut avoir ses mérites pour la formation des juristes, et l'on peut comprendre qu'elle continue à être en faveur en différents pays, notamment dans les pays latins de la Méditerranée et de l'Amérique. Elle entraîne cependant les juristes, voués à l'agnosticisme culturel (19), dans un ciel des concepts (20) où juges et praticiens ne peuvent les suivre ; elle a pour effet un "*divorce de l'Ecole et du Palais*", privant la doctrine de l'influence bénéfique qu'elle peut, dans d'autres conditions, avoir sur le développement du droit.

Notre deuxième observation est que l'influence de la doctrine peut être plus ou moins apparente selon les pays. Une pratique différente s'est en effet établie touchant la citation des auteurs dans les arrêts de jurisprudence. En certains pays, les décisions judiciaires n'hésitent pas à faire état de ce qu'ont pu écrire les auteurs. En France au contraire la Cour de cassation et le Conseil d'Etat s'abstiennent par principe de le

faire, et en Italie la loi elle-même l'interdit. On sait bien pourtant que différents arrêts de ces juridictions ont été déterminés par les opinions exprimées par la doctrine ; les références à la doctrine sont courantes dans les conclusions du ministère public, aussi bien à la Cour de cassation qu'au Conseil d'Etat.

Pays socialistes

Les choses se présentent différemment dans les pays socialistes, en raison de la prévalence dans ces pays d'une idéologie incontestée. Lorsque l'on parle dans ces pays de la doctrine il faut établir une distinction : il y a d'une part les pères de la doctrine marxiste-léniniste, auxquels sont venus se joindre ceux qui ont assumé depuis 1917 la charge de gouverner le pays, et il y a d'autre part les juristes proprement dit. Les premiers ont une importance de premier plan. Ce qu'ils ont écrit est cité en toute occasion. L'on ne veut pas considérer le droit comme un "*fétiche*", dont les dispositions devraient nécessairement être appliquées de façon littérale comme si elles étaient l'oeuvre d'une puissance surnaturelle. Le rôle des lois, celui du droit, sont de servir une certaine politique, qui à travers l'étape d'un Etat socialiste aboutira finalement à la constitution d'une société communiste. Toute l'activité du législateur est inspirée par cette volonté ; les lois doivent être interprétées dans cette perspective. La doctrine marxiste-léniniste constitue un guide indispensable pour la compréhension des lois ; aussi bien constitue-t-elle une matière de base, enseignée dans toutes les écoles de droit.

A l'opposé des ouvrages qui exposent de façon orthodoxe les principes de la doctrine marxiste-léniniste, et des articles, discours ou proclamations faisant connaître les objectifs que visent dans l'immédiat le parti communiste et les dirigeants, la doctrine purement juridique joue un rôle assez effacé. Il y a eu à cela, à l'origine, plusieurs raisons : absence de juristes de classe dans les années qui ont suivi la Révolution d'octobre, méfiance à l'égard de toute influence étrangère au cercle des dirigeants, caractère récent de la législation. Les juristes au surplus n'ont pas cherché à avoir le même rôle qu'en Allemagne, en France ou en Italie. Pendant plusieurs décennies, il a été plus tentant, sinon plus prudent, de se borner à des considérations de philo-

sophie générales conformes à l'orthodoxie plutôt que de s'aventurer dans le maquis, encore largement inexploré et périlleux, du droit positif. Les choses ont changé aujourd'hui ; des ouvrages plus originaux sont actuellement publiés. Il est possible qu'une évolution se produise et que la doctrine proprement juridique vienne à jouer un plus grand rôle ; le frein constitué par l'adhésion de rigueur à une doctrine officielle empêchera toutefois que cette évolution aboutisse à la situation que l'on observe dans d'autres pays, appartenant à la famille de droits romano-germanique.

Pays de common law

Le rôle de la doctrine est demeuré faible dans les pays de common law. Cette situation s'explique par le fait que le droit anglais s'est présenté traditionnellement comme un droit de praticiens, dominé par le formalisme des procédures. Les juges n'étaient pas formés dans les Universités, et les Ecoles de droit de celles-ci n'enseignaient pas le droit anglais aux juristes, mais plutôt aux futurs cadres politiques de la nation. C'est en 1758 et en 1800 seulement que l'on voit la common law enseignée dans les Universités existantes (Oxford et Cambridge) ; le sujet demeure optionnel et ne devient matière d'examens qu'après 1850 (21).

Lorsqu'un ouvrage de qualité est publié sur la common law, il est accueilli avec ferveur ; l'Angleterre est le pays où certains ouvrages de doctrine ont été sacrés "*books of authority*", les développements des auteurs étant considérés par les juges comme un exposé faisant foi des règles de la common law. Les ouvrages relatifs au droit anglais pourtant sont demeurés rares jusqu'à notre siècle, et ils ont eu en général un caractère éminemment pratique, leurs auteurs ne s'aventurant pas à critiquer les décisions des Cours. De là est résultée la faible influence de la doctrine, un certain dédain même que l'on a pu avoir pour elle ; les juges ne semblent avoir que faire de ce qu'écrivent les professeurs de droit, et jusqu'à une époque toute récente il a été contraire à l'étiquette de citer en justice, à l'appui de sa cause, les opinions émises par des auteurs encore en vie.

La situation change graduellement de nos jours, où juges et juristes reçoivent une formation tant théo-

rique que pratique du droit anglais et où le niveau des oeuvres de doctrine (text-books, monographies, articles de revue) s'est considérablement élevé. La doctrine est aujourd'hui en mesure d'exercer une influence plus grande que par le passé. Elle subit cependant, plus que dans les pays de la famille romano-germanique, la concurrence des juges, qui demeurent les grands personnages du monde juridique. Les jugements rendus dans les Cours supérieures débordent souvent le cadre de l'espèce qu'il y a lieu de résoudre, et le juge y exprime souvent ses opinions sur un problème de plus vaste ampleur. Les **obiter dicta** des juges sont, peut-on dire, le mode d'expression de la doctrine qui joue le plus d'influence dans les pays de common law, même si, à côté d'eux, nombre d'ouvrages ou articles concourent aujourd'hui à faire évoluer le droit, en Angleterre comme aux Etats-Unis et dans les autres pays de common law.

Etats-Unis et Israël

Aux Etats-Unis notamment une grande influence est exercée par la doctrine, ce qui s'explique par l'affaiblissement dans ce pays de la règle qui impose de s'en tenir aux précédents et par le désir de voir la common law interprétée de même façon dans les divers Etats. Les auteurs ont un rôle évident à jouer pour dégager les règles qui sont le plus en harmonie avec l'esprit, et avec les tendances actuelles, de la common law, et on voit discuter leurs doctrines dans des espèces mêmes où ils n'ont invoqué aucun arrêt rendu dans l'Etat dont la juridiction est saisie. Une mention spéciale doit être faite ici du Restatement of the Law, oeuvre doctrinale patronnée par l'American Law Institute ; l'influence exercée par les auteurs de cette compilation apparaît avec évidence lorsque l'on voit les Cours non seulement prendre en considération mais reproduire textuellement dans leur motivation les formules proposées par ces auteurs (22).

L'importance de la doctrine est considérable également dans l'Etat d'Israël. Le professeur Yadin, ayant procédé à un test, a noté que dans 23 des 123 jugements rapportés dans les Reports de l'année 1972, on trouve cités des matériaux autres que textes de lois ou décisions judiciaires (23). Les auteurs cités ne sont pas exclusivement des auteurs israéliens : ce sont également des auteurs anglais, américains, ou français. De fait

le droit comparé sert de plus en plus à découvrir la solution la mieux en harmonie avec les conditions actuelles de la société, spécialement dans les pays où la doctrine n'est pas très développée, mais aussi dans les pays les mieux pourvus à ce sujet.

B. LA RAISON

Justification du mot "raison"

L'on n'est plus préparé, dans les droits modernes, à reconnaître un caractère charismatique à l'oeuvre de certains juristes, si prestigieux soient-ils, ni même à l'opinion commune des juristes. Ceux-ci, dans les pays socialistes, sont soupçonnés de constituer une caste soucieuse des intérêts d'une certaine classe plutôt que de l'intérêt général et de la justice. En dehors des pays socialistes même leur multiplication et leurs divisions nuisent à leur autorité. La doctrine ne peut plus avoir dans ces conditions qu'une influence de persuasion ; il n'y a plus de **books of authority**. La source supplétive du droit n'est plus, cela étant, la doctrine : c'est désormais la raison, telle qu'elle est conçue par le juge.

Le mot "raison" n'est pas employé de façon usuelle à ce propos. Des arguments d'ordre historique, cependant, en cautionnent l'emploi. La common law, à ses origines, s'est vue fondée sur la raison, pour éviter le reproche d'arbitraire, avant que ne soit inventée l'expression **coutume générale immémoriale du Royaume** et avant que les juges ne puissent s'appuyer sur l'autorité des précédents.

En France et dans les autres pays du continent européen qui n'ont pas reçu formellement le droit romain, les dispositions des lois romaines ont exercé une grande influence en de nombreux domaines du fait que l'on y voyait une sorte de "raison écrite" (**ratio scripta**) ; elles étaient suivies **imperio rationis** alors qu'en d'autres pays elles valaient **ratione imperii** (parce que l'on faisait partie de l'antique Empire romain).

Grotius, dans son **Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd**, écrite de 1619 à 1621 pendant son emprisonnement au château de Loevenstein, écrit : " *When no general written law, privilege, by-laws or customs were*

found touching the matter in hand, the judges were from times of old admonished by oath to follow the path of reason according to their knowledge and discretion" (24).

Dans le Royaume de Savoie en 1729, à Naples en 1774, le législateur interdit aux juges de se référer désormais à l'opinion des docteurs pour justifier leurs décisions et leur prescrit de fonder celles-ci, à défaut de loi, sur la raison (25). Au Portugal de même, lorsque l'on a voulu se libérer du droit romain et avant que le droit puisse être codifié, le législateur a invité les juges à prendre leurs décisions conformément à la saine raison (*recta ratio*) : c'est la *lei de boa razão*, promulguée sur l'initiative du marquis de Pombal en 1769.

L'Ecole du droit naturel a entendu avant tout faire prévaloir, avec la codification, des solutions fondées sur une raison, dont les préceptes sont inscrits par la nature même dans le coeur de l'homme. Cambacérès nous le dit : le code civil qui est projeté en France sera un *"code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté"*.

Autres expressions - Droit naturel et équité

En dépit des arguments d'ordre historique qui en recommandent l'emploi, le mot **raison** n'est pas communément employé de nos jours pour désigner la source supplétive qui permettra de découvrir la règle de droit applicable lorsque les sources auxquelles on a d'habitude recours seront déficientes. D'autres termes, dans l'histoire, lui ont été souvent préférés : celui de **droit naturel**, celui d'**équité**. Aujourd'hui on parle plus volontiers des **principes généraux du droit**. Voyons pour quelles raisons il en a été ainsi, et disons les motifs de notre préférence.

L'expression **droit naturel**, qui était en faveur à l'époque des premières codifications (26), se heurte à deux objections. La première est son ambiguïté. L'idée de droit naturel remonte à une haute antiquité, mais au cours des temps on a donné à ces mots des sens très divers ; un auteur allemand en a compté une cinquantaine (27). Au terme de l'évolution il est devenu clair que le droit naturel ne se rapporte pas à une idée d'ordre cosmique, mais qu'il est rattaché à la raison hu-

maine. Il est plus simple de dire les choses comme elles sont et de parler de la raison en laissant de côté la nature. La deuxième objection est que, quelque acception que l'on ait voulu donner à cette expression, elle n'a jamais servi à désigner des règles précises, pouvant servir de façon immédiate à résoudre les litiges. L'idée de droit naturel correspond à ce que nous avons appelé une **higher law**. On peut s'y référer pour désigner les principes supérieurs qui dominent l'ordre juridique ; elle n'est pas faite pour combler, dans le concret, les lacunes que peuvent comporter les règles affirmées par législation ou jurisprudence.

Se référer à l'équité soulève des objections d'un autre ordre. Résoudre un litige selon l'équité signifie, dans l'acception généralement admise de ce terme, le résoudre en fonction des circonstances particulières de l'espèce. Le mot "équité" évoque l'idée d'une justice plus parfaite que celle que l'on peut attendre du droit, parce que mieux adaptée aux circonstances, plus personnalisée. Ce n'est pas là ce que l'on veut quand on demande au juge de découvrir une règle de droit pour suppléer à l'insuffisance des autres sources. On veut rester dans le domaine du "*droit strict*", qui est moins parfait peut-être, mais jugé nécessaire du point de vue de l'intérêt social. On souhaite que le juge s'élève au-dessus des contingences du litige individuel qui lui est soumis pour se demander non pas quelle solution est en l'espèce la meilleure, mais quelle est la règle la meilleure du point de vue social. En nombre de pays, en effet, la règle que va affirmer le juge s'intégrera au système du droit ; il faudra désormais la suivre parce qu'elle aura donné lieu à un précédent de caractère obligatoire. Une formule qui exprime bien ce que l'on attend du juge est celle du code civil suisse qui, à son art. 1er, al. 2, prescrit au juge de statuer, à défaut de loi et coutume, selon les règles qu'il édicterait s'il avait à faire acte de législateur. La solution que postule la raison ne prend pas en considération, de façon exclusive ni même principale, l'équité du litige particulier ; elle trouve son fondement dans un ensemble plus large de facteurs, dont le principal est le désir qu'elle s'accorde avec l'esprit général du système, c'est-à-dire avec les principes généraux du droit auquel elle va être intégrée (28).

Principes généraux du droit

Nous sommes ainsi amenés à considérer une autre formule, laquelle au lieu d'invoquer la raison se réfère aux principes généraux du droit. Cette formule est celle qui est la plus en vogue de nos jours. Entre cette formule et la formule précédente il n'y a à vrai dire qu'une simple nuance, et il est facile d'expliquer pourquoi on est venu à préférer la seconde. Il était indiqué de se référer à la raison dans les temps anciens, lorsque le droit n'était encore qu'ébauché en tant que système et que des principes généraux auraient pu être difficiles à déceler ; le facteur essentiel pour l'élaboration du droit pouvait difficilement être alors le souci que la règle nouvelle soit en harmonie avec les règles d'ores et déjà acquises. La situation a changé de nos jours où il existe des lois en abondance, des décisions judiciaires multiples. On comprend qu'aujourd'hui on se réfère aux principes généraux du droit plutôt qu'à la raison, surtout dans les pays où le droit ne se présente pas sous un aspect casuistique et où la codification veut constituer un ensemble cohérent de règles. Il était jadis difficile de découvrir des principes généraux du droit parce que les matériaux manquaient, qui eussent permis de découvrir de tels principes ; la situation a totalement changé à présent où, si l'on a des difficultés à déceler de tels principes, c'est plutôt en raison de l'abondance des matériaux, qui peuvent porter à des conclusions contradictoires.

La formule qui renvoie le juge à rendre une décision fondée sur les principes généraux du droit est de nos jours à l'honneur (29). Elle a le double avantage de plaire au juge et au législateur plus que ce n'est le cas d'une référence à la simple raison.

Donner une solution conforme à la raison implique de la part du juge une appréciation qui de façon nécessaire comporte un certain élément de subjectivité ; les principes généraux du droit ont, au moins en apparence, un caractère plus objectif. Or l'on sait que les juges aiment dissimuler le rôle que, presque inévitablement, ils sont amenés à jouer dans l'application et la création du droit. A l'origine ils se sont présentés comme des oracles, donnant des solutions inspirées par des puissances surnaturelles et indépendantes de leur volonté.

Plus tard ils se sont abrités derrière des coutumes plus ou moins réelles. Aujourd'hui ils justifient leurs décisions en invoquant l'autorité des lois ou celle des précédents. Leur rôle n'est pas de formuler des règles de portée générale ; les principes généraux de l'ordre juridique, qui ne sont pas leur oeuvre, leur fournissent une couverture.

Principes généraux et interprétation de la loi

La formule qui renvoie le juge, au cas de lacune dans le droit, à tirer sa décision des principes généraux de l'ordre juridique, a aussi de nos jours la faveur du législateur ; celui-ci peut en effet penser que, lorsque l'on tire une règle de tels principes, on ne comble pas vraiment une lacune, mais que l'on fait simplement sortir tout leur effet aux lois qui ont été promulguées. Le code civil italien (art. 12) ne voit dans le recours aux "*principes généraux du système juridique de l'Etat*" qu'un mode d'interprétation de la loi, et nombreux sont les auteurs qui, dans les pays de la famille romano-germanique, ne font pas la différence entre interprétation extensive et interprétation par analogie des lois. Dans les pays socialistes également on se place dans le cadre de l'interprétation des lois pour déclarer que les dispositions du code civil doivent être interprétées conformément aux principes du système socio-économique et aux buts de la République populaire (Pologne), ou en harmonie avec l'ordre économique et social de la République populaire (Hongrie), ou encore au sens de différents principes qui dominent le régime social socialiste (Tchécoslovaquie). Le code civil des Philippines se place dans un cadre plus souple en établissant une présomption que le législateur a voulu le droit et la justice. Parce que l'on a entretenu la même conception on a cru suffisant en d'autres pays d'énoncer comme sources du droit la loi (C. civ. portugais, art. 1) ou la loi et la coutume (C. civ. hellénique, art. 1).

En dépit de toutes ces formules, dues à la doctrine jadis en vogue selon laquelle le législateur a tout prévu, il est clair que le recours aux principes généraux du droit déborde le cadre de l'interprétation des lois existantes. Dans les matières mêmes que couvre la codification l'activité créatrice du juge, fondée sur la raison, apparaît clairement quand le juge s'abstient de

toute référence à une disposition précise de la loi et se borne à invoquer les principes généraux du droit ou même affirme purement et simplement l'existence d'une règle. La fiction que le juge fasse seulement oeuvre d'interprétation cesse de pouvoir être maintenue, d'autre part, lorsque l'on envisage les domaines auxquels ne s'étend pas la codification ; nombre de décisions, en ce cas, vont avoir pour seul fondement, en dehors de toute disposition de la loi, les principes généraux du droit, ceux-ci constituant dès lors une source autonome à laquelle seront rattachées les décisions des juges.

Conseil d'Etat français

Considérons ainsi, en France, le cas du Conseil d'Etat, juridiction suprême en matière administrative. En l'absence d'une codification du droit administratif, le Conseil d'Etat n'a pu découvrir les principes de base qui allaient déterminer sa jurisprudence dans la loi, qui généralement était muette à cet égard ; la coutume ne constituait pas non plus une ressource dans un domaine où des facteurs d'ordres variés entraînent une mutation rapide des principes mêmes sur lesquels est assis le droit administratif ; l'on se refuse également, pour la même raison, à reconnaître la force obligatoire des précédents. Il ne restait plus qu'à rechercher quelle était la règle la plus raisonnable qui puisse être à l'époque posée et appliquée. Le Conseil d'Etat en France s'abstient de se référer à une source quelconque, lorsqu'il pose ainsi les principes mêmes du droit administratif, et l'on dit souvent que la source à laquelle il puise est l'équité. Cette terminologie est condamnable. Le Conseil d'Etat ne se demande pas quelle solution est la plus équitable dans le cas particulier ; il se demande quelle règle il est le plus indiqué de poser pour faire oeuvre de justice, au vu de considérations d'ordres multiples - politiques, économiques, morales, souci d'efficacité - parmi lesquelles l'intérêt public pèse davantage que l'intérêt individuel du demandeur. Dispositions des lois et précédents judiciaires constituent un élément important dans cette recherche, mais ne constituent pas le fondement même de décisions qui, au-delà d'eux, cherchent à trouver, en faisant appel à la raison, la solution la plus conforme à la justice.

Pays de common law

Une situation analogue se présente dans les pays de common law. Dans ces pays, comme dans ceux de la famille romano-germanique et dans les pays socialistes, la mode actuelle est de considérer le droit comme étant un complexe de normes. Nul effort systématique n'a été fait cependant pour présenter le droit dans son ensemble sous forme de règles abstraites. Une autre technique a été et demeure en principe employée : la common law s'est formée et se développe par la casuistique des décisions judiciaires. Celles-ci, à l'origine, n'ont pu être fondées que sur la raison. Aujourd'hui ce fondement n'est plus clairement reconnu, car il existe une masse de décisions judiciaires, constituant des précédents par lesquels le juge est tenu. Le juge est lié par ces précédents, et la common law est souvent regardée, en conséquence, comme étant un droit jurisprudentiel.

Cette manière de voir, pourtant, n'est pas entièrement correcte. Il existe une multiplicité de décisions judiciaires, mais les précédents qu'elles constituent laissent aux juges une grande marge de liberté ; l'évolution du droit en fait foi. Les Cours conservent en fait un large pouvoir pour apprécier si la décision judiciaire invoquée devant elles constitue ou non pour elles un précédent obligatoire. La raison dit au juge s'il est autorisé ou non à faire une distinction qui lui rende sa liberté ; elle sert constamment à poser une nouvelle norme juridique dans le système ouvert, toujours incomplet, que constitue la common law.

La décision du juge anglais est aujourd'hui comme jadis, fondée souvent sur la raison, parce que fréquemment il n'existe ni loi ni précédent qui dicte au juge la solution à intervenir. Jadis, lorsque les précédents étaient peu nombreux, un élément important d'une solution raisonnable a pu être le sentiment d'équité du juge. Aujourd'hui la solution raisonnable est essentiellement celle qui s'encadre dans le système constitué par les précédents, apportant seulement à ce système une précision ou une nuance nouvelle. Le sentiment d'équité du juge n'est certes pas à négliger, mais il a cessé de jouer un rôle prépondérant. Les common lawyers n'invoqueront sans doute pas, à ce propos, les principes généraux

du droit ; la notion même de "*principes généraux*" est suspecte à des juristes soucieux de ne pas donner aux règles du droit une trop large envergure. C'est cette idée néanmoins qui est à la base de la technique juridique des common lawyers, soucieux de la cohésion du système de la common law.

Principes généraux du droit, équité, higher law

Entre le concept de raison et celui d'équité il existe une différence profonde, rendue manifeste par la substitution au mot **raison**, de nos jours, de l'expression **principes généraux du droit**. Les principes généraux du droit sont ce qu'il y a de plus abstrait dans le système de l'ordre juridique positif ; l'équité au contraire, qui tend à substituer à un processus de déduction logique rigoureuse un jugement largement intuitif, guidé par la conscience du juge, représente tout ce qu'il y a de plus concret. L'opposition ne peut pas être plus nette. Ce qui l'obscurcit est le fait que, en parlant des principes généraux du droit, on peut avoir en vue deux choses : tantôt les principes qui se dégagent des règles posées par la loi ou la jurisprudence (principes généraux de l'ordre législatif ou jurisprudentiel), tantôt les principes supérieurs d'un ordre juridique plus largement conçu, correspondant à ce que nous avons appelé **higher law**. L'équité s'oppose aux principes généraux considérés dans le premier de ces aspects ; elle s'intègre en revanche aux principes généraux considérés dans le second de ces aspects. Poussant à y accueillir des idées nouvelles qui entraîneront une transformation du droit, elle peut être un ferment de dynamisme, contribuant au renouvellement du droit positif (30).

C. L'EQUITE

Equité et raison

L'une des explications qui ont conduit à préférer l'expression "*principes généraux du droit*" au mot "*raison*" est que le mot **raison**, dans les pays de la famille romano-germanique, a été souvent employé de façon laxiste, de sorte que l'on a souvent perdu de vue la différence qui existe entre une solution fondée sur la raison et une solution fondée sur l'équité. En se référant aux

principes généraux du droit on montre plus clairement que le juge, appelé à intervenir dans la découverte d'une solution conforme à la justice, n'est pas entièrement libre ; sa décision va être fondée sur des critères relativement objectifs et ne pourra être soupçonnée du caractère arbitraire que l'on est tenté d'attribuer à une décision fondée sur l'équité.

Il n'est pas contestable toutefois que l'équité constitue un élément, parfois décisif, dans la recherche d'une solution conforme à la raison ou aux principes généraux du droit. Mais convient-il d'aller plus loin et de voir dans l'équité, isolée d'autres éléments, une source possible du droit ? Le problème auquel nous arrivons est de savoir si certaines décisions ne peuvent pas, ici et là, être prises en considération des circonstances qui se présentent dans une espèce individuelle, sans que le juge, dans cette décision, s'attache à poser une règle de droit ou prétende appliquer une telle règle. Le juge, en d'autres termes, peut-il en certaines occasions rendre une décision en disant simplement que dans les circonstances elle lui paraît donner au litige la meilleure solution possible, celle qu'il est le plus équitable de prendre, avec tout le danger évidemment que cette décision soit considérée par certains comme étant le produit de son arbitraire ; et si le juge se voit attribuer un tel pouvoir, est-on encore dans le domaine du droit ?

Deux situations différentes doivent à cet égard être examinées. Dans une première situation l'équité se présente comme un élément nécessaire à l'interprétation du droit, ou encore elle est prévue pour apporter un complément au droit ; reprenant des formules employées à propos de la coutume, on peut dire qu'elle est appelée à opérer **secundum legem** ou **praeter legem**. Elle s'intègre en pareil cas à l'ordre juridique, qu'elle vient parfaire ou compléter. Dans une autre situation en revanche elle peut venir à s'opposer aux sources reconnues du droit : les règles établies par la coutume, la loi, la jurisprudence peuvent être écartées parce qu'on les juge en l'espèce contraires à l'équité. L'équité opère alors **adversus legem** ; elle ne s'intègre pas à l'ordre juridique, mais offre un principe de solution différente de celui que prévoit le droit ; l'on sort en pareil cas du domaine du droit. Considérons successivement ces deux situations.

Équité et règles de droit

L'équité peut en premier lieu servir à compléter le système de règles établi fondamentalement par d'autres sources. Il est bien vrai que de façon générale le droit, à notre époque, se présente sous la forme de normes juridiques, desquelles le juge est appelé à déduire, dans chaque espèce, sa décision. Il n'en est pas toujours ainsi cependant, et le droit peut se présenter sous un autre aspect. Le droit, en certaines sociétés, à certaines époques, ou dans certaines occasions, peut ne pas prescrire des règles de fond ; il peut consister seulement dans des procédures, dans des méthodes qui permettent d'arriver à des solutions satisfaisant la justice et sauvegardant l'harmonie et la paix sociales.

Dans les pays de l'Europe occidentale cette deuxième conception a été graduellement rejetée au profit de la première, et il peut sembler qu'aujourd'hui cette préférence se soit étendue au monde entier. Il n'a pas été jugé suffisant d'établir des juridictions et des procédures pour la solution des conflits. Préoccupés de faire cesser un arbitraire menaçant pour l'ordre et la justice, les juristes se sont attachés à dégager et formuler des règles de droit ; et certains sont venus même à définir le droit comme étant un ensemble de normes, liées les unes aux autres dans un ordre hiérarchique. Le sentiment paraît, dans cette conception nouvelle, avoir cédé la place à la technique. Le juge doit se prononcer en considération de règles générales, abstraites, qui fondent l'ordre social ; c'est dans le cadre de ces règles seulement, et dans la mesure où elles le lui permettent, qu'il pourra prendre la décision qui dans les circonstances lui paraît être la plus conforme à l'équité.

À lire les ouvrages de doctrine, à compulser les lois, à considérer les décisions judiciaires, il peut sembler que l'équité ait fait son temps. Le mot **équité**, l'adjectif **équitable** ont mauvaise presse auprès des juristes, pour qui **équité** est souvent regardé comme synonyme d'arbitraire. "*Dieu nous préserve de l'équité des Parlements !*", disaient-ils jadis en France. En Angleterre, Selden, au XVII^e siècle, écrivait des décisions rendues par la Cour du Chancelier selon "*l'équité*" qu'elles variaient selon la longueur du pied du Chancelier. Plus récemment encore un des juges de sa Majesté, Lord Justice Scrutton,

parlait de la "*well-meaning sloppiness of thought which surrounds aequum et bonum*" (31). En dehors du cercle des juristes le sentiment de l'équité demeure cependant dans le coeur des hommes ; moins sensible à ses dangers, la masse des citoyens voit dans l'équité la composante essentielle de toute solution de justice, par opposition aux efforts des juristes de profession qui accepteraient volontiers de voir le droit se dessécher et perdre son âme dans une préoccupation de perfection technique. Les non-juristes considèrent avec une certaine appréhension l'activité et l'oeuvre des juristes ; elles leur paraissent consentir une trop large place à la technique, aux dépens parfois des principes de justice qu'elles prétendent servir. Les juristes mêmes ont dû convenir qu'il y avait là un danger et qu'il fallait apporter certains tempéraments à la conception voulant réduire le droit à n'être qu'un ensemble et une hiérarchie de normes.

Equité secundum legem

L'équité joue inévitablement un grand rôle dans l'application du droit. Les formules employées par le législateur ou que l'on trouve dans les arrêts, si strictement qu'elles soient conçues, laissent nécessairement une marge d'appréciation à ceux qui doivent en faire application dans les circonstances de fait d'une espèce. Un individu s'est-il comporté conformément à la bonne foi, a-t-il agi dans un délai raisonnable, s'est-il rendu coupable de négligence, quel est le montant du préjudice dont il doit réparation ? Le juge peut bien, pour répondre à ces questions et apprécier les faits de la contestation, trouver un guide dans la coutume ou dans les usages ; il est clair néanmoins que son sentiment de ce qui est équitable servira à préciser ce que coutume ou usages peuvent comporter de flou et d'indéterminé.

Certains diront qu'il s'agit là d'une simple interprétation des règles juridiques et que l'équité de ce fait ne peut être regardée véritablement comme une source autonome du droit. La même chose cependant ne peut être dite lorsque le législateur (ou le juge) appelé à poser une règle de droit s'en abstient et déclare, expressément, que telle question sera résolue, lorsqu'elle se posera, en fonction des circonstances de l'espèce, **selon l'équité**. Il est entendu que le droit, dans une socié-

té moderne, vise à être complet, à faire face à toutes les situations, à régler tous les problèmes. Nous aspirons à la plénitude de l'ordre juridique qui nous régit. De là il ne résulte pas pourtant que le droit, ni l'État duquel il émane, doit prévoir par le moyen de normes abstraites le règlement de tous les rapports qui s'établissent dans la société. Par la force des choses, sinon en conformité d'une doctrine libérale, législateurs ou juges font appel à des auxiliaires, à certains concours, pour concrétiser l'ordre juridique. L'on fait appel pour compléter la loi à la réglementation administrative, on donne effet à des contrats passés entre particuliers, on consent un certain pouvoir discrétionnaire à l'administration. Pareillement on peut, en certains cas, conférer un pouvoir analogue aux juges, en leur prescrivant de régler selon l'équité certaines situations. L'équité, à laquelle renvoient législation ou juge, devient alors une source secondaire du droit ; elle opère à côté de la loi pour compléter celle-ci, de même manière que les règlements administratifs, auxquels tout le monde s'accorde à reconnaître la qualité de sources du droit.

La codification et l'équité

Savoir dans quelles circonstances le législateur doit faire ainsi confiance au juge, en s'abstenant de poser une règle, est une question sur laquelle les esprits se divisent. A certaines époques on a cherché avant tout à assurer la sécurité dans les rapports sociaux ; l'on s'est efforcé alors de formuler les règles du droit de manière aussi stricte que possible et l'on n'a admis qu'avec beaucoup de parcimonie que le droit fasse appel, pour le compléter, à l'équité.

Les codes napoléoniens, et ceux qui s'en sont inspirés n'ont fait que de rares renvois à l'équité des juges. Ils ont de façon générale préféré employer des expressions - bonne foi, circonstances atténuantes, intérêt de la famille, faute - pour l'application desquelles, certes, l'équité devrait être prise en considération ; la règle même qui devait être appliquée était néanmoins condensé dans une formule législative, et l'équité paraissait ne jouer un rôle que dans le cadre de cette formule, pour l'appréciation des faits. Le mot **équité** cependant n'a pas été banni ; on le trouve dans le code civil fran-

çais à l'art. 565 et dans l'art. 1135, le premier se rapportant au "*droit d'accession*" , le second à l'interprétation des conventions.

Le code de procédure civile, sans employer le mot **équité**, peut paraître consacrer d'autre part cette notion lorsqu'il dispense les arbitres, s'ils ont reçu les pouvoirs d'amiables compositeurs, de suivre dans leur procédure et dans leur sentence les règles du droit. En Italie et en Espagne, l'expression **amiable composition** a cessé d'être employé par la loi, qui aujourd'hui parle d'**arbitrage selon l'équité**. Les codes civils de l'Autriche et de l'Italie étendent cette solution au cas de l'arbitre chargé de parfaire un contrat : lui aussi peut, au moins dans certaines circonstances, rendre sa décision selon l'équité (**nach billigem Ermessen**) quoique, en règle générale, il doit rendre un **arbitrium boni viri**, régi par un autre critère (**freies Ermessen**). En France l'art. 1854 du code civil permet d'attaquer la décision prise par un tiers, concernant le partage des bénéfices entre associés, si cette décision est "*manifestement contraire à l'équité*".

Retour à l'équité

La manière dont nous concevons le droit a profondément changé depuis cent ans. L'idée prévalait alors, qui a engendré les codes, que le droit était fait de règles, dont législation, jurisprudence et doctrine devaient préciser et formuler le contenu. Cette conception scientifique du droit est en déclin. Le droit ne saurait être réduit à une simple technique ; les lois des juristes ne sont pas l'équivalent des lois naturelles ou de la physique et ne peuvent être traitées comme telles. Autant et plus qu'une science le droit est un art. C'est qu'en effet, à la différence de la physique ou des sciences de la nature, le droit à une finalité, qui est la justice. Les règles du droit ne portent pas leur valeur en soi ; elles ne sont qu'un moyen pour atteindre la justice et il n'est pas dit que, à cette fin, elles soient toujours le meilleur moyen. Un droit consistant en règles strictes peut être la solution souhaitable en diverses circonstances : en divers pays, à diverses époques, en diverses branches du droit. En d'autres circonstances il faut des solutions moins rigides ; il faut, pour réaliser la justice, faire confiance au sentiment d'équité des hommes plutôt que de s'exprimer dans des règles inévitablement abs-

traites.

Sous l'empire de ces idées la référence à l'équité est devenue plus fréquente de nos jours. Le législateur, débordé par la complexité des rapports sociaux, accepte plus facilement qu'autrefois d'étendre les pouvoirs du juge, de même manière qu'il est préparé ou contraint à accepter un développement, jadis impensable, des compétences et pouvoirs des organes de l'administration. Dans toute la mesure où des pouvoirs discrétionnaires sont consentis à l'administration ou aux juges, on peut dire que l'on s'est écarté de la conception qui voyait dans le droit un complexe de normes pour revenir à la conception opposée, qui établit seulement des procédures et laisse au sentiment de l'équité, tel qu'il est perçu par le dépositaire de ces pouvoirs, la solution à intervenir selon le droit.

Les exemples pourraient être multipliés qui mettent en évidence le rôle croissant que joue l'équité. Dans toutes les branches du droit, peut-on dire, la tendance s'est manifestée à renoncer à prescrire des règles, comme il paraissait naguère encore nécessaire, et à prévoir que telle ou telle question ou controverse venant à surgir serait réglée selon l'équité, c'est-à-dire conformément à ce qui paraîtrait juste au vu des circonstances du cas particulier.

Droit des contrats

En matière de contrats par exemple, on ne se borne plus à voir dans l'équité un facteur permettant de préciser ce que les parties ont voulu ou ce qu'une personne raisonnable déduirait normalement de la conduite observée et des termes employés par les contractants. L'équité ne voit plus sa fonction limitée à l'interprétation des contrats. On va beaucoup plus loin, en permettant au juge de modifier le contenu du contrat en diverses circonstances. Le pouvoir de réaménager les relations entre contractants, en conformité de ce qu'il considère comme équitable, est reconnu au juge notamment dans le cas où un changement important s'est produit dans les circonstances depuis qu'est intervenu le contrat : les droits allemand, hellénique et suisse autorisent aujourd'hui le juge à opérer en ce cas une véritable refaction du contrat (32). Une autre manifestation de la même

tendance se trouve dans les dispositions qui, en différents droits, autorisent le juge à donner effet à certaines clauses du contrat ou au contraire à les déclarer nulles ou les modifier selon qu'il les considère comme conformes ou contraires à l'équité (33). Dans l'un et l'autre cas, autrefois, on cherchait à faire face à la situation en disant que la clause avait été convenue ou non, que le contrat avait ou non cessé d'exister. Aujourd'hui on prend une attitude plus souple : où l'on trouvait jadis une règle, formulée par le législateur ou affirmée par les Cours, on ne prévoit plus que des solutions particulières données dans chaque cas particulier par le juge en fonction de l'équité.

Responsabilité délictuelle (Torts)

La même tendance se manifeste dans la matière de la responsabilité délictuelle. L'équité naguère n'était prise en considération que dans le cadre d'une interprétation des mots employés par le législateur, quand il s'agissait de dire si une faute avait été commise ou un acte contraire aux règles de la coexistence socialiste (C. civ. tchécoslovaque, art. 424), ou s'il s'agissait d'évaluer le dommage donnant lieu à réparation. On n'hésite plus aujourd'hui à reconnaître que, en différents cas, une règle serait mal venue et qu'il est préférable de s'en remettre aux juges pour que ceux-ci prennent une décision qui sera, dans les circonstances, conforme à l'équité.

Le code fédéral suisse des obligations (art. 54) paraît avoir été le premier à le faire, dans l'hypothèse où un dommage a été causé par un fou : le quantum des dommages-intérêts sera en ce cas fixé par le juge en considérant les conditions de fortune de l'auteur du dommage et de sa victime. La même solution se retrouve aujourd'hui en Grèce (C. civ., art. 918), en Belgique (C. civ., art. 1386 bis), au Portugal (C. civ., art. 489), en Allemagne fédérale (BGB, 829), en Pologne (C. civ., art. 428). Ces lois variées peuvent employer des expressions diverses. La loi portugaise se réfère à l'équité, la loi hellénique prescrit d'octroyer une indemnité raisonnable, la loi polonaise n'accorde une réparation que si les règles de vie en société l'exigent. Partout cependant le juge doit prendre sa décision en fonction des circonstances de l'espèce : le fondement de la déci-

sion est l'équité (34).

L'évolution ne s'est pas arrêtée à ce cas particulier. En différents droits le préjudice moral donne ou non droit à une réparation pécuniaire selon que le juge l'estime équitable ou non (35). Les fondements de la législation civile (art. 79) dans l'U.R.S.S. permettent au juge, en toutes hypothèses, de limiter le quantum des dommages-intérêts en considération de la situation patrimoniale de l'auteur du dommage. Le code civil hongrois (art. 339) (35) donne au juge la même possibilité "*en présence de circonstances dignes d'une considération particulière*". Le code civil de la Tchécoslovaquie (art. 425) donne au juge des pouvoirs d'équité lorsqu'il s'agit de fixer le montant de la réparation due par celui qui, pouvant empêcher un dommage, ne l'a pas fait. En France même, où cette tendance à faire du juge un "*ministre d'équité*" est critiquée par certains auteurs (36), un article du code civil permet au juge de limiter la responsabilité encourue par le gérant d'affaire (art. 1374, al. 2).

Droit de la famille

La même tendance à demander une solution conforme à l'équité plutôt que de poser une règle peut également être observée dans le droit de la famille, en ce qui concerne les rapports entre époux ou entre parents et enfants, ou encore dans le droit des successions. L'on peut noter en particulier à cet égard les dispositions des lois qui, en Angleterre ou dans Israël, ont prévu un succédané à ce qui, en d'autres pays, constitue la réserve héréditaire ; celle-ci était gouvernée par des règles bien précises, la loi anglaise et la loi israélienne s'en remettent à l'équité des juges.

Droit du travail

Un domaine où l'équité est appelée aujourd'hui, correspondant à un vœu du législateur, à jouer un plus grand rôle est le droit du travail (37). La préoccupation de sécurité qui demande que les règles du droit soient strictement appliquées, celle de moralité qui veut que les engagements contractuels soient regardés comme sacrés, passent ici à l'arrière-plan, refoulés par la préoccupation majeure qui est de réaliser la paix sociale.

L'on demande ici au juge, à l'arbitre, aux négociateurs de se tourner vers l'avenir, sans qu'ils doivent nécessairement s'en tenir aux règles qu'ont prescrites les conventions collectives ou, faite pour d'autres circonstances, la loi elle-même. La loi française créant en 1936 une Cour d'arbitrage (aujourd'hui disparue) prescrivait à celle-ci de rechercher une solution en équité, conciliant les intérêts de tous, plutôt que de s'en tenir rigoureusement aux règles que voudrait le droit. Dans les pays de common law on ne veut pas non plus que les conventions collectives, conclues par les syndicats, aient la force obligatoire des contrats. Dans une préoccupation d'équité on ne veut y voir tout au plus que des **gentlemen's agreements**, qu'il sera possible à tout moment de remettre en question et de modifier, nonobstant toute clause contraire, si la chose paraît équitable. La tentative faite à un certain moment de changer cet état de choses a été, en Angleterre, un échec.

Arbitrage

Le rôle de l'équité demande encore à être envisagé en considérant l'arbitrage. La pratique de l'arbitrage est actuellement très répandue en de nombreux pays où, dépassant son domaine originaire, elle est très utilisée aujourd'hui pour le règlement des litiges intéressant le commerce.

Il a été pendant longtemps, et il demeure encore parfois difficile de distinguer l'arbitrage de la conciliation. Les deux institutions sont pourtant différentes dans leur principes : dans la conciliation il dépend en définitive des parties d'accepter ou non la solution que leur propose le tiers conciliateur, tandis que l'arbitre rend une décision (sentence, award, lodo) qui s'impose aux parties. Ce qui risque d'entraîner une confusion entre conciliation et arbitrage est le fait que l'arbitre, dans la grande majorité des cas, peut dans tous les pays s'écarter dans une certaine mesure des règles qui seraient suivies par les juges. Aux yeux de ceux qui ne veulent connaître comme droit que le droit posé par l'Etat, le droit étatique, il n'est plus possible alors de voir dans l'arbitre un juge ; il ne statue pas selon le droit, et ne peut de ce fait être qu'un conciliateur.

Il peut arriver que les arbitres soient tenus de procéder et statuer de la même manière que les juges. Cette hypothèse, quoiqu'elle soit en de nombreux pays considérée comme étant la règle, est partout en fait exceptionnelle. On ne la trouve guère dans la pratique que dans des cas (arbitrage d'Etat dans les pays socialistes, arbitrage obligatoire prévu par diverses lois dans les pays non-socialistes), où la compétence des arbitres est fondée essentiellement sur la loi ; on s'accorde pour considérer que dans ces hypothèses, il ne s'agit pas véritablement d'arbitrage. Ces cas mis à part, il est très rare que les parties, lorsqu'elles concluent une convention d'arbitrage, attendent de leurs arbitres qu'ils appliquent les règles de procédure et de fond qui s'imposeraient à un juge.

En tous pays les arbitres ont pour le moins une certaine liberté pour organiser la procédure et recevoir des preuves dans des conditions autres que les tribunaux. Il en est ainsi même lorsque la loi paraît dire le contraire, parce que la chose est imposée par le bon sens. En Espagne et au Portugal seulement on veut que les arbitres siègent dans le bâtiment du tribunal, aux jours où le tribunal peut siéger, et avec la participation d'un greffier ; mais cela ne vaut que pour un arbitrage "*selon le droit*", qui est en fait inconnu en dehors des cas d'arbitrage obligatoire. L'arbitre est souvent choisi en raison de sa compétence particulière dans la matière qui fait l'objet du litige ; il serait ridicule de l'astreindre à observer toutes les règles qui sont imposées aux juges regardant la nécessité et les modalités de l'administration des preuves. En Angleterre le principe est affirmé que l'arbitre est tenu de procéder de la même manière que les juges ; mais cette règle ne vaut guère que par les exceptions qui lui sont apportées (38). Tout ce qui demeure du principe ainsi affirmé est l'obligation de respecter certains principes fondamentaux, tels que l'obligation d'entendre les arguments des parties avant de statuer (**Audi alteram partem**), de donner aux parties le temps suffisant pour rassembler leurs preuves, de soumettre les arguments d'une des parties à une possibilité de contradiction ou mise au point de la part de l'autre.

La véritable question, concernant l'arbitrage, est de savoir si les arbitres doivent nécessairement appliquer, quant au fond, les mêmes règles qu'appliqueraient les

juges. Dans certains pays la loi prévoit expressément que les parties peuvent dispenser les arbitres de cette obligation, en leur donnant les pouvoirs d'"*amiables compositeurs*" (France, Belgique) ou en précisant qu'elles veulent un "*arbitrage selon l'équité*" (Espagne, Italie). Dans d'autres pays la même solution est admise, en dehors de toute précision dans la loi, s'il apparaît que telle a été la volonté des parties : tel est le cas en Allemagne fédérale et aux Etats-Unis. En Bolivie l'amiable composition est, selon la loi, la règle ; au Japon on présume que les parties ont entendu dispenser les arbitres d'une application stricte des règles du droit.

L'Angleterre a paru jusqu'à une époque récente constituer une exception ; on considérait que les arbitres devaient nécessairement statuer comme les juges. La convention qui les aurait dispensés de cette obligation n'aurait pas été nécessairement inefficace, mais elle aurait été régie par les règles de l'**agency**, très différentes des règles applicables dans le cas de l'**arbitration**. Il ne se serait plus agi en effet de rendre la justice, mais de conclure entre les parties une convention nouvelle.

L'obligation pour les arbitres de statuer comme des juges était en fait largement fictive. La sentence rendue ne pouvait en effet que de façon très exceptionnelle être annulée pour erreur de droit ; il suffisait pour exclure cette possibilité que les arbitres s'abstiennent de motiver leur sentence, et c'était là la pratique courante en Angleterre. Néanmoins il existait un moyen pour une partie d'obliger les arbitres à statuer conformément au droit ; c'était de demander aux arbitres de saisir une Cour pour savoir comment une question donnée devait être résolue conformément au droit ; la sentence serait en ce cas annulée si les arbitres ne se conformaient pas à l'opinion exprimée par la Cour. Cette procédure cependant, connue sous le nom de **case stated**, était très rarement utilisée en Angleterre, hormis certaines branches du droit - le droit maritime en particulier - où elle était au contraire de règle, les parties voulant seulement que les arbitres établissent les faits du litige, mais tenant à ce que la décision soit rendue selon le droit strict. En dehors de ces branches du droit les commerçants considéraient comme contraire à la loyauté commerciale de saisir une Cour quand on avait soumis un litige à l'arbitrage. La procédure du **case**

stated n'avait été conservée que dans de rares Etats aux Etats-Unis ; en Australie, au Queensland, la loi permettait aux parties de s'engager à l'avance à ne pas y avoir recours. En Angleterre même certains juges, conscients de l'hostilité des commerçants à cette procédure, éprouvaient des doutes et cherchaient à en limiter la portée ; un arrêt de la Court of Appeal, en 1978, déclarait, contrairement à la jurisprudence antérieure, que les arbitres n'étaient pas strictement liés par les règles concernant l'interprétation des lois (**legal interpretation**) (39). On peut se demander comment la Chambre des Lords aurait réagi à cette audace, mais une loi est intervenue, l'**Arbitration Act 1979**, qui a supprimé la procédure du **case stated**, en dehors des cas où les commerçants en reconnaissent l'utilité et en font usage. L'Angleterre se trouve de ce fait alignée sur les autres Etats : les arbitres y ont une certaine liberté quant aux règles de fond qu'ils vont appliquer au litige ; la fiction a fait place à la réalité.

Doit-on considérer que les arbitres puissent, doivent statuer selon l'équité ? Nous ne le croyons pas, même dans le cas où la loi parle, comme c'est le cas en Espagne et en Italie, d'arbitrage "*selon l'équité*". Ce qui s'impose aux arbitres est de statuer comme ont voulu les parties, de l'accord desquelles dérive leur compétence. Une distinction s'impose sur ce fondement. Il peut se faire que les parties aient voulu une décision selon l'équité ; c'est là sans nul doute le cas de l'arbitrage amiable traditionnel, où l'arbitre avait à résoudre des contestations entre membres d'une même famille, entre associés dans une société de personnes, entre des voisins. Il en va tout autrement dans le cas, beaucoup plus important aujourd'hui, de l'arbitrage commercial. Ici il n'est plus question d'équité. Ce que les parties veulent, c'est exclure le formalisme des procédures judiciaires, la manière de raisonner des juristes, les règles d'un droit qui leur paraît inadapté aux besoins du commerce ; elles veulent un droit fondé sur la raison telle qu'elle est conçue par les commerçants, tenant compte de leurs manières de voir et de leurs usages. La chose est vraie pour toute contestation qui vient à naître de rapports commerciaux ; elle l'est plus encore pour les contestations naissant de rapports commerciaux internationaux, comme nous verrons, parce qu'alors le droit qu'appliqueraient les tribunaux est spécialement incertain et inadapté.

L'équité au service du droit

Dans tous les cas que nous avons envisagés il ne saurait être question d'opposer l'équité au droit. Ce qui apparaît seulement est l'insuffisance et le vice de la conception qui lie le droit à l'Etat et qui veut y voir un ensemble de normes. En vérité le droit, dans son effort pour réaliser la justice, a recours à différentes méthodes et puise à différentes sources. L'une de ces méthodes consiste à s'en remettre, pour le règlement de diverses questions, à l'appréciation du juge en demandant à celui-ci non pas d'établir une règle qui serait fondée sur la raison et qui vaudrait pour l'avenir, mais de statuer selon l'équité telle qu'elle se présente dans les circonstances du litige et sans engager l'avenir. L'équité, qui opère une individualisation de la justice, doit en conséquence être considérée comme une source du droit ; elle l'est dans les sociétés primitives et elle le demeure dans nos sociétés modernes mêmes, quoique des considérations variées aient concouru à lui donner un rôle plus restreint (40).

Que l'on demeure, avec l'équité, dans le domaine du droit apparaît évident lorsque le législateur lui-même se réfère à ce concept. La chose est non moins certaine lorsque les tribunaux conservent un contrôle sur la manière dont l'équité peut avoir été administrée ou conçue en dehors d'eux. Un tel contrôle, en fait, est toujours admis lorsque la personne appelée à se prononcer selon l'équité s'est comportée malhonnêtement ou a négligé certaines règles jugées indispensables pour arriver à une décision juste. On admet en revanche plus rarement que les tribunaux exercent un contrôle sur la manière dont a été conçue, quant au fond, la solution équitable prévue par la loi. On trouve néanmoins en différents droits des dispositions qui permettent aux tribunaux de réviser la solution qui doit être donnée en équité si la solution donnée leur apparaît être manifestement contraire à l'équité. On notera d'autre part à ce sujet que l'amiable compositeur, en nombre de pays, est obligé de motiver sa décision ; l'équité ne doit pas être l'arbitraire.

L'équité supérieure au droit : Extrême-Orient

Lorsqu'il est prévu, dans un pays, qu'une certaine question sera résolue conformément à l'équité, l'on

peut bien considérer que l'équité entre dans l'ordre juridique établi dans ce pays. L'équité pose un autre problème lorsqu'elle prétend imposer une solution contraire à celle que prévoit la loi (équité **adversus legem**). Ici on se trouve en présence d'un antagonisme entre deux modes divers de concevoir l'ordre social. Celui-ci peut être fondé sur le droit ou il peut être fondé sur l'équité ; on parle à ce sujet en Chine de gouvernement par les hommes et de gouvernement par les lois. La notion d'une règle de droit qui oblige, celle d'une loi possédant un caractère impératif absolu sont rejetées dans la pensée traditionnelle de l'Extrême-Orient, et dans l'Occident même elles ont été considérées souvent comme mauvaises choses, inaptes à réaliser la justice et dangereuses pour la paix sociale et l'harmonie du monde. La loi, la coutume, la jurisprudence, la doctrine peuvent bien dans cette conception offrir des modèles, mais ces modèles ne doivent pas être dotés d'une force obligatoire absolue, on ne doit pas en faire des "*fétiches*" selon la terminologie marxiste. A la conception qui préconise le règne du droit (**rule of law**), supposant pour régler les conflits le recours à certaines autorités et l'application de règles préétablies s'oppose une autre conception, qui rejette tout formalisme et toute rigueur : la solution des conflits doit être inspirée par la recherche de la justice, et celle-ci ne peut qu'être entravée par les prescriptions qui **imposent** de suivre certaines formalités et d'appliquer certaines règles. Les intéressés doivent être poussés à préférer aux règles énoncées par la loi, ou même à celles résultant de la coutume, des solutions de conciliation. Si, cette conciliation n'étant pas opérée, ils vont en justice, le juge doit être libre de s'écarter des modèles à lui proposés ; son rôle est de réaliser la justice en considérant ce que demande l'équité dans le cas particulier à lui soumis. L'équité apparaît dans cette conception comme étant la source supérieure, éminente, du droit, la solution qu'offrent les autres sources pouvant toujours être modifiée si elle est, dans les circonstances, contraire à l'équité. Le juge doit statuer selon sa conscience, selon la vue qu'il a de ce qui est juste ; il n'est pas strictement tenu par la loi, non plus que par les autres sources pouvant constituer un "*droit strict*".

L'équité *adversus legem* : pays d'Occident

L'équité *adversus legem* est dans son principe rejetée par les pays de civilisation occidentale. Plus encore que dans les pays de la famille romano-germanique et dans ceux de common law elle est regardée avec défaveur dans les pays socialistes de l'Occident, où elle cadre mal avec la volonté que l'on a d'établir, par le moyen de la loi, un ordre social nouveau. Elle est rejetée aussi dans l'Islam, où la raison ou le sentiment du juge ne sauraient aller contre un ordre imposé par la religion. Dans tous ces systèmes l'équité se voit refoulée au profit du droit, constitué par des règles que l'on veut objectives. **Dura lex sed lex. Summum jus summa injuria. Dieu nous protège de l'équité des Parlements !** Ces formules manifestent la volonté de dissocier le droit de l'équité. On se méfie du subjectivisme des solutions "*équitables*", qui paraissent consacrer en fait l'arbitraire du juge.

L'*equity* anglaise

La cause semble être entendue : il ne peut être question d'équité opérant *adversus legem* dans des systèmes où le droit - constitué par d'autres sources - se voit reconnaître un caractère rationnel, politique, ou même sacré. L'équité peut jouer un rôle dans le cas où ces autres sources y renvoient. Elle peut aussi jouer un rôle pour combler les lacunes possibles de l'ordre juridique. Elle ne constitue pas un **supereminent principe** permettant d'écarter l'application d'une règle juridique : l'on ne saurait admettre que l'équité joue un rôle *adversus legem*.

Le principe établi a toujours comporté cependant, et il comporte encore quelques exceptions : la suprématie du droit (**rule of law**) n'a jamais été complète, et peut-être est-il bien qu'elle ne le soit pas.

Il existe en Angleterre un certain nombre de remèdes connus comme étant des **equitable remedies**, une série aussi de maximes caractérisées comme étant des **maxims of equity**. L'existence de ces remèdes et de ces règles manifeste le conflit qui s'est élevé dans l'histoire entre les deux conceptions d'un ordre social fondé sur le droit et la revendication inverse d'un rôle à jouer par l'équité.

On peut bien faire valoir aujourd'hui que l'**equity** ne s'oppose pas au droit, mais se développe au contraire sur sa base : **equity follows the law**. Il est vrai aussi que l'**equity**, de nos jours, a pris un caractère rigoureux et n'est plus ce qu'évoquent, pour des non-spécialistes, le mot et la notion d'équité. Il y a lieu de reconnaître néanmoins que, à l'origine du moins, les règles suivies et les remèdes accordés par les Cours d'**equity** ont été fondés sur d'authentiques considérations d'équité et que, en nombre de cas, elles ont abouti à modifier profondément les droits qui "*at law*" étaient reconnus aux individus. Le trustee peut bien être **at law** un propriétaire ; l'**equity** le soumet à des obligations qui transforment du tout au tout son statut de propriétaire ; l'**equity**, en lui imposant ces obligations, a non seulement ajouté au droit, mais elle a bel et bien rendu inefficaces des prérogatives que "*le droit*" reconnaissait au propriétaire. Elle a agi **adversus legem** ; il suffit de constater la réaction à son encontre des juristes de la common law au début du XVIIe siècle pour en être convaincu (41).

L'histoire de l'**equity** en Angleterre le montre. Il existe un moyen possible de lutter contre l'injustice à laquelle peuvent mener les sources normales du droit. On peut y parvenir en consentant au souverain, regardé comme fontaine de justice, la possibilité d'intervenir pour accorder, en dernière instance, le remède que les organismes juridictionnels ne sont pas en mesure d'accorder. L'on peut faire appel à la "*prerogative*" du souverain pour réaliser en dernière analyse la justice (43).

Prérogative royale et droit

Demeure-t-on, ce faisant, dans le domaine du droit, ou se place-t-on en dehors de ce domaine pour consentir à l'équité, facteur antagoniste au droit, un certain rôle en vue de réaliser la justice ? Nous nous retrouvons en présence du problème, jamais résolu, de savoir ce qu'est le droit.

L'intervention du souverain est regardée comme une atteinte au droit par certains, dans l'esprit de qui le droit ne peut consister que dans des règles prescrites et appliquées par certains organes de gouvernement.

En préconisant que la société soit placée sous le règne du droit (**rule of law**) on a entendu précisément, en Angleterre et dans les autres pays d'Europe, placer "*le droit*" à l'abri des interventions, jugées arbitraires, dangereuses, et contraires aux principes, du souverain, pour en faire la chose exclusive de ceux à qui est confié, appartient, le pouvoir judiciaire.

Le dogme auquel se rattache cette manière de voir ne correspond pas cependant à une nécessité absolue. La séparation des pouvoirs n'est pas plus qu'une recette d'organisation de la société politique, rejetée dans son principe en certains pays (pays socialistes), aménagée dans les autres et en particulier dans le pays où Montesquieu a cru la voir adoptée. Ce peut être, du point de vue politique, une bonne chose que le droit soit déclaré par certains organes législatifs et que son application soit faite par les tribunaux. Il est artificiel de voir dans cette circonstance le criterium de ce qu'est le droit et de ce qui est arbitraire de l'exécutif. Nous considérons en France le droit administratif comme étant pleinement du droit, et cette manière de voir a triomphé avant même que les arrêts rendus par le Conseil d'Etat aient été autre chose que des projets soumis à l'assentiment du ministre (système dit de la justice "*retenue*", opposé à celui de la justice "*déléguée*"). En Angleterre le Comité judiciaire du Conseil privé ne formule en théorie que des "*avis*" (advice), mais il ne viendrait à personne l'idée qu'il ne s'agisse pas là d'un organe proprement juridictionnel ; la composition même du Comité judiciaire pousse inéluctablement à cette conclusion. N'oublions pas enfin que les Cours de Westminster elles-mêmes n'ont été à l'origine que les agents du souverain, face aux County Courts qui étaient à l'époque les organes normaux d'administration de la justice.

L'exercice par le souverain de sa prérogative de justice ouvre sans nul doute la porte à l'arbitraire, et l'on conçoit fort bien que, pour réaliser la **rule of law**, on l'ait combattu. On conçoit pourtant que, dans certaines circonstances, cette prérogative puisse subsister, comme il arrive en de nombreux pays pour le "*droit de grâce*" reconnu au chef de l'Etat. La sagesse peut ici recommander une alternative. Une solution est de donner un caractère exceptionnel à l'intervention de l'exécutif,

en limitant les cas où peut se produire cette intervention ou en l'assujettissant à certaines garanties. Une autre solution est de la juridictionnaliser, comme il est arrivé avec la Cour d'equity en Angleterre, avec les juridictions administratives en France. Les deux solutions ont leurs avantages et leurs inconvénients. Dans le premier cas certains diront que l'on demeure en dehors du droit. Un moment vient, avec le second, où cette position n'est plus tenable ; le danger d'arbitraire est éliminé, mais peut-être aussi, avec lui, la possibilité de corriger le droit par l'équité.

Ce développement s'est produit aussi bien en France qu'en Angleterre. Il illustre la manière dont l'équité, qui sert originairement de fondement à l'activité des juridictions fondées sur la prérogative, peut être absorbée et se fondre avec le droit. Il illustre également la manière dont à l'équité, notion trop suspecte de se prêter à un arbitraire subjectif, d'autres recettes peuvent se substituer, ou être envisagées, qui réduisent ce danger.

L'équité **adversus legem** constitue indubitablement une menace pour le droit tel que nous le concevons dans les sociétés modernes. En même temps cependant elle peut, en tempérant les excès d'une conception trop absolue, apporter un correctif bienvenu à la rigueur du droit et servir de ce fait la cause de celui-ci.

Droit, justice et équité

Il peut arriver qu'un principe, résultant d'une des sources du "*droit strict*" (loi, coutume, jurisprudence) soit rejeté parce que dans les circonstances, ou de façon plus générale même, son application choquerait la conscience et répugnerait à l'équité. Dans tous les droits à vrai dire on s'est demandé si, au nom de l'équité (ou d'une notion apparentée, liée comme l'équité au sentiment de la justice), on ne devrait pas exclure l'application de certaines règles, ne correspondant plus aux manières de voir et aux données de la civilisation actuelle. On s'est aperçu en effet que refuser cette possibilité pouvait constituer une menace pour le droit. Le maintien en vigueur de règles désuètes, inadaptées, et ressenties comme injustes n'affaiblit pas seulement le prestige du droit ; il risque de voir délaisser celui-ci au profit de pratiques ou d'un corps de règles nouvelles, qui n'of-

frent pas toujours des garanties suffisantes de conformité à la justice. Le droit anglais a failli sombrer à l'époque des Tudors, pour être remplacé par une pratique administrative nouvelle qui est devenue en définitive l'**equity** ; la même aventure était jadis arrivée au **jus civile** à Rome, remplacé par un **jus honorarium** fondé sur l'**imperium** du préteur ou de divers autres magistrats.

Les juristes se refusent avec raison à admettre la prééminence de l'équité sur les autres sources du droit. Reconnaître à l'équité, de façon générale, la possibilité d'intervenir **adversus legem** ne signifie pas admettre une source de droit de plus ; c'est en vérité ruiner l'édifice du droit. Il a fallu des siècles, en Angleterre, pour reconstituer l'unité et la cohérence du droit, après que celles-ci avaient été détruites au nom de l'équité.

Peut-on admettre cependant que le droit ne soit pas conforme à l'équité, et peut-on faire pleinement confiance au législateur, ou à une Cour suprême maîtresse de changer la jurisprudence, pour éviter le scandale d'un droit qui serait contraire à l'équité ? Aux yeux des citoyens droit et justice sont presque synonymes, et de nombreux philosophes ou juristes n'hésitent pas à professer qu'une loi injuste n'est pas une loi. Au XIXe siècle, dans les pays d'Occident, une oeuvre importante de réforme de la société a été accomplie au nom de la raison humaine et pour faire triompher un principe de démocratie. Pour mener à bien cette oeuvre il a été jugé utile de donner au droit une grande rigueur, et à cette fin on a été jusqu'à opposer droit et équité ; l'on a refusé d'admettre que l'équité puisse intervenir dans le droit, pour surveiller le jeu d'autres sources devenues primordiales, que l'on a voulu considérer comme les seules sources d'un "*droit pur*", oeuvre hautement technique dissociée de la morale et autonome par rapport à la justice. L'esprit qui domine le XXe siècle n'est plus le même, et un autre type de rapport s'est établi, ou est en voie de s'établir, de nos jours, entre droit et équité. La renaissance de l'idée de droit naturel, que l'on pouvait croire à la fin du siècle dernier entermée, en témoigne. Le droit, pour mériter notre respect sinon pour mériter son nom, doit être inspiré par le sentiment de la justice, et il est choquant qu'une règle juridique puisse opérer contrairement à ce qui nous paraît être l'équité.

NOTES

(1) La renonciation au bénéfice du droit, Travaux de l'Association Henri-Capitant, vol. 13 (années 1959-1960), 1963.

(2) C. civ. français, art. 4. - C. civ. Philippines, art. 9.

(3) On parle en ce cas en France de "juridiction de droit commun", opposée aux "juridictions d'exception" qui ne peuvent statuer que dans les matières spéciales à elles remises par la loi.

(4) En Italie au contraire le dernier mot reste à la Cour de cassation ; il ne peut donc y avoir de "conflit négatif de compétence".

(5) Une situation analogue a existé en France jusqu'à 1889 (arrêt Cadot du Conseil d'Etat).

(6) Les codes civils de l'Autriche (ABGB, § 10) et du Portugal (art. 3) ne donnent effet à la coutume ou aux usages que lorsque la loi s'y réfère.

(7) Meyer-Hayoz (A.), *Der Richter als Gesetzgeber* (1951) et des articles à la *Festschrift Guldener* (1973), à la *Festschrift Gemann* (1969), et dans le Recueil des travaux suisses présentés au VIII^e Congrès international de droit comparé (1976) ; Du Pasquier (C.), *Les lacunes de la loi et de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1^{er} du Code civil suisse*, *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, n^o 31 (1951) ; Tuor (P.) Schnyder (B.), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (9^e éd., 1975), p. 29 et ss.

(8) Von Overbeck (Alfred E.), *Some Observations on the Role of the Judge under the Swiss Civil Code*, 37 *Louisiana L.R.* (1977), 681-700.

(9) BGHZ 3, 315.

(10) BGHZ 4, 157. La Cour suprême fédérale pour le droit social (Bundessozialgericht) a adopté le même point de vue : BGS 2, 168 et BSG 6, 211.

(11) Larenz (K.), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), 278.

(12) Ce que nous envisageons ici est le droit jurisprudentiel (case law) émanant des Cours. Les lois en revanche (statutes) se prêtent à une interprétation ; c'est d'ailleurs en considérant les lois seules que l'on emploie en Angleterre le mot interpretation.

(13) La question se pose alors même que l'on accepte la declaratory theory, selon laquelle les juges ne font jamais qu'appliquer des principes préexistants ; il faut alors savoir où et comment ils vont décou-

vrir ces principes.

(14) La loi des citations a valu pour tout l'Empire lorsqu'elle a été reprise au code théodosien en 438 : C. th. I, 4.38. Dès l'époque classique un rescrit d'Hadrien avait décidé qu'en cas d'unanimité l'opinion des juristes ayant le **jus respondendi** liait le juge : Gaius I, 7.

(15) La qualité d'institutional writers est généralement reconnue, mais parfois contestée, dans le cas d'autres auteurs : Craig (pour son lus feudale, publié en 1655), Mackenzie, Bankton, Kames et Humes. Cf. David (H.), Introduction à l'étude du droit écossais (1972), 293-377.

(16) Zajtay (I.), Introduction à l'étude du droit hongrois. La formation historique du droit civil (1953).

(17) Zepos (P.J.), Greek Law (1949), 32, 39-40.

(18) Schacht (J.), An Introduction to Islamic Law (1964) ; Chehata (Ch.), Etudes de droit musulman (1970).

(19) Jhering (R. von), Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1981).

(20) Sur la doctrine italienne, cf. Cappelletti Merryman Perillo, 161 et ss., 180.

(21) Lawson (F.M.), The Oxford Law School 1850-1965 (1968).

(22) Whitmore Gray, To what extent are judicial decisions and legal writings sources of law ? Rapports généraux au IXe Congrès international de droit comparé (Téhéran, 27 septembre - 4 octobre 1974), (1977), 31-53.

(23) Ibidem, 47-49.

(24) Grotius, Inleiding... I, ii, 22 - traduction anglaise par Lee (R.W.) : The Jurisprudence of Holland (1953), vol. I, 11.

(25) Gorla (G.), I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto e delle sua unificazione fra Stati (Disegno storico-comparativo), in La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, vol. I (1977), 447-532.

(26) Le code civil autrichien (ABGB) de 1811 renvoie les juges aux "principes fondamentaux du droit naturel" lorsque la loi présente une lacune. Les auteurs du code civil français, dans un premier projet, faisaient de même, mais la référence au droit naturel a disparu au cours des travaux préparatoires. Il demeure à l'art. 545 du code civil français une référence à "l'équité naturelle".

(27) Wolf (E.), Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung (1959).

(28) Il existe de ce fait, comme a dit le juge en chef Coke au roi Jacques I^{er}, une "artificial reason of the law" ; la raison des juristes n'est pas celle des non-juristes, qui la confondent volontiers avec l'équité.

(29) On la trouve notamment dans les codes civils de l'Autriche (ABGB § 7), de l'Espagne (art. 6), de l'Italie (art. 12), de la Grèce (art. 1), de l'Argentine (art. 16), du Chili (art. 24), du Mexique (art. 19), du Venezuela (art. 4), de l'Égypte (art. 14).

(30) Rotondi (M.), *Equità e principi generali del diritto*, Riv. dir. civile 1924, 266. Traduction française : *Équité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien*, in *Recueil Geny II*, 403-422. *Scritti giuridici II*, 21.

(31) *Holt v. Markham* (1923) K.B. 513. Lord Bramwell de même, parlant de l'équité, y voit "la méconnaissance des principes généraux et des règles générales dans un effort pour réaliser une justice plus ou moins imaginaire dans les cas particuliers" (cité par Macmillan, *Law and Other Things*, 1938, 49).

(32) Zweigert (K.) Kötz (H.), *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*. Bd. II : *Institutionen* (1969), § 14 : *Haftungsbefreiung bei wesentlicher Veränderung der Umstände*.

(33) Zweigert-Kötz, *op. cit.* 10-19. Angleterre : *Misrepresentation Act 1967* ; *Unfair Contract Terms Act, 1977*. Allemagne fédérale : *Loi sur la réglementation du droit des conditions d'affaires*, du 9 décembre 1976. France : C. civ., art. 1231, modifié par la loi du 9 juillet 1975. Israël : *Standard Contract Law, 1964*. U.S.A. : *U.S. Commercial Code*, s. *Danemark. Inde*.

(34) Une disposition adoptant cette solution a été proposée en France, mais elle y a été rejetée : Mazeaud, *Leçons de droit civil II*, (1) (6^e éd., par F. Chabas, 1978), n° 623, note 1.

(35) Allemagne fédérale : BGB, 847 ; Suisse : *Code des obligations*, art. 47 et 49 ; Pologne : C. civ., art. 445. Le code suisse permet même de modérer les dommages-intérêts alloués en réparation d'un dommage matériel lorsque la faute commise est de peu de gravité (art. 44).

(36) Mazeaud, *Leçons de droit civil* (6^e éd., par F. Chabas, 1978) II (1), n° 423.

(37) Camerlynck (G.H.) Lyon-Caen (G.), *Droit du travail* (8^e éd., 1976), 39 : "Le rôle excessif que jouent les tribunaux en droit français contraste avec celui des commissions paritaires purement professionnelles, sans caractère juridictionnel, dans d'autres pays. Le droit français du travail souffre de rester un droit légal, interprété par les juges et prolongé

par l'action de l'Administration. Cela donne à la théorie des sources un caractère "XIXe siècle". Devraient se développer des modes de création originaux, s'insérant dans la concertation et la planification".

(38) Russell, *On the Law of Arbitration* (16th ed., 1957), ch. 9 à 11.

(39) *Eagle Star Ins. v. Yuvel Ins.* (1978) 1 Ll. L. Rep. 357, overruling *Orion Compania Espanola de Seguros v. Belfort voor Algemene Verzekeringen* (1962) 2 Ll. L. Rep. 257.

(40) Il en est ainsi en dehors du droit pénal. Dans ce dernier la tendance moderne à une individualisation de la peine manifeste au contraire la reconnaissance d'un plus grand rôle à l'équité.

(41) A Rome de même l'équité du préteur a profondément transformé le droit traditionnel (jus quirritum, jus civile).

(42) Yale (D.E.C.), Lord Nottingham's *Manuel of Chancery Practice and Prolegomena of Chancery and Equity* (1965).

(43) Jusqu'à une époque toute récente le souverain, en Ethiopie, pouvait en toutes matières réviser, en fonction d'un critère d'équité, toutes les décisions rendues en dernière instance par ses tribunaux. C'était la juridiction connue comme "shilot", dont on ne concevait pas que le souverain, en tant que tel, pût être privé.

REFLEXIONS SUR L'AVENIR DE LA NOTION DE REPRESENTATION AU LENDEMAIN DE LA LOI DU 3 JUILLET 1985

Par Olivier LALIGANT

*Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

En droit français, le droit de représentation, droit subjectif patrimonial, confère à l'auteur un pouvoir déterminé sur un acte matériel bien particulier, la représentation de son oeuvre, laquelle consiste, non pas comme l'affirmait de manière inexacte l'a. 27 de la loi du 11 mars 1957, "*dans la communication directe de l'oeuvre au public*", mais comme le dit un peu plus heureusement l'a. 27 nouveau, modifié par l'a. 9 de la loi du 3 juillet 1985, "*dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque*". En supprimant le mot "*directe*", qui rendait très imparfaitement compte de la notion de représentation, puisqu'il est des actes de représentation qui, comme la projection publique d'un film par exemple, s'analysent indiscutablement comme des communications indirectes (1), le législateur moderne a ainsi opportunément rectifié la terminologie défectueuse du texte de 1957.

Mais les innovations ne sont pas là. En ajoutant les termes "*par un procédé quelconque*", qui visent à permettre l'extension future de la notion de représentation au plan de ses procédés de réalisation, et en précisant la portée de cette expression en complétant la liste des initiatives qui peuvent, aujourd'hui, s'analyser comme des actes de représentation - à savoir pour l'essentiel, la récitation publique, l'exécution lyrique, la représentation dramatique, la présentation publique, la projection publique, la télédiffusion et la transmission dans un lieu public de l'oeuvre télédiffusée, auxquelles est assimilée par ailleurs l'émission d'une oeuvre vers un satel-

(1) Sur cette question, v. not. Henri Desbois, "Le droit d'auteur en France", 1978, Dalloz, n° 257, p. 327.

lite - le législateur moderne a en effet donné, plus heureusement encore, au texte de 1957 les adaptations que les nouvelles technologies, notamment de diffusion par satellite et de distribution par câbles, rendaient indispensables. Mais, ce faisant, il n'a pas pour autant rendu plus explicite l'objet même du droit "*improprement dénommé de représentation*", pour reprendre les propres termes d'Henri Desbois (2). De plus et surtout, par l'adjonction de l'expression "*par un procédé quelconque*" - la liste législative des procédés de représentation n'étant en effet qu'illustrative - il a introduit, comme le révèle l'examen des travaux préparatoires, un risque réel de dénaturation de la notion de représentation elle-même. Et c'est ce qu'il convient donc de vérifier en examinant successivement "*l'adaptation heureuse de la notion de représentation*" (I) et "*l'introduction malheureuse d'un risque de dénaturation*" (II).

I. L'ADAPTATION HEUREUSE DE LA NOTION DE REPRÉSENTATION

Avant de prendre la mesure de l'adaptation apportée par les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1985 à la notion de représentation, qui, vu les développements récents des techniques de diffusion, se manifeste essentiellement au plan de ses procédés de réalisation (B), il n'est pas inutile, croyons-nous, de préciser l'objet même de la notion de représentation, car le texte de l'a. 27, même dans la version qui lui a été donnée par la loi du 3 juillet 1985, reste, à cet égard, peu explicite (A).

A. L'objet de la représentation

De ce que la plupart des initiatives s'analysant comme des actes de représentation impliquent une interprétation de l'oeuvre, soit que celle-ci ait lieu en présence du public (comme c'est le cas pour la représentation publique d'une oeuvre dramatique ou d'une oeuvre lyrique), soit que celle-ci, préalablement enregistrée en studio en l'absence de tout spectateur ou de tout auditeur, demande, pour être reçue par le public, l'interposition d'un agent de diffusion matériel (comme c'est le cas pour l'audition publique d'un disque ou pour la projection publique d'un film) ou non matériel

(2) H. Desbois, op. cit., n° 256, p. 326.

(comme c'est le cas pour les émissions radiophoniques ou télévisuelles, les ondes transmettant en effet l'interprétation de l'oeuvre à travers l'espace comme les disques ou les films le transmettent à travers le temps), on pourrait être tenté de déduire, comme on l'a fait parfois, qu'il y a représentation dès que le public est appelé à percevoir l'interprétation d'une oeuvre, fut-ce par le truchement de moyens mécaniques ou autres (3). Mais il importe de ne pas se laisser prendre au piège des mots. En effet, il faut bien le comprendre, ce qui, dans toutes les hypothèses envisagées, est d'abord communiqué au public, c'est, non pas une interprétation de l'oeuvre, mais une oeuvre interprétée. D'un point de vue littéraire, cette formulation est sans doute moins heureuse, mais elle a un avantage, celui de bien souligner que l'objet de la représentation, c'est une oeuvre, fut-elle rendu accessible au public par le truchement d'une interprétation, et non une interprétation de l'oeuvre. Il y a là plus qu'une nuance, car l'interprétation n'est pas une création intellectuelle susceptible d'être protégée au titre du droit d'auteur. Elle relève en effet de la protection instituée par ce que l'on appelle les droits voisins du droit d'auteur.

Par ailleurs, il est des hypothèses où il est immédiatement évident que ce que la représentation communique au public, c'est l'oeuvre elle-même, comme c'est par exemple le cas de la projection de films dans lesquels nul interprète n'intervient, qu'il s'agisse de dessins animés, de courts métrages sur des oeuvres d'architecture, de peinture ou de sculpture.

Ainsi l'objet de la notion de représentation, au sens de l'a. 27, est-il toujours l'oeuvre elle-même, que cette oeuvre soit communiquée au public par le truchement d'interprètes ou bien par le truchement d'un agent de diffusion, matériel ou immatériel, et sans qu'il importe, en cette dernière hypothèse, de s'arrêter au fait qu'il y ait ou non intervention d'interprètes.

(3) V. à ce propos A. Françon, "La propriété littéraire et artistique", P.U.F., 2e éd., 1979, p. 65.

B. La rectification et l'actualisation de la notion de représentation au plan de ses procédés de réalisation

L'évolution des technologies exigeait une adaptation législative. Ce que traduit, notamment, dans la nouvelle rédaction de l'a. 27, la suppression de l'expression limitative "*communication directe*" et l'insertion, dans la liste des procédés de communication s'analysant comme des actes de représentation ou des actes assimilables à une représentation, de la télédiffusion et de l'émission d'une oeuvre vers un satellite.

a) Le législateur de 1985 a tout d'abord mis le texte de l'a. 27 en harmonie avec une jurisprudence déjà ancienne, celle-ci ayant à juste titre considéré comme entrant dans le domaine d'application du droit de représentation, et comme étant par conséquent subordonné à autorisation et à paiement d'une redevance, non seulement les communications où le public est appelé à recevoir directement l'oeuvre par le truchement d'interprètes présents devant lui - comme c'est le cas, par exemple, de la récitation publique (4) et de la représentation dramatique (5) d'une oeuvre littéraire dans une salle de théâtre, ou encore de l'exécution lyrique d'une oeuvre vocale (6) et la présentation publique, c'est-à-dire de l'exécution d'une oeuvre musicale instrumentale (7), dans une salle de concert - mais aussi les communications où le public est appelé à recevoir indirectement l'oeuvre, soit par le truchement de supports corporels - comme c'est par exemple le cas de l'audition publique de disques (8), qui implique l'utilisation d'enregistrements phonographiques, ou de la projection publique de films (9) qui implique l'utilisation des bandes sur lesquelles ont été fixées les séquences de l'oeuvre

(4) V. à ce propos H. Desbois, op. cit. n° 260, P. 330.

(5) V. not. à ce propos H. Desbois, op. cit., n° 258, p. 328.

(6) V. not. à ce propos H. Desbois, op. cit. n° 258, p. 328-329.

(7) V. not. à ce propos H. Desbois, op. cit., n° 259, p. 329-330.

(8) V. not. à ce propos H. Desbois, op. cit., n° 261, p. 330-331.

(9) Ibid.

cinématographique - soit par le truchement de supports incorporels - comme c'est, par exemple, le cas de la transmission par les ondes d'une oeuvre radiophonique ou télévisuelle (10).

b) Mais les véritables innovations introduites par le législateur de 1985 portent sur les dispositions relatives à la télédiffusion et à l'émission d'une oeuvre vers un satellite.

La loi nouvelle a en effet modifié de façon très heureuse la terminologie concernant la radiodiffusion, le terme couvrant en effet à la fois la radiodiffusion sonore et la télévision. Dans le texte de 1957, ces procédés de communication étaient régis par deux dispositions de l'a. 27 : celle qui visait la diffusion, par quelque procédé que ce soit, des paroles, des sons ou des images et celle qui concernait la transmission de l'oeuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut-parleur ou d'un écran de télévision placé dans un lieu public (11). En vue de couvrir par une expression unique l'ensemble des procédés de télécommunication, la loi nouvelle a créé le terme de "*télédiffusion*", défini comme "*la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature*". Cette définition, tout à fait générale, a ainsi l'avantage de couvrir aussi bien la radiodiffusion que la distribution par cables. De plus, alors que la diffusion, naguère, se limitait aux sons et aux images, la télédiffusion porte indifféremment sur des documents, données ou messages de toute nature. Pour être indispensable en raison des développements technologiques, cette extension, comme on l'a justement souligné (12),

(10) V. not. à ce propos H. Desbois, op. cit., n° 262 et s., p. 332 et s.

(11) Sur cette question, dans la perspective de l'a. 27 ancien, v. not. H. Desbois, op. cit., n° 262 à 269, p. 332 à 348 ; A. Kerever, "Les prérogatives des auteurs sur la communication publique d'émissions radiodiffusées", *Revue internationale du droit d'auteur*, juillet 1972, p. 3 à 39 ; H. Desbois et A. Françon, "Le droit d'auteur et la diffusion par fil des programmes de radio et de télévision", *Revue internationale du droit d'auteur*, octobre 1975, p. 3 à 7.

(12) Cf. D. Becourt, "Commentaire sur le projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits voisins", *La Gazette du Palais*, 29-30 mars 1985, Doctr., p. 4, et S. Bukhari, "La protection du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur : un nouveau texte", *La Vie Judiciaire*, 16-22 septembre, n° 2058.

constitue une véritable "révolution" dont la portée s'avère considérable. Par ailleurs, la loi nouvelle ajoute, bien évidemment, que constitue une représentation la transmission dans un lieu public de l'oeuvre télédiffusée. Il n'y a là en effet qu'une transposition de ce que le droit antérieur avait prévu à propos de la radiodiffusion.

Soulèvent en revanche beaucoup plus de difficultés d'interprétation et d'application les dispositions figurant à l'a. 27 nouveau, in fine, qui déclare qu'est assimilée à une représentation l'émission d'une oeuvre vers un satellite (le terme "assimilé" s'explique par le fait que cette émission n'est pas forcément suivie d'une communication au public). En effet, un satellite peut permettre soit la réception directe de cette émission par le public, soit la réception indirecte de cette émission par le public, en ce sens que la diffusion de l'oeuvre se fait d'abord par l'intermédiaire de satellites, de point en point, puis par le canal d'une organisme tiers (13). Dans le premier cas, la diffusion s'analyse incontestablement comme une représentation, et c'est donc à l'organisme émetteur à obtenir l'autorisation de représenter l'oeuvre et à rémunérer les auteurs pour cette représentation. Dans le second cas, la situation est plus complexe, et il convient de distinguer deux hypothèses : s'il n'y a pas d'organisme d'auteurs habilité à recueillir les droits afférents à la représentation, l'émission d'une oeuvre vers un satellite sera assimilée à une représentation ; en revanche, si un organisme

(13) Rappelons à ce propos les publications de fond qui parurent sur la question : A. Lokrantz-Bernitz, "Les télé-satellites et le droit d'auteur", *Revue internationale du droit d'auteur*, avril 1971, p. 69 et s. ; R. Plaisant, "Propriété intellectuelle et communication par satellites", *Revue internationale du droit d'auteur*, octobre 1971, p. 79 et s. ; J. von Ungern Sternberg, "Transmission d'émissions radiodiffusées par satellite et droit d'auteur", janvier 1973, p. 3 et s. ; E. Ulmer, "La protection des auteurs lors de la transmission par satellites des programmes de radiodiffusion", *Revue internationale du droit d'auteur*, juillet 1977, p. 5 et s. ; Ph. Gaudrat, "Les satellites de télécommunication et le droit d'auteur", Thèse, Paris, 1979 ; Ph. Gaudrat, "La protection de l'auteur lors de la retransmission spatiale de son oeuvre", *Revue internationale du droit d'auteur*, avril 1980, p. 3 et s. ; A. Kerever, "Droit d'auteur et satellites spatiaux", *Revue internationale du droit d'auteur*, juillet 1984, p. 27 et s.

d'auteurs habilité existe sur le territoire où se trouve l'organisme tiers, l'émission d'une oeuvre vers un satellite ne sera pas assimilée à une représentation, et cela pour éviter un double paiement des droits (14).

II. L'INTRODUCTION MALHEUREUSE D'UN RISQUE DE DENATURATION

L'examen des travaux préparatoires du texte de la loi du 3 juillet 1985 révèle que, dans la pensée du législateur, les termes de "*présentation publique*", qui figurent, à l'a. 27, dans la liste illustrative des actes de représentation, incluent à l'évidence l'exposition publique (A). Conception pour le moins inattendue, qui ouvre des perspectives sur lesquelles on peut s'interroger avec une certaine inquiétude (B).

A. L'assimilation des concepts de présentation publique et d'exposition publique

Pour répondre aux souhaits exprimés par certains organismes professionnels d'auteurs, le législateur, au mépris d'une interprétation traditionnellement admise et tout à fait justifiée, a en effet introduit un risque réel de dénaturation de la notion même de représentation, dont la justification pourrait, selon lui, être trouvée, dans la rédaction qu'il a donnée à l'a. 27 al. 1 nouveau.

a) Traditionnellement, nous l'avons vu, représenter c'est communiquer une oeuvre au public, soit par le truchement d'interprètes, soit par le truchement d'un procédé technique. Or, lors des travaux préparatoires du texte de la loi de 1985, M. Nestérenko, secrétaire général du Syndicat national des créateurs en arts graphiques et plastiques, a émis le souhait que le droit de représentation porte également sur l'exposition publique des oeuvres graphiques et plastiques afin que

(14) Lorsqu'il existe un organisme d'auteurs habilité, la conséquence pratique est donc que les auteurs ne pourront pas s'opposer à la diffusion de leurs oeuvres par satellite, puis par réseaux câblés. Dans les pays où la loi n'accorde qu'une rémunération forfaitaire, si minime soit-elle, ils devront s'en contenter sans pouvoir s'adresser à l'organisme injecteur ...

soient soumises à autorisation et à rémunération les très nombreuses manifestations où celles-ci sont présentées au public (15). Pour répondre à ce souhait, le Sénat, estimant à juste titre que l'expression "*présentation publique*", qui figure à l'a. 27 dans la liste des actes de représentation et qui doit être entendue, comme l'a montré Henri Desbois (16), au sens d'interprétation instrumentale d'une oeuvre de musique, l'expression étant le pendant de celle d'exécution lyrique (17), avait proposé, purement et simplement, de faire figurer expressément la notion d'exposition publique dans la liste figurant à l'a. 27 (18). Mais l'Assemblée Nationale a rejeté cet amendement au motif, ô combien singulier, qu'il s'agissait là d'un "*ajout inutile*" (19) ... Et lorsque le texte du projet de loi revint devant le Sénat, M. Jolibois, rapporteur, se consola de cette suppression en soulignant que, puisque la représentation consiste, selon le texte de l'a. 27 al. 1 nouveau, dans "*la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque*", on pouvait estimer que l'exposition publique était au fond

(15) Travaux préparatoires - Sénat : Auditions de la commission spéciale "Droits d'auteur", Doc. n° 212, tome 1, p. 107.

(16) H. Desbois, op. cit., n° 259, p. 329. V. également dans le même sens Cl. Colombet, "Propriété littéraire et artistique", Dalloz, 2e éd., 1980, n° 195, note 1, p. 177.

(17) Dans l'a. 27 ancien, la liste des initiatives s'analysant comme des actes de représentation se présentait dans l'ordre suivant : tout d'abord, récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique ; puis, diffusion par quelque procédé que ce soit, des paroles, des sons et des images, projection publique, transmission de l'oeuvre radiodiffusée par le moyen d'un haut parleur et éventuellement d'un écran de radio télévision placé dans un lieu public.

(18) Travaux préparatoires. - Sénat : Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission spéciale, Doc. n° 212, tome II, article 8, La notion de représentation, paragraphe III : La position de la Commission spéciale du Sénat, p. 38-39 et paragraphe IV : Amendements, p. 41.

(19) Travaux préparatoires. - Assemblée nationale : Rapport de M. Alain Richard, au nom de la commission des lois, Doc. n° 2682, article 8, La notion de représentation, p. 10.

couverte par le dispositif (20). Et d'ailleurs, le 21 juin 1985, lors du rapport fait par M. Jolibois au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion, ce dernier souligna à nouveau que la commission avait adopté la rédaction de l'Assemblée Nationale "*après avoir précisé que la notion de présentation au public incluait sans doute possible celle d'exposition publique*" (21).

b) Sans préjuger de la jurisprudence future - et on peut rester songeur sur l'urgence de la réforme demandée par le Syndicat national des créateurs en arts graphiques et plastiques, lorsque l'on sait que, curieusement, il n'y a eu aucune jurisprudence sur cette question depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 1957 - une telle interprétation de la rédaction que la loi du 3 juillet 1985 a donnée à l'a. 27 nous paraît on ne peut plus condamnable, et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, elle ne peut s'appuyer sur aucune solution jurisprudentielle, antérieure ou postérieure à la mise en vigueur de la loi du 11 mars 1957. Ensuite, elle ne peut pas non plus s'appuyer sur le texte même de l'a. 27 ancien, car, pour mal rédigé qu'il soit à certains égards, tous ses autres éléments n'ont qu'un seul et unique but : réaliser la codification des solutions jurisprudentielles (22). Elle ne peut pas, enfin, s'appuyer sur la doctrine, car ses représentants les plus avisés, Henri Desbois et le Doyen Strömholm notamment, avaient déjà envisagé et rejeté une telle interprétation comme une "*innovation radicale*" (23) aussi "*surprenante*" (24)

(20) Travaux préparatoires. - Sénat : Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission spéciale, sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, Doc. n° 350, article 8, La notion de représentation, p. 13.

(21) Travaux préparatoires. - Sénat : Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission mixte paritaire, Doc. n° 410, p. 4.

(22) V. not. à ce propos H. Desbois, op. cit., n° 259, p. 329.

(23) Stig Strömholm, "Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur : étude de droit comparé", Revue "Le droit d'auteur", 1967, p. 279.

(24) H. Desbois, op. cit., n° 259, p. 329. V. également dans le même sens Cl. Colombet, op. cit., n° 195, note 1, p. 177.

qu' "imprévue" (25).

À ces observations, on peut évidemment répondre qu'il est précisément toujours temps d'innover... Sans doute, mais encore faut-il en mesurer les conséquences et, également, que le texte de l'a. 27 nouveau le permette réellement... Or proposer une telle interprétation c'est oublier que l'exposition publique est traditionnellement couverte, en droit français, par un autre droit subjectif patrimonial : la propriété corporelle de l'oeuvre (26). Et cela fort logiquement, car l'exposition publique, c'est la présentation au public de l'objet matériel sur lequel l'oeuvre se trouve fixée, sans pour cela que soit utilisé un procédé technique de communication. Et un démembrement de la propriété corporelle de l'oeuvre ne pourrait être réalisé que par une disposition législative expresse, dépourvue de toute ambiguïté. Au demeurant, un tel démembrement soulèverait plus de questions qu'il n'en résoudrait. En effet, s'il en était ainsi, la conséquence en serait que lorsqu'un peintre ou un sculpteur, par exemple, céderait la propriété corporelle de l'une de ses oeuvres, il conserverait en vertu du droit de représentation qui resterait entre ses mains le droit de l'exposer publiquement, et il pourrait donc contraindre son propriétaire à la lui remettre pour toutes les expositions publiques où il jugerait bon qu'elle figurât. Et, à l'inverse, le propriétaire (simple particulier ou musée national) de ladite oeuvre ne pourrait la prêter pour une exposition publique sans avoir au préalable obtenu l'autorisation de l'auteur et, sans doute, lui avoir versé une redevance. Il n'est pas sûr que le marché de l'art y gagnerait... Heureusement le texte de l'a. 27, même dans la rédaction qui lui a été donnée par la loi du 3 juillet 1985, n'autorise nullement, selon nous, une telle interprétation, en totale contradiction avec la cohérence interne qui a toujours été la sienne. En effet, tous ses éléments, aujourd'hui

(25) S. Strömholm, art. préc., p. 279.

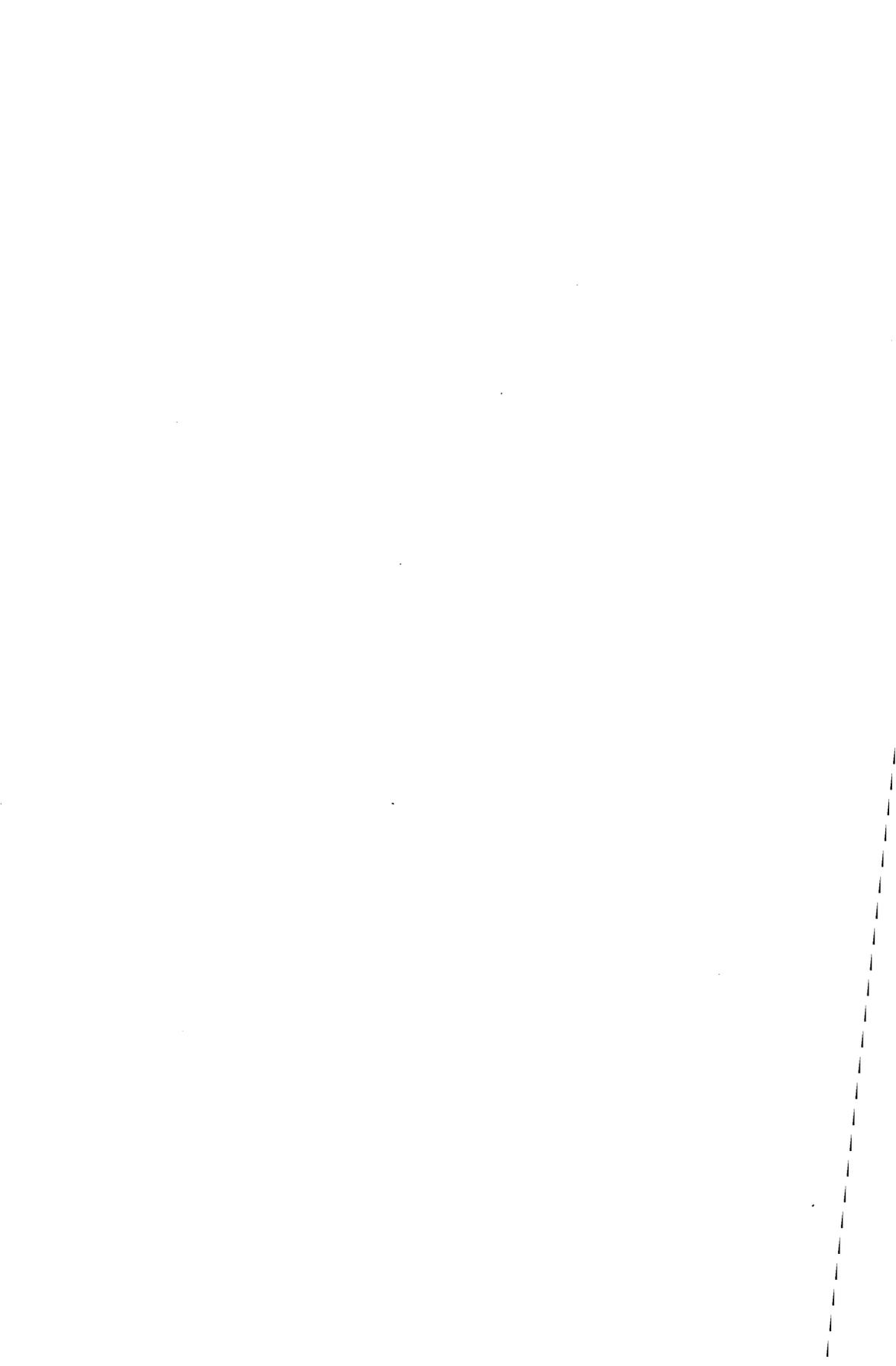
(26) V. not. en ce sens S. Strömholm, "Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave", vol. II, t. 1, 1967, Stockholm, P.A. Norstedt et Söners Forlag, p. 44-45, 48, 51 à 53, 239-240, 327, 536 ; O. Laligant, "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", L.G.D.J., 1983, n° 36, P. 99 à 103, n° 75 à 77, p. 231 à 252, n° 83 à 96, p. 260 à 338, n° 121-122, p. 410 à 417, n° 242 à 245, p. 615 à 621.

comme hier, n'ont d'autre fin que de donner la liste des initiatives qui peuvent s'analyser comme des représentations et dont il est deux sortes : celles qui tendent à communiquer au public une oeuvre par le truchement d'interprètes et celles qui tendent à communiquer au public une oeuvre par le truchement d'un procédé technique... Et l'exposition publique n'entrant dans aucune des deux, vouloir à tout prix y voir une représentation n'engendrerait qu'une dénaturation de la notion de représentation elle-même, car ce qui caractérise ce mode de communication c'est qu'il ne permet qu'un contact éphémère avec l'oeuvre (à la différence de la reproduction) et qu'en même temps il n'y a jamais contact qu'avec une partie de l'oeuvre - la scène ou la séquence que l'on regarde, le passage que l'on écoute - et non avec l'oeuvre dans son intégralité (à la différence de l'exposition).

B. Perspectives

Face à ce risque de dénaturation, souhaitons que la jurisprudence, ignorant les travaux préparatoires, sache ainsi conserver leur spécificité aux trois modes de communication par lesquels un auteur peut porter son oeuvre à la connaissance du public : la reproduction, dont il existe de multiples procédés, qui permet de communiquer au public des exemplaires de l'oeuvre ; la représentation, qui permet de communiquer l'oeuvre au public, soit par le truchement d'interprètes, soit par le truchement de procédés techniques ; l'exposition, qui permet de communiquer l'oeuvre au public par un seul procédé et non technique : la mise à vue. Modes de communication qui, en droit français, correspondent d'ailleurs aux trois droits subjectifs patrimoniaux dont une oeuvre peut être l'objet : les deux attributs du monopole d'exploitation de l'oeuvre et la propriété corporelle de celle-ci.

Quant à reconnaître aux auteurs d'oeuvres graphiques et plastiques un droit en vertu duquel les expositions publiques et leurs oeuvres seraient soumises à leur consentement et à versement d'une redevance, il faudrait que le législateur le forge de toutes pièces, et cela en établissant un rapport entre cet attribut et le droit de suite, c'est-à-dire dans le contexte d'une réglementation spécifique propre à la propriété corporelle de celle-ci.



LES CODIFICATIONS EN LOUISIANE

Par Alain LEVASSEUR

*Professeur à l'Université de Bâton Rouge
(Louisiane - U.S.A.)*

CHAPITRE PREMIER

LES GRANDES ETAPES DE L'HISTOIRE DU DROIT DE LA LOUISIANE

SECTION I. PERIODE FRANCAISE

Si l'année 1682 marque le début de la présence officielle de la France sur cet immense territoire qui reliait le Golfe du Mexique aux grands lacs du nord des Etats-Unis, par la revendication qu'en fit René Cavalier Sieur de La Salle au nom du roi Louis XIV, ce n'est cependant que vers 1699, après la paix de Riswick, que ce territoire devait véritablement connaître le prélude de sa colonisation et de son développement.

C'est à cette époque, en effet, que le premier établissement français sur la côte du Golfe, symbolisant la prise de possession physique du territoire, fut créé par le Sieur Iberville à Biloxi. Ce symbole consistait simplement en un avant poste militaire que d'autres postes, établis le long du fleuve Mississippi, devaient ultérieurement relier jusqu'au nord du pays. Un édit royal du 14 septembre 1712 transféra l'exploitation économique et commerciale de la colonie à Antoine Crozat, en même temps que, d'un point de vue juridique, il plaçait la Louisiane sous l'empire de la coutume de Paris. L'administration de cette coutume, le premier système juridique de la Louisiane, fut confiée à cette époque à un Conseil Supérieur dont la composition et les pouvoirs étaient détaillés dans des lettres patentes datées du 18 décembre 1717. Le 10 septembre 1716 un édit royal rend ce Conseil "*perpétuel et irrévocable, à l'instar de ceux des autres colonies*" (3). En août 1717, la colonie fut transférée à la Compagnie des Indes Occidentales et en août-septembre 1719 un nouvel édit royal et des lettres patentes (4) confirmaient l'existence du Conseil

Supérieur, étendaient ses pouvoirs et en faisaient une institution juridique qui devait demeurer jusqu'au terme de la première phase de la présence française en Louisiane, en 1763.

Le Conseil Supérieur, juge en dernier ressort, était composé d'une majorité de membres non-juristes, les représentants de la Compagnie. Le Conseil avait compétence tant au civil qu'au criminel appliquant en ces domaines l'ordonnance civile de 1667 et l'ordonnance criminelle de 1670, et il jugeait selon les règles de procédure alors en vigueur au Châtelet de Paris. Au niveau des petites localités, les commandants militaires faisaient fonction de juges de paix mais référaient toute affaire un peu importante au Conseil Supérieur. En 1725 un édit royal créa un tribunal spécial pour la Nouvelle Orléans dans le but d'alléger la tâche du Conseil Supérieur et de tenir compte de la nécessité de rendre rapidement la justice dans certaines affaires (5).

A la suite de difficultés économiques et financières la Compagnie des Indes abandonna, en 1731, l'administration de la colonie à la couronne. Pendant les quelque trente ans qui s'écouleront de 1731 à 1762 peu de changements eurent lieu dans le gouvernement général de la Louisiane si ce n'est que les officiers de la couronne remplacèrent les représentants de la Compagnie des Indes dans leurs fonctions.

Le 3 novembre 1762, par le traité de Fontainebleau, le roi de France cédait à son cousin le roi d'Espagne, le territoire de la Louisiane. Cette "*donation*" devait rester un secret entre les deux souverains jusqu'à l'annonce officielle qui en fut faite par le traité de Paris du 10 février 1763 (6). Le commandant militaire français, M. d'Abbadie, était instruit par une lettre du roi Louis XV, datée du 21 avril 1764 (7), d'effectuer la passation des pouvoirs lorsque les représentants de la couronne espagnole arriveraient en Louisiane. La publication de cette nouvelle plongea les habitants français du territoire dans un état de stupeur profonde, et leur consternation fut grande (8). Objets d'un marchandage entre la France, l'Angleterre et l'Espagne ils se demandaient avec appréhension ce qu'il allait advenir de leur forme de gouvernement, de leurs lois et de leurs coutumes. Or c'est précisément à cette époque là que la colonie française du territoire vit ses rangs grossir de façon inattendue par suite de l'émigration forcée de plusieurs centaines d'Acadiens chassés de leur province de Nova Scotia ou Acadie par les troupes anglaises. Cette addition de sang nouveau et le fait que les mois de l'année 1765 s'écoulaient sans qu'aucun gouver-

neur espagnol n'ait encore pris possession du territoire, firent espérer à la population francophone locale que le traité de cession à l'Espagne ne serait pas mis à exécution. Mais, le 5 mars 1766, Don Antonio de Ulloa arrivait en Louisiane pour en prendre possession au nom du roi d'Espagne. Il fut reçu de façon respectueuse mais, derrière ce respect, se cachaient la défiance voire l'hostilité de la population. Ulloa, conscient de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait de prendre immédiatement et effectivement les rênes du pouvoir, décida de laisser en place, au moins temporairement, les institutions qu'il avait trouvées et de se concilier les bons services du commandant militaire français Aubry qui venait de succéder à d'Abbadie décédé quelques mois auparavant. Ainsi, Ulloa gouvernait et Aubry exécutait : le second était devenu la main du premier. Cependant le Conseil Supérieur, dont Ulloa refusait de reconnaître l'existence en tant qu'organe représentatif du précédent gouvernement colonial sauf en sa qualité de tribunal, tira de sa mise à l'écart et de l'humiliation ressentie par ses membres un important pouvoir politique.

Tout naturellement, la population locale hostile au changement de gouvernement plaça sa confiance dans le Conseil Supérieur plutôt que dans Aubry qu'elle soupçonnait d'être devenu un agent de la couronne espagnole. Ces soupçons, que de nombreux événements devaient justifier, étaient fondés sur la désobéissance manifeste d'Aubry aux instructions qui avaient été données à son prédécesseur d'Abbadie par le Roi de France le 21 avril 1764 (9). Cette hostilité tangible et ouverte d'une grande partie de la population créole avait pour cause profonde la crainte ressentie à l'égard du régime espagnol d'administration des colonies que beaucoup associaient à une annihilation totale des droits de la personne et de la propriété des colonisés. Le conflit entre les parties de cette coexistence forcée devait atteindre son paroxysme en octobre 1768 sous la forme d'une décision du Conseil Supérieur d'expulser Ulloa de Louisiane (10). Quelque six cents planteurs et marchands ayant adressé au Conseil Supérieur une pétition demandant d'une part que certains droits et certaines libertés leur soient rendus, et, d'autre part, qu'Ulloa et tous les officiers espagnols soient expulsés, Lafrenière, avocat général près le Conseil Supérieur et orateur de grand talent, accusa les autorités espagnoles, et Ulloa en particulier, d'avoir violé et l'esprit et la lettre du traité de cession de la Louisiane par la France à l'Espagne, d'avoir porté atteinte aux droits, coutumes et privilèges des habitants, en un mot, d'avoir usurpé le pouvoir et de se conduire en despote. Le 29 octobre 1768, le Conseil Supérieur, malgré les véhémentes protestations d'Aubry, ordonnait l'expulsion d'Ulloa

qui quitta la Louisiane dans les premiers jours d'octobre.

Cette révolution ne fut en fait qu'une révolte de quelques-uns qui devaient bientôt payer très cher, certains de leur vie, leur insolente conduite vis-à-vis de la couronne espagnole. Fort du consentement de la France et de la détermination du duc de Choiseul de respecter les clauses du traité de cession, le gouvernement espagnol décida d'utiliser la force pour soumettre la colonie et chargea le général Alexander O'Reilly de cette mission. Le 18 août 1769 le nouveau gouverneur espagnol débarquait à la Nouvelle Orléans à la tête d'une cohorte d'officiels et d'une importante armée. Le 21, le général O'Reilly faisait arrêter les auteurs de l'insurrection d'octobre 1768 et les déférait devant un tribunal (11). Une fois l'ordre rétabli et son pouvoir bien assuré, O'Reilly entreprenait une réforme profonde des structures militaire, administrative, financière et judiciaire de la colonie conformément aux instructions qui lui avaient été données par la commission dont il était porteur (12).

Cette période de l'histoire politique et juridique de la Louisiane a été résumée en ces termes par le Baron Pierre de Coubertin :

"Quoique, d'ailleurs, on affectât de nier à Madrid que l'attachement pour la nation française et pour le souverain eut été la cause du crime et que même on y considérât comme pleinement prouvé que la patrie et le souverain étaient des objets très indifférents pour tous les chefs du soulèvement, le gouvernement espagnol n'essaya pas de s'en autoriser pour entreprendre l'hispanisation de la Louisiane. O'Reilly paraît avoir mesuré d'un coup d'oeil l'impossibilité d'en venir à bout, car il posa les bases d'un régime qui ne devait avoir d'espagnol que le titre et qui, pour le reste, demeurerait entièrement français..." (13)

Les dernières lignes de cet extrait de *"l'Amérique Française et le Centenaire de la Louisiane"* sont l'expression d'une opinion partagée par quelques-uns mais critiquée par d'autres sur l'étendue et la profondeur des réformes, juridiques en particulier, entreprises par O'Reilly à l'aube de la période espagnole de la colonisation de la Louisiane.

SECTION II. PERIODE ESPAGNOLE

Notre but n'est pas d'analyser ici les différentes opinions exprimées (14) - souvent d'un point de vue très partisan - sur l'étendue des réformes juridiques entreprises par O'Reilly et surtout sur l'abolition, réelle ou théorique, de la Coutume et Paris et de son remplacement par le droit de *"la Recopilacion de las Indias"*. L'objectif recherché ici consiste simplement à tenter de rapporter et de présenter aussi impartialement que possible les aspects essentiels de l'administration juridique de la colonie sous le régime espagnol.

Une des premières réformes opérées par O'Reilly dans la perspective de bien asseoir son autorité, fut de sévir contre le Conseil Supérieur qui avait été la source de tant de difficultés pour l'ancien gouverneur Ulloa et le fomentateur du soulèvement d'octobre 1768 contre la couronne espagnole.

Le 25 novembre 1769, O'Reilly fit publier une proclamation qui définissait la nouvelle forme de gouvernement de la colonie :

"il est indispensable d'abolir ledit Conseil et d'établir à sa place cette forme de gouvernement politique et d'administration de la justice prescrites par nos sages lois... ; nous créons un conseil de ville ou cabildo pour l'administration de la justice et le maintien de l'ordre dans cette ville... Considérant qu'il y a pénurie d'avocats dans ce pays et considérant que le fait que ses nouveaux sujets n'ont qu'une petite connaissance des lois espagnoles, ce qui pourrait rendre difficile leur stricte obéissance et considérant que tout abus est contraire aux intentions de Sa Majesté, nous avons pensé qu'il serait utile et même nécessaire de faire un résumé ou règlement à partir desdites lois... jusqu'à ce qu'une meilleure connaissance de la langue espagnole puisse permettre à tous par la lecture des lois ci-dessus, d'en approfondir sa connaissance dans les détails ..." (15)

Le même jour, Don Alexander O'Reilly publiait une série d'instructions portant sur la procédure des procès civils et criminels *"conformément aux lois de la Nueva Recopilacion de Castilla et la Recopilacion de las Indias..."* (16). Quant au droit applicable non plus à la forme mais au fond des procès, O'Reilly, qui avait reçu pleins pouvoirs d'agir en fonction des circonstances (17), fit savoir au Conseil des Indes qu'il estimait nécessaire que *"cette Province soit gouvernée par les mêmes lois que celles qui sont en vigueur dans les autres colonies de sa Majesté en Amé-*

que et que tout soit rédigé en espagnol ; ainsi il sera facile de faire appel aux tribunaux supérieurs... Sinon le Roi serait dans l'obligation de créer de nouveaux tribunaux composés de juges versés dans la connaissance de différents droits et dans les langues étrangères..." (18). Toutes les mesures suggérées par O'Reilly reçurent l'approbation formelle du roi d'Espagne le 27 janvier 1770 (19).

Ces documents, dont l'authenticité n'est contestée par personne, établissent de façon très claire, et absolue à notre avis, qu'O'Reilly avait reçu les pouvoirs de procéder à toutes les réformes qu'il jugerait appropriées pour assurer la bonne administration du territoire placé sous son autorité. Mais affirmer qu'O'Reilly avait le pouvoir d'abolir le gouvernement de la Coutume de Paris pour y substituer celui de "*la Recopilacion de las Indias*" et autres sources du droit espagnol, n'entraîne pas nécessairement la conclusion qu'il fit effectivement usage de ce pouvoir. Néanmoins on peut se demander pourquoi un "*militaire*" demanderait des pouvoirs à ses supérieurs si ce n'était pour s'en servir au mieux des intérêts de la cause dont il était le défenseur, pourquoi O'Reilly se serait donné tant de mal pour exposer les raisons de sa requête au roi d'Espagne si ce n'est parce qu'il avait mesuré tous les avantages qu'en retirerait son administration. Le libellé même des dernières phrases du préambule de la proclamation du 25 novembre 1769 est une indication, d'une part du tact avec lequel O'Reilly entendait introduire un changement dans le système juridique de la Louisiane en se refusant à brusquer les choses, en procédant d'abord à l'aide d'un "*précis*" des lois espagnoles que tous pourraient comprendre (20) et, d'autre part, de la détermination avec laquelle il voulait procéder à cette réforme en s'adressant aux habitants dans la langue française, les privant ainsi de toute excuse d'ignorance de la langue espagnole (21). Finalement "*le temps apporta avec lui la familiarité (avec le droit espagnol) et avant la fin de la première décennie, les habitants français et le système juridique espagnol étaient devenus amis, la population commençait à comprendre et à tirer profit des lois des Indes et des lois d'Espagne, trouvant qu'après tout il n'y avait pas de différence fondamentale, ou, en tout cas, que la différence n'était pas telle qu'elle pouvait justifier leur réaction première de dégoût à l'égard du changement de gouvernement et de système*" (22).

Les divers gouverneurs qui succédèrent à O'Reilly à partir de 1772 (23), ne semblent pas avoir apporté de réformes majeures au système juridique introduit par O'Reilly en 1769, ce qui peut laisser entendre que la population locale s'était finalement accommodée des lois espagnoles.

Mais l'histoire du droit de la Louisiane ne devait pas s'arrêter là. Pendant les quelques mois qui constituèrent la jonction des deux siècles, ses habitants ont pu croire un moment que leurs espoirs longtemps déçus, leurs vœux longtemps ignorés, allaient enfin se réaliser : Bonaparte semblait vouloir intégrer la Louisiane dans l'empire qu'il commençait à construire.

SECTION III. PERIODE DE TRANSITION : OÙ IRA LA LOUISIANE

D'après toutes les informations qu'il avait pu obtenir, en particulier sur la base d'un rapport très complet et fort convaincant établi par M. de Pontalba, un résident de longue date de Louisiane (24), Bonaparte devait conclure que la réintégration à la France de ce territoire qui occupait une position stratégique sur le vaste continent américain, pourrait contribuer très efficacement à l'expansion de l'industrie et du commerce français. Aussi le 1er octobre 1800, par le traité de St. Ildephonso, l'Espagne consentait-elle à rétrocéder la Louisiane à la France dans la délimitation territoriale qui était la sienne lors de la signature du traité de Fontainebleau en novembre 1762. En contrepartie de cette rétrocession, Bonaparte octroyait le duché de Toscane au duc de Parme qui était le gendre du roi d'Espagne. Cependant, comme il avait été convenu entre la France et l'Espagne que ce traité de St. Ildephonso resterait secret aussi longtemps que l'Angleterre et la France seraient en guerre de peur que l'Angleterre, maîtresse des mers, ne s'empare du territoire, le gouvernement espagnol dépêcha un nouveau gouverneur, Don Jan Manuel de Salcedo, en Louisiane en juin 1801.

L'importance politique et stratégique des dispositions du traité de St. Ildephonso ne pouvait rester secrète bien longtemps. Très vite l'ambassadeur des Etats-Unis à Londres (25) apprit la nouvelle et en informa son gouvernement en mars 1801. Conscient de la place unique que représentait le port de la Nouvelle Orléans en relation avec la grande artère fluviale qu'était le Mississippi, le gouvernement américain fut quelque peu alarmé par cette nouvelle et s'empressa de dépêcher Robert Livingston auprès des autorités françaises avec mission de dissuader la France et l'Espagne de donner suite à leur projet et de considérer, par contre, une offre d'achat du territoire par les Etats-Unis. Les négociations entre les gouvernements français et américain durèrent plus de deux ans et ne purent empêcher, au moins temporairement, la rétrocession officielle de la Louisiane par l'Espagne à la France.

Le gouvernement français devait nommer Pierre Clément de Laussat, Préfet Colonial de la Louisiane. Parmi les multiples préoccupations qui devaient spécialement attirer l'attention de Laussat, il en est une qui nous intéresse plus particulièrement puisqu'elle se rapporte aux pouvoirs qui lui avaient été conférés, à lui-même ainsi qu'au Commissaire de Justice Aymé, d'effectuer des réformes dans le système juridique de la Louisiane. L'importance de cette question ne saurait être sous-estimée car elle est intimement liée, pour ne pas dire essentielle, à la controverse qui est née en Louisiane il y a quelques années au sujet de la nature et de l'étendue des pouvoirs de Laussat de modifier le système juridique instauré par O'Reilly ainsi que de l'usage que le Préfet Colonial fit de ses pouvoirs. Quelques documents officiels antérieurs au départ de Laussat pour la Louisiane nous permettent de prendre connaissance des problèmes auxquels les nouveaux administrateurs français allaient être confrontés.

Dans un rapport (26) en date du 8 fructidor an 10 (août 1802) Laussat écrivait ceci au Ministre de la Marine :

CHAPITRE 3 ORGANISATION JUDICIAIRE

Avant d'établir l'organisation judiciaire qui convient à la Louisiane je pense qu'il faut avoir été sur les lieux.

Néanmoins, on voit aisément qu'il y a peu de procès dans un pays où les habitants vivent à de grandes distances les uns des autres et dont les propriétés n'ont pas pour ainsi dire de voisins.

La Nouvelle Orléans presque seule est dans une position différente : mais c'est surtout par son commerce qu'elle a de la population et qu'elle est le théâtre de beaucoup de transactions ; aussi sera-ce un bienfait très salutaire que d'y établir très promptement un tribunal de commerce sur le pied de ceux qui existent dans nos places de commerce.

Sous le gouvernement espagnol, la partie civile et criminelle est exercée à la Nouvelle Orléans par le gouverneur assisté de deux assesseurs. Il y a appel de ses jugements d'abord au Conseil Supérieur de la Havanne, et enfin au Conseil de Madrid.

Le Conseil Municipal (Cabildo) juge les causes sommaires et au-dessous de 1650 francs ; il est, dans ces sortes de jugements, présidé par le gouverneur et assisté par un gradué à titre d'auditeur.

On voit que, tel étant l'état des choses, ce qu'on peut faire de mieux est de suspendre tout plan d'ordre judiciaire pour ce pais là, et de se contenter d'y envoyer le Commis-

saire de Justice avec des instructions adaptées à ces notions locales.

Laussat

De son côté, le Commissaire de Justice sollicitait les instructions du Ministre de la Marine dans un rapport (27) du 29 brumaire an 11 (novembre 1802) :

RAPPORT

Le Commissaire de Justice Aymé, par sa lettre du 17 Brumaire, demande au Ministre des Instructions sur l'organisation judiciaire et sur la législation de la Louisiane.

Il observe, au sujet de l'organisation actuelle et pour en montrer l'incompatibilité avec nos lois, "que c'est tantôt le gouverneur général officier essentiellement militaire qui juge soit au civil soit au criminel et tantôt un Alcade ; que la décision n'émane presque jamais que d'un seul juge ; qu'enfin les jugements sont portés par appel à la Havane et que ceux rendus par ce second tribunal vont en dernier ressort au Conseil de Castille".

Dans l'intention de présenter aux justiciables plus de motifs de confiance sans les exposer aux mêmes lenteurs, il propose comme meilleur mode d'organisation judiciaire pour la Louisiane :

1. Un Tribunal d'Appel séant à la Nouvelle Orléans qui jugeât en dernier ressort tant au civil qu'au criminel et ne put juger qu'au nombre de sept juges. Ce Tribunal serait composé d'un Président, de six juges, d'un commissaire du gouvernement, d'un greffier et de deux suppléants.

2. Deux Tribunaux de première instance, l'un à la Nouvelle-Orléans, l'autre au siège de la Sous-Préfecture lesquels seront en même temps Tribunaux Civils, de Commerce et de l'Amirauté. Ils jugeraient en dernier ressort jusqu'à la concurrence de 2000. Ils seraient composés chacun d'un Président, de deux juges, d'un commissaire du gouvernement, d'un greffier et de deux suppléants. Ils ne pourraient juger qu'au nombre de trois juges.

Le Commissaire de Justice s'abstient de prononcer sur ces deux questions savoir :

1) Si le recours sera admis au criminel.

2) S'il convient de renvoyer pour le recours en cassation, en matière civile, devant le Tribunal de Cassation, ou devant le Tribunal d'Appel de la Colonie française la plus voisine qui en ferait fonction.

En considérant que la population de la Louisiane est d'origine française, qu'on y parle notre langue et que son

régime a été longtemps le même que celui de nos colonies, il pense que le gouvernement trouvera convenable d'ordonner que la justice y soit rendue tant au civil qu'au criminel, suivant les formes de procéder, Règlements et Tarifs qui étaient observés en 1789 dans les possessions rendues à la France par le traité d'Amiens..."

En ce même 29 Brumaire an 11, le Ministre de la Marine et des Colonies, Decrès, adressait les instructions suivantes au Commissaire de Justice de la Louisiane (28) :

"Je réponds, citoyen, à vos deux lettres des 16 Vre et 17 de ce mois par lesquelles vous demandez des instructions sur l'organisation judiciaire, sur la législation de la Louisiane et présentez des bases relatives à l'administration de la justice dans cette colonie.

L'intention du gouvernement n'est point de régler, en ce moment, ce qui concerne les tribunaux et les formes de procéder à la Louisiane. Il attendra, pour s'en occuper, les propositions que vous lui soumettrez, à cet égard, sous les rapports combinés du plus grand intérêt des justiciables, des localités, de la législation de la métropole et de celle de ses colonies ; après en avoir mûrement conféré avec le Capitaine Général et le Préfet Colonial, dans des assemblées communes à la forme prescrite par le règlement de l'organisation des pouvoirs respectifs. Vous devrez même, auparavant, vous entourer consultativement de toutes les lumières que vous pourrez recueillir des principaux habitants et officiers publics du pays.

Le recours par voie d'appel, ne pouvant plus avoir lieu à la Havane, ni au Conseil de Castille, vous attribuerez ces recours, de concert avec les deux autres premières autorités, à celui ou à ceux des Tribunaux existans, que vous jugerez devoir déterminer, en évitant néanmoins une composition trop nombreuse et par conséquent trop onéreuse aux finances de l'état.

Quant au pourvoi en cassation, il aura lieu, comme dans toutes nos autres colonies, au Tribunal créé à cet effet en France, dans les délais que la distance des lieux vous paraîtra devoir comporter. J'ignore si le gouvernement ne changera pas cet ordre de choses par la suite, en attribuant compétence de cassation ou de révision soit d'Isle à Isle, soit de continent à l'Isle la plus voisine ; mais quant à présent, son intention est de ne rien ôter à l'universalité des pouvoirs du Tribunal de Paris.

Ainsi, jusqu'à ce que les Consuls de la République ayant fixé l'organisation judiciaire de la Louisiane, celle qui subsiste aujourd'hui sera maintenue, sauf les modifications provisoires que l'administration locale aurait jugées être indis-

pensables et ne pouvoir souffrir de retard. Néanmoins, en votre qualité personnelle et en vertu de vos attributions, vous jugerez seul ou en concurrence avec d'autres juges, et comme leur Président, dans tous les cas où le Gouverneur Général jugeait seul ou en concurrence.

Ces explications me paraissent résoudre vos objections contre la conservation temporaire du régime espagnol, sur le fait de la justice.

Decrès

Cette lettre du Ministre de la Marine et des Colonies est importante de deux points de vue : elle insiste, d'une part, sur le fait que le gouvernement français n'entendait pas procéder à des réformes hâtives et mal pensées, que ces réformes ne pourraient être introduites qu'après que le commissaire de justice, au terme d'une étude approfondie sur place, aurait fait un rapport aux Consuls de la République sur les modifications qu'il conviendrait d'apporter à l'administration de la Justice en Louisiane ; cette lettre, d'autre part, indique très clairement que la Louisiane conserverait, jusqu'à "nouvel ordre, le régime espagnol, sur le fait de la justice". Il ressort de ces deux constatations qu'O'Reilly et ses successeurs avaient bien transposé en Louisiane un régime de droit espagnol. Cette observation est d'ailleurs confirmée par un document (29) du 8 frimaire an 11 (novembre 1802) portant :

INSTRUCTION pour le Capitaine Général de la Louisiane.

La Louisiane qui est rétrocédée à la France par l'article 3 du Traité conclu à St. Ildephonso entre la Cour de Madrid et la République française...

La Louisiane doit être ici considérée surtout sous le rapport de la Justice, des finances...

JUSTICE

L'ordre judiciaire paraît avoir été réglé jusqu'à ce jour fort simplement, mais arbitrairement, sous le gouvernement espagnol.

Cet ordre de choses va prendre un caractère respectable par les travaux et la surveillance du Commissaire de Justice nommé par le Premier Consul.

Son premier soin devra être de considérer ce qui doit être maintenu dans l'organisation actuelle des Tribunaux de la Louisiane, dans la forme des procédures et la composition des juges.

Nul doute que l'ordre judiciaire de cette colonie ne doive être rapproché de ce qui a lieu dans tous les pays

soumis aux lois de la République, mais tout mouvement subit à ses inconvénients. On ne peut d'ailleurs se dissimuler que des habitans épars sur une grande étendue de territoire, séparés les uns des autres par de grandes distances, n'ayant que de faibles complications d'intérêts, n'ont pas besoin de la multiplicité des tribunaux et des formes judiciaires qu'exige une population nombreuse et réunie dans un petit espace.

Les fonctions du Commissaire de Justice se borneront donc, à son arrivée, à remplir les fonctions de la première autorité judiciaire dans la colonie par quelques personnes qu'elles ayent été exercées précédemment, et il entrera dans la plénitude des attributions du Titre Trois de l'arrêté du 24 fructidor.

Il rédigera un **plan d'ordre judiciaire** adapté à la colonie et il le fera parvenir sans délai au Ministre, pour être soumis aux Consuls.

Il enverra en même temps ses propositions pour la nomination des juges ; et jusqu'à ce qu'il ait reçu la décision du gouvernement les tribunaux actuels de la Louisiane continueront à avoir leur cours...

Le Ministre de la Marine et des Colonies
Decrès

Cette "Instruction" du Ministre Decrès délimite très étroitement le cadre des pouvoirs de réforme conférés aux futurs administrateurs français de la colonie : il leur est ordonné de ne procéder à des changements mesurés que dans l'organisation des tribunaux et la procédure judiciaire. Aucune mention n'est faite de réformer également le fond du droit et, même du point de vue de la procédure, un avertissement de modération est adressé au Capitaine Général, "tout mouvement subit à ses inconvénients".

Le 26 mars 1803 Laussat arrivait à la Nouvelle Orléans et le 4 prairial an 11 (24 mai 1803) il écrivait "Au citoyen Decrès, Ministre de la Marine et des Colonies :

Citoyen Ministre,

Par vos **instructions**, vous avez voulu qu'en ce qui est de l'ordre Judiciaire, les choses restassent provisoirement ici dans l'état où elles sont, en un mot, selon vos propres expressions, que **les Tribunaux actuels de la Louisiane** continuassent à avoir leur cours. Je suis ici depuis deux mois : j'ai écouté et observé ; il est de mon devoir d'avertir votre Excellence que, plutôt au contraire ce cours cessera, plutôt nous opérerons un grand bien, un bien essentiel après lequel toute la Colonie soupire ; car, vous le dirai-je Citoyen Ministre ? Il n'y a pas de Tribunaux à la Louisiane, il n'y

en a même pas l'ombre.

Voici comment l'ordre judiciaire s'y exerce ; c'est pis qu'en Turquie. Les jugements de toute espèce, dans le sein de la Colonie, se rendent au nom du gouverneur, excepté en matière fiscale où l'intendant est arbitre souverain. Le gouverneur ne donne son nom que pour la forme ; sa signature est un acte passif auquel est attaché un salaire, qui forme l'une des branches du revenu de sa place.

Mais à côté du gouverneur est ce qu'ils appellent **un auditeur de Guerre, un Lieutenant du Gouverneur** ; il est gradué ; rien de ce qui est de la compétence du gouverneur, hors du militaire ne peut recevoir de décision qu'après qu'il a donné son avis.

Il est d'ailleurs seul juge en fait de justice tant au civil qu'au criminel. Des assesseurs ne lui sont même pas adjoints ; ce qu'un juge de paix en France ne peut se permettre pour une valeur de 100 £ est permis à l'auditeur de la Nouvelle Orléans pour quelle valeur que ce soit.

Aussi ses sentences n'inspirent-elles ni respect ni confiance ; fondés ou non, les soupçons les plus honteux manquent rarement de les accueillir...

La voie d'appel à Cuba et successivement à Madrid est un remède tardif et ruineux...

On envisage un changement en cette partie comme un des premiers bienfaits du changement de domination...

Il se passera peut-être deux mois avant que le Commissaire de Justice soit ici ; ensuite un mois ou deux avant même qu'il puisse se reconnaître et proposer aucun plan ; afin au moins six ou huit mois avant que nous recevions votre réponse de France sur ses propositions.

Je vous conjure au nom de la colonie entière, Citoyen Ministre, de ne pas laisser subsister si longtemps l'état dans lequel, à cet égard, elle gémit ; l'honneur du gouvernement français exige qu'elle en sorte sans délai.

Maintenant que vous savez authentiquement ce qui existe ici, quel inconvénient trouveriez-vous, Citoyen Ministre, à ordonner aussitôt après la réception de cette dépêche, par une instruction commune au Capitaine Général, au Commissaire de Justice et à moi, qu'il fut établi immédiatement ici :

1. un Tribunal Civil ordinaire composé de cinq juges.
2. un Tribunal de Commerce également composé de cinq juges indiqués par les négociants.
3. un juge de paix par arrondissement.

Cette proposition est si simple, qu'elle n'est même susceptible d'autres objections que de celles qui seraient puisées dans les circonstances, les habitudes, les oppositions locales.

Or je garantis à votre Excellence que loin qu'elle ait à redouter des obstacles de ce genre, elle fera au contraire une chose utile, urgente, extrêmement désirée et fort agréable à la Colonie.

*Salut et Respect,
Laussat (30)*

Il est important de remarquer que ce dernier document est daté du 4 mai 1803 et que, chose qu'ignorait totalement Laussat, quatre jours auparavant, le 30 avril, Napoléon Bonaparte avait cédé la Louisiane aux Etats-Unis par le traité de Paris. Ce transfert de la Louisiane d'une souveraineté sous une autre explique, peut-être, que Laussat ne devait pas obtenir de réponse à sa lettre du 24 mai et que, par conséquent, il n'ait pas reçu le pouvoir de prendre des mesures radicales, à cette époque, pour réinstaurer le droit français en Louisiane. L'article 4 du traité de Paris invitait le gouvernement français à envoyer en Louisiane un Commissaire chargé de la mission de remettre le territoire aux commissaires américains et, le 6 juin 1803, le Premier Consul nommait Laussat dans ses nouvelles fonctions de Commissaire du Gouvernement Français. Instruit par ce même article 4 du traité de ne prendre que des *"mesures nécessaires à la cession aux Etats-Unis"*, il est certain qu'en sa qualité de Commissaire, Laussat ne pouvait entreprendre des réformes de grande envergure dans un territoire appelé à passer, à brève échéance, sous la souveraineté américaine. D'autre part, ce n'est que le 30 novembre 1803 que Laussat prit officiellement possession de la Louisiane au nom du gouvernement français et donc à partir de ce moment-là seulement qu'il aurait pu introduire les changements dont il avait prôné les mérites dans sa correspondance au Ministre des Colonies. Or, Laussat, homme sage et résigné, adressait aux Louisianais, en ce même 30 novembre 1803, une proclamation *"pour annoncer aux habitants que la Louisiane n'était entre ses mains qu'un dépôt qu'il devait transmettre bientôt aux Etats-Unis"* (31).

LOUISIANAIS,

La mission qui m'avait transporté à travers 2500 lieues de mer, au milieu de vous, cette mission dans laquelle j'avais longtemps placé tant d'honorables espérances et tant de vœux pour votre bonheur, elle est aujourd'hui changée. Celle dont je suis maintenant le ministre et l'exécuter,

moins douce quoiqu'également flatteuse pour moi, m'offre une consolation : c'est qu'en général elle vous est encore plus avantageuse...

L'époque arrivera promptement où vous vous donnerez une forme de gouvernement particulier qui, en même temps qu'elle respectera les maximes sacrées consignées dans le pacte social de l'union fédérale, sera adaptée à vos moeurs, à vos usages, à votre climat, à votre sol, à vos localités.

Mais vous ne tarderez pas surtout à ressentir les avantages d'une justice intègre, impartiale, incorruptible, où les formes invariables de la procédure et sa publicité, où les bornes soigneusement posées à l'arbitraire de l'application des lois, concourront avec le caractère moral et national des juges et des jurés, à répondre efficacement aux citoyens de leur sûreté et de leurs propriétés. Car c'est ici un des attributs singulièrement propres à la domination sous laquelle vous passez..."

Malgré son statut d'"intérimaire", Laussat prit néanmoins son rôle au sérieux car il n'était pas possible de prédire quand le Congrès des Etats-Unis ratifierait le traité de Paris. Ainsi, par exemple, Laussat réorganisa l'administration municipale de la Nouvelle Orléans en installant un Maire, deux adjoints et un Conseil municipal de dix membres en remplacement du Cabildo (32). En matière judiciaire, le Commissaire du gouvernement français promulga un important arrêté dont il convient de citer l'essentiel de ses dispositions (33) :

Considérant, que par la remise de possession de la Louisiane à la République Française, les officiers de justice qui tenaient leur caractère de la Couronne Royale d'Espagne, ont dû cesser leurs fonctions, et que le pays se trouve en ce moment sans Tribunaux ; que cependant le Traité de cession aux Etats-Unis touchant à son exécution, il ne peut manquer d'en résulter bientôt des changements très considérables dans l'organisation judiciaire ; qu'il y aurait les plus graves inconvénients à y multiplier coup sur coup, sans une extrême nécessité, les innovations et les changemens ; qu'au contraire les délais sont en général dans la nature et la sagesse de sa marche, et que par conséquent on peut se permettre de lui en imposer un de quelques jours dans cette circonstance forcée et extraordinaire ;

Considérant néanmoins qu'il se présente journallement quelques cas pressans auxquels il importe de pourvoir d'avance ;

ARRETE :

Le Corps Municipal prononcera, en matière judiciaire, jusqu'après l'installation des Tribunaux ou jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, par un ou plusieurs commissaires choisis dans son sein, sur les causes sommaires, urgentes, et pour lesquelles il y aura péril en la demeure, et procédera à tous les actes de droit, sans préjudice de la juridiction qui lui appartient en fait de police. Quant au surplus des affaires pendantes et en instruction, elles demeureront en suspens, jusqu'à qu'il ait été incessamment établi des Tribunaux ou des juges pour en connaître."

Peut-on interpréter cet arrêté, dont beaucoup d'historiens du droit de la Louisiane semblent ignorer l'existence, comme apportant la preuve que Laussat abolit le droit espagnol alors en vigueur en Louisiane pour y substituer le droit français ? (34) Une telle opinion nous semble intenable. La proclamation faite par Laussat le 30 novembre 1803 et le texte de l'arrêté ci-dessus, de la même date, témoignent de la grande sagesse de Laussat (35), de sa compréhension très intime des problèmes qu'un bouleversement total des institutions juridiques provoquerait et de sa conviction qu'il fallait éviter le chaos à tout prix. Laussat ne fit pas en 1803 ce qu'O'Reilly avait fait en 1769 ! (36) Si l'on peut attacher quelque crédibilité aux assertions contenues dans les documents, privés et officiels, de l'époque et non plus aux opinions plus ou moins partisans exprimées très souvent sans aucune justification, il n'y a aucun doute qu'O'Reilly avait aboli le droit français en 1769, ainsi qu'en témoigne un document extrait des Mémoires et de la correspondance de Laussat lui-même et libellé en ces termes :

"Inventaire, Registres, documents, ... émanant des archives du gouvernement de la Louisiane que le citoyen, Pierre Clément Laussat, Préfet Colonial, Commissaire du gouvernement français, reçus des mains de MM. de Salcedo et le Marquis de Casa Calvo... ainsi qu'il suit :

.....

un décret abolissant le conseil français et proclamant la mise en vigueur du droit espagnol et d'un nouveau conseil à la Nouvelle Orléans en date du 21 décembre 1769..."

En revanche, il ne semble pas qu'on puisse apporter la preuve formelle que Laussat ait réétabli la prééminence du droit français en 1803. Au contraire, il ressort de la correspondance citée plus haut que, malgré les exhortations de Laussat, le gouvernement français n'ait pas voulu "brusquer les choses", qu'il ait adopté une position d'attentisme dictée par les tractations politiques qui étaient en cours pour

déterminer le sort futur de la Louisiane (38). D'autre part, on ne trouve pas dans les Mémoires de Laussat la moindre référence à un acte politique par lequel il aurait été décidé de réinstaurer l'emprise du droit français en Louisiane (39). Un tel acte eut été en contradiction manifeste avec les instructions reçues de son gouvernement et aussi en discordance avec la sagesse et la modération qu'il manifesta en d'autres circonstances. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple très caractéristique, cet arrêté du 17 décembre 1803 relatif à l'application du Code Noir en Louisiane, qu'il dut prendre sous la pression du corps municipal de la ville de la Nouvelle Orléans. Par ses "*Considérant...*", cet arrêté démontre combien Laussat était conscient de la nature de sa mission, de la limite de ses pouvoirs et du rôle, au fond assez modeste, qu'il devait jouer jusqu'au transfert officiel de la Louisiane aux Etats-Unis (40).

Ainsi, à la question de savoir si Laussat abolit le système des tribunaux mis en place par O'Reilly et ses successeurs, il convient de répondre par l'affirmative. A la question "*Laussat institua-t-il des tribunaux français à la place des tribunaux espagnols ?*", la réponse nous est donnée par Laussat lui-même : "*Le Corps Municipal prononcera, en matière judiciaire, jusqu'après l'installation des Tribunaux ou jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, par un ou plusieurs commissaires choisis, dans son sein, sur les causes sommaires et urgentes, et pour lesquelles il y aura péril en la demeure...*" (41) Enfin Laussat ne réétablit pas l'emprise du droit français aboli par O'Reilly en 1769.

En tout état de cause, les vingt jours de l'interrègne de la France devaient prendre plus d'importance dans l'histoire du droit de la Louisiane que quelque cent ans de gouvernement sous les dominations française puis espagnole. Lorsque William C. Claiborne prit possession du territoire le 30 décembre 1803, il était certainement loin d'imaginer que son gouvernement allait être à la fois la source et la cause de troubles politiques très sérieux mais aussi l'instrument de l'implantation d'un système de Code Civil en Louisiane et, par là, accentuer l'originalité et la singularité déjà marquées de cet Etat des Etats-Unis.

SECTION IV. LES PREMIERES ANNEES DE LA LOUISIANE AMERICAINE

Au cours des quelques mois qui précéderont le transfert officiel du territoire de la Louisiane de la France aux Etats-Unis, le Président Thomas Jefferson se préoccupa de savoir, entre autres choses, comment le territoire qu'il venait d'acquérir était administré, quel système de droit y était

en vigueur et comment la justice y était dispensée. En réponse à ces questions qui lui furent posées, le gouverneur américain W.C. Claiborne, adressa au Président Jefferson un rapport (42) dans lequel il écrivait ceci au sujet du système juridique de la Louisiane :

"La Louisiane comme la plupart des territoires qui ont connu plusieurs Maîtres, tire beaucoup de ses coutumes et règles municipales de différentes sources : le système de droit que les français appliquaient à l'administration de la Province est inconnu de moi. Après la cession de la Province par la France à l'Espagne, le Général O'Reilly, gouverneur de ladite Province, publia une série de lois (d'après ce que j'ai pu apprendre) d'une nature générale mais peu en nombre. Je n'ai pu obtenir la certitude que ce petit code était une sélection des lois antérieures du territoire auxquelles il voulait donner force nouvelle, ou si elles étaient certaines ordonnances promulguées pour la première fois sous l'autorité du nouveau gouvernement..."

Il y a en Louisiane, à la fois des Tribunaux civils et ecclésiastiques dont les compétences sont, je suppose, délimitées par les critères traditionnels de distinction. Un grand nombre des officiels du gouvernement civil comme militaire sont investis, selon les circonstances, de pouvoirs judiciaires élémentaires. Dans les différents districts de la Province, les commandants et autres personnalités nommés seulement Alcades ou Magistrats, président des cours inférieures dont la compétence est limitée. Appel des décisions de ces cours peut être fait au gouverneur général qui est assisté d'un Conseiller appelé "Auditore". De là un appel pouvait être fait autrefois auprès du gouverneur de la Havane mais maintenant cet appel est fait auprès du Roi et son Conseil seulement.

La réputation accuse ces tribunaux d'être corrompus et malheureusement de nombreux faits bien connus supportent cette suspicion..."

Dans un rapport (43), qui visait à répondre aux mêmes questions que celles qui avaient été posées à Claiborne, Daniel Clark écrivait ceci :

"Le Code des lois est tiré de la Recopilacion de Indias et Leyes de Castilla, et les us et coutumes de Paris, en ce qui concerne les usages et coutumes..."

Les Cours en existence sont :

- Le Gouverneur qui a compétence civile et militaire sur toute la Province,

- Le Lieutenant Gouverneur dont la compétence limitée aux affaires civiles s'étend à toute la Province,

- *Le Tribunal de chacun des deux Alcades...*
- *Le Tribunal de l'Intendant en matière maritime et fiscale,*
- *Le Tribunal de l'Alcade provincial...*
- *Le Tribunal ecclésiastique..."*

Muni de ces informations de première main, et plus ou moins teintées de parti-pris, Thomas Jefferson devait approuver, le 31 octobre 1803, une résolution du Congrès qui pourvoyait à l'administration temporaire du territoire en attendant que des mesures définitives puissent être adoptées. Cette résolution stipulait, entre autres choses, que :

"... tous les pouvoirs militaire, civil et judiciaire, exercés par les officiers du présent gouvernement... seront transférés ainsi que le Président des Etats-Unis l'ordonnera de façon à maintenir et protéger les habitants de la Louisiane dans la jouissance de leur liberté, propriété et religion..."(44).

Le même jour, le Président des Etats-Unis nommait William C. Claiborne gouverneur temporaire *"pour exercer dans les territoires cédés tous les pouvoirs et prérogatives jusqu'alors exercés par le Gouverneur et l'Intendant des dits territoires..."* (45). Quelques semaines plus tard, William C. Claiborne arrivait à la Nouvelle Orléans pour prendre officiellement possession du territoire au nom des Etats-Unis trois jours plus tard (46).

Les immenses pouvoirs qui avaient été accordés au Gouverneur Claiborne et qui faisaient de lui une sorte de *"despote"* (47) ne devaient durer que jusqu'au 26 mars 1804, date à laquelle le Congrès des Etats-Unis adopta un acte *"pour l'organisation du Territoire d'Orléans et le District de Louisiane"* (48). En dehors du fait que cet acte divisait l'ancienne province de Louisiane en deux parties, au Sud le Territoire d'Orléans et au Nord le District de Louisiane, il organisait les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire des deux entités créées. L'administration de la justice dans le Territoire d'Orléans (49) -la seule des deux entités territoriales qui retiendra notre attention- était confiée à une Cour Supérieure d'un part et à des cours inférieures et des juges de paix d'autre part, ces deux dernières instances pouvant être établies par le Conseil Législatif (50) du Territoire au fur et à mesure que les besoins l'exigeraient. La Cour Supérieure, dont la compétence s'étendait tant aux affaires civiles que criminelles, était composée de trois juges, mais chaque juge constituait la Cour à lui seul. Les juges étaient nommés pour quatre ans par le Président

des Etats-Unis. Il était créé, par ailleurs, une cour de district composée d'un juge unique qui devait tenir au moins quatre sessions annuelles dans la ville de la Nouvelle Orléans (51).

Les dispositions de cet acte du 26 mars 1804 en général, mais certaines sections en particulier (52), provoquèrent un grand mécontentement parmi les colons français de l'ancienne province qui se voyaient déniés toute participation active dans l'organisation des trois pouvoirs (53). Laussat, qui était encore en Louisiane en avril 1804, témoigne ainsi du mécontentement général (54) :

Nouvelle Orléans, le 18 germinal an 12

Le Préfet Colonial, Commissaire de la République Française Au Citoyen Decrès, Ministre de la Marine et des Colonies.

Citoyen Ministre,

Le Louisianais, comme j'en ai déjà informé votre Excellence, se vit à regret jeté une seconde fois du sein de son ancienne mère-patrie ; il interpréta et commenta en général, au premier moment, la cession avec beaucoup d'amertume. Les Espagnols l'y incitaient sourdement par dépit de la prédilection que ce pays avait toujours conservé pour la France, non moins que par une haine nationale dans laquelle les menées et les exemples très signalés d'un de leurs chefs étaient tout à fait propres à les nourrir et à les enflammer.

Le penchant et les vues des Espagnols étaient d'ailleurs merveilleusement servis par l'antipathie naturelle du Louisianais pour les Américains.

Néanmoins, aux approches du changement de domination, partie amour de la nouveauté, partie espoir des avantages dont on leur dépeignait la brillante perspective, peut-être aussi résignation forcée au sort qu'il ne dépendait pas d'eux d'éviter, ils étaient assez disposés à se laisser aller sous le gouvernement des Etats-Unis.

Mais à peine ses agents eurent-ils pris les rênes qu'ils firent école sur école et faute sur faute.

J'en épargnerai à V.E. les détails inutiles. En deux mots, introduction brusque de la langue anglaise, que presque personne n'entend, dans l'exercice journalier de l'autorité et dans les actes les plus importants de la vie ; rixes et tumultes pour savoir lesquelles l'emporteraient aux bals publics des contredanses anglaises ou des contredanses françaises,... substitution affectée de majorités américaines aux majorités créoles dans les corps administratifs et judiciaires, mélange arbitraire d'anciens usages sous prétexte

qu'il n'y a encore rien d'innové dans les formes du gouverneur, ... Il n'était guère possible que le gouvernement des Etats-Unis débutât plus mal et qu'il envoyât deux hommes (MM. Claiborne, Gouverneur, et Wilkinson, Général) moins propres à lui concilier les coeurs, ..."

Le premier octobre 1804, les institutions gouvernementales du Territoire d'Orléans entrèrent officiellement en fonction (55). Le Conseil Législatif procéda immédiatement à la division du territoire en douze comtés, installant une Cour inférieure à juge unique dans chacun de ces comtés et adopta une série d'actes réglementant la procédure devant les différentes cours du territoire, de la Cour supérieure au juge de paix (56).

Il restait maintenant au Conseil Législatif à accomplir une tâche très délicate : donner au Territoire d'Orléans un système de droit qui soit accepté par les anciens comme par les nouveaux habitants, par les créoles comme par les "Américains", un droit qui soit compatible avec la constitution des Etats-Unis et que les institutions juridiques récemment mises en place puissent administrer aisément. Cette tâche devait exciter bien des passions que les événements politiques n'avaient pas peu contribué à énerver.

L'acte organique du 26 mars 1804 devenu exécutoire le 1er octobre de la même année, stipulait dans sa section 11 que

"Les lois en vigueur dans le dit territoire au commencement de l'application de cet acte, et qui ne sont pas incompatibles avec ses dispositions, continueront d'avoir autorité, jusqu'à ce qu'elles soient amendées, modifiées ou abolies par le législateur." (57)

Le "civil law" (qu'il soit d'inspiration française ou espagnole, peu importe ici) était considéré à cette époque comme le droit en vigueur dans le Territoire d'Orléans. Ceci n'était pas fait pour plaire aux "américains" qui avaient émigré en Louisiane et qui se sentaient totalement étrangers à ce système de droit. Il en résulta tout naturellement une confrontation entre les partisans, majoritaires à l'époque, du civil law et les défenseurs, minoritaires mais influents et puissants, du système de common law. Claiborne, qui, de par ses fonctions, se trouvait au coeur de cette confrontation que sa maladresse devait d'ailleurs attiser, en mesura très bien l'intensité passionnelle :

"Au cours de mes efforts pour introduire le système américain de jurisprudence dans le Territoire cédé, j'ai rencontré de nombreuses difficultés et provoqué quelque dissatisfaction parmi la population. Je souhaite sincèrement que les juges trouvent quelque plaisir dans leurs fonctions

et qu'un heureux résultat couronne leurs efforts pour le Bien de tous..." (58)

La presse locale offrait aussi aux doctes avocats des deux systèmes un forum où mesurer leurs talents et assouvir leurs sentiments, ainsi qu'il ressort de deux éditoriaux parus dans la Gazette de la Louisiane :

"... Par le traité de cession, la Louisiane obtint le droit d'être incorporée dans l'Union. A partir de ce moment elle devait être considérée comme le germe d'un ou de plusieurs états devant être assimilés, à tous les points de vue et aussitôt que possible, à ses frères états. Dans tous les autres états le droit est basé sur la common law d'Angleterre..."

Les lois espagnoles sont, en général, excellentes car elles sont basées sur le code romain, l'un des plus parfaits et des plus purs des systèmes de droit jamais donnés au monde. Ses principes sont, pour la plupart, les véritables principes du droit naturel, appliqués à l'état de l'homme vivant en société ; mais la manière dont ces principes ont été mis en vigueur par les tribunaux espagnols est peut-être la plus critiquable qui ait jamais été adoptée. Si l'ingéniosité avait pu être déployée afin de donner une chance à la corruption dans l'administration de la justice, aucune règle de procédure plus à même d'atteindre cet objectif n'aurait pu être élaborée que celles qui permettent à un juge de tenir audience, étudier l'affaire et passer jugement en séance privée... Il apparaît alors que M. Claiborne agit comme il se devait lorsqu'il créa une "court of pleas", semblable à tous les points de vue à celles qui existent en Amérique, au lieu de réinstaurer les tribunaux que le Préfet français avait abolis...

Je reconnais que l'introduction de la langue anglaise provoquera quelques inconvénients. Mais est-ce que ces inconvénients ne seraient pas ressentis si la langue française devait être reconnue à l'exclusion de toute autre ? Ceux dont la langue maternelle est l'anglais, bien qu'ils ne représentent aujourd'hui qu'une petite partie de la population, formeront dans quelques années la majorité de la population. N'est-il pas sage alors de commencer avec une introduction progressive de cette langue, que l'intérêt de tous demande qu'elle devienne un jour la langue commune du pays ?... en un mot, Claiborne n'a jamais joué le tyran ni dans ses actes, ni dans son langage, ni dans ses manières...

Laelius (59)

Quelques semaines plus tard, la Gazette de la Louisiane publiait un second éditorial en réponse au premier :

"A la suite de la lecture, dans votre journal, d'un article signé Laelius, dont le but était de défendre l'administration du gouverneur Claiborne, je fus amené à chercher à identifier "Laelius", ses moyens d'information, et à découvrir les motifs qui avaient pu le pousser à prendre parti dans une affaire où, malgré tous ses talents, il pouvait très difficilement servir la cause de celui qu'il appelle son ami. Ce fut avec surprise que j'appris que Laelius était un inconnu pour quatre vingt dix neuf pour cent de la communauté, un homme arrivé hier parmi nous, on dit un étranger, qui a moins de deux mois de résidence en Louisiane, qui n'a pas eu l'occasion de juger par lui-même aucun domaine de l'administration du Gouverneur Claiborne..." (60)

L'année 1805 allait être une année cruciale parmi toutes les autres. Les prises de position étaient à leur paroxysme et l'attentisme dans lequel semblait s'être retirée l'administration locale n'était pas fait pour calmer les esprits. James Brown, dans un esprit de compromis peut-être, suggéra une solution qui ne manquait ni d'originalité ni d'une certaine impraticabilité :

"Si le système actuel devait continuer jusqu'en octobre, j'ai pensé que beaucoup de bien pourrait résulter des services que nous pourrions obtenir du Conseil pour adopter un bon code de lois pour le gouvernement du territoire. Nous possédons tous les documents nécessaires à la bonne exécution d'une telle entreprise. Le civil law - les ordonnances espagnoles - les lois et la common law d'Angleterre et les codes de tous les états sont éparpillés devant nous et le peuple est prêt à recevoir un code composé habilement à partir de ces différents systèmes..." (61).

Le 4 février 1805 une résolution conjointe du gouverneur et du Conseil Législatif autorisait un comité à rédiger un projet de code civil et de code criminel et à "employer deux avocats pour l'assister dans la rédaction des dits Codes" (62). Les travaux de ce comité ne virent pas le jour à cause de l'opposition du Gouverneur Claiborne d'une part et de l'adoption d'un nouvel acte par le Congrès des Etats-Unis d'autre part. Cet acte du 2 mars 1805 (63), en autres choses, réorganisait le pouvoir législatif du Territoire en créant une nouvelle assemblée, la Chambre des Représentants, composée de vingt-cinq membres élus directement par le peuple, à côté d'un Conseil Législatif de cinq membres choisis par le Président des Etats-Unis sur une liste de dix noms soumis par la Chambre des Représentants du Territoire. En matière juridique cet acte stipulait que "les lois en vigueur dans le dit Territoire au commen-

cement de l'application de cet acte et qui ne sont pas incompatibles avec ses dispositions, continueront d'avoir autorité jusqu'à ce qu'elles soient amendées, modifiées ou abolies par le législateur". L'expression "lois en vigueur" constituait un renvoi au droit espagnol, aux actes du Congrès des Etats-Unis applicables au territoire et, bien sûr, aux actes adoptés par le Conseil Législatif du Territoire depuis son existence. Ces derniers actes portaient surtout sur des questions de droit pénal et introduisaient des éléments de la common law. Dans le domaine du droit privé, jusqu'alors, aucun acte n'avait été adopté pour établir une fois pour toutes et de façon indiscutable la nature de ce droit. Aussi la crainte se répandit très vite de voir le droit de la common law s'infiltrer dans d'autres domaines que le droit pénal par le truchement des voies et des règles de procédure de la common law maintenant étendues au Territoire d'Orléans (64). Les soupçons que beaucoup nourrissaient à l'endroit de Claiborne trouvèrent très vite leur justification dans la maladresse, ou la détermination provocatrice, que ce dernier exhiba lors de l'ouverture de la seconde session de la législature en juin 1805. Dans le discours qu'il fit alors, le gouverneur se plut à insister sur le fait que l'acte du Congrès du 2 mars 1805, en étendant l'application de l'ordonnance de 1787 au Territoire d'Orléans, avait pour implication logique que la cour qui devait être bientôt créée aurait une compétence déterminée par le droit de la common law et que, par conséquent, il convenait de considérer immédiatement les changements qui devaient être apportés au système de droit alors en vigueur dans le Territoire et de prendre des mesures qui permettraient d'opérer une transition en douceur entre l'ancien et le nouveau système de droit (65). La teneur de ce discours, qui n'était pas faite pour calmer les esprits, eut pour effet direct d'isoler encore d'avantage le gouverneur et de lui aliéner un certain nombre de personnalités, telle que James Brown (66), qui avaient été jusqu'alors ses alliés dans la lutte pour l'introduction de la common law dans le Territoire. La Chambre des Représentants élue au cours de l'automne 1805 manifesta elle aussi son opposition au gouverneur en considérant une motion qui proposait "de charger le comité occupé dans ce moment à préparer un mémoire pour être présenté au Congrès des Etats-Unis, de solliciter dans ce mémoire la révocation de toute clause de l'ordonnance du 13 juillet 1787 qui tendrait à établir dans le Territoire d'Orléans le système judiciaire connu sous le nom de loi commune, vu le..., la confusion qui résulterait d'une subversion aussi complète des lois qui ont régi ce Territoire jusqu'au quatre du présent mois..." (67). L'abcès devait finalement éclater en 1806

lorsque se réunirent, pour la première fois, les deux chambres du nouveau gouvernement du territoire, lesquelles étaient composées, à une très grande majorité, de Français.

Le 22 mars 1806 les chambres adoptaient une résolution *"déclarant les lois qui continuent d'être en vigueur dans le Territoire d'Orléans, et les auteurs auxquels on peut se référer comme autorités en matière de droit dans le même Territoire"* (68). L'objet de cette résolution était double : d'une part établir une fois pour toutes quelles lois et autres sources de droit étaient encore en vigueur dans le Territoire de façon à remédier à l'incertitude qui prévalait jusqu'alors en la matière ; d'autre part empêcher le gouverneur et quelques-uns de ses alliés d'imposer, par voie d'autorité, la prééminence de la common law. Devant un tel défi et en présence d'une détermination des Chambres tout aussi ferme que la sienne, le gouverneur ne pouvait baisser les bras sans compromettre pour toujours son autorité personnelle et, par delà, celle du gouvernement fédéral dont il était le représentant. Aussi le 26 mai Claiborne opposa son veto à la résolution des Chambres. Le même jour le Conseil Législatif et dix membres de la Chambre des Représentants publiaient un *"manifeste"* dont les principaux passages sont rapportés ci-dessous.

"Vu que les mesures les plus essentielles et les plus salutaires, prises par cette Législature, ont été successivement rejetées par le Gouverneur du territoire, et que cette Législature, dont les Membres n'avaient accepté leur charge que dans l'espoir d'être utiles à leurs Concitoyens, doit être aujourd'hui qu'elle ne peut rien que leur occasionner une dépense considérable ;

"RESOLU, que l'Assemblée Générale se dissolve immédiatement."

Le Conseil Législatif croit devoir à ses Concitoyens l'exposition des motifs qui l'ont déterminé à proposer la résolution ci-dessus transcrite, et qui lui ont fait considérer l'acte qui l'avait consacrée, et auquel le Gouverneur a refusé sa sanction, comme celui d'où dépendait, le plus essentiellement, le bonheur et la tranquillité future de ce pays. C'est au public à juger si ces motifs ont été purs et dégagés de toute espèce de passion particulière.

Le bienfait le plus inestimable, pour un peuple, c'est la conservation de ses lois, de ses usages et ses habitudes. C'est cette conservation qui peut, seule, adoucir le passage subit d'un gouvernement à un autre, et c'est en ménageant cet attachement naturel que le joug même le plus pesant devient supportable. Le Congrès des Etats-

Unis a paru vouloir respecter ces principes sacrés, et rendre sa domination encore plus douce pour les habitans du territoire d'Orléans, en leur conservant leurs anciennes lois ; tel est, du moins, le sens naturel et raisonnable de l'article IV de l'acte du 2 mars 1805, qui pourvoit ultérieurement au gouvernement du Territoire d'Orléans, lequel est conçu en ces termes : "Les Lois qui seront en force dans ledit Territoire lorsque cet acte commencera à avoir son effet, et qui ne seront pas contraires aux dispositions dudit acte, continueront d'être en vigueur, jusqu'à ce qu'elles soyent changées, modifiées ou rappelées par la Législature."

Or, quelles sont les lois que le Congrès a prétendu nous conserver par cette disposition ? Quelles sont les lois qui doivent être sujettes à être revues et rectifiées par les Législatures de ce Territoire ? La question n'est pas douteuse. Il est évident que c'est des anciennes lois qui étaient en usage en ce pays, avant sa cession aux Etats-Unis d'Amérique, qu'il s'agit ici. Car le Congrès a pris soin de nous appliquer, de la loi commune, tout ce qu'il a cru indispensable de nous prescrire, pour que notre régime ne fut pas en contradiction avec ce qui est en vigueur dans tous les Etats de l'Union, c'est-à-dire le droit d'être jugé par ses Pairs, et le **Writ d'habeas corpus**, les deux grands **Palladiums** de la liberté civile.

Or, puisque nous avons la faculté de conserver nos anciennes lois, en ce qui n'est pas contraire à la constitution des Etats-Unis et aux actes particuliers passés pour notre gouvernement provisoire, on ne peut nous disputer l'avantage de rester sous un système auquel nous sommes habitués, et qui n'a rien de contraire à l'affection que nous devons à notre gouvernement.

Dans les Etats-Unis, eux-mêmes, il n'existe pas de code civil général : la loi commune d'Angleterre n'y est pas adoptée par un article constitutionnel. Dès l'origine de l'établissement des colonies de la Nouvelle Angleterre cette loi commune n'avait été reçue, dans chaque province, qu'avec des modifications et des altérations, qui soit que la loi commune de Virginie ne ressemble pas plus à celle en usage dans la Caroline du Sud, que celle-ci ne ressemble à celle qui a été adoptée dans l'Etat de New York. Lors de la confédération générale, et après la guerre de la révolution américaine, le Congrès eut la sagesse de ne point choquer ces différences, en établissant une loi commune générale et uniforme, pour tous les Etats de l'Union, et il a laissé à chaque Etat le droit de conserver ou de modifier ce qu'il avait cru devoir adopter de la loi commune, et même de la remplacer par d'autres lois, suivant qu'il le jugeroit le plus convenable à sa situation particulière.

C'est par une conséquence de cette politique prudente et judicieuse, que le Congrès a, sans doute, voulu accorder à ce Territoire le privilège de conserver ses anciennes lois, ou de les changer ou modifier suivant que ses Législatures le trouveraient nécessaire. Or, personne n'ignore que ces anciennes lois ne sont autre chose que la loi civile ou romaine, modifiée par les lois du gouvernement sous lequel existait ce pays avant sa cession aux Etats-Unis. Qu'on ignore le titre des livres où ces lois sont contenues, que ces titres paraissent barbares ou ridicules, c'est peut-être faire leur éloge le plus complet, en prouvant, par l'ignorance de ceux qui y ont obéi jusqu'ici, sans le savoir, qu'elle est leur douceur et leur sagesse, et le petit nombre d'inconvéniens qui peut résulter de leur exécution. Dans tous les cas, il n'est pas moins vrai que la loi romaine qui forme la base des lois civiles et politiques de toutes les nations policées de l'Europe, présente un ensemble de grandeur et de prudence qui au-dessus de toute critique. Quelle pureté dans ces décisions puisées dans l'équité naturelle ; quelle clarté dans cette rédaction, l'ouvrage des plus grands jurisconsultes, animés par les encouragemens des plus sages empereurs ; quelle simplicité dans la forme de ces contrats, et quels moyens sûrs et prompts pour obtenir les remèdes prescrits par la loi, pour la réparation de toutes espèces de torts civils.

Nous ne prétendons pas, certainement, établir aucun parallèle entre la loi civile et la loi commune ; mais enfin la sagesse de la loi civile est reconnue de toute l'Europe ; et cette loi, les dix-neuf-vingtièmes de la population de la Louisiane la connaissent, y sont habitués dès l'enfance, et ne s'en verraient privés sans désespoir. Si les habitans de ce Territoire n'avaient jamais connu de lois, si, jusqu'à présent, ils eussent vécu sans faire de conventions ou de contrats, il leur serait indifférent, peut-être, d'adopter tel ou tel système, et il est probable même que leur attachement pour leur nouvelle patrie leur ferait préférer celui qui les rapprocherait le plus de leurs nouveaux Concitoyens. Mais il s'agit ici de renverser des usages reçus et généralement connus, et l'incertitude par laquelle on les remplacerait serait aussi injuste que désespérante.

La première Législature de ce Territoire doit s'attacher principalement à fixer des bases fondamentales, les lois secondaires, les accessoires et les détails ne doivent venir qu'après, autrement on s'expose à faire des parties qui se trouveront incohérentes avec l'ensemble. Or, quelle est la première loi, la plus importante dans la situation actuelle de ce pays, quelle est la base fondamentale du grand édifice de sa Législation future ? On ne peut contes-

tester que ce ne soit de lui donner un code civil. La composition actuelle des Tribunaux, les juges qui y siègent et les jurisconsultes qui y plaident étant presque tous étrangers à la langue française, et encore plus à celle dans laquelle la plupart des lois de ce pays sont écrites, la rareté même des auteurs élémentaires qui en parlent, tout rend indispensable l'adoption d'une mesure qui tend à mettre à portée de tous les citoyens, et dans les langues française et anglaise, un recueil complet des lois qui nous régissent. Mais avant de se livrer à ce travail, ne fallait-il pas déterminer quelle en serait la base, et quel serait le canevas sur lequel on devait travailler ? Car, quel doit être, dans l'intérêt véritable des habitans de ce pays, la base qu'on doit adopter ? C'est de conserver des anciennes lois tout ce qui peut être conservé sans inconvénient, et sans contrarier le système général de notre gouvernement, et de ne recourir à des codes étrangers, que dans ce qui sera trouvé défectueux ou nuisible. Par cette mesure on ne placera pas les Tribunaux, en quelque sorte, entre deux codes différens ; car tous les contrats qui se sont passés jusqu'ici doivent être nécessairement jugés par les lois sous lesquelles ils ont été faits ; ainsi dans quel embarras ne plongerait-on pas les tribunaux, si, en effaçant tout ce qui reste de la loi civile, on les laissait cependant dans la nécessité de juger, par cette même loi, des effets de tous les contrats et actes passés jusqu'à ce jour ? Qu'on réfléchisse que, pendant trente ans encore, peut-être, la moitié des procès qui se présenteront devant les Tribunaux naîtront sur l'exécution de contrats antérieurs au tems où nous parlons. Voilà donc de nouvelles raisons qui doivent encore plus attacher la Législature au maintien de nos anciennes lois, et en faisant un code qui en sera rapproché autant que possible, les Tribunaux y verront une boussole sûre qui facilitera la décision de tous les procès anciens et nouveaux, sans rien livrer à l'arbitraire.

Tels sont les principes qui avaient déterminé la Législature à faire précéder son acte sur la formation d'un code, d'une loi déclaratoire sur les lois qui devaient servir de base à ce travail.

Enfin un acte déclaratoire des lois qui continuent d'être en force dans le Territoire a été proposé comme une mesure conservatoire de nos lois actuelles, en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire à la constitution des Etats-Unis. La Législature attachait beaucoup de prix à cet acte, pour jeter du jour sur notre système judiciaire présent et pour en fixer l'incertitude, jusqu'à ce qu'elle eut le tems de former un code civil. Elle regardait cette disposition comme une sauvegarde contre les innovations

dangereuses, et comme une mesure nécessaire à la tranquillité des citoyens. Cet acte a été aussi rejeté et nous sommes rentrés dans la confusion.

Dans cet état de choses, le Conseil législatif a dû croire qu'il était sage de songer à mettre un terme à une session dispendieuse et inutile. Sans doute, le pouvoir exécutif tient son veto absolu de la constitution particulière appliquée à ce Territoire, mais si, au moyen de ce veto sa volonté et rien que sa volonté doit être la suprême règle, qu'il règne seul, et à découvert, la Législature ne doit pas consentir à servir de hochet pour amuser le peuple. Qu'importe au Territoire le pouvoir exécutif sanctionne des lois sur l'Eglise protestante, sur les engagés et apprentifs, et sur les cabarets, s'il arrête, par son veto, l'exécution d'une seule loi favorable à son bonheur ?" (69).

Les positions étaient maintenant bien établies : les chambres, représentant le peuple du Territoire avec ses lois, ses coutumes, ses traditions, étaient résolues à maintenir le contrôle de la loi romaine dans tous les domaines qui touchaient à la vie quotidienne de chacun - successions, mariages avec ou sans contrat, testaments, obligations... Le gouverneur et les partisans de la common law n'eurent que très peu de temps pour apprécier toutes les conséquences de leur attentisme qui ressemblait déjà à une retraite. Le 7 juin 1806, en effet, les deux chambres firent un pas de plus en avant en adoptant une résolution qui devait établir pour toujours l'originalité et la singularité du droit de la Louisiane :

"RESOLUTION :

Relative à la formation d'un Code civil. Résolu par le Conseil législatif et la Chambre des Représentans du Territoire d'Orléans, réunis en Assemblée générale, que les deux chambres réunies de la Législature nommeront MM. James Brown et Moreau Lislet, Avocats, lesquels seront chargés de rédiger et organiser conjointement un Code civil convenable pour ce Territoire.

Résolu : que ces deux jurisconsultes seront asservis à prendre pour base du Code prescrit, les lois civiles, qui régissent actuellement ce Territoire..." (70).

Le gouverneur approuva cette résolution à la grande surprise, très certainement, de ceux qui l'avaient votée comme de ceux qui y objectaient. Cette approbation fut néanmoins interprétée par certains comme une manoeuvre dilatoire destinée à tromper l'opinion sur les véritables intentions du gouverneur "qui n'approuvera pas le Code basé sur la loi romaine quand il lui sera présenté" (71). Etait-ce véritablement l'intention de Claiborne ? Etait-il à ce

point de mauvaise foi lorsqu'il déclarait, en janvier 1807, dans son discours aux chambres qu'il était *"tout à fait désireux de conserver les principes de la loi civile qui sont compatibles avec les intérêts d'un peuple libre, ou qui sont essentiels à la sécurité de la prospérité dans ce Territoire; je n'ai pas l'intention d'innover à tout prix ou de faire obstacle à toute innovation des anciennes lois et anciens usages de mes compatriotes ; mais de par mes fonctions officielles je ne puis approuver des dispositions qui tendraient à empêcher l'introduction de ces grands principes politiques et juridiques qui sont chéris à travers tous les Etats-Unis"* (72).

L'essence de ce message était très claire : le gouverneur faisait une ouverture aux chambres dans l'espoir qu'un compromis pourrait être négocié. Dans sa réponse, Julien Poydras rassura le gouverneur sur les bonnes intentions du Conseil législatif, tout en lui faisant savoir très clairement que la loi civile devait être préservée et non pas seulement les *"principes de cette loi qui sont compatibles avec les intérêts d'un peuple libre"* (73). Le gouverneur avait jeté le gant ; la loi civile allait régner dans le Territoire d'Orléans. Le 31 mars 1808, les chambres endossèrent le produit des travaux de James Brown et Louis Moreau Lislet, et le gouverneur signa l'acte *"qui pourvoit à la promulgation du digeste des lois civiles actuellement en force dans le Territoire d'Orléans"* (74). Le sceau officiel venait d'être apposé par une loi civile qui émergeait enfin triomphante d'un long et difficile combat.

Ce Digeſte, qui est officiellement l'oeuvre conjointe des deux avocats mentionnés ci-dessus, fut peut-être davantage la création de Louis Moreau Lislet que celle de James Brown. En effet, le statut personnel du premier, son éducation et son expérience professionnelle le prédisposaient à jouer un rôle de premier plan dans cette entreprise assez unique qu'est la rédaction d'un Code civil. Mais Louis Moreau Lislet n'aurait jamais donné son nom à ce Code si le hasard des choses n'avait pas fait qu'il se trouvait à la Nouvelle Orléans quand devait se jouer l'avenir de la loi civile du Territoire.

CHAPITRE 2

LOUIS CASIMIR ELISABETH MOREAU LISLET

Quelque cent quarante quatre ans après la mort de Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet, l'histoire de sa vie reste encore un mystère. Les tentatives faites, jusqu'à ce jour, d'écrire une biographie de cet éminent juriste sont peu nombreuses et, dans la mesure où elles existent, tout à fait insuffisantes (75). Il ne faut pas s'étonner cependant de cette insuffisance et en conclure que les auteurs de ces essais biographiques n'ont pas fait leur devoir. Le besoin d'une biographie détaillée de Moreau Lislet ne s'était certainement pas fait sentir aux époques où les différents auteurs publièrent leurs essais. Leur motivation était, peut-être, tout autre que celle qui m'a incité à aller au-delà de leurs travaux ; la longueur du temps qu'ils entendaient consacrer à une reconstitution de la personnalité et de la vie de Moreau Lislet n'était certainement pas comparable à celle que j'étais prêt à y consacrer moi-même ; enfin les sentiments que j'avoue ressentir devant l'existence, dans le système juridique de la Louisiane, de tant d'institutions de notre droit civil français et l'attachement que la communauté juridique locale manifeste encore à l'égard du "*Code Napoléon*" n'étaient certainement pas partagés par mes prédécesseurs dans cette entreprise. Ces raisons, et d'autres d'un ordre plus pratique, expliquent que la biographie présentée ici soit plus détaillée, plus fouillée et plus documentée que les précédentes sans que, néanmoins, elle prétende être exhaustive. Bien que j'espère avoir percé davantage le mystère qui entoure la vie de Moreau Lislet, il me faut admettre qu'il reste à combler des lacunes ici et là et à apporter des réponses à certaines incertitudes.

Dans une première section, qui sera brève, il m'a semblé utile de dépeindre aussi complètement que possible la famille de Moreau Lislet de façon à situer, par rapport à lui, un certain nombre de personnes dont les noms pourraient apparaître dans les sections suivantes. Quant à la vie même de Moreau Lislet, elle peut être arbitrairement divisée en cinq périodes : Section II - Louis Casimir Moreau Lislet : Certitudes et énigmes ; Section III - Du Cap à la Nouvelle Orléans ; Section IV - Les premières années

d'intégration ; Section V - Les années de récompense ; Section VI - La fin d'une vie dans la pauvreté et la grandeur.

SECTION I. TABLEAU SYNOPTIQUE DE LA FAMILLE DE LOUIS CASIMIR ELISABETH MOREAU LISLET

Dans ce tableau, je me propose de présenter quelques faits et aspects de la vie d'un certain nombre de personnes qui ont un lien de parenté plus ou moins étroit avec Louis Moreau Lislet et qui, à un moment ou à un autre, ont eu des rapports, souvent d'affaires, avec ce dernier. Il sera alors possible dans les sections suivantes de ne faire que mentionner les noms de personnes ici présentées en facilitant le récit de la vie de Moreau Lislet principal sujet de notre attention.

Il est possible de grouper les parents et proches de Louis Moreau Lislet sous six noms patronymiques : Moreau, Torel, Deynaut, Vallade, de Peters et de la Grange.

§ 1. Moreau

a) **Jacob Vincent Moreau (76)** - Père de Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet. Jacob Vincent Moreau était officier des milices, capitaine du bataillon de Limonade. Il habitait au lieu dit la Marre à la Roche, dépendance des quartier et paroisse de Saint-Martin du Dondon, juridiction du Cap Français. Le 28 septembre 1758, il épousa Elisabeth Torel dont il eut trois enfants : une fille, Elisabeth Françoise Ignace Moreau, et deux fils, Vincent Pierre Benjamin et Louis Casimir Elisabeth Moreau. Jacob Vincent Moreau mourut au Dondon le 1er avril 1782.

b) **Elisabeth Torel (Thorel) Moreau (77)** - Mère de Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet. Le 9 novembre 1749, Elisabeth Torel épousa, en premières noces, Jacques Christophe Deynaut. De ce premier mariage elle eut deux fils, Louis Christophe Deynaut et Jacques Louis Deynaut. Elisabeth Torel, devenue veuve de Jacques Christophe Deynaut en octobre 1755, épousa en secondes noces Jacob Vincent Moreau dont elle eut trois enfants, Elisabeth, Vincent et Louis Casimir. Chargée de la tutelle de Louis Christophe et Jacques Deynaut à la mort de leur père, elle fut confirmée dans cette fonction en juillet 1758. Atteinte, apparemment, d'une maladie qui exigeait qu'elle fût soignée en France, elle quitta le Cap Français pour

quelques mois en 1764. En juillet 1772, à la suite du décès du tuteur qui avait été nommé pendant son absence, le sieur Maury de Gatigny, une assemblée de parents et amis lui conféra de nouveau la tutelle de ses fils Louis Christophe et Jacques Louis jusqu'à leur majorité en 1781. Elisabeth Torel Moreau mourut tragiquement en 1793 dans la naufrage de la goëlette la "*Delaware*" au cours de la traversée du Cap à Philadelphie.

c) **Antoine Moreau (78)** - Oncle paternel de Louis Casimir Moreau Lislet ; il était propriétaire terrien au Haut du Trou, quartier et paroisse du Dondon. Antoine Moreau, planteur de café, fut assassiné sur son habitation caféière par des maraudeurs en l'année 1792. Antoine Moreau n'avait pas d'enfant.

d) **Vincent Pierre Benjamin Moreau (79)** - Frère aîné de Louis Casimir Elisabeth. Un extrait d'un registre des déclarations de décès rapporte que "*le citoyen Moreau Cadet Vincent habitant du Canton du Haut du Trou en cette commune (Dondon) y est décédé d'heureuse mémoire, en l'an mil sept cent quatre vingt treize, sur son habitation au dit canton du Haut du Trou en cette commune d'un coup de fusil qu'il reçut lors de l'insurrection en cette commune...*".

e) **Elisabeth Françoise Ignace Moreau (80)** - Soeur de Louis Casimir Elisabeth et épouse de Joseph Merly de la Grange. Elle naquit à Saint-Martin du Dondon en 1759 ou 1760. Elisabeth et Joseph de la Grange s'installèrent à Philadelphia à partir d'août 1793 puis partirent pour Paris au tournant du siècle.

§ 2. Torel ou Thorel

a) **Elisabeth Torel/Thorel** - voir ci-dessus § 1 b) Elisabeth Torel (Thorel) Moreau.

b) **Marie Anne Thorel (81)** - Tante maternelle de Louis Casimir Elisabeth Moreau, habitante des quartier et paroisse du Dondon. Marie Anne Thorel périt dans un incendie de la ville du Cap.

§ 3. Deynaut - Vallade

a) **Jacques Christophe Deynaut (82)** - Habitant du quartier du Dondon. Il épousa **Elisabeth Thorel** le 9 novembre 1749 sous le régime de la communauté des biens. Deux fils naîtront de ce mariage, Jacques Louis et Louis Christophe Deynaut. Jacques Christophe Deynaut devait décé-

der en octobre 1755.

b) **Louis Christophe** et **Jacques Louis Deynaut** (83) - Demi-frères de Louis Casimir Elisabeth Moreau. Les frères Deynaut étaient tous les deux habitants du quartier de la Marre à la Roche, paroisse du Dondon. **Louis Christophe**, le cadet, épousa en avril 1779 Marie Thérèse Lucille Vallade, native du Dondon, fille d'Antoine Vallade et Marie Beyrac. De ce mariage naquirent deux filles : Marie Joséphine Louise Lucille, née le 27 avril 1781, et Marie Elisabeth Antoinette Céleste, née le 4 juillet 1782. Marie Thérèse Lucille Vallade mourut à la Nouvelle Orléans le 2 janvier 1832 à l'âge de 68 ans. **Jacques Louis Deynaut**, officier des milices, devait rester célibataire. Il mourut plusieurs années avant son frère Louis Christophe.

c) **Pierre Vallade** (84) - Officier de la Légion du Nord de Saint-Domingue, fils d'Antoine Vallade et Marie Anne Beyrac, frère de Lucile Vallade épouse de Louis Christophe Deynaut, décédé à Paris en novembre 1805.

§ 4. de Peters

Jean Antoine de Peters (85) - Père d'Elisabeth Philippine de Peters épouse de Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet. Jean Antoine de Peters était Ecuyer peintre du Roi de Danemark, membre de l'Académie des Sciences de Copenhague et premier peintre du Prince Charles de Lorraine. Jean Antoine de Peters épousa **Elisabeth Marie Gouel de Villebrune** le 29 avril 1756. Ils établirent leur résidence à Paris au 4 de la rue du Hazard Richelieu, paroisse Saint-Roch, où Elisabeth de Villebrune de Peters mourut le 1er mai 1785. Jean Antoine et Elisabeth de Peters eurent quatre enfants : Marie Louise de Peters, Marie Jeanne de Peters, Augustine Antoine de Peters et Anne Elisabeth Philippine de Peters.

Augustine Antoine de Peters (86), étudiant en droit à Paris en 1787, devint avocat au Parlement de Paris en 1790.

§ 5. De Lagrange (87) - de La Grange - Delagrange

Joseph Elisabeth George Merlhie Delagrange, beau-frère de Louis Casimir Moreau Lislet était jurisconsulte comme ce dernier. Un procès-verbal des séances de l'assemblée générale de la partie française de Saint-Domingue de 1791 laisse entendre que Joseph Delagrange était un brillant avocat : "*Lecture d'une pétition de M.*

La Grange, avocat nommé par l'assemblée provinciale du Nord à l'intérim de M. Chesneau de la Megrière, avocat au conseil supérieur du Cap, tendant à ce que l'assemblée lui accordât une dispense d'âge pour exercer la place d'avocat à laquelle il a été nommé par l'assemblée provinciale du Nord. L'assemblée... lui accorda la dispense d'âge pour exercer les fonctions d'avocat au conseil supérieur du Cap à la charge néanmoins qu'il ne pourra exercer en aucune façon les fonctions de juge qu'il n'ait atteint l'âge de majorité" (88).

En 1793, deux ans à peine après avoir été nommé avocat au conseil supérieur de Saint-Domingue, Joseph de Lagrange et son épouse, Elisabeth Françoise Ignace Moreau, établissent leur résidence à Philadelphie où il exerce la profession d'interprète (89). Au cours des trois ou quatre premières années du XIXe siècle, les époux de Lagrange s'installent à Paris, "*Boulevard des Italiens n° 27 au coin de la rue de la Michaudière*", où Joseph de Lagrange reprend sa profession d'avocat. Quelques années plus tard Louis Casimir Moreau Lislet, alors établi à la Nouvelle-Orléans, fera appel à son beau-frère pour que ce dernier plaide devant le gouvernement français les dossiers des demandes d'indemnisation présentés par les Français émigrés de Saint-Domingue en Louisiane (90).

SECTION II. LOUIS CASIMIR MOREAU LISLET - CERTITUDES ET ENIGMES

L'établissement de la biographie de Louis Casimir Moreau Lislet pendant cette première période de sa vie qui s'écoule depuis sa naissance jusqu'à son arrivée à la Nouvelle Orléans tient un peu du roman de science fiction. Ces quelque trente sept années de sa vie, les plus difficiles à reconstituer (91), sont remplies de mystères que les juristes et historiens du XXe siècle ont su habilement exploiter, soit pour rendre plus vraisemblables certaines thèses juridiques ou politiques qu'ils soutenaient, soit pour rehausser davantage encore le prestige d'un homme dont on savait si peu de choses. Il est important, il me semble, de rétablir d'abord la valeur de certaines assertions et de présenter quelques éléments de réponse à des questions qui restent encore posées avant de prendre à son début le fil de la vie de Moreau Lislet et de le laisser se dérouler au cours des ans.

§ 1. Certitudes acquises

Les certitudes que j'ai pu acquérir au cours de mes recherches se rapportent à l'année de naissance et aux traits physiques de la personne de Louis Moreau Lislet.

a) Année de naissance

Bien que la divergence entre la date de l'année de naissance de Moreau Lislet généralement acceptée dans tous les écrits connus à ce jour et celle que contient un document notarié récemment découvert ne soit que d'un an, et bien que cette divergence n'ait jamais été la source de controverses, il convient de rétablir la vérité historique sur ce point, aussi mineur soit-il.

Dans son testament olographe, Moreau Lislet ne fait aucune mention de sa date de naissance et, en vérité, il est difficile d'être plus sybillin qu'il ne l'est :

"Je suis né à Saint-Domingue dans le quartier du Dondon dépendance du Cap français. Mes père et mère sont morts depuis longtemps".

Les essais de biographie dont nous disposons se réfèrent tous à la même année de naissance : 1767. C'est le cas du dictionnaire de biographie américaine : *"Moreau Lislet, Louis Casimir Elisabeth (1767 - Dec. 3 - 1832)"* Dans l'article qu'il publia sur les émigrés français de Saint-Domingue, M. René Nicaud écrivait : *"[Moreau Lislet] naquit le 7 octobre 1767 au Cap français, Saint-Domingue..."* (93). Bien que M. Nicaud ne cite aucune pièce justifiant cette affirmation, je crois pouvoir dire, avec une certaine certitude, qu'il emprunta cette date du 7 octobre 1767 à l'inscription qui figure sur la tombe de Moreau Lislet. Cette date est revêtue d'une aura de vérité par sa précision même et de par le fait qu'elle fut probablement gravée d'après des certificats d'actes d'état civil en possession de l'Eglise. Ces certificats ne peuvent plus être consultés aujourd'hui car beaucoup ont été détruits dans les nombreux incendies qui, dans le passé ont ravagé la ville de la Nouvelle-Orléans. Malgré cet accord à peu près unanime sur l'année 1767 il est possible, à partir d'autres documents dont l'authenticité ne peut pas être contestée, d'affirmer que Moreau Lislet est né non pas en 1767 mais en 1768, en 1769 ou encore en 1766.

La possibilité de fixer à 1768 l'année de naissance de Moreau Lislet s'impose à la lecture d'un acte du 20 fructidor an 12 (septembre 1804) qui est rédigé en ces termes :

"Acte de mariage de Dlle Rose Henriette Schomberg et Louis Auguste de Northe des Marais... fait en double entre nous à Santiago de Cuba le 9 août 1804 en présence des citoyens Joseph Bruno Dalson âgé de 44 ans et Louis Casimir Moreau de Lislet âgé de 36 ans..." (94).

En soustrayant 36 années de l'année 1804, on obtient l'année 1768 comme étant l'année de naissance de Louis Moreau Lislet. Un autre acte de l'année 12 de la République mais daté du 13 floréal (mai 1804), certifie que :

"... le citoyen Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet... signalement, âgé de 35 ans..." (95).

La même opération de soustraction conduit à ce résultat que l'année 1769 serait l'année de naissance de Moreau Lislet.

Je crois qu'il faut rejeter à la fois les années 1767, 1768 et 1769 et admettre que Moreau Lislet naquit en 1766. Deux actes, l'un d'une valeur juridique équivalente à celle des actes ci-dessus mentionnés et l'autre d'une valeur supérieure m'ont convaincu que 1766 est bien l'année de naissance de Moreau Lislet.

Le premier acte extrait des registres de l'administration municipale du Port Républicain et daté du 28 fructidor an 8 (septembre 1800) stipule que :

"Le citoyen Louis Casimir Elisabeth Moreau, âgé de trente quatre ans, natif du Dondon..." (96).

L'année 1766 serait donc celle de la naissance de Moreau Lislet. Cet acte du 28 fructidor devrait avoir plus de véracité que les précédents du fait même qu'il fut établi au Port Républicain où Moreau Lislet vivait depuis le mois de janvier 1792 alors qu'il n'était que 'de passage' à Santiago de Cuba et peu connu certainement en cette dernière ville. Mais même si l'on ne devait pas attacher plus de poids à un acte qu'à un autre, alors qu'aucun des deux ne fait mention d'une date précise et que tous les deux se réfèrent seulement à une date 'implicite', il est difficile de ne pas se laisser convaincre par un avis de mariage fait *"par devant nous Denis François Angran d'Ailleray, Chevalier comte des Maillis et Conseiller d'Etat, Lieutenant civil au Châtelet de Paris "* :

"Est comparu Me Louis Casimir Elisabeth Moreau avocat en parlement, mineur âgé de 23 ans ainsi qu'il résulte de son acte de baptême en date du 29 octobre 1766 tiré des registres de la paroisse de St Martin du Dondon dépendance du Cap français..." (97).

Si donc Moreau Lislet fut baptisé le 29 octobre 1766 il naquit soit plusieurs mois auparavant soit, plus probablement, dans les premiers jours d'octobre de la même année, le 7 peut-être, ce qui permettrait de supposer qu'une erreur fut faite dans l'inscription de la pierre tombale qui devrait porter la mention : Louis Moreau Lislet, né à St Dominge le 7 oct. 1766 - décédé le 3 déc. 1832.

b) La personne physique de Louis Moreau Lislet

Un professeur de droit à l'Université de Tulane avait suggéré, il y a quelques années, que Louis Casimir Moreau Lislet était de race noire. Cette opinion était faite évidemment pour provoquer les esprits dans cette partie des Etats-Unis où la déségragation raciale n'est que de date récente et est loin d'être acceptée par tous. Il est difficile de savoir si M. Franklin - le professeur de droit en question - était sérieux ou non, mais il est certain qu'à l'époque où il enseignait encore à Tulane la preuve n'avait pas été faite de la couleur de la peau de Moreau Lislet. La photographie qui illustre les premières pages de cette biographie est un démenti formel à l'assertion que Moreau Lislet était de race noire, de même que les actes de notoriété établis par des agents officiels du gouvernement français :

Acte du 13 floréal an 12. *"Signalement :*

Agé de 35 ans, taille de cinq pieds quatre pouces, cheveux et sourcils bruns, les yeux bleus, le nez gros, bouche grande, menton pointu, front large, visage plein..." (98).

Acte du 28 fructidor an 8 :

"Louis Casimir Elisabeth Moreau âgé de trente quatre ans... taille cinq pieds _____ pouces, cheveux châtons, front large, sourcils noirs et épais, yeux bleus, nez moyen, bouche grande, menton rond, teint brun..." (99).

Même si les descriptions physiques de Moreau Lislet ne correspondent pas toujours, on peut néanmoins tenir pour définitivement acquis que Moreau Lislet était de race blanche comme l'avait déjà laissé entendre, d'ailleurs, Charles Gayarré dans la description qu'il faisait du personnage de Moreau Lislet en 1823 :

"Moreau Lislet ... est un français rondouillard... Ses yeux étincellent d'un esprit bon enfant sous de grandes lunettes qui chevauchent son petit nez. Tout en lui paraît

doux même ses os. Sa chair est molle, comme du blanc-manger ou de la confiture, et comme s'enfonçant sous le touché. Ses mains sont petites et potelées..." (100).

§ 2. Questions qui restent posées

Deux énigmes de la personnalité de Moreau Lislet restent à peu près entières. L'une est posée par l'insertion, dans la pétition de Declouet au gouvernement espagnol, d'un commentaire relatif à un poste que Moreau Lislet aurait occupé auprès du général Toussaint Louverture lors de la révolution de Saint-Domingue, alors que l'autre énigme nous est suggérée par Moreau Lislet lui-même dans son testament.

a) La pétition de Declouet

Dans la pétition qu'il adressait au gouvernement espagnol le 7 décembre 1814, Louis Bronier de Clouet, un ancien officier des armées espagnoles qui élaborait un plan audacieux et quelque peu utopique pour la reconquête de la Louisiane par l'Espagne et qui fut nommé gouverneur d'une province de Cuba en récompense de ses bons et loyaux services à la couronne espagnole, écrivait ceci :

"Moreau de Lislet fut secrétaire du noir Toussaint dans l'île de Saint-Domingue. Il s'installa en Louisiane après la prise de possession. Un collègue plein de mérite du précédent [Mazureau] sans aucune différence" (101).

Cette affirmation que Moreau Lislet fut secrétaire du général Toussaint Louverture n'apparaît que dans ce document, rédigé par un contemporain de Moreau Lislet il est vrai, mais sous une forme très brève, emprunte d'un certain mépris il me semble, et sans aucun fait, ni date ni information quelconque qui permettrait de lui attacher une certaine crédibilité. Qu'en est-il en vérité ? Toutes les histoires de Saint-Domingue, ainsi que les biographies de Toussaint Louverture que j'ai parcourues ne m'autorisent pas à endosser cette affirmation, bien au contraire. Dans des ouvrages aussi détaillés que, par exemple, *"Vie de Toussaint Louverture"* par Victor Schoelcher ou *"Histoire de la Révolution de Saint-Domingue"* par Dalmas ou *"Etudes sur l'Histoire d'Haïti"* par Ardouin (102), aucune mention n'est faite de la personne de Moreau Lislet que ce soit en sa qualité d'homme de loi ou, a fortiori, en sa qualité de secrétaire de Toussaint Louverture. Dans son *"Histoire d'Haïti"*

Thomas Madiou se réfère, ici et là, à des "Moreau", mais aucun n'est jamais représenté comme étant le secrétaire de Toussaint Louverture (103). Le seul élément d'information dont je dispose et qui puisse constituer un "commencement de preuve" est contenu dans un rapport rédigé en brumaire an 10 (octobre 1801) et adressé par un officier supérieur au "général en chef de l'armée expéditionnaire". Dans son rapport, cet officier écrivait ceci :

"J'ai oublié, citoyen général, de vous parler dans mes notes d'un blanc nommé M..., secrétaire du général en chef, cet homme d'un caractère bizarre est très (exalté) dans ses opinions ; il paraît avoir en ce moment une confiance particulière et serait capable de suivre peut-être partout Toussain..." (104).

La lettre "M" était-elle la première d'un nom propre ? d'un surnom ? Était-elle la première du nom "Moreau" ? Dans l'affirmative, s'agissait-il de Louis Casimir Moreau Lislet ? Autant de questions qui, bien qu'elles ne permettent pas de rejeter comme absurde l'hypothèse que la lettre "M" se référait bien à Louis Casimir Moreau Lislet, laissent néanmoins planer un tel doute sur sa vraisemblance qu'il ne me paraît pas raisonnable de la considérer comme plausible. En outre, des actes notariés des années 9, 10 et 11 de la République situent Louis Casimir Moreau Lislet au Port Républicain pendant ces années-là et le décrivent comme occupant diverses fonctions, certaines officielles, et qui toutes paraissent incompatibles avec celle de secrétaire de Toussaint Louverture. En conclusion j'incline à penser que Louis Declouet fit une telle déclaration au sujet de Moreau Lislet simplement pour des raisons politiques tant personnelles que partisans. Il importe en effet de se rapporter aux premières lignes de la pétition de Declouet pour comprendre l'esprit dans lequel ce texte fut rédigé et se garder de prendre au pied de la lettre toutes les accusations faites par son auteur. Monsieur Tousard, consul de France à la Nouvelle Orléans de 1806 à 1816, ayant soumis à Declouet une liste de noms de personnes, dont Moreau Lislet, qu'il fallait élire à certaines fonctions, Declouet fit le commentaire suivant qui précède une discussion des mérites de chacun des noms proposés :

"Tous ceux qui étaient nommés et proposés par Tousard, à l'exception de Villeré, étaient des hommes d'une corruption et d'une immoralité sans pareil, tous des ennemis de l'Espagne et des agents officiels ou secrets de Bonaparte dont ils étaient les satellites..."

Une telle préface n'est évidemment pas faite pour convaincre un lecteur de l'impartialité et de l'objectivité de son auteur. Ainsi il reste à faire la preuve irréfutable que Louis Moreau Lislet fut, à une époque donnée, secrétaire de Toussaint Louverture.

b) L'énigme du Testament de Louis Casimir Moreau Lislet

On a vu dans la section I de ce chapitre 2 que le père de Louis Casimir s'appelait Jacob Vincent **Moreau**, que sa mère, son frère et sa soeur portaient aussi le nom de **Moreau** tout court. Alors, comment et pourquoi Louis Casimir Moreau est-il devenu Louis Casimir Moreau **Lislet** ? On pourrait se contenter de l'explication brève et lapidaire que Moreau Lislet lui-même nous donne dans son testament olographe et ne pas chercher de justification là où, peut-être, il n'y en a pas. La phrase de son testament à laquelle je fais allusion est la suivante :

*"Je m'appelle Louis Casimir Elisabeth **Moreau**, le surnom de **Lislet** que je porte m'ayant été donné pour me distinguer de Benjamin Moreau mon frère aîné décédé..."*

Cette déclaration intrigue. Pourquoi Louis Casimir reçut-il le surnom de 'Lislet' ? L'explication qu'il nous donne est d'une trop grande naïveté pour être convaincante : *"pour me distinguer de Benjamin Moreau mon frère aîné"*. A quoi servent les prénoms sinon à 'distinguer' les membres d'une même famille les uns des autres ! Les demi-frères de Moreau Lislet, Louis Christophe et Jacques Louis Deynaut ne furent jamais distingués l'un de l'autre par l'adjonction d'un surnom à l'un ou l'autre de leurs noms. On peut se demander alors si Moreau Lislet ne cherchait pas à cacher quelque chose. Vincent Pierre Benjamin Moreau et son frère Louis Casimir Moreau s'entendaient-ils ? Est-ce que Vincent Pierre Benjamin aurait commis quelque acte qui lui aurait attiré l'opprobre de son frère cadet, lequel aurait alors cherché à se distinguer de son frère aîné ? Louis Casimir aurait-il reçu une attention toute particulière de la part de ses parents ? Ces derniers auraient-ils décidé que Louis Casimir était plus apte que son frère à bénéficier d'une bonne éducation secondaire et supérieure ? Benjamin serait-il devenu extrêmement jaloux de son frère cadet ? Toujours est-il qu'une constatation s'impose : dans son testament (105) Benjamin Moreau ne fait aucune mention de son frère cadet ni comme légataire ni comme exécuteur testamentaire alors qu'il nomme

expressément sa mère et surtout sa soeur. Peut-on alors présumer que les deux frères Moreau ne s'entendaient pas et que Louis Casimir se vit donner le surnom de **Lislet** pour marquer officiellement la séparation entre les deux frères ? (106) Aucun document, aucun ouvrage, aucun écrit que j'ai pu consulter ne fait mention de cet aspect assez singulier de la personne de Moreau Lislet. Aussi serait-il peut-être intéressant de se pencher sur les origines possibles de ce surnom de "*Lislet*" et de tenter d'élaborer une théorie sur le pourquoi de l'adjonction de ce surnom au nom patronymique de Louis Casimir.

Il fut une époque où il était commun d'attribuer à certaines personnes un surnom qui permette de les individualiser aisément et de leur accorder une sorte d'identité para-légale. Le surnom donné était inspiré soit de la profession, soit de l'origine géographique, soit d'un trait physique, etc... Le surnom de "*Lislet*" ne peut se rattacher qu'à une origine géographique et, j'irai jusqu'à affirmer, une origine géographique dictée par une particularité de l'île de Saint-Domingue où Moreau Lislet naquit. Ce surnom, sous sa forme "*Lislet*", représente la dernière phase, la phase "*contractée*" d'une évolution d'une série de surnoms qui revêtirent différentes formes. En effet, entre l'année 1787 quand le surnom apparaît pour la première fois et l'année 1804 où il prend sa forme définitive, ce surnom devait revêtir les formes suivantes : des Ilets, de Lislet, L'Islet, de Lilet, De Lisle et finalement Lislet.

Le premier usage du surnom "*des Ilets*" semble remonter à l'année 1787 alors que Louis Casimir Moreau avait tout juste vingt ans. On trouve ce surnom dans un document du Grand Orient de France, document qui établit que Louis Casimir Elisabeth Moreau des Ilets, habitant de Saint-Domingue, est membre de la loge Sainte-Sophie (107). Mais, chose curieuse et déconcertante à la fois, un autre document du Grand Orient de France, celui-là de l'année 1788, rapporte que un "*Moreau des Ilets, officier des troupes des Colonies*" était aussi membre de la loge Sainte-Sophie (108). Louis Casimir n'était pas officier des troupes des Colonies mais habitait bien rue Thomas du Louvre comme l'indique ce document de 1788. On peut se demander pourquoi, s'il s'agit du même Moreau des Ilets, le tableau de 1788 de la loge Sainte-Sophie fait mention de Louis Casimir Moreau d'une façon moins précise que ne le faisait le tableau de 1787 et pourquoi Louis Casimir, s'il s'agit de lui, y est inscrit sous la qualité d'officier des troupes.

Il ne saurait s'agir du père de Louis Casimir Moreau, lequel était bien officier des troupes des Colonies, mais décédé en 1782. Enfin il ne peut s'agir ni de Vincent Benjamin Moreau ni d'Antoine Moreau, lesquels n'étaient pas officiers des troupes et ne paraissent pas avoir séjourné à Paris. Il faudrait donc en conclure que, sur la seule base de l'adresse rapportée dans le document en question, le Moreau des Ilets, officier des troupes des Colonies, ne serait autre que Louis Casimir Elisabeth. Mais peu importe au fond, puisque ce qui nous préoccupe ici c'est de découvrir l'origine du surnom "*des Ilets*".

Des francs-maçons bien informés de l'histoire de la franc-maçonnerie m'ont assuré qu'il n'était pas dans la tradition de leur société d'attribuer des surnoms aux noms des nouveaux adeptes et qu'il n'était pas possible de conférer une origine religieuse ou sociale à ce surnom. Pourquoi, alors, l'adjonction de "*des Ilets*" au nom patronymique des "*Moreau*" ? Un moyen simplement de distinguer un "*Moreau*" de la métropole d'un "*Moreau*" originaire des Colonies ? C'est une hypothèse qui peut être soutenue comme certains soutiennent aujourd'hui que "*Lislet*", dans le nom Moreau Lislet, signifie simplement que Louis Casimir était originaire des îles. Peut-être, mais alors comment distinguer les "*Moreau*" originaires de la Martinique, de la Guadeloupe... ? D'autre part si cette hypothèse est retenue, force est bien d'admettre que Vincent Benjamin Moreau était lui aussi originaire des îles et qu'il pourrait tout aussi bien avoir droit au surnom "*des Ilets*". Cependant la différence entre Louis Casimir et Vincent Benjamin est que le premier, en quittant l'île de Saint-Domingue, pouvait légitimement revendiquer le surnom "*des îlets*" qui lui aurait été attribué en France alors que Vincent Benjamin, parce qu'il n'avait jamais quitté l'île ne pouvait prétendre à une telle marque de distinction. Cette théorie a deux faiblesses : la première est qu'en dehors des documents du Grand Orient de France on ne retrouve l'utilisation du surnom "*Lislet*" (et sous cette forme) qu'en 1794, à une date où les raisons qui auraient pu exister à une époque antérieure de faire une distinction entre Louis Casimir et son frère Vincent Pierre Benjamin n'avaient plus beaucoup de justification puisque Vincent Pierre Benjamin était décédé l'année précédente en 1793 ; la seconde faiblesse de cette théorie réside en ceci qu'au cours des années 1789, 1790 et 1792 (109), Louis Casimir Moreau n'est connu que sous ce nom à une époque où, précisément, son frère Vincent était encore en vie et où

il y aurait pu y avoir des motifs de distinguer les deux frères l'un de l'autre.

Le surnom "*des Ilets*" apparaîtra sous des formes variées à partir de l'année 1794. Dans des actes officiels des années 1794 (110), 1800 (111) et au-delà, on trouve le surnom sous la forme "*Lislet*" qui sera sa forme définitive et la seule forme, en dehors de Moreau tout court, sous laquelle Louis Casimir Moreau Lislet signera son nom.

En 1797, on trouve le surnom sous la forme "*de Lilet*" (112) ; en 1800 et 1801 on le trouvera sous la forme "*l'Islet*" (113) ; un acte de 1802 adopte la forme de "*des Islets*" (114) ; enfin un acte de 1804 utilisera la forme "*de Lislet*" (115). A ces différentes formes d'un même surnom correspondent une variété de noms extraits de la géographie de Saint-Domingue, noms avec l'un desquels ce surnom aurait peut-être un rapport. On peut citer les noms suivants à titre d'exemple (116) :

Fort de l'Islet : situé aux Cayes, près de l'embouchure de la rivière de l'Islet.

Fort Ilet : forteresse construite sous la colonie française sur un des îlots appelés alors îlet au Prince dans la rade du Port-au-Prince.

Ilet (l') ou L'Islet : quartier de la ville des Cayes.

Ilet : rivière de l'anse d'Hainault dont l'embouchure constitue le seul bain d'eau douce agréable de la ville.

Ilet (l') ou L'Islet : rivière qui arrose la plaine des Cayes.

Il est difficile d'établir un lien direct entre ces différentes versions, et d'autres encore, du nom l'Ilet ou l'Islet, avec la personne de Louis Casimir Moreau. Ce dernier n'ayant apparemment pas séjourné dans les départements du sud et du sud-ouest de Saint-Domingue à l'époque où le surnom fait son apparition, il semble logique et raisonnable de circonscrire les hypothèses que nous tentons d'élaborer à des assimilations avec des noms géographiques empruntés aux départements du nord et de l'ouest de Saint-Domingue.

Dans le département du nord, la ville du Cap français, qui devint ultérieurement Cap haïtien (117), aurait pu offrir la source possible d'une hypothèse. En effet Louis Casimir Moreau commença sa carrière professionnelle

dans cette ville qui, pour des motifs militaires et stratégiques, fut divisée en **dix Islets** en l'an onze de la République (118). Louis Casimir Moreau aurait pu alors être connu et distingué comme étant le "*Moreau des Islets du Cap*". Cette théorie néanmoins est difficilement acceptable parce qu'en l'an onze de la République Louis Casimir Moreau était établi depuis de nombreuses années déjà dans la ville du Port-au-Prince ou Port Républicain.

Cette ville du Port-au-Prince représente dans le département de l'ouest le seul lien possible entre Louis Casimir Moreau et son surnom de Lislet. Cette ville tire son nom "*suivant une tradition, du vaisseau le Prince qui mouilla dans ce port en 1706 et suivant une autre tradition, des îlets qui se trouvent devant ce port et qui portaient le nom d'îlets du Prince en 1680*" (119). Louis Casimir vécut plusieurs années au Port-au-Prince, où il exerça de nombreuses et hautes fonctions qui lui valurent, peut-être, d'être connu sous le surnom "*des îlets*" qui parsèment la rade de Port-au-Prince. Hélas cette hypothèse perd beaucoup de sa valeur quand on mentionne que Louis Casimir Moreau ne s'établit au Port-au-Prince qu'en 1794, alors que son frère Pierre Vincent Benjamin, duquel il devait être distingué, était déjà décédé. Cette hypothèse, comme les précédentes, est trop sensible à la critique pour être retenue et, en l'absence de documents qui offriraient une explication indéniable de l'origine du surnom "*Lislet*" nous en sommes réduit à les considérer toutes mais à n'en accepter aucune.

SECTION III. DU DONDON A LA NOUVELLE ORLEANS

Louis Casimir Elisabeth Moreau naquit (120) au Dondon (121), paroisse Saint-Martin, où il fut baptisé le 29 octobre 1766. Après des études secondaires soit au Cap soit en France (à Paris ou à Bordeaux) Louis Casimir Elisabeth Moreau fit ses études de droit à Paris où il obtint le titre d'avocat au Parlement, probablement en 1788. Pour pouvoir épouser Anne Elisabeth Philippine de Peters, Louis Casimir Moreau dut obtenir du Roi Louis XVI des *lettres de dispense dérogatoires, à l'effet de pouvoir contracter mariage en France avec la demoiselle de Peters*" (122). En effet selon un édit de 1697 la publication des bans du mariage aurait dû être faite au lieu où Jacob Vincent Moreau avait son

domicile au moment de sa mort, c'est-à-dire au Dondon, ce qui apparemment n'avait pas été fait. Le Roi de France ayant accordé sa dispense, le 10 septembre 1789 Louis Casimir Elisabeth Moreau épousa, à Paris, Anne Elisabeth Philippine de Peters, *"un parti et établissement convenable et sortable"* ou encore *"sortable et avantageux"* (123). Louis Casimir Moreau, alors mineur âgé de 23 ans, fut assisté dans la passation de son contrat de mariage par le Sieur Moreau de Saint-Méry *"Conseiller du Roy en son Conseil supérieur de Saint-Domingue"*, lequel était le tuteur ad hoc de Louis Casimir Moreau. Suivant l'article premier de ce contrat de mariage (124) :

"les futurs époux seront communs en tous biens meubles et conquêts immeubles suivant la coutume de Paris, au désir de la dite communauté sera réglée et régie et les biens d'icelle partagés quand bien même ils viendraient par la suite à établir leur domicile ou à faire des acquisitions en des pays soumis à des lois, coutumes et usages contraires auxquels ils ont expressément dérogé et renoncé par ces présentes..."

Pendant les quelques semaines qu'ils passeront ensemble à Paris avant de partir pour Saint-Domingue, les jeunes époux établirent leur domicile dans la maison qu'avait habitée Louis Casimir Moreau, *"rue Saint-Thomas du Louvre, paroisse Saint-Germain l'Auxerois à l'hôtel de la princesse royale d'Angleterre"*. A la fin du mois de septembre 1789 Louis Casimir Moreau et son épouse *"étant sur le point de partir pour l'Amérique où ils sont dans l'intention de faire un long séjour, ont fait et constitué leur procuratrice générale et spéciale Dlle Marie Louise de Peters leur soeur et belle-soeur"* (125). Il ressort de cette procuration qu'Anne Philippine de Peters était, en effet, un parti *"avantageux"* pour Louis Casimir si l'on tient à donner une coloration monétaire à la formule employée par Elisabeth Torel Moreau lors de son consentement au mariage de *"son fils puîné qui avait inspiré la confiance de sa mère par sa bonne conduite"* (126).

En 1790, Louis Casimir Moreau Lislet et Anne Philippine sont installés au Cap Français, où il exerce les fonctions de *"premier Substitut du Procureur général au Conseil supérieur de Saint-Domingue"*. Le 5 juillet 1790, Anne Philippine donne naissance à une fille, Julie Elisabeth Hatté qui sera baptisée le 18 septembre 1797 au Port-au-Prince (127). En 1793, un fils prénommé Léon naîtra au Cap (128)

quelques semaines avant le terrible incendie de la ville de juin 1793, incendie dans lequel la tante maternelle de Louis Casimir périra. Cet incendie et les événements qui suivirent semblent avoir incité Louis Casimir Moreau à envoyer sa femme, ses enfants et sa mère en lieu sûr. *"A la fin de juin 1793 la catastrophe du Cap devait conduire, bon gré mal gré, vers les Carolines, vers Savannah et vers Philadelphie un convoi de cent voiles, chargé de plusieurs milliers de Blancs"* (129). En août 1793, Anne Philippine, ses enfants et Elisabeth Torel, la mère de Louis Casimir, s'embarquent à bord de la goélette *"la Delaware"* à destination de Philadelphie (130). Malheureusement la goélette allait faire naufrage, et Elisabeth Thorel ainsi que Léon Moreau Lislet devaient périr noyés. Anne Philippine et sa fille parvinrent à atteindre Philadelphie où résidaient les Delagrangé et où Louis Casimir devait les rejoindre quelques mois plus tard. L'acte d'ouverture du testament de Pierre Vincent Benjamin Moreau passé devant le Consul de la République française de cette ville le 4 avril 1794 atteste que :

"L'an deux de la République française une et indivisible, le quinze germinal, sont comparus par devant moi Jean Baptiste Petry, consul de la République à Philadelphie, les Citoyens Joseph Elisabeth Georges Merlhy de La Grange, avocat au Conseil supérieur du Cap français demeurant en cette ville ... et Louis Elisabeth Casimir Moreau, substitut du procureur général du dit Conseil demeurant aussi en cette ville ..." (131).

Les Moreau Lislet retournèrent à Saint-Domingue en 1794 et s'installèrent au Port Républicain (Port-au-Prince) où ils résidèrent jusqu'en 1803. Il peut être intéressant de signaler ici une discordance entre les sources d'information dont nous disposons. En effet, selon que l'on se réfère à certains documents ou à d'autres, les Moreau Lislet auraient été en plusieurs endroits au même moment. C'est ainsi que si l'on en croit les dispositions d'un acte de *"l'administrateur général des domaines nationaux et biens séquestrés de Saint-Domingue"* (132) :

"Vu un certificat de l'administration Male du Port Républicain, justificatif de la résidence du Pétitionnaire en la dite commune depuis le mois de janvier 1792 jusqu'au 8 fructidor an huit sans interruption ..." (133).

Toujours est-il qu'à partir de 1794 Louis Casimir Moreau Lislet est installé au Port Républicain. Ses qualités intel-

lectuelles et morales semblent avoir largement contribué à l'établissement de sa bonne réputation si l'on en prend pour preuve la grande variété des fonctions juridiques qu'il occupait, parfois simultanément. Parmi ses nombreuses activités, il en est une qui témoigne de la confiance dans laquelle il était tenu, c'est celle de mandataire. Une des conséquences des révolutions, incendies, guerres et massacres qui ravagèrent l'île de Saint-Domingue à partir de 1791 fut l'émigration d'une large partie de la population des colons. Beaucoup quittèrent l'île avec la ferme intention d'y revenir, mais entretemps, il était nécessaire d'assurer l'administration des biens, immobiliers surtout, qu'on laissait derrière soi. Louis Casimir Moreau Lislet fut, de la sorte, le mandataire de nombreux émigrés. Ainsi, par exemple, les deux procurations suivantes :

1) *Germinal an 9*
Procuration de Dme La Rivière
au Cen
Moreau Lislet

Par devant moi Jean Baptiste Porée, Chancelier du Commissariat des Relations commerciales de la République française [à Philadelphie]

Personnellement est comparue la Citoyenne Marguerite Veuve La Rivière, habitante de Saint-Domingue d'où elle a été déportée ...

Laquelle a déclaré faire, nommer et constituer ... pour son Procureur spécial ... la personne de Louis Casimir Elisabeth Moreau L'Islet, homme de loi résident au Port Républicain ..." (134).

2) *Brumaire an X*
Procuration
à
Moreau Lislet

Par devant moi Jean Baptiste Porée, ...

Personnellement sont comparus Benigne Charles de St Memin et Victoire de Motmans son épouse ... l'un et l'autre propriétaires de Saint-Domingue résidant ordinairement à Burlington, Etat de New Jersey ...

Lesquels ont déclaré faire, nommer et constituer ... pour leur Procureur général et spécial ... la personne de Louis Casimir Elisabeth Moreau L'Islet, homme de loi demeurant au Port Républicain ..." (135).

En tant qu'avocat Louis Casimir Moreau Lislet eut de nombreuses affaires à défendre tel que ce problème du droit international privé extrait du greffe du tribunal de commerce de l'ouest de Saint-Domingue, siégeant au Port Républicain :

"Audience du 23 floréal an neuf

A tous présents et à venir salut ... Vu l'instance pendante devant le tribunal

Entre le sieur Zephiria Kingsley, négociant américain de Charleston, de présent au Port Républicain ... comparant par le Citoyen Jean Jacques Dauhieme son défenseur d'autre part, contre le Citoyen Thomas Mierre, capitaine de bâtiment, ayant eu le commandement du bricq, la Lucy, sous pavillon danois, défendeur, comparant le Citoyen Moreau Lislet, son défenseur, d'autre part ...

Le tribunal ordonne ... que dans le délai de quatre mois, le Sieur Kingsley sera tenu de justifier que le bricq la Lucy est sa propriété ..." (136).

Moreau Lislet, peut-être parce qu'il était particulièrement estimé de ses collègues et que ses compétences étaient reconnues des autorités publiques, fut appelé à exercer les fonctions de juge pendant plusieurs mois au cours de l'an dix de la République (1801-1802) ainsi qu'en témoigne l'extrait ci-dessous :

"16 messidor an 10

Adjudication

Aujourd'hui 2 messidor an dix de la République française une et indivisible,

Par devant nous Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet, défenseur public, faisant fonction de juge pour l'absence et l'empêchement des juges du Tribunal de première instance du Port Républicain, en présence du Citoyen Cotellet, Commissaire du Gouvernement près le dit Tribunal ..." (137).

Selon un acte du 9 pluviôse an 11, Moreau Lislet fut aussi avoué (138) et selon d'autres actes encore il fut curateur aux successions vacantes ((139).

Louis Casimir Moreau Lislet, tout juriste qu'il était et bien qu'entièrement dédié aux obligations et aux devoirs de ses fonctions, n'était pas pour autant oublieux de ses affaires personnelles. Les temps difficiles et dangereux

qu'il vivait avec sa famille le forcèrent certainement à s'assurer d'autres sources de revenus que les honoraires que pouvait lui rapporter l'exercice de sa profession d'homme de loi. C'est probablement ce qui explique, d'une part qu'n l'an 9 Moreau Lislet chercha à se faire reconnaître propriétaire d'un certain nombre de bien immobiliers, et que d'autre part il s'efforça à administrer ses biens et ceux de sa femme au mieux de leurs intérêts communs.

Le 9 frimaire de l'an 9, Louis Casimir Moreau Lislet se fit établir un acte de notoriété à l'effet de constater qu'il était propriétaire de certains immeubles :

"9 frimaire an 9 Au nom de la République française

Par devant les notaires publics établis pour le département de l'ouest de Saint-Domingue à la résidence de la commune du Port Républicain, y demeuran soussignés,

Sont personnellement comparus les Citoyens Jacques Duviella, Jean Paul Carouge et Jean Chrisostome, François de Salles Conigliano, tous domiciliés de cette commune.

Lesquels ont dit et déclaré par forme de notoriété avoir une parfaite connaissance, comme ayant vu et lu sur titres avant leur perte que le Citoyen Louis Casimir Elisabeth Moreau, ci-devant habitant du Dondon, dépendance du Cap, et actuellement domicilié de cette commune, est bien seul et unique propriétaire,

1° d'une habitation établie en café au lieu dit la Mare à la roche, commune du Dondon, connue sous le nom de Moreau et provenante de la succession de ses père et mère ;

2° d'une autre habitation établie en café au lieu dit le Haut du Trou, quartier du Dondon, connue sous son nom et provenante de la succession de feu Antoine Moreau, son oncle paternel, mort sans enfant ;

3° d'une maison non incendiée sise au Cap rue de la Pointe (autrefois du Marché aux Blancs) n° ___ et actuellement louée au Citoyen Dubertet, comme provenant de la succession de sa tante et de sa mère, qui la possédaient indivisément comme tenant de la succession de feu Thorel leur père, grand-père maternel du dit Citoyen Moreau.

Et les Citoyens Duviella et Conigliano ont de plus déclaré en particulier avoir une connaissance certaine que feu Citoyen Antoine Moreau, habitant du Haut du Trou, oncle paternel du dit Citoyen Casimir Moreau, y est décédé en mil sept cent quatre vingt douze, assassiné

par quelques maraudeurs peu de temps après la reprise du Dondon par le commandant de Neuilly, comme aussi que la Citoyenne Thorel, fille majeure, sa tante maternelle, est périée malheureusement dans l'incendie du Cap, et qu'enfin la Citoyenne veuve Moreau sa mère est morte dans la traversée du Cap à Philadelphie sur la goélette la Delaware, capitaine Davis, où ils étaient eux-mêmes passagers, en foy de quoi ils ont fait la présente déclaration pour suppléer aux titres du Citoyen Moreau perdus dans les évènements, de la révolution ..." (140).

La lecture de ce document conduit à deux remarques d'inégale importance. On constate tout d'abord qu'aucune mention n'est faite de la mort de Vincent Pierre Benjamin Moreau que d'autres documents rapportent comme ayant eu lieu en 1793. Cet "oubli" était-il intentionnel ? On serait enclin à répondre par l'affirmative et, peut-être, à mettre en doute l'honnêteté et l'intégrité de Louis Casimir Moreau. De fait, et c'est la deuxième constatation qui s'impose à la lecture de ce document, aucune mention n'est faite non plus d'Elisabeth Françoise Ignace Moreau, épouse Delagrangé, qui, elle, était bien en vie en l'an 9 et héritière au même titre que Louis Casimir des propriétés décrites dans l'acte de notoriété ci-dessus. Moreau Lislet voulait-il gruger sa soeur de ses droits en jouant sur le fait que celle-ci résidait à Philadelphie, donc très loin du Port-Républicain, et que lui-même se trouvant seul sur place, il lui serait très facile, avec la connivence de quelques témoins, de se faire déclarer seul et unique héritier ? on pourra peut-être mieux juger de l'état d'esprit de Louis Casimir Moreau Lislet par la pétition qu'il adressa au Général Toussaint Louverture :

"Au Citoyen Toussaint L'Ouverture, Général en chef de la Colonie de Saint-Domingue,

Louis Casimir Moreau, défenseur officieux aux Tribunaux du Port Républicain,

Vous expose, Citoyen Général, que comme seul et unique héritier de ses père, mère et oncle, il est propriétaire de deux habitations au Dondon et d'une maison en la ville du Cap, lesquelles ont été séquestrées durant son séjour au Port Républicain.

Juste et généreux, vous avez annoncé, Citoyen Général, que vous remettriez en possession les propriétaires qui seront en règle.

Je justifie par les trois pièces ci-jointes :

1. de ma résidence aux termes de la loi
2. de ma propriété et de la mort de mes auteurs
3. de la mort de mon frère

D'après cette justification je conclus à ce qu'il vous plaise, Citoyen Général ... ordonner la main levée du séquestre apposé sur ses diverses propriétés, à savoir ..." (141).

Le 29 frimaire an 9 Louis Casimir Moreau obtenait la promulgation d'un arrêté prononçant la main levée du séquestre établi sur ses propriétés (142), et le 9 nivose an 9, son fondé de procuration, le Sieur Bourget, était mis en possession (143). Toutefois l'arrêté en question contenait une restriction à laquelle Louis Casimir Moreau dut être sensible. L'arrêté stipulait en effet que Toussaint Louverture, Général en chef de l'armée de Saint-Domingue :

"... arrête que le séquestre apposé sur les dites habitations situées au Dondon et sur une maison sise au Cap rue de la Pointe n° 86 est levé, sans préjudice des droits des autres prétendants, s'il en existe ...".

Elisabeth Françoise Ignace Moreau, épouse Delagrangé et soeur de Louis Casimir Moreau, fut-elle dans l'impossibilité de faire valoir ses droits de succession malgré les efforts déployés par son mari Joseph Delagrangé ? Ce dernier, à deux reprises en 1796 (144) et en 1799 (145) avait adressé des procurations, l'une au Sieur Laplace et l'autre au Sieur Durainé, par lesquelles il leur donnait *"pouvoir de régir, gouverner et administrer le quart à lui appartenant en sa dite qualité d'une habitation établie au Cap dite habitation Moreau sise à l'endroit dit La Mare quartier du Dondon ..."*.

Ces mandataires ne semblent pas avoir rempli leurs fonctions puisque plusieurs années plus tard, en vendémiaire an 13, Joseph Delagrangé, alors résidant à Paris, s'adressait en ces termes au Ministre de la Marine :

"Monseigneur,

J'ose supplier Votre Excellence de vouloir bien me faire délivrer un certificat qui atteste que mon épouse Elisabeth Françoise Ignace Moreau est propriétaire d'immeubles situés à Saint-Domingue dans la ville du Cap français et dans le quartier du Dondon.

Je dois, peut-être, à ma délicatesse, de dire que mon intention n'est nullement de participer aux secours donnés aux colons indigènes. Quoique j'aie tout perdu comme eux,

il me reste un Etat, et je rougirais d'aggraver l'infortune de concitoyens plus malheureux que moi en diminuant les secours qu'un gouvernement paternel leur accorde..." (146).

Moreau Lislet s'était-il rendu coupable de fraude à la loi, ou, tout au moins, d'une manoeuvre dolosive ? Je crois qu'on peut répondre par la négative. Si mensonge il y a eu, il fut fait uniquement dans le but de faciliter et d'expédier le règlement d'une succession que des événements politiques et sociaux avaient rendu extrêmement difficile. Etre sur place était un grand avantage, avoir émigré était un handicap presque insurmontable : les modes de communication étaient lents et peu sûrs, les actes d'état civils et autres actes officiels étaient souvent détruits ou inexistantes, enfin il était difficile bien souvent de faire reconnaître ses droits. D'autre part, Louis Casimir Moreau s'est toujours très bien entendu avec sa soeur et son beau-frère, comme en témoignent les relations d'affaires qu'ils établiront entre eux après que Louis Casimir Moreau aura émigré à la Nouvelle Orléans. Je pense donc que Louis Casimir Moreau agit comme il le fit uniquement dans le but de s'assurer une main-mise aussi rapide que possible sur des propriétés de rapport de peur que des intrus ne s'en emparent par des moyens plus ou moins légaux quitte, ultérieurement, à verser à sa soeur la part des profits qu'il aurait retirés de l'administration ou de la vente de ces propriétés. L'administration de ces propriétés semble avoir été pour Louis Casimir Moreau plus un souci qu'une satisfaction. N'étant pas exactement sur place, au Cap français, pour les gérer lui-même, il dut s'y faire représenter. Le 13 nivose an 9, par acte notarié (147), il constituait *"son procureur général et spécial le Citoyen Bourget, négociant au Cap"* auquel il donnait pouvoir de :

"se mettre en possession de deux habitations établies en café connues toutes deux sous le nom de Moreau et situées au Dondon ... toucher et percevoir les fermages échus et ceux à échoir..."

passer bail à loyer de la maison à lui appartenante, située rue de la Pointe n° 86 ...

intenter toutes actions en justice ...

exercer tous les droits ... du constituant ...".

Le 20 vendémiaire an 10 (148), il nommait *"le Citoyen Prévot, juge civil, et Bourget, négociant au Cap"*, avec pouvoir d'agir *"conjointement"*, mais, le lendemain, le 21 vendé-

miaire (149), il nommait le Citoyen Prévot, juge civil au Cap *"son procureur général et honoraire"* avec mission de *"surveiller l'administration du Citoyen Bourget, le révoquer en cas de besoin ..."*. Moreau Lislet se révélait être un homme d'affaires précis, méticuleux et ferme comme il le prouva le 6 ventose an 10 en révoquant la procuration qu'il avait donnée au Citoyen Bourget, parce que ce dernier avait *"contrarié ouvertement ses intentions consignées dans la correspondance avec lui, agi sans son autorisation et excédé les pouvoirs qui lui étaient donnés ..."* (150).

Des événements *"extraordinaires"* qui se dérouleront au cours de l'été 1803 empêcheront Moreau Lislet de jouir bien longtemps de ces propriétés et, en tous cas, d'en retirer quelque profit en les vendant. Cette affirmation est étayée sur des documents datés de l'année 1829 (151) qui révèlent que Joseph Merlhy Delagrangé cherchait encore, à cette époque, à faire établir les droits de succession des héritiers Moreau sur les propriétés mentionnées plus haut.

En même temps que Moreau Lislet s'occupait d'administrer ses biens propres, il veillait aussi à la bonne gestion des propres de son épouse, Anne Philippine de Peters. Cette gestion, ils la confièrent à Joseph Merlhy Delagrangé témoignant ainsi des bonnes relations qui existaient entre les deux familles et en particulier entre les deux beaux-frères hommes de loi. Le 26 prairial an 11, Louis Moreau Lislet et Anne Philippine, par devant notaire :

"ont dit et déclaré donner par ces présentes leur procuration générale et spéciale au Citoyen Merly Delagrangé, défenseur public, et par défaut au Citoyen De Petters, frère de la comparante, l'un et l'autre demeurans à Paris.

Auquel ils donnent pouvoir de, pour eux et en leurs noms, se pourvoir en justice par voie de rescision, nullité ou autre qu'il avisera bon être, contre la vente faite d'une maison située à Paris rue du Hazard Richelieu, ladite maison appartenant indivisément tant à la comparante qu'à ses frère et soeur, comme provenant de leurs patrimoines, le tout à cause de la vilité du prix de vente de la dite maison ..." (152).

Telle était, en 1803 au Port Républicain, la condition sociale des Moreau Lislet et la situation financière, apparemment aisée, dans laquelle ils se trouvaient. Rien dans leur attitude, et Moreau Lislet le confirmera plus tard, ne semble indiquer qu'il était dans leurs intentions de quitter

cette île de Saint-Domingue, dont le climat politique était cependant devenu très hostile. Le hasard et le sens du devoir s'unirent pour faire des Moreau Lislet des exilés malgré eux, briser à tout jamais les liens qui les retenaient à Saint-Domingue et les lancer dans une aventure nouvelle sur le continent américain.

Au mois d'août 1803, les Moreau Lislet s'embarquent au Port Républicain à destination du Cap. Ils ne faisaient pas partie de ce *"dernier grand départ de ceux qui avaient échappé dans le sud aux vengeances de Rigaud, dans l'ouest et le nord à celles de Dessalines ..."* (153) ; non, Louis Casimir Moreau Lislet était envoyé en mission officielle au Cap. Hélas, il ne devait jamais y parvenir comme il ressort d'une déclaration qu'il fit le 13 floréal an 12 (154) :

"L'an 12 de la République et le 13 floréal avant midi est comparu au Secrétariat de l'Agence du Gouvernement français établi à Santiago de Cuba et par devant le secrétaire de la dite Agence soussigné faisant fonction de Chancelier, le Citoyen Moreau Lislet, curateur aux successions vacantes du Port Républicain, Isle St. Domingue, de présent réfugié et résidant à Santiago, lequel a dit et déclaré qu'il était parti du Port Républicain vers le milieu du mois d'août dernier sur la falouche l'Alexandrine, Capitaine de Boyner, pour se rendre au Cap aux ordres de M. Ludot Grand Juge de St. Domingue qui l'y avait invité par écrit à son départ du dit Port Républicain avec le quartier général et qui lui avait fait donner en conséquence un passeport par le Capitaine Général Rochambeau, lequel avait été ensuite visé par le Général Lavalette, Commandant en chef du Port Républicain, et enregistré au tribunal d'appel du département de l'Artibonite qui avait donné son approbation au dit voyage, que la falouche l'Alexandrine portait des dépêches du gouvernement et devait toucher au mole avant d'aller au Cap, mais que dans la traversée elle éprouva des vents contraires et fut jetée au large dans le canal où elle rencontra des croiseurs ennemis qui l'obligèrent à relâcher premièrement dans Puerto Escondido, anse déserte à vingt six lieues au vent de Santo Yago dans l'isle de Cuba, qu'étant sortie de la dite anse elle fut de nouveau chassée et obligée de chercher refuge à Santiago, où le comparant est arrivé le vingt cinq août et où il est resté attendant une occasion favorable pour se rendre à sa destination, après avoir donné avis de sa relâche au Capitaine Général et au Citoyen Minutti, Grand Juge par interim, qui lui (illisible) de profiter de la première occasion pour retourner au Port-au-Prince, mais à l'instant même de la réception de cette lettre, on apprit

l'évacuation du dit Port-au-Prince arrivée le 18 octobre dernier, ce qui empêcha le comparant d'exécuter les nouveaux ordres qu'il avait reçus, et il a continué de résider en cette ville ..."

C'est dans ces conditions extrêmement difficiles que Louis Moreau Lislet commença sa seconde carrière, celle qui devait faire de lui une personnalité certainement plus prééminente qu'il ne l'aurait jamais été s'il était resté à Saint-Domingue. Il perdit tout dans cette aventure :

"L'an 12 de la République française et le 13 floréal après midi, est comparu au Secrétariat de l'Agence du Gouvernement français à Santiago de Cuba, le Citoyen Moreau Lislet ... lequel nous a dit et déclaré ... que le Citoyen Canbonne qu'il avait laissé chargé de ses affaires et de son étude avait été obligé d'abandonner tous les papiers de sa dite étude, une partie de ceux de la vacance et tous les meubles et effets délaissés par le comparant, pourquoi le dit comparant fait la présente déclaration de perte ..." (155).

D'autres actes officiels de l'Agence du Gouvernement français à Santiago attestent que les Moreau Lislet passèrent à peu près un an dans cette ville avant d'émigrer en Louisiane. Le dernier acte officiel qui témoigne de la présence de Louis Casimir Moreau Lislet à Santiago est daté du 20 fructidor an 12, ce qui correspondrait au 9 août 1804 (156). C'est entre cette date et le début du mois de février 1805 que les Moreau Lislet suivirent la route empruntée avant eux par de très nombreux colons français qui, expulsés de Saint-Domingue, s'installèrent en Louisiane.

SECTION IV. LES PREMIERES ANNEES D'INTEGRATION

Louis Casimir Moreau Lislet n'était pas homme à se laisser dominer par les événements. Ainsi qu'il devait le prouver aussi plus tard à différentes reprises, Moreau Lislet semble avoir été constamment mû par une grande force de caractère et une détermination inébranlable. A peine arrivé en Louisiane (157), il est à peu près certain que Moreau Lislet comprit qu'il pourrait s'intégrer rapidement à ce nouvel environnement et contribuer utilement à la construction et l'épanouissement de ce territoire tout récemment intégré au jeune Etat des Etats-Unis. Deux facteurs, d'une importance indéniable, jouaient en sa faveur.

Tout d'abord, il était un homme de loi élevé et éduqué dans un pays dont le système de droit était comme le frère jumeau de celui du territoire où il venait s'installer, et il avait prouvé, par ailleurs, qu'il était capable de remplir des fonctions de responsabilité qui attestaient de son souci de bien accomplir son devoir. Le second facteur sur lequel Louis Moreau Lislet pouvait certainement compter était sa connaissance des langues française, anglaise et espagnole. Son long séjour à Philadelphie et ses "*clients*" américains au Port Républicain avaient fait que Moreau Lislet possédait une bonne connaissance de la langue anglo-saxonne, alors que son séjour d'un an au moins à Cuba lui avait permis d'apprendre l'espagnol. N'est-ce pas une coïncidence extraordinaire de retrouver la présence concomitante de ces trois langues à la Nouvelle Orléans ?

Moreau Lislet saisit vite l'occasion de se faire un nom. La première manifestation de sa présence à la Nouvelle Orléans (158) illustre bien la position unique dans laquelle il se trouvait : le 4 février 1805, son nom apparaît au bas d'un document qui reproduit une résolution conjointe des deux chambres de la législature du territoire (159) :

*"Je certifie la présente traduction,
Moreau Lislet,
Interprète."*

D'autres résolutions, celles-ci émanant du Conseil de la ville de la Nouvelle Orléans (160), datées du 20 juillet 1805, et très probablement rédigées en français, portent également la signature de Moreau Lislet interprète qui certifiait leur bonne traduction en langue anglaise. Après quelques mois de ce travail, qu'il trouva peut-être ingrat mais qui lui permit de se faire connaître parmi ses pairs, Louis Casimir démissionna de ses fonctions d'interprète (161) pour s'établir comme avocat en association avec un autre juriste français, Pierre Derbigny, ainsi qu'il apparaît dans un "*avis*" de la Gazette de la Louisiane du 29 octobre 1805 (162). Cette association ne durera pas longtemps, puisque dès le mois d'avril 1806, Moreau Lislet fait publier des avis signés de son seul nom (163). Peut-être Moreau Lislet n'avait-il pas un caractère facile. Il était très certainement exigeant, méticuleux et laborieux, autant de qualités que certains "*associés*" peuvent considérer comme des défauts quand elles sont poussées à l'extrême. En tous cas, il n'était pas homme à prendre l'insulte et la "*calomnie*" à la légère et avait un sens aigu de son intégrité morale et de son honnêteté intellectuelle. A la suite

d'un article intitulé "*subtilité et ruse d'avocat*" (164), publié dans le *Moniteur* du 14 février 1807 et dans lequel Jacques Nadaud s'en prenait à lui, Moreau Lislet répondait d'une manière emportée et véhémement empreinte d'un certain mépris :

"Au Rédacteur du Moniteur de La Louisiane,

Monsieur,

J'ai lu le plat libelle, dont il a plu au sieur Jacques Nadaud d'orner votre dernière feuille. Quinze années d'une profession honorable, l'estime publique que je crois avoir acquise et que je m'efforcerai de mériter toujours, me donnaient peut-être le droit de vouer cet écrit au mépris qui est son partage ; mais j'ai pensé que je me devais à moi-même et au barreau dont j'ai l'honneur de faire partie, de démentir hautement les affirmations du sieur Nadaud comme fausses, méchantes et calomnieuses, ainsi que j'espère le prouver devant les tribunaux où je vais l'attaquer." (165)

Les qualités et les talents que Moreau Lislet déployaient lui valurent très vite de mériter la considération et le respect des autorités locales. Déjà, en juin 1806, le Conseil législatif et la Chambre des Représentants du Territoire d'Orléans l'avaient nommé, en compagnie de James Brown, *pour rédiger et organiser conjointement un code civil convenable pour ce territoire*" (166). C'était là une manifestation de l'estime qu'il avait su inspirer et de la confiance que ses qualités d'homme de loi lui avaient méritée. Au mois de mars de l'année 1807, le gouverneur du Territoire d'Orléans, William C.C. Claiborne, le nomma juge de la ville et paroisse d'Orléans en remplacement de James Workman qui avait démissionné (167). Au terme du mandat de ce dernier, en mai 1807, Louis Moreau Lislet fut de nouveau nommé juge, mais cette fois-ci en son propre nom (168). En sa qualité de juge ses activités furent multiples : passer jugement bien sûr, mais aussi prendre des ordonnances (169), approuver des résolutions du Conseil de ville (170), promulguer des règlements (171), émettre des avis de toutes sortes (172), informer la ville de ses obligations (173), etc... Malgré l'importance et la lourdeur de ses devoirs professionnels, Moreau Lislet n'abandonna pas pour autant les autres activités qui lui tenaient à cœur. Il en est une en particulier à laquelle il voua toujours, et vouera longtemps encore, une grande partie de son énergie et de ses talents : la franc-maçonnerie.

Parmi les réfugiés de Saint-Domingue qui s'établirent en Louisiane, un grand nombre d'entre eux appartenait à la franc-maçonnerie et en particulier à la loge "la Réunion désirée". N° 3013. "Le 15 février 1806, ils tinrent une réunion et une loge fut constituée par les anciens officiers : avec Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet dans les fonctions de Grand Maître ... Ils prirent la résolution de reprendre leurs activités à la Nouvelle Orléans en attendant de pouvoir retourner chez eux..., de demander au Grand Orient de France un double de leur charte et de déclarer leurs travaux comme valides jusqu'à ce qu'ils reçoivent leur charte. Une 'élection' temporaire des officiers eut lieu à ce moment-là ; elle donna les résultats suivants : Moreau Lislet, G.M. ; J. Rice Fitzgerald, G.S., et Jean Zanico, D.G.S. - L'élection régulière eut lieu le 17 juin suivant, et Moreau Lislet fut réélu... La participation aux réunions de la loge était devenue de plus en plus réduite et à la réunion du 27 novembre 1808, Moreau Lislet, le G.M., adressa un blâme à ses frères pour leur manque de zèle maçonnique ..." (174). La réputation de Moreau Lislet atteignit très vite les milieux gouvernementaux puisqu'au mois de février 1808 Moreau Lislet fut nommé juge à la Cour supérieure du Territoire d'Orléans par le Président des Etats-Unis. Pour des raisons qu'il expose dans une lettre du 1er mai 1808, Moreau Lislet refusa d'accepter cette nomination :

"James Madison, Secrétaire d'Etat,

Monsieur, J'ai bien reçu votre lettre du 18 mars dernier, laquelle contenait ma nomination de Juge à la Cour supérieure du Territoire d'Orléans, que le Président des Etats-Unis m'a fait l'honneur de me conférer. C'est avec les regrets les plus sincères que je me sens dans l'obligation de refuser une position aussi honorable, ma situation dans la vie étant telle qu'il me serait impossible d'assurer le bien-être de ma famille avec le salaire qui correspond à cette position ..." (175).

Ainsi Moreau Lislet demeura juge de la ville et de la paroisse d'Orléans. Mais sont-ce vraiment des considérations financières qui l'incitèrent à rejeter une nomination à une fonction aussi prestigieuse pour un juriste récemment émigré ? On peut se demander si Moreau Lislet n'avait pas répondu par la négative pour des raisons d'ambition politique. En effet, le numéro du mercredi 24 juin 1808 de la Gazette de la Louisiane faisait paraître le communiqué suivant :

"Il y a tout lieu de croire que les candidats ci-après nommés réuniront la majorité des suffrages dans la prochaine élection :

Sénateur

Mr. Michel de Armas

Représentans

MM. Louis Moreau Lislet

Louis B. Macarty " "

Si telle avait été l'ambition de Moreau Lislet, il fut très certainement déçu, et peut-être humilié, puisqu'il ne fut pas élu. Il continua d'occuper ses fonctions de juge de la ville en 1808 et en 1809 (176), regrettant peut-être de n'avoir pas accepté l'honneur que lui avait fait le Président des États-Unis. Néanmoins il y avait certainement quelque vérité dans les raisons du refus exprimé par Moreau Lislet, car en dépit de sa qualité de juge de la paroisse, il ne lui était pas interdit d'intervenir comme l'avocat d'une partie à un procès (177). Les honoraires qu'il pouvait alors demander, quand ils étaient ajoutés au salaire qu'il percevait en tant que juge de la paroisse, pouvaient certainement atteindre un montant supérieur au salaire qu'il aurait reçu comme juge de la Cour supérieure.

Au moins d'avril de l'année 1809, Moreau Lislet fut profondément éprouvé par une nouvelle cruelle épreuve : sa femme, Elisabeth de Peters, mourut le 19 (178). Après ce décès et ceux de ses parents, de son frère, de ses oncle et tante, de son fils Léon, il ne restait plus à Louis Casimir Moreau Lislet que sa fille Julie, seule auprès de lui à la Nouvelle Orléans, et sa soeur, Elisabeth Françoise Delagrangue qui habitait Paris. Le 25 novembre 1809, Louis Moreau Lislet et sa fille s'installèrent dans une grande demeure située rue de Condé (aujourd'hui 1027-1029 rue de Chartres) qu'ils achetèrent à François Lalande Dalcour. C'est à cette adresse que Louis Moreau Lislet habitera jusque vers la fin de ses jours (179), et où quelques années plus tard, sa fille et son gendre, Jean Baptiste Desdunes, habiteront aussi.

L'année 1810 voit Moreau Lislet toujours juge de la ville et paroisse d'Orléans (180), se dépensant sans compter dans l'accomplissement de sa tâche. Son zèle devait lui attirer parfois la critique et la réprimande de ses administrés, ainsi que l'illustre la controverse ci-dessous :

"A l'honorable Moreau Lislet, Juge de la Paroisse de la Nouvelle Orléans -

Les règlements que vous avez publiés, au sujet des patrouilles, font un devoir à tout homme blanc libre, âgé de 16 à 50 ans, de s'enquérir de savoir où, comment et en vertu de quelle autorité vous vous êtes arrogé le droit de commander la milice de la ville et paroisse d'Orléans...

Il importe maintenant de vous demander en vertu de quelle autorité vous avez tenté d'usurper les pouvoirs du gouverneur ? Vous n'êtes pas à ce point ignorant des lois de notre pays pour penser que les règlements que vous prendriez, aidé par les magistrats de la paroisse et douze propriétaires fonciers, seraient assimilables aux lois du territoire ; ... où trouvez-vous la loi qui vous autorise à commander tous les hommes blancs libres de cette ville ? Où trouvez-vous le droit de m'obliger, ainsi que tout autre homme, à acheter, dans les trois mois, un mousquet et son équipement - poudre et balles ? ... Les gens savent trop quels sont leurs droits pour être forcés à obéir à des règlements illégaux, quand bien même ils auraient appris à respecter l'hermine de la justice quand elle agit dans ses limites. L'amour du pouvoir paraît être un principe inné chez beaucoup ; ce principe vous a certainement stimulé, vous et vos conseillers, ou alors vous n'auriez sous aucun prétexte ... tel qu'Atlas, prit le monde sur votre dos comme vous l'avez fait ? ... Il ne serait peut-être pas exagéré de se demander si la main de Napoléon n'apparaît pas au bas de ces règlements, bien que vous ne vous en soyiez pas aperçu ..." (181)

Zeno.

Le lendemain de la parution de cet article qui mettait en doute son intégrité, Moreau Lislet faisait paraître sa réponse sous la forme d'une lettre à l'éditeur du Courrier de la Louisiane :

"Monsieur l'éditeur,

Quelques personnes ayant paru douter du droit qu'ont les Assemblées de Paroisse, de faire, chacune dans son district respectif, des règlements pour l'établissement et l'organisation des patrouilles ... je vous prie ... de bien vouloir imprimer, à la suite de cette lettre, l'acte rendu par la troisième législature de ce territoire le 20 mars 1810. Cet acte ayant été approuvé par son excellence

le gouverneur Claiborne, paraîtra sans doute avoir abrogé les pouvoirs accordés à l'exécutif par l'acte antérieur du 31 mars 1807 ..." (182).

La réplique, courte mais percutante, de Moreau Lislet ne calma pas l'acrimonie de "Zeno" qui, battu sur le terrain qu'il avait choisi, décida de pousser plus loin la controverse en la plaçant sous l'empire de la constitution des Etats-Unis :

"Si je ne me trompe pas trop dans ma logique, les milices de chaque état et territoire de l'Union sont sous le contrôle du Congrès... Maintenant je maintiens que vous ne pouvez avoir droit de contrôle sur ma personne en vertu de quelque acte de la Législature, même sanctionné par le gouverneur, quand cet acte est en contradiction flagrante avec la constitution des Etats-Unis.

... Je déclare que je n'achèterai jamais un mousquet pour me conformer à votre ordre ; parce que vous n'avez pas le droit de me l'ordonner ..." (183).

Zeno.

Apparemment satisfait d'avoir démontré son bon droit une fois pour toutes dans sa réplique précédente, Moreau Lislet ne prolongea pas la controverse plus loin.

En 1811 et 1812, en dehors de ses fonctions de juge de la paroisse (184), fonctions qui lui furent renouvelées le 9 avril 1811 (185), Moreau Lislet devait remplir d'autres obligations et aspirer à en remplir d'autres encore. Ainsi, par exemple, le 18 mai 1811, le Conseil de Ville de la Nouvelle Orléans résolut "que M. Moreau Lislet, l'un des avocats de la corporation, sera invité à rédiger un mémoire à l'effet de constater les droits de la ville sur les terres dont elle réclame la propriété ..." (186). Au mois de mai encore, Moreau Lislet était nommé, par le Conseil des Régents de l'université d'Orléans, membre d'une commission chargée de recevoir, des architectes et entrepreneurs responsables, les plans de construction d'un nouveau collège (187). En juillet de la même année, par anticipation à la réunion de la convention qui devait établir la première constitution de l'Etat de Louisiane, un éditorial de la Gazette de la Louisiane recommandait à ses lecteurs un certain nombre de personnes connues "pour leur honnêteté, intégrité et amour de leur pays" (188). Le nom de Moreau Lislet y cotoyait les noms de Edward Livingston, John

Watkins, Pierre Derbigny... Hélas, les ambitions politiques de Moreau Lislet furent une fois encore déçues puisqu'il ne fut pas nommé membre de la Convention (189). Bien que cela ne puisse être considéré comme une compensation, loin de là, il faut néanmoins ajouter que, le 7 mars 1812, avec Derbigny et Mazureau, Moreau Lislet fut élu membre du Conseil d'Administration de la bibliothèque de la Nouvelle Orléans, dont il devint plus tard le président. Autant d'activités, et d'autres peut-être encore, que Moreau Lislet menait parallèlement à ses fonctions de juge et avocat.

Par ailleurs, pendant ces années 1810, 1811 et 1812, Moreau Lislet fit aussi beaucoup pour l'établissement et le développement de la franc-maçonnerie en Louisiane. Ainsi, par exemple, le 23 décembre 1810, il constituait la loge Persévérance n° 118, installait ses officiers, et, le 27 janvier 1811, il agissait de même pour la loge Concorde n° 117. Au cours de l'automne de l'année 1811, Moreau Lislet constituait une autre loge, Etoile Polaire n° 129, qui devait absorber la loge Etoile Polaire n° 4263, à laquelle il appartenait (191).

Au terme de l'année 1812, et alors que Moreau Lislet avait juge de la ville et paroisse de la Nouvelle Orléans depuis le mois de mars 1807, un certain nombre de citoyens, des plus éminents, firent paraître l'annonce suivante dans le Moniteur :

"Monsieur Moreau Lislet est recommandé au gouverneur et au Sénat pour être continué dans ses fonctions de juge de Paroisse ou de Première Instance à la Nouvelle Orléans ..." (192).

Parmi les signatures on relève celles de Mazureau, Gayarré, Derbigny, Bruslé, et bien d'autres encore. Malgré cette manifestation publique de la confiance que ses pairs avaient en lui et de l'estime dans laquelle ils le tenaient, Moreau Lislet devait demander au Maire de la Nouvelle Orléans que son mandat de juge ne soit pas renouvelé :

"Monsieur le Maire,

On m'assure que j'ai été nommé à la place de juge de la ville et paroisse d'Orléans. Quoique je désire d'en recevoir la commission comme une preuve que je n'ai point démerité dans les fonctions que j'exerce depuis six ans, il est probable que je n'accepterai pas d'être juge

ou que je résignerai dans les vingt-quatre heures. Je vous prie en conséquence, Monsieur le Maire, d'empêcher qu'on ne dispose de la place d'avocat de la ville que j'ai occupé jusqu'à ce jour si l'intention du Conseil de ville est de me la conserver, et ce jusqu'à ce que je vous aie instruit de ma résolution définitive relativement à la place de juge. J'espère que l'intérêt que vous avez toujours bien voulu me témoigner vous engagera aisément de me rendre ce service ..." (193).

Le fait est qu'à partir du mois d'avril 1813 James Pitot a remplacé Louis Moreau Lislet dans les fonctions de juge de paroisse (194). Ce dernier put alors se consacrer entièrement tant aux immenses travaux qu'il avait entrepris, tel que la traduction de Las Siete Partidas (195), qu'à son métier d'avocat (196). Mais la secrète intention de Moreau Lislet, il semble du moins, était de mieux se préparer à une carrière politique dont les premiers pas avaient été malheureux mais qu'il se promettait de relancer avec plus de vigueur et d'assurance.

Au cours du mois de juin 1814 et de la première semaine de juillet, la Gazette de la Louisiane publiait à plusieurs reprises l'annonce suivante (197) :

"La liste des personnes dont les noms suivent sera fortement soutenue à la prochaine élection par de nombreux électeurs :

Congrès - Prevost
 Sénateur - Thomas Urquhart
 Représentans à l'Assemblée Générale -
 J.R. Grymes
 Moreau Listel (sic)
 J. Blaque
 B. Marigny "

Malgré tous les efforts que Moreau Lislet dut faire et en dépit du soutien qu'un certain nombre d'électeurs étaient prêts à lui accorder, le verdict populaire réduisit à néant, une fois encore, les ambitions politiques de l'ancien juge. En effet, il devait terminer sixième sur une liste de sept candidats, très loin derrière les quatre premiers (198). Heureusement, Moreau Lislet n'avait pas démissionné de ses fonctions d'avocat (199) de la ville de la Nouvelle Orléans : il put ainsi conserver une certaine image auprès du public, et surtout, continuer de cotoyer

toutes les personnalités influentes, tant au Conseil de ville qu'à la Législature.

SECTION V. LES ANNES DE RECOMPENSE

L'année 1815 devait apporter à Moreau Lislet la consécration qu'il avait cherché à obtenir auparavant sans beaucoup de succès. En septembre de cette année, le sénateur Thomas Urquhart ayant démissionné de ses fonctions au Sénat de l'Assemblée générale de l'Etat, Moreau Lislet se présenta devant les électeurs pour lui succéder (200). Une fois élu sénateur, on aurait pu penser que Moreau Lislet aurait participé effectivement aux travaux des commissions et fait entendre son point de vue dans les débats. Or, si l'on en croit les comptes rendus des débats rapportés dans le Journal du Sénat et les journaux de l'époque, il ne semble pas que Moreau Lislet ait été très actif (201) ou, en tous cas, qu'il ait fait preuve de beaucoup d'initiative, en contraste avec l'attitude qu'il devait avoir quelques années plus tard. Fut-il déçu, ou bien décida-t-il brutalement de tenter une autre expérience ? Toujours est-il que Moreau Lislet devait démissionner du Sénat le 17 février 1817, après un an et quelques mois de mandat (202). Mais, à peine avait-il renoncé à ses fonctions sénatoriales, Moreau Lislet devenait Avocat général de l'Etat de la Louisiane (203), une sorte de ministre de la justice à l'échelon de l'Etat. Sa nomination à ce poste était, peut-être, la raison pour laquelle Moreau Lislet avait décidé d'abandonner sa charge sénatoriale. Il est certain qu'en tant qu'Avocat général, il devait avoir beaucoup plus de liberté d'action et de manoeuvre qu'il n'en avait au Sénat où il n'était qu'un parmi ses égaux et où, peut-être, il se rendit vite compte de la difficulté de manoeuvrer une assemblée dont les membres avaient souvent des points de vue irréconciliables.

Quoiqu'Avocat général de l'Etat, Moreau Lislet ne se voyait pas pour autant interdire le cumul avec d'autres fonctions. C'est ainsi qu'au cours de cette même année 1817, on le voit aussi agir en qualité d'avocat représentant les héritiers absents d'un défunt (204) ou encore comme subrogé tuteur de la mineure Thiery (205). Qui plus est, Moreau Lislet était également resté l'avocat de la ville de la Nouvelle Orléans (206), au nom de laquelle il eut

à intervenir en plusieurs occasions.

L'année 1818 semble avoir été une année de réflexion et d'engagement pour Moreau Lislet. Son poste d'Avocat général lui offrant sécurité, prestige en même temps que la possibilité d'être en contact constant avec les membres tant de l'administration que de l'Assemblée générale, Moreau Lislet le conserva pendant à peu près toute l'année, ainsi qu'en témoignent deux documents, l'un de février 1818 (207) et l'autre, vraisemblablement, de la fin octobre début novembre 1818 (208). On peut se demander si, en dépit de sa décision de quitter le Sénat en février 1817, Moreau Lislet n'avait pas été cependant séduit par la politique et l'atmosphère des débats dans les assemblées. Le fait est qu'en mai 1818, au début de la campagne électorale pour les élections de juillet, Moreau Lislet se présentait de nouveau devant les électeurs mais, cette fois-ci, comme candidat à la Chambre des Représentants. Sa candidature fut soutenue par *"un certain nombre de personnes 'respectables' "* qui le *"recommandent"*, ainsi que d'autres candidats, pour l'élection prochaine (209). Elle est appuyée aussi par *"une assemblée nombreuse d'électeurs qui n'a pu fixer son choix pour un représentant au Congrès ou pour un sénateur de ce district"* mais qui *"est convenue de soutenir l'élection suivante pour la Chambre des Représentants de cet Etat : MM. L Moreau Lislet, Morrel ..."* (210). Les résultats des élections devaient confirmer les souhaits de beaucoup, en apparence, puisque Moreau Lislet fut élu en tête de la liste des représentants pour l'Assemblée de l'Etat de la Louisiane avec huit cent huit voix (808) devant B. Macarty avec sept cent quatre vingt onze voix (791), Blancard six cent seize voix (616)... (211).

Moreau Lislet prit son mandat de représentant très à coeur comme le prouve sa participation à de très nombreux comités (212), ainsi que le fait que le 23 février 1819 il posait sa candidature au poste d'orateur de la Chambre. Bien qu'il fut battu (213), on peut interpréter son acte de candidature comme une manifestation de l'intérêt qu'il portait à ses fonctions ainsi que, peut-être, d'une ambition politique qu'il dut estimer alors comme satisfaite que partiellement (214). En juin 1820, la campagne électorale pour la cinquième législature étant ouverte, Moreau Lislet sollicitait le renouvellement de son mandat de représentant. Tout comme en juin 1818, sa candidature fut soutenue par *"un grand nombre d'électeurs"* (215), et ce

fut sans grande surprise qu'il fut réélu en juillet 1820, arrivant encore en tête de liste avec quatre cent quatre vingt et une voix (481) contre quatre cent quatre vingt (480) à Duralde (216). La première tâche de la nouvelle assemblée fut d'élire son orateur. Une fois encore, Moreau Lislet tentait sa chance, mais en vain : Beauvais 16 voix ; Randall 9 voix ; Livingston 2 voix ; Moreau Lislet 1 voix (la sienne ?). Néanmoins Moreau Lislet participa activement aux travaux des différents comités auxquels il appartenait, tel que le comité des propositions et des doléances. Il importe de mentionner en particulier que c'est au cours de cette législature que Moreau Lislet devait subir un autre échec qui l'affecta certainement très profondément. En mars 1821, les deux assemblées de la Législature de l'Etat examinèrent une résolution pour la nomination de la personne qui devait être chargée de préparer un code pénal pour l'Etat de Louisiane. Ayant activement contribué à la rédaction du Digeste des lois civiles de 1808 au point que beaucoup considèrent que l'auteur de ce Digeste fut, en fait, Moreau Lislet, il était tout à fait normal et légitime qu'il posât sa candidature à ce travail. Deux autres candidats, Edward Livingston et A.L. Duncan, furent également tentés par cette entreprise. Sur quarante-cinq votes exprimés, Livingston en reçut trente, Moreau Lislet dix et Duncan cinq (217). Ainsi Moreau Lislet se vit dénier le droit de *"faire au pénal ce qu'il avait fait au civil en 1808"*, donner au premier un code comme il en avait donné un au second. Au cours de cette législature, Moreau Lislet fut membre du comité chargé de la réimpression du code civil, du comité judiciaire, et de bien d'autres encore. Si Moreau Lislet fut battu par Livingston le 13 février 1821, il eut par contre la grande satisfaction de devancer très largement ce même Livingston le 14 mars 1822 lors des élections, par la Chambre et le Sénat réunis, d'un comité de trois juristes chargés de réviser le code civil de 1808. Sur 48 membres présents, Moreau Lislet reçut 43 voix ; Livingston 25 ; Derbigny 25 ; Workman 23 ; Mazureau 22 ; Smith 3 ; Morrel 2 et Carleton 1.

Moreau Lislet, Livingston et Derbigny devinrent ainsi les auteurs du code civil de la Louisiane de 1825.

Moreau Lislet, l'avocat, ne continuait pas moins d'avoir des activités et des affaires nombreuses pendant ces années-là, ainsi qu'en témoigne la liste des actes présentés en

annexe. Mais il importe de donner ici une place toute particulière à une autre contribution essentielle que Moreau Lislet apporta au système juridique de l'Etat de Louisiane. On se souvient que, pendant plusieurs décennies, le droit espagnol avait été le droit du Territoire d'Orléans, et qu'en 1806, James Brown et Moreau Lislet avaient été instruits de préparer un code sur la base des *"lois civiles qui régissent actuellement ce Territoire"* (218). Ce travail ayant été accompli, il restait à mettre à la disposition des juristes, tant juges qu'avocats, le texte des lois espagnoles sur la base desquelles le Digeste de 1808 avait été rédigé. Moreau Lislet et Carleton s'attelèrent à l'ingrante tâche de traduire *"Las Siete Partidas"*, et en février 1819 on pouvait lire dans le Courrier de la Louisiane :

"Le premier numéro de la traduction des Lois espagnoles des Partidas par Messrs Moreau Lislet et Carleton, avocats, contenant tout ce qui est relatif aux promesses et obligations et aux contrats de vente et d'échange, se vend chez Messrs Noche Frères et Benjamin Levy. Prix 3 piastres l'exemplaire. L'approbation que les honorables juges de la Cour suprême et les juges des Cours du Premier District et de la Paroisse d'Orléans, ainsi que divers jurisconsultes, ont donnée à cette traduction en recommandant la continuation de cet ouvrage comme une chose extrêmement utile à la distribution de la justice dans cet Etat, est le meilleur éloge qu'on puisse faire de cet essai. Nous apprenons avec plaisir que la législature s'occupe en ce moment d'un bill qui aurait pour objet d'encourager cette continuation" (219).

L'année 1822 était une année électorale et Moreau Lislet devait se présenter une fois encore, en juillet, devant les électeurs. Mais, cette année-là, plutôt que de solliciter le renouvellement de son mandat de *"représentant"*, Louis Casimir Moreau Lislet se présenta comme candidat du deuxième district de la ville de la Nouvelle Orléans au Sénat de l'Etat (220). Moreau Lislet fut élu Sénateur avec 648 voix (221). A peine était-il installé dans ses nouvelles fonctions que Moreau Lislet introduisait devant le Sénat une résolution qui devait déclencher une violente réplique de la presse locale, ainsi qu'il ressort de cet extrait de la Gazette d'Orléans :

"Une résolution a été offerte hier au Sénat par M. Moreau Lislet déclarant que les trois sénateurs pour le

district de l'Etat, communément appelé Floride, n'avaient aucun droit de siéger au Sénat...

Nous ne trouvons pas de termes assez forts pour exprimer notre étonnement et notre indignation à la résolution introduite par M. Moreau Lislet. Venant d'un membre qui jusqu'ici n'a cherché qu'à concilier tous les partis tant par ses discours que par son exemple, d'un membre aussi respectable dans sa vie privée et dans sa carrière politique, si zélé pour le bien public, nous avons tout lieu de craindre que la masse de son parti, plus passionnée et obéissant moins à la voix de la prudence, nourrisse des desseins plus dangereux, si toutefois il était possible d'en imaginer de plus dangereux...

Si Monsieur Moreau Lislet et son parti sont déterminés à réduire cette société politique à ses premiers éléments et nous plonger dans toutes les horreurs de l'anarchie et de la guerre civile, qu'il en soit ainsi ; le plus tôt qu'ils sonneront le tocsin, ce sera le mieux..." (222).

Cette diatribe à la fois élogieuse et sévère incitait-elle Moreau Lislet à retirer sa motion ? Cela se pourrait. Quoi qu'il en soit, le Sénateur ne devait plus, par la suite, provoquer de controverses aussi amères, tout en remplissant néanmoins ses fonctions avec dévouement, énergie et intelligence (223). La valeur des services rendus par Moreau Lislet devait être enfin reconnue par ses collègues de Sénat qui lui manifestèrent leur gratitude en l'élisant, le 16 novembre 1824, Président pro-tempore du Sénat en remplacement de H.S. Thibodeaux qui dut assumer les fonctions de gouverneur de l'Etat après la démission de Thomas B. Robertson (224). Parmi les nombreuses tâches que le Sénateur Moreau Lislet eut à accomplir au cours des années 1825 et 1826 (225), il importe de mentionner que Derbigny et lui-même avaient été chargés par l'Assemblée générale de l'Etat de préparer un code de commerce dans le but d'offrir aux "commerçants" un ensemble de règles juridiques qui favoriseraient à la fois la rapidité de leurs transactions et leur sécurité (226), que ces deux mêmes Sénateurs furent nommés membres d'un comité chargé d'organiser la cour de cité de la Nouvelle Orléans (227), que, par un juste retour de l'histoire, Louis Moreau Lislet, auquel ses collègues de l'Assemblée générale avaient refusé le privilège de rédiger un code pénal, fut nommé membre du comité chargé d'examiner le projet de code pénal proposé par Edward Livingston (comité dont il avait lui-même suggéré la création !) (228).

Le brillant avenir que Moreau Lislet se construisait sur l'estime, le respect et l'affection de ses électeurs semblait plein de promesses plus éclatantes encore quand, en mai-juin 1826, le Sénateur soumettait de nouveau son mandat au verdict populaire (229). Le résultat des élections du 5 juillet 1826 démontre que Moreau Lislet, en gagnant haut la main (230), était devenu une "*institution*" quasi-inamovible et que ses aspirations politiques étaient pleinement justifiées.

Moreau Lislet ne fit pas preuve de beaucoup d'enthousiasme et d'énergie au cours de la première session de la huitième législature (231). Il faut cependant relever qu'il prit position contre un projet de loi destiné à dispenser certains esclaves du temps requis pour leur émancipation, prise de position, parmi de nombreuses autres de même nature, qui semble assez bien refléter la philosophie de son auteur, lequel ne paraît pas avoir été, loin de là, un partisan de l'émancipation et de l'égalité des noirs (232).

Les rapports des séances de la deuxième session de la huitième législature sont, au contraire, remplis de références aux multiples actions de Moreau Lislet : par l'acte 74 de 1828, il fut chargé de préparer un digeste des lois de l'Etat (233) ; il présenta une résolution invitant les Sénateurs et Représentants de l'Etat de Louisiane au Congrès de faire en sorte que le plan, soumis à cette Assemblée, d'ouverture d'un canal reliant le lac Ponchartrain au Mississippi soit adopté (234) ; il proposa qu'un comité soit constitué pour définir les moyens de faire un emprunt à l'étranger afin de payer les dettes de l'état (235) ; il fut chargé de vérifier les comptes du Trésorier de l'Etat (236) ; il fut nommé membre du comité sur le Code de Procédure (237) ; en tant que membre du comité chargé de l'étude du Code pénal rédigé par Livingston, il contribua à l'ajournement de son examen par les législateurs (238) [et ainsi, peut-être, à son échec], etc., etc... La neuvième législature devait être la dernière à laquelle Louis Moreau Lislet allait participer, en même temps qu'elle devait marquer la fin de sa carrière politique. Au cours de la première session de cette législature, Moreau Lislet, qui était membre du comité judiciaire chargé de l'examen des amendements aux lois existantes, tenta, entre autres choses, de faire adopter un amendement qui aurait rendu obligatoire que les juges de circuit nommés en rempla-

cement des juges de district sachent non seulement l'anglais mais aussi le français. Cet amendement fut repoussé par six voix contre six, les six sénateurs portant des noms d'origine française s'opposant aux six sénateurs dont les noms étaient d'origine anglo-saxonne (240). La deuxième session de cette neuvième législature débuta le 4 janvier 1830 sous la présidence de Louis Moreau Lislet. Le 26 janvier, ce dernier demandait à ses collègues du Sénat l'autorisation de ne pas participer aux séances du Sénat pendant les deux semaines à venir. Ainsi Moreau Lislet fut-il excusé jusqu'au 8 février. Mais les rapports des débats du Sénat du 9 février au 16 mars 1830, terme de la deuxième session, révèlent que Moreau Lislet fut absent à toutes les séances qui se tinrent entre ces deux dates et que, qui plus est, il n'avait pas obtenu l'autorisation formelle de cette Assemblée. Ce manque d'assiduité et cette violation des obligations que lui imposait son mandat de Sénateur n'étaient pas un trait inhérent de la personnalité de Moreau Lislet. Les raisons de ce manquement à ses devoirs étaient, à n'en pas douter, d'ordre familial. Mais avant d'aborder ce sujet il convient de se pencher un peu sur la vie professionnelle, et non plus exclusivement politique, de Moreau Lislet pendant ces années 1820.

En effet, parallèlement à ses fonctions de Sénateur, Moreau Lislet continuait d'assumer de nombreuses autres obligations professionnelles et privées. L'avocat accompli et estimé qu'il était fit que Moreau Lislet s'acquît une très importante clientèle, si l'on en juge par le nombre d'affaires auxquelles il fut associé (241). D'autre part, Moreau Lislet devait consacrer une grande partie de son temps à aider ses compatriotes émigrés de Saint-Domingue à établir les dossiers de demande d'indemnités auxquelles ils prétendaient avoir droit (242). Par ailleurs, il continuait de servir le Conseil de ville de la Nouvelle Orléans en qualité d'avocat (243) et devait ajouter à ses nombreuses autres obligations professionnelles celles de "*Régent des écoles centrales et primaires*" (244). Sur un plan personnel et plus intime, Moreau Lislet connut, aux cours de ces années, de grandes satisfactions, mais aussi des épreuves qui l'affectèrent certainement en le privant peu à peu de tout environnement familial.

En avril 1825 Louis Moreau Lislet eut un nouveau moment de célébrité. Les Francs-Maçons de la Nouvelle

Orléans accueillait le Général Lafayette et son fils Georges Washington Lafayette (245). La participation de Louis Moreau Lislet à la réception de Gilbert du Motier, Marquis de Lafayette, fut rapportée en ces termes par la Gazette de la Louisiane (246) :

"Jeudi dernier, à cinq heures du soir, sur l'invitation des Maçons, de la juridiction de la T. Ill. Grande Loge de la Louisiane, le Très Illustre frère Lafayette s'est rendu au temple maçonnique... Le Très Illustre frère Moreau Lislet, Grand Orateur, a prononcé un discours analogue à la circonstance (laquelle est décrite comme 'grandiose')..."

En août 1826, par contre, Moreau Lislet devait connaître le premier d'une série de soucis qui devaient réduire encore plus la petite cellule familiale qu'il s'était efforcé de maintenir autour de lui. Cette épreuve, portée à la connaissance de tous les lecteurs du Courrier de la Louisiane, lui fut infligée par sa propre fille, celle-là même qui aurait dû veiller sur les dernières années de son père :

"Cour de Paroisse

Présent l'honorable James Pitot

E. Julie Moreau Lislet, femme de J.B. Desdunes contre J.B. Desdunes, son mari. - La Cour, après avoir entendu les parties ou leurs avocats, a été convaincue par les preuves qu'il y a des motifs légaux suffisans pour la séparation de corps et de biens demandée par la demanderesse..." (247).

Quelques mois plus tard, en janvier 1827, le Sénateur Moreau Lislet voyait la Chambre des Représentants adopter *"le bill pour divorcer J.B. Desdunes Leclerc et Julie Elisabeth Althée Moreau Lislet, sa femme"* (248).

SECTION VI. LA FIN D'UNE VIE DANS LA PAUVRETE ET LA GRANDEUR

Les premiers mois de l'année 1830 marquent certainement un tournant dans la vie de Moreau Lislet. Si, comme nous l'avons vu, le Sénateur a manqué à ses devoirs au cours de la seconde session de la neuvième législature, c'est très certainement parce que des problèmes familiaux, et, peut-être aussi, des problèmes de santé (Moreau Lislet avait plus de soixante ans !) le préoccupaient énormément.

La principale source de ses tourments était sa fille Elisabeth Julie. Après sa séparation, puis son divorce, et peut-être même avant cela, Elisabeth mena une vie de débauche, comme le raconte un contemporain (249), dans un style un peu fruste :

"de 7 du Ct [7 juin 1830]. Mme Dedune née Moreau Lislet, mère de trois demoiselles et séparée d'avec son mari depuis plusieurs années, de corps et de biens, pour cause de son inconduite en se prostituant à tout venant et de basse classe, que le dernier homme de son choix se trouvait garçon boulanger, était d'une jalousie extrême quoique pour des rances attraites ! qu'ayent à se plaindre de son inconstance, il la battait souvent ; mais dans cette soirée la scène fut beaucoup plus sérieuse pour lui avoir porté plusieurs coups de poignard sur la figure et autres parts, qu'à ses cris redoublés les voisins coururent à son secours et firent arrêter par la garde l'assassin qui fut conduit en prison en attendant que la justice prononce sur son sort.

Cette malheureuse femme est restée 24 heures sans pouvoir articuler aucun mot, tant elle avait été grièvement blessée de ce mitron ! Elle va mieux aujourd'hui 10 du Ct mais elle portera sur sa figure les témoins du ... de ses moeurs. Cette scène scandaleuse, comme vous pouvez bien le penser, a singulièrement affecté la sensibilité de son Papa, chez qui elle occupe toujours, depuis sa séparation, une partie de son logement à la rue Condé. Quant aux trois demoiselles, elles sont chez leur Papa au faubourg Marigny ...

Le mitron, en frappant de son poignart Mme Dedune, s'était aussi porté sur lui quelques coups dans l'intention de périr avec elle, mais ayant manqué de courage que ses blessures n'ont pas été dangereuses ...

Le 30 juin,

Nous avons ci-joint un avis public de M. Moreau Lislet concernant Mme Dedune sa fille ...".

Cet avis, qui révèle tout à la fois l'amour et le désespoir d'un père, fut publié dans le Courrier de la Louisiane du mardi 22 juin 1830, sous cette forme :

"

Avis au Public

L. Moreau Lislet, avocat, demeurant à la Nlle Orléans, prévient le public que comme père de famille, il engage toutes les personnes à qui Madame Julie Elisabeth Althée Moreau Lislet, sa fille, épouse divorcée de M. Jean Baptiste Desdunes, fils, proposerait de vendre quelques biens à elle appartenant, ou de lui faire crédit, sans son consentement par écrit, de ne point adhérer à aucune de ses propositions ; Mme Desdunes est à la vérité d'un âge à pouvoir disposer librement de ses propriétés et s'engager par toutes espèces de contrats, mais il est aisé de prouver par le témoignage de nombre de personnes respectables qu'elle s'est toujours fait remarquer dans ses actions et dans ses discours par des singularités si extraordinaires qu'on ne peut pas croire qu'elle ait sa tête entièrement à elle et qu'elle jouisse de cette plénitude de raison qui est nécessaire à la validité des contrats. D'ailleurs il est malheureusement trop connu qu'elle se trouve encore aujourd'hui peut-être sous l'influence d'un individu qui a su s'emparer de son esprit, par toutes espèces d'intrigues et qui, par les craintes qu'il a su lui inspirer même pour sa vie, pourrait s'en servir pour lui arracher des dispositions favorables à ses vues et contraires aux intérêts des trois enfants qu'elle a eus de son mariage avec M. Desdunes et qui se trouvent actuellement à la charge entière de leur père.

Moreau Lislet."

Les craintes que Moreau Lislet laissaient ainsi entrevoir pour la vie de sa fille devaient, hélas, se révéler fondées. Dans les "Nouvelles Diverses" que Bozé adressaient très régulièrement à Henri Saint-Gême, on trouve, à la date du 7 février 1831, le récit suivant (250) :

"Le 7 du courant [7 février 1831]. L'amant de Mme Desdune, mitron de son état et étranger de nation, qui avait été mis en prison depuis plusieurs mois pour l'avoir frappée de coups de couteau chez elle, et le temps de sa peine ayant été expiré ce jour qu'il avait été mis en liberté, mais dès le soir à 7 heures, il se rendit chez elle gonflé de rage et de vengeance à outrance, que l'ayant trouvée seule il la poignarda de plusieurs coups de couteau et finit par lui couper le cou, mais sa domestique étant entrée dans l'appartement jeta des hauts cris de secours,

en voyant sa maîtresse dans cet état déplorable, et la police, avisée à temps par le voisinage, parvint à arrêter cet assassin qui fuyait tenant encore en main son arme ensanglantée et le conduisit en prison pour y attendre dans le cachot son jugement sur la sellette de la Cour criminelle.

Mai hélas! le scélérat, redoutant sans doute la main du Bourreau, qu'il fut trouvé le 9 courant suicidé en s'étant coupé le cou avec un rasoir, et après que la justice eut rempli ses formalités, il fut enterré dans la soirée.

La défunte Mme Dedune a été inhumée dans cette même matinée du 9 Ct, suivie seulement de M. Moreau Lislet, son papa en pleurs, et de quelques parens et amis, mais sans y voir aucune dame à la suite de ce convoi funèbre.

Elle a laissé à son mari trois charmantes demoiselles, dont l'aînée de l'âge de 14 à 15 ans et les deux autres de 10 à 12, qui ont pleuré la perte de leur mère malgré ses torts. Elles demeurent depuis plusieurs années chez leur père, au domicile du grand-papa au faubourg Marigny.

La défunte Mme Dedune occupait de son vivant une aile de la maison de son papa, qui se trouvait absent de chez lui à l'heure de cet assassinat de sa fille..." (251).

Pendant ces dernières années de sa vie, de 1830 à la fin de 1832, Louis Moreau Lislet poursuivit l'exercice de sa profession d'avocat (252), prodigua son aide aux émigrés de Saint-Domingue (253), en même temps qu'il continua d'assister des ses conseils juridiques la Corporation de la Ville de la Nouvelle Orléans (254). Son dévouement aux bonnes causes et la générosité avec laquelle il dispensait son temps ne cessèrent jamais, ainsi qu'en témoigne sa participation à l'administration générale du Lycée Jefferson, alors un pensionnat pour jeunes garçons (255). Les aptitudes professionnelles et les dons intellectuels de l'avocat, les vertues et les qualités de coeur de l'homme, lui valurent une dernière récompense qui l'accompagna pendant la dernière année de sa vie : celle d'être élu, le 19 décembre 1831, au fauteuil de Président de l'ordre des membres du barreau de la Nouvelle Orléans (256).

Le 4 décembre 1832, les journaux locaux annonçaient

qu'était "décédé hier soir, à onze heures, après une journée de maladie, M. Louis Moreau Lislet, doyen des avocats de cette ville, né au Cap Français, île de St. Domingue, en 1767..." (257). La mort (258) de Moreau Lislet fut regrettée par beaucoup, ses collègues du barreau comme la société en général. Les hommages qui lui furent rendus doivent être rapportés ici dans le but unique d'établir que l'histoire n'a jamais donné à cet homme la place qui lui revient de droit dans l'élaboration du système juridique de la Louisiane.

Le barreau de la Nouvelle Orléans rendit hommage à Moreau Lislet dans les termes suivants :

"A une assemblée des membres du barreau de la Nouvelle Orléans tenue dans le local des séances de la Cour suprême, à l'effet de donner des témoignages de leurs regrets à la mort de leur respectable confrère, Louis Moreau Lislet,

Résolu que les membres du barreau de la Nouvelle Orléans sentent vivement la perte qu'ils viennent de faire en la personne de leur vénérable et bien aimé confrère Louis Moreau Lislet.

Que c'est avec orgueil qu'ils se rappellent et qu'ils proclament qu'il méritait à juste titre le rang qu'il occupait dans leur sein ainsi que dans l'état de la Louisiane comme juriste, comme citoyen, comme homme d'état, et que retracer ses talents et ses vertus c'est ajouter à la réputation du corps dont il faisait partie et engager ceux qui appartiennent à cette profession à imiter de si beaux exemples.

Résolu que les membres du barreau pour offrir un tribut de respect et d'attachement à celui qui est mort sans laisser un seul ennemi devront porter un crêpe pendant trente jours.

Résolu que les précédentes solutions seront publiées dans toutes les gazettes de la ville ...

E. Mazureau, Président" (259)

La population de la Nouvelle Orléans lui rendit hommage, en des paroles souvent vibrantes d'émotion, par le truchement d'une longue notice nécrologique parue dans le Courrier de la Louisiane du 10 décembre 1832 :

"Il est de ces époques désastreuses où tous les liens qui unissent le citoyen au citoyen se détendent, se brisent, où l'homme semble se replier tout entier sur lui-même, où tout préoccupé de sa propre conservation, absorbé par les inquiétudes que fait naître en lui la vue de sa famille menacée d'un danger imminent, il ne saurait trouver un regret à offrir, une larme à donner à la perte de celui que naguère il se plaisait à appeler son ami, de l'être qui était le plus haut placé dans ses affections. Dans ces moments de deuil et d'effroi, le coeur se ferme aux douces émotions ; la voix de la pitié est étouffée par le cri de l'égoïsme, l'amitié n'est plus qu'un vain nom. La Nouvelle Orléans échappait à peine à l'une de ces crises violentes qui imposent silence aux sentiments les plus généreux ; elle avait vu dans l'espace de peu de jours décimer ses habitants ; mais ce fléau destructeur qui naquit sur les bords lointains du Gange, et qui, ministre des vengeances célestes, va couvrant l'univers d'un crêpe funèbre, ce fléau semblait vouloir faire trêve à sa rage. Déjà les victimes tombaient moins nombreuses, le mal perdait de son intensité, l'âme se r'ouvrait à l'espérance, le peuple redevenu lui-même s'apprêtait à rendre de pieux devoirs à ceux qui avaient été précipités dans la tombe : tout à coup la mort d'un grand citoyen le plonge dans l'abattement et la stupeur. Un long cri d'alarme et de douleur s'est fait entendre, MOREAU n'est plus ! Le bon, l'excellent Moreau vient d'être enlevé à la société. Cette nouvelle circule, se répand avec la rapidité de l'éclair, et bientôt les regrets, les sympathies de toute une population, se détournant de leur direction première, viennent aboutir à un centre commun, se réunir, se fixer sur le même individu. Est-ce l'influence du pouvoir, le prestige des richesses, l'éminence du rang qui opère une pareille merveille ? Non ; dans le pays de la liberté, où toute la puissance réside dans la loi, où aucune considération personnelle ne se rattache à l'opulence, où tous les honneurs ne sont conférés que par le peuple, ce n'est qu'au talent, ce n'est qu'à la vertu qu'appartient cet hommage spontané du coeur, et, à ce double-titre qui jamais s'en montra plus digne que celui dont la perte laisse dans notre sein un vide qu'on tenterait vainement de remplir ?

Louis Marie Elizabeth Moreau Lislet naquit au Cap Français, île St. Domingue, en 1767. Comme la plupart

de ceux qui virent le jour dans cette colonie, jadis si riche et si florissante, il fut, dès l'âge le plus tendre, envoyé en France pour y cultiver son esprit et y acquérir ces connaissances qui, plus tard, devaient le placer au premier rang des sommités sociales. La nature l'avait doué des dispositions les plus heureuses ; le travail, l'application, l'étude développèrent en lui de grandes capacités. Le Parlement de Paris, judicieux appréciateur du mérite, lui décerna le beau titre d'avocat. Il était à cette époque de l'existence où le plaisir a tant d'attraits, où le monde nous apparaît sous les couleurs les plus riantes, et cependant il sut résister aux séductions de la capitale. Plein de la passion des belles âmes, il voulut revoir son pays ; il y revint, l'estime générale l'y attendait ; il y fut suivi des témoignages les plus honorables et les plus flatteurs de la confiance de son gouvernement ; le jeune Moreau fut appelé à remplir de hautes fonctions dans la magistrature, et soit que simple membre du barreau, il éleva la voix pour assurer le triomphe de la cause de la vérité pour protéger le faible, pour défendre l'opprimé, soit qu'organe de la loi, il lui appartint d'être l'arbitre du sort de ses semblables, toujours est-il qu'il n'eut d'autre mobile que la justice, d'autre but que le bien public. De grandes convulsions politiques forcèrent les colons à s'exiler d'une terre qui avait longtemps été baignée de leurs sueurs et de leur sang, et où désormais leur existence était menacée par le fer des bourreaux, par la torche des incendiaires. Moreau subit la commune destinée ; il avait vu s'engloutir dans le gouffre révolutionnaire une fortune laborieusement acquise ; il était déchu du rang éminent qu'il avait occupé avec tant de distinction ; mais ses talents, mais ses vertus lui restaient encore : il emportait tout avec lui. Riche de ce trésor, ce fut sur les rives du Mississippi qu'il vint recommencer sa vie. Trente ans se sont écoulés depuis le moment où il transporta ses pénates dans ces climats devenus sa patrie adoptive, et il n'est pas une de ses actions qui ne puisse défier les traits de la critique la plus sévère ; tour à tour juge, jurisconsulte, membre de la chambre des Représentans, Sénateur, il a fait preuve, en ces diverses qualités, d'amour pour la justice, d'habileté, de zèle, de dévouement au bonheur des masses. Lorsque les élus du peuple sentirent l'urgence de donner à la législation louisianaise un caractère de précision et de fixité, jusqu'alors inconnu dans les autres Etats de

l'Union, ce fut à ses lumières, ce fut à sa vieille expérience qu'ils eurent recours pour la rédaction du code qui devait régir une nation qui naissait à l'indépendance, une nation pleine d'espérances et d'avenir, et cet ouvrage, fruit de ses veilles, de ses profondes méditations, est un monument qui atteste, qui déposera aux générations futures de ses vastes connaissances dans la science si difficile de pourvoir à tous les besoins, de satisfaire à toutes les exigences, de résoudre toutes les questions, de statuer sur tous les intérêts.

Le cadre d'une notice biographique est beaucoup trop resserré pour nous permettre d'énumérer ses nombreux et utiles travaux. Espérons que les résultats n'en seront point perdus pour la société, et que ceux qui sont le plus immédiatement intéressés à ne rien laisser passer inaperçu de ce qui fut lui, les feront bientôt rentrer dans le domaine public qui les attend, qui les réclame. Mais pour les hommes qui l'ont connu, pour moi qui l'aimais et qui étais si fier de l'avoir pour compatriote, il est un besoin du coeur qui veut être satisfait ; c'est de retracer ses qualités, c'est de proclamer que nul ne possédât au plus haut degré ces dons précieux qui captivent toutes les affections. En effet, vit-on jamais plus d'esprit et plus de bonhomie, une érudition plus profonde et une absence si absolue d'amour-propre, des talents si variés et une modestie si remarquable ? Quel fond inépuisable de franche gaieté de véritable philosophie, de bonté, de bienveillance ! Quelle logique lumineuse et pressante ! Quelle solidité de jugement ! Quelle pureté de goût ! Qui mieux que lui était fait pour apprécier le bonheur du foyer domestique, pour répandre un charme toujours nouveau sur les rapports, sur les liaisons de tous les instants ! Que de simplicité et d'entraînement dans ses conversations intimes ! Que d'abandon et de force dans son langage ! Avec quelle munificence il pratiquait la charité ! Que de soins, que de délicatesse n'employait-il pas pour dispenser ceux sur lesquels il versait ses bienfaits du poids souvent accablant de la reconnaissance ! Le malheur vint le frapper à cet âge où les infirmités commencent, où les illusions disparaissent, où les besoins augmentent, où l'énergie diminue : mais pour conjurer l'orage, il retrouva en lui tout ce courage moral qu'il avait déjà déployé aux jours de l'adversité, toute cette force d'esprit dont il avait fait preuve,

lorsque dans d'autres lieux, la fortune l'avait accablé de ses rigueurs ; surtout la Providence, au milieu de ses revers, lui ménagea une bien douce consolation : il ne cessa point d'être entouré de l'amour, du respect, de la vénération de ses concitoyens ; la calomnie n'osa jamais l'atteindre.

Après soixante ans de veilles, d'études, de travaux, il est mort pauvre ; mais il est mort honoré : à défaut de patrimoine, il lègue à ses héritiers, à sa famille, de beaux souvenirs, au monde d'utiles leçons, à la Louisiane, un nom désormais devenu national et qui ne sera prononcé qu'au milieu d'un concert d'éloges et de bénédictions. Lorsque l'heure fatale a sonné pour lui, de nombreux amis, le coeur oppressé de sanglots, l'oeil humide de larmes, se sont pressés autour de la couche sur laquelle s'est exhalé son dernier soupir, et un cortège immense, dans le silence du recueillement et de la douleur, a déposé sa dépouille mortelle dans cet asile où vont s'abîmer toutes les distinctions humaines, où tous les rangs gisent confondus.

Adieu Moreau ! Homme de bien, bon ami, Nestor du barreau louisianais, magistrat intègre, grand citoyen, adieu ! Repose en paix ! Que la terre te soit légère ! Le ciel est juste ; il existe une autre vie ; ta place y doit être marquée. Long-tems tu fus en butte à l'infortune ; va recevoir le prix de tant de constance, de tant de résignation, de tant de vertus, et puisse une éternité de bonheur te payer tout ce que tu as souffert dans cette vallée de misère en deuil !"

C. " (260)

On ne saurait ajouter quoi que ce soit à ce panégyrique de Louis Casimir Moreau Lislet sans porter atteinte à la sincérité d'un hommage dont on peut entendre encore résonner l'écho. Canonge écrivait que Moreau Lislet mourut "pauvre" et pauvre, en effet, il devait mourir (261). L'inventaire qui fut fait de ses biens (262) s'élevait à un montant total de "douze cent soixante seize piastres et vingt-cinq cents", la valeur de la bibliothèque de Moreau Lislet s'élevant à elle seule à mille soixante douze piastres et cinquante cents. C'est dire qu'en fait de meubles et objets corporels, Moreau Lislet ne léguait pas grand-chose (263) à ses héritiers, si ce n'est "à la Louisiane, un nom désormais devenu national."

Tel fut l'homme qui fut appelé à de grandes destinées mais dont le nom, hélas, n'est pas encore "devenu national".

NOTES

- (1) Voir en général, Histoire de la Louisiane par Charles Gayarré, 2 vol., 1846-1847 ; Gayarré, History of Louisiana, 4 vol., 1879 ; François Xavier Martin, The History of Louisiana, 1882 ; Histoire de la Louisiane Française par Marcel Giraud, 4 vol., 1953-1974 ; The Legal Institutions of Louisiana by Henry Plauché Dart ; Louisiana Historical Quarterly, vol. 2, p. 72 et seq.
- (2) Henry Plauché Dart, op. cit., p. 74 et seq., Marcel Giraud op. cit., vol. 1, p. 279.
- (3) Marcel Giraud, op. cit. vol. 2, p. 85.
- (4) Id. vol. 3, p. 292. Henry Plauché Dart, op. cit. p. 86.
- (5) Henry Plauché Dart, p. 95.
- (6) Gayarré, op. cit., vol. 11, p. 91 et seq.
- (7) Id., p. 109. François Xavier Martin, op. cit., p. 196 et seq.
- (8) Id., p. 112.
- (9) Id., p. 167 et seq.
- (10) François Xavier Martin, op. cit. p. 201. Gayarré, op. cit., vol. 11, p. 189 et seq.
- (11) François Xavier Martien, op. cit. p. 205 et seq. Préface de L. Moreau Lislet et Henry Carleton à la traduction anglaise de Las Siete Partidas, p. XIX.
- (12) Le texte de cette commission, en date du 16 avril 1769, est reproduit dans une traduction anglaise, publiée dans *Inter-American Law Review*, vol. IV, p. 143 et seq. (*The Unity of Private Law in Louisiana under the Spanish Rule* par Rodolfo Batiza).
- (13) *Revue des Deux Mondes*, 1904-2, p. 814. "L'Amérique Française et le Centenaire de la Louisiane" par Pierre de Coubertin, p. 805.
- (14) Ces opinions, au nombre de trois essentiellement, seront rapportées dans un chapitre ultérieur.
- (15) *The Louisiana Law Journal*, vol. 1, n° 2 (1841), "Ancient Jurisprudence of Louisiana, p. 1 à 27).
- (16) Id, p. 27 à 60. On remarquera que ces instructions comprenaient, en dehors des règles de procédure, une section VI qui traitait des testaments. Cette section VI traitait non seulement des questions de forme des testaments mais aussi des dispositions de fond relatives à la dévolution des successions.
- (17) Ordonnance Royale d'Aranjuez, 16 avril 1769. "La Unidad del Derecho Privado en Luisiana durante el Regimen Español" par Rodolfo Batiza (*Inter-American Law Review*, *Revista Juridica interamericana*, vol. IV, p. 125).

Il est intéressant de noter ici que les pouvoirs conférés par Charles III à O'Reilly n'étaient ni spécifiques ni limités. Au contraire O'Reilly reçut "les pleins pouvoirs". Cette attribution des pleins pouvoirs conférés à O'Reilly, et ce dans tous les domaines, juridique en particulier, contraste avec la nature plus restrictive des pouvoirs qui avaient été donnés à Ulloa le 22 mars 1767. Du point de vue de l'introduction du droit espagnol en Louisiane, Ulloa se voyait chargé de s'assurer que : "...

6. Les procès civils et criminels et les actions intentées entre des personnes natives du territoire, ou lorsqu'un espagnol ou un étranger est concerné, soient commencés, poursuivis et conclus d'après les lois et coutumes qui ont toujours été connues dans le Territoire, et dans les cas où il y a doute ou qui n'ont pas été expressément contemplés, d'après les lois de la Nueva Recopilacion de las Indias ; mais lorsque le procès concerne deux espagnols, il sera résolu selon les dites Lois des Indes..."

Ainsi les pouvoirs conférés à O'Reilly incluait et dépassaient ceux qui avaient été accordés à Ulloa. Il n'est pas surprenant, alors que, bien qu'il n'y ait pas de document officiel découvert à ce jour pour supporter cette allégation, O'Reilly ait introduit le droit espagnol en Louisiane, comme il en avait le pouvoir "général" et comme il sera confirmé ultérieurement par L. Moreau Lislet lui-même... [Préface à la traduction anglaise de las Siete Partidas 1820, p. XX et XXI : "... A partir de ce moment-là (le 26 novembre 1769) les lois françaises cessèrent d'avoir toute autorité dans ce pays, et toutes les controverses furent jugées et décidées d'après le droit espagnol par un tribunal, dont le gouverneur était le seul juge, quoiqu'il ait été contraint de prendre l'avis d'un avocat, nommé et commis à cet effet, par le roi d'Espagne..."].

(18) Rodolfo Batiza, op. cit., p. 128-129.

(19) Id, p. 129.

(20) Ce "précis" est accompagné de nombreuses références aux diverses lois espagnoles. Voir des extraits de ce précis en annexe.

(21) La proclamation du 25 novembre 1769 fut publiée en espagnol et en français, Henry Plauché Dart, "Courts and Law in Colonial Louisiana", Report of the Louisiana Bar Association, 1921, p. 54.

(22) Henry Plauché Dart, Sr., "Colonial Legal System of Arkansas, Louisiana and Texas". Report of the Louisiana Bar Association, 1926, p. 56.

(23) Les gouverneurs furent : Unzaga 1772-1776 ; Galvez 1777-1783 ; Miro 1784-1791 ; Carondelet 1792-1797 ; Gayoso 1797-1799 ; Casa Calvo 1799-1801 et Salcedo 1801-1803.

(24) Gayarré, History of Louisiana, vol. III, p. 410.

(25) M. Rufus King-Gayarré, op. cit., vol. III, p. 448.

(26) Archives Nationales Colonies, C 13, A 51.

(27) Archives Nationales Colonies, C 13, A 51.

- (28) Id.
- (29) Id.
- (30) Archives Nationales Colonies, C 13, A 52.
- (31) Gayarré, "Essai Historique sur la Louisiane", vol. 1-2, 1830-1831, p. 61 et seq.
- (32) Arrêté du 30 novembre 1803 pour l'établissement de l'autorité municipale à la Nouvelle Orléans. Louisiana Historical Quarterly, vol. 20, p. 170.
- (33) Voir document complet en annexe n° _____ (New Orleans Public Library, R.V. A 511, 1803-1804) (Early Printings in New Orleans, Mc Murtrie, p. 114).
- (34) Telle est l'opinion de John H. Tucker Jr., quoiqu'il ne puisse la baser sur aucun document officiel et quoiqu'il n'ait pas eu connaissance de l'arrêté cité. Society of Bartolus, Juridical Studies : Effect on the Civil Law of Louisiana brought about by the changes in its Sovereignty, p. 48.
- (35) M. George Dargo porte contre Laussat une accusation que ce dernier ne mérite pas et que cet auteur aurait certainement exprimée en des termes plus mesurés s'il avait pris connaissance de l'arrêté ci-dessus, et pesé ses dispositions comme celles d'ailleurs de la Proclamation du 30 novembre 1803. (Jefferson's Louisiana, Harvard University Press 1975. "Pierre Clément de Laussat had abolished all of the existing Spanish courts and had deliberately neglected to put French substitutes in their place..."). Cette accusation reflète celle portée par le gouverneur Claiborne (Territorial Papers Orleans Territory, p. 338 et seq.). **Contra** : "Law and Government in the Louisiana purchase, 1803-1804 par Elizabeth Gaspar Brown, 2 Wayne Law Review, p. 169 à 189.
- (36) Telle n'est pas néanmoins l'opinion d'un très illustre contemporain de ces événements historiques, Barbé Marbois, ministre du Trésor du gouvernement français en 1803 et l'un des signataires du traité de cession de la Louisiane aux Etats-Unis : Histoire de la Louisiane, p. 350. "Les lois et les ordonnances royales furent provisoirement maintenues à la Louisiane, mais pour un temps fort court. Le président et les deux chambres du Congrès ordonnèrent que les lois de l'Union américaine y seraient proclamées et exécutées". History and development of Louisiana Law, par John T. Hood, Jr., 33 Tul. L. Rev. p. 7 ; Louisiana and her Laws, par Henry J. Leovy ; The Louisiana Book, Selections from the literature of the State, Thomas M. Caleb, 1894.
- (37) Memoirs and Correspondence of Laussat, 1803-1804, to Spanish officials relative to the cession of Louisiana. Papeles de Cuba, Legajo 220 (5) Louisiana. Retaking of possession by France from the hands of Spain (Howard Tilton Memorial Library, Special Collections).
- (38) Les dossiers des Archives Nationales, Série Colonies C 13, ne paraissent pas contenir de documents officiels qui attestent la réintroduction du droit français en Louisiane.

(39) "Mémoires" sur ma vie. A mon Fils, Pendant les années 1803 et suivantes que j'ai rempli des fonctions publiques : à savoir A La Louisiane, A La Martinique, A La Guyane Française (Howard Tilton Memorial Library, Special Collections).

(40) Le texte de cet arrêté est comme il suit :

"Au Nom
de la
République Française

Le Préfet Colonial, Commissaire du Gouvernement français,
Vu l'arrêté du Corps Municipal de cette ville, en date d'hier, 23 Frimaire, relatif à la Police des Esclaves.

Considérant que le projet de Règlement, extrait de l'Edit de 1724 dont le corps municipal nous demande d'ordonner provisoirement l'exécution, contient des modifications et des additions à plusieurs Articles de cet Edit ; que, bien qu'en général elles tendent à son amélioration, le moindre changement serait un acte de Législation suprême, qui d'un côté ou trépasserait l'étendue d'autorité dont nous croyons pouvoir user dans les circonstances actuelles, ou supposerait de la part de la France, une sanction supérieure qu'elles ne comportent plus, et d'un autre côté réclamerait de nous une maturité d'examen à laquelle il nous est impossible maintenant de nous livrer ; que, cependant, ... ; que les instructions du gouvernement français, d'accord avec une loi de la République, du 30 floréal an X, nous prescrivaient de le (Code Noir) remettre en vigueur ; que le faire, en ce moment, autant qu'il est en nous, c'est donner à la Louisiane, en nous séparant d'elle, un dernier témoignage des intentions paternelles et bienveillantes de leur ancienne. Mère Patrie...

ARRETE

Art. 1er. L'Edit donné à Versailles au mois de mars 1724, pour le gouvernement et l'administration de la Justice, Police, Discipline et Commerce des esclaves nègres, dans la province et colonie de la Louisiane, y sera exécuté, dorénavant selon la forme et la teneur.

Art. 2. Sont néanmoins exceptées, de cette disposition générale, les dispositions du dit Edit qui supposent un culte national ou la traite directe des Nègres et, en un mot, celles qui seraient en contradiction avec aucun des Articles de la Constitution des Etats-Unis, sous l'empire de laquelle la Louisiane est à la veille de passer.

Donné à la Nouvelle Orléans, le 24 Frimaire an XI et 17 décembre 1803. Laussat

(41) Voir note n° 33 ci-dessus _____. "... L'installation des Tribunaux..." dont parle Laussat n'eut jamais lieu : voir ci-dessus note 35. Barbé-Marbois écrivait que les juges nommés se contentèrent de distribuer "la justice en matière sommaire et urgente...". Voir ci-dessus note 36.

(42) U.S. Territorial Papers, p. 19 et seq. (traduction de l'auteur).

(43) Id., p. 35 et seq. (traduction de l'auteur).

(44) Id., p. 89 (traduction de l'auteur).

(45) Id, p. 143 (id.).

(46) Le 30 décembre 1803, Claiborne créait une "Court of Pleas" composée de sept juges, dont la compétence au civil s'étendait aux affaires ne dépassant pas une valeur de 3,000 dollars [un appel au gouverneur était possible dans les cas où le montant de l'affaire atteignait 500 dollars] et au criminel aux affaires qui ne dépassaient pas une amende de 200 dollars et une peine de prison de soixante jours (François-Xavier Martin, *The History of Louisiana* 1882, p. 319).

(47) Gayarré, *History of Louisiana*, vol. IV, p. 4.

(48) U.S. Territorial Papers, p. 202 et seq.

(49) Section 5 de l'acte.

(50) Le Conseil législatif du Territoire était composé de treize personnalités nommées chaque année par le Président des Etats-Unis (section 4 de l'acte).

(51) Section 8 de l'acte. Les dispositions de cette section déclaraient que les pouvoirs de ce juge de district seraient les mêmes que ceux exercés par le juge du district de Kentucky tels qu'ils sont définis dans les sections 10 et 12 d'un acte du 24 septembre 1789 (1 Stat. 77, 78, 79, 80). La rémunération annuelle de ce juge s'élevait à 2000 dollars.

(52) Ainsi, par exemple, la section 10 qui interdisait d'importer ou de faire pénétrer des esclaves dans le Territoire.

(53) L'anxiété et l'inquiétude des colons français dans l'attente des lois qui allaient être adoptées par le Congrès dans le but de pourvoir à l'organisation du Territoire, avaient été exprimées en ces termes par le maire de la Nouvelle Orléans, Etienne Boré, dans une lettre adressée au Président des Etats-Unis, le 10 février 1804 :

"Monsieur le Président des Etats-Unis,

Je suis à la tête du Corps Municipal de la capitale de cette province, c'est-à-dire du Seul corps qui y existe, du Seul qui y soit composé de propriétaires et de citoyens ; Jay qualité pour vous parler de leurs intérêts...

Nous sommes dans une impatience extrême des Bills qui doivent fixer notre organisation intérieure. Le besoin s'en fait ressentir de plus en plus chaque jour. Nous avons une extrême confiance dans la Sagesse du Congrès, dans la vôtre, Monsieur le Président, qui après avoir fait négocier notre union à la fédération, aurés à coeur qu'elle tourne à notre bonheur. Vous serez jaloux de cimenter des Sentiments de fraternité entre la Louisiane et les autres états que vous Gouvernez entre leurs habitants et les Louisianais.

J'oserai vous le représenter, Monsieur le Président, il est indispensable que les chefs de la Louisiane possèdent la langue française, comme

la langue anglaise ; s'ils eussent eu cet avantage, nous n'aurions pas éprouvé les événements qui ont produit une si mauvaise sensation et le cours des affaires ne languirait pas et ne serait point exposé à des embarras sans nombre.

Nous avons vu l'instant où le corps municipal était forcé de vous porter à cet égard ses vives réclamations : Mr. Claiborne débuta dès le principe par nous insinuer que nous devrions rédiger nos actes publics en anglais. Un retour sur lui-même, d'après le mécontentement que cette proposition excita, nous fit renoncer à vous adresser, Monsieur le Président, le mémoire de plaintes que nous avons déjà dressé à ce sujet et préserver nos libertés de cette atteinte. Un gouvernement despotique par sa nature les a très longtem respectés que ne devons nous pas attendre d'un Gouvernement Républicain, où les principes des droits naturels ont tant de Sauvegardes et auquel nous nous associons aujourd'hui sous les garanties d'un traité qui contient des stipulations sacrées en notre faveur : nous nous flattons généralement que nous serons érigés en état séparé, aussitôt qu'il sera constaté que nous avons une population suffisante ; nous ne doutons pas qu'en attendant on ne nous donne ce que vous appelés **vo**tre second degré de Gouvernement : c'est l'objet continuel de nos espérances et de nos entretiens parmi tout ce qui existe de Louisianais. Nos pères ont découvert, peuplé, défriché ce pays : il est arrosé de notre sang et de nos sueurs ; nous l'avons fait fleurir malgré les obstacles ; dignes jusqu'à présent d'un meilleur sort, nous l'attendons des Etats-Unis, ils apprécieront l'acquisition qu'ils ont faite, et ils s'efforceront de nous la rendre chère : ils en ont le bon moyen, en nous donnant une constitution conforme à nos besoins à nos vœux à nos droits..."

(U.S. Territorial Papers, p. 182 et seq.).

(54) Archives Nationales Colonies Louisiane, C 13 A 53.

(55) Le 30 août 1804, Thomas Jefferson avait nommé : Claiborne, Gouverneur ; James Brown, Secrétaire du Territoire ; Dominic Hall, juge du district d'Orléans ; Col. Kirby et M. Prevost, juges de la Cour supérieure. Par ailleurs il avait décidé que, sur les 13 membres du Conseil législatif, 7 seraient américains (donc la majorité) et 6 français (U.S. Territorial Papers, p. 281 et seq.). Kirby mourut avant de prendre ses fonctions et Duponceau, qui devait être le troisième juge de la Cour supérieure, refusa sa nomination.

(56) F.X. Martin, History of Louisiana, p. 326 ; Orleans Territory, Acts passed at the First Session of the Legislative Council (New Orleans 1805), pp. 144-209 ; 388-399.

(57) U.S. Territorial Papers, p. 210 (traduction de l'auteur).

(58) Lettre de Claiborne à James Madison, le 29 octobre 1804, U.S. Territorial Papers, p. 317.

(59) The Louisiana Gazette, vendredi 9 novembre 1804. "A l'éditeur de la Gazette de la Louisiane..." (traduction de l'auteur).

(60) The Louisiana Gazette, vendredi 11 janvier 1805, "A l'éditeur de la Gazette de la Louisiane...". Mardi 15 janvier 1805 (traduction de l'auteur).

Cet éditorial, qui discute très longuement les actions de Laussat en matière judiciaire, sera reproduit sous une forme plus complète dans un chapitre ultérieur.

(61) James Brown, lettre au Sénateur John Breckinridge, le 22 janvier 1805, 9, U.S. Territorial Papers, p. 379 (traduction de l'auteur).

(62) Acts passed at the first session of the Legislative council of the Territory of Orleans. Résolution conjointe du 4 février 1805, p. 458. Les deux avocats "employés" par le Comité furent Edward Livingston et James Brown, 9, U.S. Territorial Papers, p. 379.

(63) 9, U.S. Territorial Papers, p. 405. Cet acte qui devait entrer en vigueur le 4 juillet 1805 accordait au Territoire d'Orléans un semblant de gouvernement qui ne dupa personne.

(64) Cette crainte était née de ce que l'acte du 2 mars 1805 stipulait dans sa section 1^{ère} que "et à date de l'établissement dudit gouvernement et postérieurement, les habitans du territoire d'Orléans auront droit de jouir et jouiront de tous les droits, privilèges et avantages que garantit la dite ordonnance [ordonnance rendue par le Congrès le 13 juillet 1787], et dont jouissent en ce moment les habitans du Territoire du Mississippi". Digeste général des Actes des Législatures du Territoire d'Orléans, par François Xavier Martin, 1816, p. 169 et seq. Elizabeth Gaspar Brown, Legal Systems in Conflict ; Orleans Territory 1804-1812, dans American Journal of Legal History, vol. 1, p. 45-46, 1957.

(65) Official Letter Books of W.C.C. Claiborne, 1801-1816, vol. III, p. 103.

(66) Lettre de James Brown à John Breckinridge en date du 17 septembre 1805, U.S. Territorial Papers, p. 506 et seq.

(67) Le Moniteur, samedi 16 novembre 1805, n° 563. Chambre des Représentants. Il ne nous a pas été possible de déterminer si la motion en question avait été adoptée.

(68) Le texte de la résolution en langue française fut publié dans Le Moniteur du 11 juin 1806, n° 622. Etant donné la grande importance de cette résolution, il convient de la reproduire ici dans son intégralité :

"Plusieurs personnes ayant témoigné le désir de connaître l'acte déclaratoire des lois qui continuent d'avoir force dans le Territoire d'Orléans et des auteurs qui peuvent y avoir autorité, auquel S.E. le Gouverneur a refusé sa sanction, nous le donnons ci-dessous.

Acte déclaratoire des lois qui continuent d'avoir force dans le Territoire d'Orléans, et des auteurs qui peuvent y avoir autorité.

Considérant que, par l'effet des changements réitérés qu'a éprouvé le gouvernement de ce Territoire, les matières diverses qui composent son système judiciaire actuel sont enveloppées dans une forte obscurité et qu'il est devenu nécessaire de présenter aux yeux des citoyens un ensemble de ces différentes parties, qui puisse les éclairer et leur servir de guide dans tous les cas où ils auront besoin d'avoir recours aux lois, en attendant que la Législature puisse former un Code civil pour le Territoire ; et considérant que par la section XI de l'acte du Congrès intitulé "acte

pour ériger la Louisiane en deux territoires et pourvoir à leur gouvernement provisoire" passé le 22 mars 1804, et par la section IV de l'acte dudit Congrès intitulé "acte qui pourvoit ultérieurement au gouvernement du Territoire d'Orléans", il est dit que les lois qui seront en force dans ledit Territoire, lorsque ces actes commenceront à voir leur effet, et qui ne seront pas contraires à leurs dispositions, continueront d'être en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient changées, modifiées ou rappelées par la Législature du Territoire.

Section I : il est déclaré par le Conseil législatif et la Chambre des Représentants du Territoire d'Orléans réunis en Assemblée générale, qu'en vertu des dites dispositions, les lois qui restent en force et celles qui peuvent être citées comme autorité dans les tribunaux de ce Territoire, sauf les changements et modifications qui peuvent y avoir déjà été faits par les Législatures dudit Territoire, sauf aussi tout ce qui pourrait être contraire à la Constitution des Etats-Unis, aux lois du Gouvernement fédéral qui ont été appliquées au dit Territoire par le Congrès, et aux actes dudit Congrès qui régissent le gouvernement actuel dudit Territoire et sauf, par conséquent, les modifications qui résultent nécessairement de l'introduction que l'acte du 22 mars 1804 a faite dans le dit Territoire des deux principes les plus importants du système judiciaire de la loi commune, savoir : le writ d'Habeas Corpus et le jugement par Jury, sont lois et autorités suivantes, savoir :

1. Le Code civil romain, comme servant de fondement au droit espagnol qui régissait ce pays avant la cession à la France et aux Etats-Unis, lequel est composé des Instituts, du Digeste et du Code de l'Empereur Justinien, appuyé par l'autorité des commentateurs de la loi (romaine) et notamment de Domat, en son traité de Lois civiles ; le tout en ce à quoi le droit espagnol n'a pas dérogé.

2. Le droit espagnol, savoir : les livres de la Recopilacion de Castille et Auros Acordados, au nombre de neuf en tout ; les sept parties ou partidas du Roi Don Alphonse le Sage et les huit livres du Statut Royal (Fuero Real) de Castille ; la Recopilacion des Indes, excepté en ce qu'elle contient de relatif à l'affranchissement des esclaves, les lois de Toro et enfin les ordonnances cédules et pragmatiques royales, qui ont été formellement appliquées à la colonie de la Louisiane et non autrement ; le tout appuyé de l'autorité des commentateurs respectables et avoués devant les Tribunaux.

Section 2. Et il est, de plus décrété, qu'en matière de commerce, l'ordonnance de Bilbao est celle qui a ici pleine autorité pour régler les contestations y relatives, et que sur les objets où elle ne s'est pas suffisamment expliquée, on peut se référer aux Lois romaines, à la Loi Mercatoria de Beawes, à celle d'Emerignon et enfin aux commentateurs de Valin et aux Auteurs respectables et consultés dans les Etats-Unis..."

Dans la Gazette de la Louisiane du mardi 10 juin 1806, on trouve un article qui reflète très exactement l'incertitude et l'ignorance dans lesquelles vivait la plupart des habitants du Territoire :

"Aux honorables Isaac Heber, M. Prudhome et J. Etienne Boré,
Augustes législateurs,

Un citoyen désireux d'être informé, ... vous prie de lui expliquer les mérites de la loi que le conseil a adoptée et pour le rejet de laquelle notre gouverneur est considéré si blâmable. Je suis très désireux de savoir en particulier à quel siècle le Code de l'Empereur Justinien fut écrit ? de combien de volumes il est composé ? et si les sept parties ou partidas du Roi Alphonse le Sage peuvent être achetées dans cette ville ?

Si la Recopilacion de Castille et les Autas Acordados, les lois de Toro et l'ordonnance de Bilbao sont dans l'une de vos bibliothèques ?

Je vous prie, Messieurs, de fournir à vos administrés un court commentaire de ces lois...

Un commerçant.

(69) 9, U.S. Territorial Papers, p. 642 à 657. Texte français p. 643 à 650. The Louisiana Gazette, Friday, June 6, 1806, n° 168, p. 2. "Translated from the Telegraph, Extract from the Minutes of the Legislative Council, May 26th, 1806".

(70) Session Laws of American States and Territories, Territory of Orleans, 1804-1811. Legis : 1-1801, S.1, p. 215, Le Moniteur, samedi 7 juin 1806 : MM. Villars, Bouligni, Boré, Watkins, Arnaud et Mahon ont été nommés un comité pour s'entendre avec MM. Brown et Moreau Lislet à l'effet de former un Code civil pour ce Territoire.

Le Moniteur, 3 juin 1807, n° 724. Acte pour fixer la compensation à allouer aux deux jurisconsultes nommés pour préparer un Code civil pour l'usage du Territoire d'Orléans ... et aux traducteurs du dit Code...

(71) George Dargo, Jefferson's Louisiana, p. 146, où cet auteur cite un extrait d'une lettre d'Edouard Livingston à son frère Robert.

(72) Official Letter Books of W.C.C. Claiborne, 1801-1816, vol. IV, p. 92 ; La Gazette de la Louisiane, vendredi 16 janvier 1807.

(73) The Orleans Gazette, Thursday, February 5, 107.

(74) Voici le texte complet de cet acte en annexe :

"Dans son message du 31 mars 1808 aux Chambres du Territoire, Claiborne déclarait que "le Code civil du Territoire contient d'excellents principes, qui je suis confiant seront préservés pendant longtemps ; mais il y en a d'autres auxquels devraient être substitués ces changements de la science de la jurisprudence approuvés et sanctionnés par la sagesse des plus illustres hommes d'état. Ces innovations appropriées seront introduites par les législateurs à venir ; ils auront une vue de "l'ensemble du problème" et seront mieux à même de décider où des améliorations devraient être apportées ...".

9, U.S. Territorial Papers, p. 780-781 (traduction de l'auteur).

(75) Parmi les essais de biographie qui ont été publiés il faut mentionner les suivants :

- (1) Dictionary on American Biography, vol. VII, Scribner's 1934, page 157. Cet essai de biographie est très succinct et peu informateur.
- (2) Louis Moreau Lislet, His life and works, par Lloyd Boutte, est un mémoire contruit sur la base d'articles et livres, et ne représente pas réellement une contribution à une biographie de Moreau Lislet.
- (3) Louis C.E. Moreau Lislet, par M. H. Herrin, dans The Creole Aristocracy, Exposition Press 1952, pp. 120-121. Essai extrêmement bref comme on peut en juger.
- (4) Louisiana, comprising sketches of Parishes, Towns, Events, Institutions and Persons arranged in encyclopedic form, par Alcée Fortier, contient à la page 71 du volume II quelques lignes peu informatrices de la vie et de la personnalité de Moreau Lislet.
- (5) The French Colonists from St. Domingue and, in particular, Louis Moreau Lislet, par René Nicaud, dans Louisiana Bar Journal vol. XX, n° 4. Cet essai, plus complet et mieux documenté que les précédents, reste néanmoins insuffisant.

(76) Les informations reproduites sous ce nom ont été extraites des documents suivants : Indemnité des colons de St. Domingue, Dossier Moreau Antoine n° 444. 1829 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer] ; Liquidations des Colons de Saint Domingue, 1829, D 64 ; 1839, D 64 [id]. Dépôt des Papiers Publics des Colonies. Notariat. St. Domingue : Notaire Pont 1777-1782 ; Notaire Legrand 1780-1781, 1786-1788. Archives Nationales. Minutier Central X C V, 413.

(77) Les informations reproduites sous ce nom ont été extraites des documents cités ci-dessus sous (76) et des documents suivants : Etat Civil. Port au Prince. Moreau de Lislet [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer] ; Dépôt des Papiers Publics des Colonies. Notaire Collignon an 9 [id] ; M.S.S. 1216 Consulat de France à Philadelphie an 4 [Howard Tilton Library. Tulane University].

(78) Les informations reproduites sous ce nom proviennent des documents cités ci-dessus sous (76) (Indemnité des Colons de St. Domingue. Dossier Moreau Antoine n° 444-1829) et sous (77) (M.S.S. 1216).

(79) Les informations reproduites sous ce nom sont extraites des deux documents suivants : Dom. C 39 - D 4 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer] ; Consulat de France à Philadelphie an IV n° 12 arch. et n° 262 [id]. Ces deux documents apparaissent dans leur intégralité dans l'annexe n° _____ .

(80) Les informations reproduites sous ce nom sont tirées des documents : M.S.S. 1216 cité sous (77) et dossier Moreau Antoine n° 444 cité sous (76).

(81) Quelques références à Marie Anne Thorel sont faites dans les documents suivants : Dom. C. 29 - D 4 cité ci-dessus sous (79) ; Notaire Pont (actes du 24 octobre 1777, du 26 avril 1779) cité ci-dessus sous (76).

(82) Quelques références à Jacques Christophe Deynaut apparaissent dans les documents suivants : Notaire Legrand (actes du 12 avril 1784, du 2 Juin 1781) cité ci-dessus sous (76) ; Notaire Collignon cité ci-dessus sous (77)

(83) Ces éléments de biographie sont établis à partir des documents suivants : Notaire Roard (acte du 23 vendémiaire an 14) [Minutier Central Archives Nationales] ; Fichier du cimetière Saint-Louis n. 1 [Louisiana State Museum Library] ; Archives Nationales, Colonies F 5b 17 ; D. n° 33 Deynaut père et fils [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer] ; Notaire Pont (actes du 21 avril 1779, du 26 avril 1781) cité ci-dessus sous (76) ; Notaire Legrand (acte du 16 août 1779) cité ci-dessus sous (76) ; Deynaut actes de l'état civil [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer].

(84) Quelques références à Pierre Vallade apparaissent dans les documents suivants : Notaire Augustin Roard (actes du 14 brumaire an 14, du 23 vendémiaire an 14) cité ci-dessus sous (83).

(85) Les références biographiques relatives à Jean Antoine de Peters et Elisabeth Gouel de Villebrune ont été extraites des documents ci-après : Notaire Deherain (actes du 12 août 1789, 10 septembre 1789, 29 septembre 1789) [Minutier Central]. Notaire Garcerand (acte du 12 mai 1789) [Minutier Central]. Notaire Morin (acte du 22 octobre 1790) [Minutier Central]. De Peters (acte du 20 juin 1789) [Archives de la Ville de Paris].

(86) Des éléments de biographie apparaissent dans les documents suivants : Notaire Morin (acte du 15 octobre 1790) [Minutier Central]. Série MM n° 1109 Regestum Supplicum et Série MM n° 1136 Regestum Examinum [Archives Nationales Salle Clisson]. Notaire Morin (actes du 19 septembre 1790, du 7 octobre 1790) [Minutier Central].

(87) L'orthographe du nom varie d'une forme à l'autre selon les documents.

(88) Assemblée Générale de la Partie française de Saint Domingue - Procès verbaux des séances et journal des débats du lundi 3 octobre 1791, p. 194 [Bibliothèque Nationale].

(89) Archives Nationales, Registers of French Consulates in America, M.S.S. 1215. 1216. 1217 [Howard Tilton Library].

(90) En dehors des documents mentionnés ci-dessus, il faut ajouter les suivants : Notaire Roard (actes du 23 vendémiaire an 14, du 15 brumaire an 14) [Minutier Central] ; Dossier Moreau Antoine (voir ci-dessus note (78) ; Dossier Delagrangé Joseph n° 78 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer].

(78) ; Dossier Delagrange Joseph n° 78 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer].

(91) La difficulté de cette tâche tient à trois causes essentiellement :

(1) Les péripéties de l'existence de Moreau Lislet font que les documents, quand ils existent, qui rapportent ici et là un fait qui vaille la peine d'être mentionné, sont éparpillés dans plusieurs villes très éloignées les unes des autres (Paris, la Nouvelle Orléans, Philadelphie, Bâton Rouge), ce qui oblige à des voyages multiples.

(2) De nombreux archivistes m'ont assuré que les révolutions de Saint Domingue et le manque de moyens modernes pour assurer la sauvegarde de documents avaient contribué à la destruction des archives locales.

(3) L'ignorance dans laquelle je me trouve, malgré tous les efforts tentés, de l'existence de papiers personnels de Louis Moreau Lislet.

(92) Dictionary on American Biography vol. VII p. 157, Charles Scribner's 1934.

(93) "The French Colonists from St. Domingue and, in particular, Louis Moreau Lislet", XX Louisiana Bar Journal, p. 285.

(94) MSS film 1206, France Archives Nationales [Howard Tilton Library].

(95) Certificat de résidence de M. Moreau - Archives Coloniales, St. Domingue, St. Yago de Cuba, 10 pluviôse an XII - 12 avril 1809 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer].

(96) Dom. C 39 - D. 4 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer].

(97) Acte du 12 août 1789, Archives Nationales. Minutier Central X C V 413 _____ .

(98) Voir note (95).

(99) Voir note (96).

(100) The New Orleans Bench and Bar in 1823, par Charles Gayarré, dans "The Louisiana Book : selections from the literature of the State". Thomas McCaleb 1894.

(101) Louis Declouet's Memorial to the Spanish Government, December 7, 1814, dans 22 Louisiana Historical Quaterly, p. 813.

(102) Vie de Toussaint Louverture, par Victor Schoelcher (1804-1893), 1889 ; Histoire de la Révolution de Saint Domingue par Dalmas, 2 Vol. 1814 ; Etudes sur l'Histoire d'Haïti, par Ardouin, 1853.

(103) Histoire d'Haïti, par Thomas Madiou fils - Port au Prince, 1847. Ainsi, à la page 361, on peut lire : "... Moreau l'Africain à la tête de

200 hommes de la 8ème coloniale ..." ; à la page 387 : "Peu de temps après, on noya dans la rade des Cayes les nommés Moreau (homme de couleur), Doudou (homme de couleur), Viart (homme de couleur) ..." ; à la page 429 : "Le général Pageot fit arrêter vingt citoyens nobles, noirs et jaunes, entre autres les nommés Michel Bayard, Jean François et Moreau (homme de couleur) ..." ; à la page 415, on peut lire : "Quant à Rochambeau ... il savait que Labatut, vieillard septuagénaire, plein de vertus, ancien commandant de la Tortue, était puissamment riche en propriétés ... Le vieillard n'hésita pas, pour sauver sa tête, à faire le sacrifice d'une part de sa fortune. Un acte de vente de 200 carreaux fut passé en faveur de Donatien Rochambeau, par devant les notaires du Cap, Cormand et Moreau ...". Comme on le verra plus loin, ce Moreau n'était vraisemblablement pas Louis Casimir Moreau Lislet, puisqu'en 1803, époque à laquelle se situe l'évènement rapporté ci-dessus, Louis Casimir se trouvait au Port Républicain.

(104) Colonies F³ 59. Code Historique. St Vincent 1787. A. 1807 p. 179.

(105) Voir le document à l'annexe n° _____ .

(106) Benjamin Moreau passa-t-il aux Espagnols ? "Quelques centaines de colons des quartiers de Fort Dauphin, du Dondon et d'Ouanaminthe, une centaine d'officiers des états-majors et des régiments du Cap et de Port-au-Prince, passèrent aux Espagnols, guidés par les instructions du Régent, le futur Louis XVIII" [Réfugiés de Saint Domingue aux Etats-Unis, par G. Debien, p. 3, 1950].

(107) Bibliothèque Nationale. Département des Manuscrits FM² 111.

(108) Id.

(109) Il existe des actes notariés pour chacune de ces années.

(110) Acte du 15 germinal an 2, 4 avril 1794 (MSS 1215, Howard Tilton Library).

(111) Acte du 9 germinal an 9 (MSS 1216, Howard Tilton Library).

(112) Etat Civil. Port au Prince. Répertoire 1793. 1803 (Bibliothèque de la France d'Outre-Mer).

(113) Acte du 9 germinal an 9 (cf. ci-dessus note 112) ; brumaire an X (MSS 1217, Howard Tilton Library).

(114) Supplément à l'état des habitations. Archives Nationales 135 AP3.

(115) Acte du 20 fructidor an 12 (MSS 1206, Howard Tilton Library).

(116) Ces exemples sont extraits du Dictionnaire géographique et administratif universel d'Haïti illustré ou Guide général en Haïti, par S. Rouzier. Paris.

(117) Cap Haïtien : cette ville, qu'on appelait "Paris de Saint-Domingue" à cause de sa splendeur", a été longtemps désignée par les Espagnols sous le nom de Guarico, et les Français en firent le Cap Français (Géographie de l'île d'Haïti, par B. Ardouin, Port au Prince, 1832).

(118) Lettre du Général de Brigade Claparède commandant le Cap au Général en Chef Rochambeau (Archives Nationales, réf. 135 AP3).

(119) Géographie de l'île d'Haïti, par B. Ardouin, Port au Prince.

(120) Voir ci-dessus chapitre II, section 2, § 1.

(121) Le Dondon : le sol où est établi ce bourg est élevé d'environ 250 toises au-dessus du niveau de la mer ; toute l'étendue de cette commune est en montagnes entrecoupées et séparées par des vallées [Géographie de l'île d'Haïti, par B. Ardouin, 1832].

(122) Contrat de mariage du 10 septembre 1789. Me Deherain X C V 413 (Archives Nationales. Minutier Central).

(123) Avis en l'hôtel, Mariage Moreau, 12 août 1789. Me Deherain (Archives Nationales. Minutier Central).

(124) Voir ci-dessus note 122.

(125) Procuration du 29 septembre 1789. Notaire Deherain X C V 413 (Archives Nationales. Minutier Central).

(126) Acte du 18 avril 1789, consentement de Madame Moreau. Notaire Deherain (ci-dessus note 125).

(127) Etat Civil. Port au Prince. Répertoire 1793 à 1803 (Bibliothèque de la France d'Outre-Mer).

(128) Acte du 17 décembre 1829. Notaire L.T. Caire (Notarial Archives, New Orleans).

(129) Réfugiés de Saint-Domingue aux Etats-Unis, par G. Debien, 1950, p. 3.

(130) L'ami de l'Egalité ou Annales Républicaines. Samedi 27 juillet 1793. L'an deuxième de la République Française.

(131) Voir ci-dessus note 110.

(132) Voir document reproduit en annexe n° _____ .

(133) Selon d'autres documents vus ci-dessus, en janvier 1792, Louis Moreau Lislet était au Cap Français, et en avril 1794, il était à Philadelphie.

(134) MSS 1216 (Howard Tilton Library).

(135) MSS 1217 (Howard Tilton Library).

(136) Huard, notaire au Port au Prince - an 9, an 10 : jugement du tribunal, 23 floréal an neuf ; voir aussi jugement du tribunal 2 floréal an dix [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer]. De nombreux autres actes mentionnent Louis Casimir Moreau Lislet en tant que défenseur : voir dépôt des Papiers publics des Colonies - St. Domingue. Greffe de Port au Prince : GAC. H.I.J. Kir. : G2.56.5 : p. 290, 304, 306, 307, 430, ...

Voir aussi Acte du 9 nivose an 10, Guieu, notaire républicain [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer].

(137) Dépôt des Papiers publics des Colonies - St. Domingue. Greffe de Port au Prince. G2.56.5 p. 258. Voir pages 284, 307.

Voir aussi 3 prairial an X, 6 prairial an X et 29 messidor an X, dans Huard, notaire au Port au Prince, an 10.

Voir aussi : 1er 7Cre an X et 6e 7Cre an X dans G2.58.7.

(138) Acte du 9 pluviôse an 11 n° 6508. Me Hacquet. Notaire 1er au 20 pluviôse an 11. Port Républicain. Port au Prince [Archives de la France d'Outre-Mer].

(139) Acte du 29 germinal an 11 (19 avril 1803) Me Loreilhe, notaire. Juillet 1787 au 29 germinal an 11 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer]. Acte du 2 thermidor an 11, Me Huard, notaire Port au Prince an 11 [Bibliothèque de la France d'Outre-Mer].

(140) Acte du 9 frimaire an 9, Collignon, notaire Port au Prince [Archives de la France d'Outre-Mer].

(141) Document. Dom. C 39 : D4. Voir annexe n° _____ .

(142) Voir texte de l'arrêté dans Dom. C 39 : D4. Annexe n° _____ .

(143) Id.

(144) MSS 1216. Consulat de France à Philadelphie, an 4e, thermidor [Howard Tilton Library].

(145) Id. ; procuration du 14 brumaire an 8.

(146) Dossier Delagrangé (Joseph) [Archives de la France d'Outre-Mer].

(147) Me Hacquet, notaire, St. Domingue [Archives de la France d'Outre-Mer].

(148) Acte n° 5033, Me Guieu, notaire, St. Domingue, Port Républicain [Archives de la France d'Outre-Mer].

(149) Acte n° 5040, id.

(150) Acte n° 5441, Me Hacquet, notaire, Port Républicain [Archives de la France d'Outre-Mer]. Dans ce même acte, Moreau Lislet confèrera sa procuration au Citoyen Pierre Chauveau, négociant au Cap, auquel

il recommandera de "se pourvoir, en son nom, en nullité de tous les baux à ferme que le Citoyen Bourget aurait pu faire de ses habitations, pour les faire casser en justice, comme faites sans pouvoir ni qualité suffisants, et s'adresser à cet effet soit au Citoyen Vallade ou au Citoyen Vater, Deffenseurs publics du Cap."

(151) Marine et Colonie. Archives Coloniales. Dépôt des Papiers publics des Colonies. Renseignement d'intérêt privé et pièces déposées. Dossier Moreau Antoinen n° 444 [Archives de la France d'Outre Mer].

(152) Acte du 26 prairial an 11 n° 6959, Me Hacquet, notaire, Port au Prince [Archives de la France d'Outre-Mer].

(153) G. Debien "Réfugiés de Saint Domingue aux Etats-Unis", 1950, p. 6 § 7.

(154) Archives Coloniales. St. Domingue, St. Yago de Cuba, 10 pluviôse an XII (12 avril 1809) [Archives de la France d'Outre-Mer].

(155) Id.

(156) MSS 1206 [Howard Tilton Library]. Acte de mariage 20 fructidor an 12. Les autres actes qui témoignent de la présence de Louis Moreau Lislet à Santiago sont les suivants : acte du 2 floréal an 12, Archives Coloniales St. Domingue. Réfugiés, Consuls Norfolk an IV, 1814, Nouvelle Orléans an XII [Archives de la France d'Outre-Mer] ; actes des 2 floréal, 13 floréal (3 actes à cette date), 20 ventose et 10 messidor an 12. Archives Coloniales St. Domingue. St. Yago de Cuba, 10 pluviôse an XII, 12 avril 1809 [Archives de la France d'Outre-Mer].

(157) Moreau Lislet et sa famille s'installèrent à la Nouvelle Orléans à une date qu'il est difficile de déterminer exactement, mais qui se situe entre août 1804 et février 1805.

(158) Il n'y a aucun doute que Moreau Lislet résidait à la Nouvelle Orléans en 1805, bien que l'annuaire de la Nouvelle Orléans et le recensement de 1805 ne relèvent pas son nom. Sont cités, par contre, Pierre Derbigny (14 rue Carondelet S.), Edward Livingston (22 rue de Condé) ... [New Orleans in 1805. A directory and a census].

(159) Cette résolution du 4 février 1805 est ainsi libellée :

"Il a été résolu par le gouverneur et le conseil législatif du territoire d'Orléans que le comité choisi par le dit conseil législatif pour rédiger un projet de code civil et de code criminel pour le dit territoire et en faire rapport est autorisé, par la présente, à employer deux avocats pour l'assister dans la rédaction des dits codes..."

J. Poydras, Président du Conseil

Approuvé le 4 février 1805 - Claiborne

Je certifie la présente traduction - Moreau Lislet,
interprète.

(160) Territorial Papers of the United States, vol. 9, S.I. 36.9, p. 482 et 483. En juillet-août 1805, Moreau Lislet certifiait conformes à l'original espagnol des traductions anglaises de lettres écrites par le Marquis de Casa Calvo au Gouverneur Claiborne. Id. p. 484 et seq.

(161) Le document qui rapporte la démission de Moreau Lislet en juin 1805 se réfère à "Moreau De Lisle". Territorial Papers of the U.S., id. p. 603.

(162) Gazette de la Louisiane, mardi 29 octobre 1805.

"Avis,

Stephen Zacharie ... par actes publics déposés en l'étude de MM. Moreau de Lislet et Derbigny, avocats en cette ville."

Il est curieux de remarquer que l'avis rédigé en langue française se réfère à "**Moreau de Lislet**" alors que la version anglaise du même avis se réfère à "Moreau Lislet" !

(163) Voir "Le Moniteur" des 12 avril 1806 n° 605, 16 juillet 1806 n° 632 et 24 septembre 1806 n° 652.

(164) "Le Moniteur" de la Louisiane n° 693. Samedi 14 février 1807. "Subtilité et ruse d'avocat".

"Ma surprise a été extrême, lorsqu'à mon arrivée, j'ai appris qu'on avait profité de mon absence pour intimider mon épouse, et la forcer par des menaces de saisie à un jugement injuste, malgré que j'avais annoncé dans la gazette du Moniteur du 13 décembre dernier que le montant des 957 varres de toile flamande achetées à l'encan à MM. Henry Molliet et Co était en dépôt à la Banque de Louisiane, et qu'en cas de réclamations imprévues, M. J. B. Dupuy était chargé de me représenter, et non la dite dame mon épouse, comme l'affaire hors de sa compétence ; que lon de reconnaître M. J. B. Dupuy, M. Moreau Lislet a demandé une procuration en forme par devant notaire, et qu'au lieu de lui signifier l'assignation et le jugement afin que je puisse avoir recours à l'appel, il me l'a adressé sachant que j'étais absent, afin de pouvoir me faire condamner par défaut, et surprendre la religion du juge, tant dans cette affaire que dans une autre ; si mes parties eussent agi autrement que par surprise, ils auraient reconnu M. Dupuy, ou fait nommer un défendeur pour cause d'absence, mais lorsque je réfléchis que le dit Sieur Moreau Lislet a eu la hardiesse de me proposer à moi-même, en pleine Cour, M. Benjamin Morgan pour arbitre (seul intéressé dans l'affaire des dites toiles dont il est ici question), mon étonnement doit cesser.

Nouvelles Orléans, ce 12 février 1807

Js. Nadau.

"

(165) *Moniteur de la Louisiane*. Mercredi 18 février 1807, n° 694. Dans le *Moniteur* du 21 février 1807, n° 695, Jacques Nadaud commençait ainsi sa réponse à Moreau Lislet : "La réponse du Sieur Moreau au préten- du libelle que j'ai inséré dans le *Moniteur* n° 693 est absolument insi- gnifiante et non justificative ..."

(166) *Session Laws of American States and Territories. Territory of Orleans*, 1804. 1811.

(167) *Gazette de la Louisiane*. Mardi 17 mars 1807.

(168) *Gazette de la Louisiane*. Vendredi 8 mai 1807. *Territorial Papers of the U.S.* op. cit. p. 749 "a register of civil appointments". Le *Moni- teur de la Louisiane*, 16 mai 1808, n° 719.

(169) Le *Moniteur*, 6 mai 1807, n° 716.

Ordonnance relative à la taxe sur les terres et autres immeubles dans la ville et paroisse de la Nouvelle Orléans.

(170) Le *Moniteur*, 13 mai 1807, n° 718.

(171) Le *Moniteur*, 27 mai 1807, n° 722. Le *Moniteur*, 30 mai 1807, n° 723.

(172) Le *Moniteur*, 13 mai 1807, n° 718. Le *Moniteur*, 3 octobre 1807, n° 759. Le *Moniteur*, 7 octobre 1807, n° 760.

(173) *Private papers. J.M. Wisdom Collection [Howard Tilton Special Collections]*. La lettre reproduite ci-dessous illustre très bien le sens du devoir et du respect de la loi qui inspirait Moreau Lislet.

"Nouvelle Orléans, 8 août 1807,

Monsieur le Maire,

Je dois profiter de cette occasion pour vous prier de me dire si la corporation a pris quelques mesures pour la réfection ou réparation des chemins et levées qui regardent la ville de la manière qui est pres- crite aux réglemens. Ces réglemens sont impératifs pour elle comme pour les moindres citoyens de la Paroisse, et elle me mettrait dans un grand embarras si je ne trouvais rien de fait lors des tournées que la loi du territoire m'astreint à faire à des époques fixes. Cette loi m'oblige, sous peine d'une amende de 500 piastres, à condamner à l'amende ceux qui n'auront pas fait leur chemin et levées conformément aux réglemens de la Paroisse, et même à les faire faire à leurs dépens. Je ne vois point d'exception en faveur de la corporation des habitans de la Nouvelle Or- léans, et je crains de me trouver sous le coup d'un devoir très rigoureux à cet égard ...".

(174) James B. Scot. *Outline of the rise and progress of Freemasonry in Louisiana*. New Orleans 1912, p. 6-7.

(175) Territorial Papers of the United States, p. 785.

(176) Moreau Lislet, juge de Paroisse, voir : Le Moniteur, mercredi 26 avril 1809, n° 922 ; samedi 1er juillet 1809, n° 941 ; mercredi 20 décembre 1809, n° 990. Par ailleurs, le 30 mai 1809, Louis Moreau Lislet fut nommé membre d'une commission chargée d'accueillir et d'aider les réfugiés de l'île de Cuba [La Gazette de la Louisiane. Mercredi 6 juin 1809].

(177) Le Moniteur, 22 février 1809, n° 904.

"Nous, les soussignés, membres du jury auquel fut soumis l'affaire Pascal de la Barre C. Lalou de Ferrière et Claude Colon, pour dommages et intérêts, contre les défendeurs, pour avoir infligé un traitement inhumain à un des esclaves noirs du demandeur, certifient que M. Moreau Lislet, conseil du demandeur, n'usa pas dans sa plaidoirie, les mots suivants "quand un homme blanc bat injustement un noir, l'esclave a le droit de répondre à la force par la force...".

(178) Le Moniteur de la Louisiane, samedi 22 avril 1809, n° 921.

"Nécrologie.

Dame Elizabeth Peters, épouse de M. Moreau Lislet, juge de la Paroisse d'Orléans, est décédée en cette ville mercredi 19 courant, dans la 38ème année e son âge. Son convoi simple et décent était suivi d'un nombreux cortège plongé dans la douleur.

Dix-neuf ans d'une union inaltérable marquée par l'exercice de toutes les vertus domestiques l'avaient rendue chère à son époux, des qualités aimables et solides, un coeur excellent et une franchise de caractère qui ne s'est jamais démentie peuvent donner une idée des regrets que sa perte cause à sa famille et à la société."

(179) Notarial Archives. S. de Quinones, notaire, acte du 25 novembre 1809, 11/220.

(180) Le Moniteur de la Louisiane : samedi 13 janvier 1810 ; mercredi 7 février 1810 ; 28 mars 1810 ; 4 août 1810 ; etc... Le Courrier de la Louisiane, 16 juillet 1810, 1er octobre 1810 (le nom de Moreau Lislet y apparaît sous cette forme "L. Moreau **Lillets**" !), etc...

(181) Gazette de la Louisiane, mardi 2 octobre 1810.

(182) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 3 octobre 1810. L'acte du 20 mars 1810, cité après la lettre de Moreau Lislet, stipule :

"Il est décrété par le conseil législatif et la chambre des Représentants du territoire d'Orléans, réunis en Assemblée générale, qu'à compter de la passation de cet acte les assemblées de Paroisse des juges de paix et d'un jury de 12 habitants ... auront seuls le droit d'établir des patrouil-

les et détachements pour la police intérieure du Territoire, et que la dite Assemblée ou la majorité d'icelle sera autorisée à faire tous et tels règlements pour établir des patrouilles chacune dans son district respectif...

Thomas Urquart
W.C.C. Claiborne "

- (183) La Gazette de la Louisiane, vendredi 5 octobre 1810.
- (184) Le Moniteur : mardi 8 janvier 1811, 29 janvier 1811, 23 avril 1811, etc... Dans le Moniteur du 5 mars 1811, le nom de Moreau Lislet apparaît à la fois comme juge de la ville "et comme 'avocat du demandeur' " dans l'affaire John Bordies C. Jean Gravier portée devant la Cour supérieure. Le Moniteur, 30 janvier 1812, 22 septembre 1812, 14 novembre 1812, etc...
- (185) Territorial Papers of the U.S., vol. 9, p. 984.
- (186) Délibération du Conseil en sa séance du 18 mai 1811 (J.M. Wisdom Collection, n° 46).
- (187) Le Moniteur, 18 mai 1811. Les membres de la commission étaient au nombre de trois : R. Dow, Charles Trudeau, Moreau Lislet.
- (188) La Gazette de la Louisiane, samedi soir, 27 juillet 1811.
- (189) La Gazette de la Louisiane, vendredi matin, 15 novembre 1811.
- (190) Le Moniteur, samedi 9 janvier 1813.
- (191) James B. Scot, "Outline of the rise and progress of Freemasonry in Louisiana", New Orleans, 1912, p. 9 et seq.
- (192) Le Moniteur, mardi 8 décembre 1812.
- (193) Lettre du 22 mars 1813, adressée à l'Honorable M. Girod, Maire de la Nouvelle Orléans (J.M. Wisdom Collection, n° 60, Howard Tilton Library).
- (194) Le Moniteur, mardi 20 avril 1813.
- (195) Le Courrier de la Louisiane, vendredi 23 avril 1813. "Projet de souscription pour l'impression d'une traduction française des lois des Sept Parties". Annonce renouvelée dans de très nombreux numéros successifs du Courrier.
- (196) Le Courrier de la Louisiane, vendredi 16 juillet 1813.
- (197) Le Courrier de la Louisiane, samedi 2 juillet 1814.

(198) La Gazette de la Louisiane, jeudi 7 juillet 1814.

"Résultat des élections :

Chambre des Représentans

J. Blaque	662 voix
D. Rouquette	615 "
J. Ro...	536 "
B. Marigny	515 "
J.R. Grymes	162 "
Moreau Lislet	138 "
Ducros	132 "

(199) Trois lettres intéressantes et instructives adressées par Moreau Lislet, avocat de la Corporation, aux membres du Conseil de ville, décrivent quelques-unes des difficultés que leur auteur rencontra dans la défense des intérêts de la ville et aussi dans l'obtention des honoraires et frais qui lui étaient dûs (Lettres du 7 mai, du 6 août et du 27 août 1814. J.M. Wisdom Collection).

(200) La Gazette de la Louisiane, samedi matin, 23 septembre 1815. Le Journal du Sénat rapporte que Moreau Lislet fut membre de plusieurs comités, tels que le comité des élections, de la réforme judiciaire, des projets de lois, ... mais on n'en tire pas l'impression qu'il fit preuve de beaucoup d'initiative [Journal of the Senate. First Session. Third Legislature].

(201) Le Courrier de la Louisiane, lundi 20 janvier 1817. Sous le titre "Journal du Sénat", mardi 17 décembre 1816, on peut lire que Moreau Lislet approuva le projet de loi autorisant le gouverneur de l'Etat à acheter, pour l'usage de l'Etat, 50 exemplaires des décisions de la Cour suprême de l'Etat par François Xavier Martin. Journal of the Senate, first session, third legislature, p. 57. Louis Moreau Lislet devait être remplacé par Bernard Marigny.

(202) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 9 avril 1817.

"Jacques Villeré, gouverneur de l'Etat de Louisiane,
à Jacques Pitot, juge de la Paroisse de la Nouvelle Orléans,

Ayant été officiellement informé de la résignation de M. Louis Moreau Lislet, sénateur à l'Assemblée générale de cet Etat pour le second district sénatorial, dans le comté d'Orléans, il est de mon devoir d'émettre ma proclamation, ordonnant qu'une élection soit convoquée ... pour remplir la vacance occasionnée par la résignation dudit Louis Moreau Lislet.

Le 25^e jour de mars 1817."

(203) Le Courrier de la Louisiane, lundi 5 mai 1817 ; id. vendredi 9 mai 1817. Cour de Paroisse, 26 avril 1817. Présent l'honorable James Pitot.

Toussaint Mossy contre L. Moreau Lislet, Avocat général de l'Etat de la Louisiane.

(204) Le Courrier de la Louisiane, vendredi 3 octobre 1817.

"Avis - Les créanciers de feu M. Henry Boneval Latrobe ... Moreau Lislet Avocat des héritiers absents du défunt."

(205) Le Courrier de la Louisiane, lundi 25 août 1817.

"Avis - Diverses personnes étant encore redevables à la succession de feu Jn Baptiste Thierry... Moreau Lislet, protuteur de la mineure Thierry."

(206) Le Courrier de la Louisiane, vendredi 10 octobre 1817.

"Avis - Le conseil de Ville ayant chargé son avocat de défendre... Moreau Lislet, avocat de la corporation."

(207) Archives du Cabildo. English Documents 1818. Received by Felix Arnaud, Esq. Treasurer of the State of Louisiana ... [l'extrait qui suit est écrit en français de la main de Moreau Lislet] :

"Je pense que M. Arnauld ... au moyen du reçu des autres parts attesté par deux témoins. New Orleans, February 19th, 1818.

Moreau Lislet, procureur général.

(208) Archives du Cabildo - English Documents 1818.

"The State of Louisiana -

The Criminal Court of the City of New Orleans. The Grand jurors for the State fo Louisiana empannelled and sworn in and for the body of the city of New Orleans ... present that Jean Baptiste ... labourer, on the twenty-first of October, 1818, with force and arms ... one pair of shoes of the value of two dollars and one trunk of the value of three dollars ... of the goods and chattels of one Joseph Rhodes ... feloniously dit steal, take and carry away..

L. Moreau Lislet, attorney general."

(209) Le Courrier de la Louisiane, lundi 23 mai 1818.

"Un certain nombre de personnes respectables recommandent pour l'élection prochaine les candidats suivants :

Représentant au Congrès : M. Thomas B. Robertson

Pour l'Etat de la Louisiane,

Sénateur : B. Marigny

Représentants : Messrs L. Moreau Lislet

Macarty "

(210) Gazette de la Louisiane, jeudi 25 juin 1818.

(211) Gazette de la Louisiane, jeudi 9 juillet 1818 ; Courrier de la Louisiane, vendredi 10 juillet 1818.

Journal de la Chambre des Représentants, 4ème législature, 1ère session, 4 janvier 1819 ; 8 mars 1819, 2ème session ; 3 janvier 1820 ; 18 mars 1820.

(212) Le Courrier de la Louisiane - numéros de janvier 1819 ; numéros de janvier 1820.

(213) Le Courrier de la Louisiane, lundi 1er mars 1819. Journal de la Chambre des Représentants. "Sur motion de M. Randall, la Chambre a procédé à la nomination au scrutin d'un Orateur pro tempore : M. Beauvais 24, M. Moreau Lislet 2, M. Caldwell 1."

En janvier déjà, Moreau Lislet avait posé sa candidature au poste d'Orateur de la Chambre et avait été battu par David Ker (23 voix), Moreau Lislet (2 voix) et John Sibley (1 voix). Une seconde élection eut lieu le 23 février 1819 à la suite de la démission de David Ker [Journal de la Chambre des Représentants, 4ème législature, 1ère session, pages 3 et 52].

(214) Au cours de la 2ème session de la quatrième législature, Moreau Lislet fut président du comité des élections et membre du comité judiciaire. Il participa, en outre, à de très nombreux comités ad hoc, créés souvent à la suite de la présentation, par lui-même, d'un projet de loi.

(215) Gazette de la Louisiane, vendredi 17 juin 1820.
Courrier de la Louisiane, vendredi 24 juin 1820.

(216) Gazette de la Louisiane, vendredi 7 juillet 1820.
Courrier de la Louisiane, vendredi 7 juillet 1820.

"Résultat de l'élection dans le premier district du Comté d'Orléans :
Pour la Chambre des Représentants [sur 14 candidats] :

L. Moreau Lislet	481 élu	Duralde	480 élu
Macarty	442 élu	Blanchard	427 élu
Grymes	416 élu	Percy	400 élu
Caraby	373 élu	Andy	321 élu

La 5ème législature tint deux sessions : 1ère session, 20 novembre 1820-17 février 1821 ; 2ème session, 7 janvier 1822-23 mars 1822 [Journal de la Chambre des Représentants].

Journal de la Chambre des Représentants : 5ème législature, 1ère session, le 13 février 1821.

(217) Supplément au Courrier de la Louisiane, lundi 12 mars 1821.

(218) Voir Chapitre 1, page 199.

(219) Le Courrier, lundi 8 février 1819.

Le Courrier, lundi 25 janvier 1819. "Traduction des Partidas en anglais avec le texte espagnol en regard".

(220) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 19 juin 1822.

Communiqué

"Une assemblée nombreuse d'électeurs qui s'est tenue avant-hier dans la cité de Nouvelle Orléans... [recommande] à la prochaine élection :

Représentant pour le Congrès

Edward Livingston

A la législature de l'Etat

Sénateur

L. Moreau Lislet "

La Gazette de la Louisiane, vendredi 21 juin 1822 : même communiqué.

(221) Le Courrier, vendredi 5 juillet 1822.

La Gazette, jeudi 4 juillet 1822.

(222) La Gazette de la Louisiane, mercredi 22 janvier 1823 - extrait de la Gazette d'Orléans 21 janvier.

(223) La Gazette de la Louisiane, samedi 25 janvier 1823 ; vendredi 24 janvier 1823. Journal du Sénat, 6ème législature, 1ère session, 6 janvier - 26 mars ; 2ème session, 5 janvier - 12 avril 1824. Journal du Sénat, 7ème législature, 1ère session, 15 novembre 1824 - 19 février 1825 ; 2ème session, 12 janvier - 25 avril 1826.

(224) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 17 novembre 1824. Journal du Sénat, 7ème législature, 1ère session.

Le Sénateur Thomas présenta une motion pour l'élection de Moreau Lislet en tant que Président pro tem du Sénat. Se souvenant certainement de ses nombreux échecs antérieurs, Moreau Lislet déclina un tel honneur. Malgré ce refus, les élections eurent lieu et Moreau Lislet fut élu Président du Sénat avec 12 voix contre 1 à Thomas. Moreau Lislet remercia le Sénat pour cette marque de confiance et déclara qu'un sens du devoir le contraignait à accepter cette nomination que des sentiments très personnels l'avaient amené à ne pas solliciter.

(225) Voir par exemple : la Gazette de la Louisiane, mercredi 1er février 1826 ; Journal du Sénat (Moreau Lislet, candidat à l'élection à deux comités chargés de s'enquérir des affaires de la banque de la Louisiane et de la banque de l'Etat de la Louisiane).

Le Courrier de la Louisiane, jeudi 23 février 1826 (Moreau Lislet, président rapporteur du comité réuni des deux chambres sur l'affaire de la Banque des Habitans).

(226) Le Courrier de la Louisiane, lundi 10 janvier 1825 - Assemblée générale de l'Etat, Chambre des Représentants : "L'orateur a soumis à la chambre une lettre de Messrs Moreau et Derbigny, les deux juristes chargés de préparer un code de commerce..."

(227) La Gazette de la Louisiane, vendredi 20 janvier 1826.

(228) La Gazette de la Louisiane, mardi 7 février 1826 ; Journal du Sénat.

(229) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 31 mai 1826.

"M. l'éditeur,

Nous vous prions de vouloir bien insérer dans votre feuille le ticket suivant... Nous espérons que ceux que nous désignons seront soutenus par beaucoup d'électeurs :

Pour le Sénat,

M. L. Moreau Lislet. "

La Gazette de la Louisiane, samedi 17 juin 1826.

"Une grande majorité des électeurs dans la paroisse d'Orléans soutiendront le ticket suivant :

Représentant au Congrès : Edward Livingston

Sénateur : Moreau Lislet "

(230) La Gazette de la Louisiane, vendredi 7 juillet 1826.

Le Courrier de la Louisiane, jeudi 6 juillet 1826.

"Voici le résultat de l'élection qui s'est close hier à quatre heures. Les personnes dont les noms sont en grandes capitales sont celles qui ont été les élus du peuple :

Pour le Congrès :

Edward Livingston 597

P.E. Foucher 299 ..

Sénateur d'Etat

Moreau Lislet 684

C.G. de Armas 321

(231) La 8ème législature est divisée en deux sessions : 1ère session, 1er janvier - 24 mars 1827 ; 2ème session, 7 janvier - 25 mars 1828 (Journal du Sénat, 8ème législature).

(232) Journal du Sénat, 8ème législature, 1ère session, p. 13. Au cours de la 1ère session de la 9ème législature, Moreau Lislet présenta un rapport sur son projet de loi, "destinée à remédier aux maux qui pourraient résulter du trop grand afflux d'esclaves dans la ville de la Nouvelle Orléans en provenance d'autres parties des Etats-Unis". Ce projet de loi fut adopté en troisième lecture (Journal du Sénat, 9ème législature, 1ère session, p. 24).

Parmi les nombreux actes passés devant notaire par Moreau Lislet, beaucoup consistent en des ventes et achats d'esclaves [voir annexe n° ___].

(233) Louisiana Revised Statutes, section 1 ; 1 to 5, annex 2, p. XXL. Le Courrier de la Louisiane, 10 avril 1829 :

"Le Digeste -

Le second et dernier volume du Digeste des Actes de la législature devant être publié incessamment, et le soussigné désirant y ajouter un supplément pour les actes d'une nature publique, encore en force, qui peuvent y avoir été omis, prie les personnes qui se seraient aperçu de quelques omissions dans le premier volume qui a déjà paru, de lui en faire part, par un mot d'écrit ...

Moreau Lislet "

(234) Journal du Sénat, 8ème législature, 2ème session, p. 10.

(235) Id. p. 13.

(236) Id. p. 9.

(237) Id. p. 41.

(238) Id. p. 43. Lundi 8 mars 1828 :

M. Goff, du comité nommé relativement au code pénal de M. Livingston, a fait le rapport suivant : "Le Comité chargé de faire un rapport sur l'utilité de prendre en considération le Code pénal de M. Edouard Livingston à la présente session, demande à faire le rapport suivant : qu'ayant trouvé impossible de s'entendre avec le comité de la Chambre des Représentants jusqu'à cette époque, et la session devant bientôt se terminer, votre comité est d'opinion qu'il ne serait pas convenable de prendre en considération cet important ouvrage dont la discussion devra occuper un espace de temps considérable. En conséquence, votre comité est d'opinion que le dit code soit pris en considération au commencement de la session prochaine."

(239) La 9ème législature se divise en deux sessions : 1ère session, 17 novembre 1828 - 7 février 1829 ; 2ème session, 4 janvier - 16 mars 1830 (Journal du Sénat, 9ème législature).

(240) Journal du Sénat, 1ère session, 9ème législature, p. 39 et 40.

(241) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 8 janvier 1823 (id., la Gazette vendredi 10 janvier 1823).

"Avis : Les Soussignés ont transporté leur cabinet en l'étude de M. Hughes Lavergne, notaire public, rue St. Louis, n° 25, entre les rues de Chartres et Royale. Nouvelle Orléans, le 4 janvier 1823. Louis Moreau Lislet. John DuMoulin."

Le Courrier de la Louisiane, jeudi 6 mai 1825 ; mardi 1er novembre 1825. La Gazette, samedi 5 novembre 1825. Le Courrier de la Louisiane, jeudi 25 mai 1826.

"Avis : Messrs. Louis Moreau Lislet et Pierre Ambroise Cuvillier, avocats en cette ville, viennent de former une société pour l'exercice de leur profession. Leur étude est attenant du cabinet de M. Cuvillier, rue St. Pierre, n° 47. Le cabinet de M. Moreau Lislet est toujours rue Condé, près de celle des Ursulines."

La Gazette de la Louisiane, mardi 31 mai 1826 ; jeudi 14, vendredi 15 et mercredi 20 septembre 1826. Le Courrier de la Louisiane, jeudi 21 août 1828 :

"Avis : Le Soussigné a confié à son confrère, M. P. Soulé, avocat résidant à la Nouvelle Orléans et associé avec M. Louis Moreau Lislet, la suite des affaires de son cabinet non encore terminées ; les talens de M. Soulé, les grandes Lumières de M. Moreau Lislet son associé, sont les meilleures garanties qu'on puisse désirer..."

Le Courrier, jeudi 13 novembre 1828 :

"Avis : Messieurs Moreau Lislet et Soulé, avocats, tiennent maintenant un bureau dans la rue de Toulouse, n° 57, entre les rues Chartres et Royale..."

Id. l'Abeille, 29 novembre 1828.

(242) Le Courrier de la Louisiane, samedi 26 novembre 1825. "Aux Anciens Colons de Saint-Domingue : Messieurs Moreau Lislet et Canonge, anciens habitans de St. Domingue et maintenant avocats en cette ville, offrent leurs services aux propriétaires de cette colonie qui auraient droit à l'indemnité qui résulte du traité conclu entre le gouvernement français et celui d'Haïty..."

Le Courrier de la Louisiane, lundi 18 septembre 1826. "Indemnité de Saint-Domingue : M. Moreau Lislet croit devoir donner pour l'instruction de ses compatriotes, les anciens colons de St. Domingue qui résident dans cet état, l'extrait suivant d'une lettre qu'il vient de recevoir de M. De La Grange, avocat aux Conseils du Roi, demeurant à Paris, son beau-frère et correspondant, relativement aux mesures à suivre en exécution des dernières lois et ordonnances concernant l'indemnité..."

(243) La Gazette de la Louisiane, mercredi 17 septembre 1823 : Conseil de ville, séance extraordinaire du lundi 15 courant. Le Courrier de la Louisiane, mardi 14 juin 1825 : Conseil de ville ... Le Courrier de la Louisiane, mardi 23 juin 1829 : Conseil de ville ... Le Courrier de la Louisiane, mardi 28 juillet 1829 : Conseil de ville :

"Sur motion de M. Montreuil, résolu que M. Moreau, avocat de la corporation, est invité à examiner le nouveau code de police fait par

M. Preval ... Résolu que les appointements de M. Moreau Lislet, comme avocat de la corporation sont et demeurent fixés à la somme de 1500 piastres par an, à dater du 1er juillet courant."

(244) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 5 avril 1826. "Le Gouverneur a nommé, avec l'approbation du Sénat, les personnes suivantes, Régens des Ecoles centrales et primaires qui doivent être établies dans la ville et les faubourgs de la Nouvelle Orléans : Messrs. Joseph Roffignac, Joshua Lewis, Moreau Lislet ...".

Id. la Gazette de la Louisiane, jeudi 6 avril 1826.

(245) Masonry in Louisiana. A Sesquicentennial History, 1812-1962, by Glen Lee Greene, p. 83 et seq.

(246) La Gazette de la Louisiane, lundi 18 avril 1825. Mardi 7 juin 1825. A cette date, Moreau Lislet avait occupé les positions suivantes dans la Grande Loge de l'Etat de Louisiane : 1812 à 1817, Député Grand Maître ; 1818, Grand Maître ; 1823, Grand Surveillant.

(247) Le Courrier de la Louisiane, lundi 14 août 1826.

(248) Journal de la Chambre des Représentants, mardi 23 janvier 1827. Le Courrier de la Louisiane, mercredi 24 janvier 1827.

(249) Nouvelles diverses, Bozè, New Orleans, to Henri de Saint-Gême, Saint-Gaudens, Haute Garonne. Henri Saint-Gême papers, The Historic New Orleans Collection, the Kemper and Leila Williams Foundation.

(250) Id.

(251) Le certificat de décès d'Elizabeth Althée Julie Moreau Lislet fut établi en langue anglaise ainsi qu'il suit :

"Elizabeth Althee
Julie Moreau Lislet

Be it remembered that on this day to wit : the 18th of February in the year of our Lord one thousand eight hundred and thirty-one and the fifty fifth of the Independance of the United States of America, before me Vincent Ramos duly commissioned and sworn recorder of births and deaths in and for the parish of Orleans, personally appeared John Baptiste Desdunes junior, of this city, aged about forty one years, and a clerk, who by these present had declared that Elizabeth Althée Julie Moreau Lislet his divorced wife, aged forty years and a half who was born au Cap Français, Island of St. Domingue, died on the seventh February instant in a house situated in Condé Street, between St. Philip's and Ursuline's streets in this city at about six o'clock P.M. She was the lawful daughter of Louis Moreau Lislet Esq. and Anne Elizabeth Philippine De Peters deceased."

(Source : New Orleans Health Department. Death Certificates, by the

Recorder of Births, Marriages and Deaths, New Orleans Public Library, mf FF650, 1819-1855).

Le 5 avril 1831, les biens de la succession d'Elizabeth Julie Desdunes, née Moreau Lislet, étaient vendus à l'encan. Voir le Courrier de la Louisiane, jeudi 17 mars 1831.

(252) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 23 juin 1830 :

"Avis : Louis T. Caire, notaire public, a transporté son étude au n° 60 rue Saint-Louis, au-dessus du bureau des Hypothèques. Messrs. Moreau Lislet et Pierre Soulé, avocats, ont également transporté leur cabinet dans la même maison."

(253) Le Courrier de la Louisiane, mercredi 7 avril 1830 : "M. de St. Romes, Je vous prie de mettre dans votre Gazette l'extrait de quelques phrases d'une lettre que je viens de recevoir de M. Delagrangé en date du 8 février dernier, et ce pour que les personnes qui ont chargé cet avocat de leurs réclamations sur les indemnités de St. Domingue en soient instruites ..."
Moreau Lislet.

Le Courrier de la Louisiane, mercredi 5 octobre 1831 : "Avis : Les personnes suivantes qui ont chargé M. Moreau Lislet de confier à ses correspondants de Paris leurs réclamations pour l'indemnité de St. Domingue sont priées de se transporter chez lui rue de Condé ... ayant quelque chose à leur communiquer ..."
Moreau Lislet.

(254) Le Courrier de la Louisiane, vendredi 2 avril 1830 : "M. De St. Romes ... si c'est comme avocat de la corporation qu'on prétend que j'ai fait cette recommandation, on se trompe entièrement ..."
Moreau Lislet.

Dans une lettre en date de la Nouvelle Orléans, le 6 septembre 1832, et adressée à l'Honorable Edward Livingston, Secrétaire d'Etat, Moreau Lislet écrivait ceci :

"Mon cher Livingston ... Depuis l'envoi que nous vous avons fait du dossier de l'appel dont la corporation vous a chargé près de la Cour suprême des Etats-Unis, notre Maire, l'honorable Denis Prieur, m'avait prié, je ne sais si c'est de votre part, de rédiger par forme de mémoire une espèce de précis des principaux points que Mazureau et moi, avocats de la corporation, avons soutenus par devant la Cour de district des Etats-Unis, à la Nouvelle Orléans ..." (LSU Archives, Baton Rouge).

(255) Le Courrier de la Louisiane, vendredi 17 juin 1831.

"Lycée Jefferson

Pensionnat pour les jeunes Garçons.

Cette maison d'éducation est tenue par M. F.M. Guyol ... En consé-

quence du vif intérêt qu'ils prennent à la prospérité et au succès de cet établissement, les messieurs dont les noms suivent ont bien voulu s'imposer la charge de visiteurs :

Messrs.	Henry Carleton	David Urquhart
	L. Moreau Lislet	Pierre Soulé

(256) Le Courrier de la Louisiane, mardi 20 décembre 1831.

"A une assemblée des membres du barreau de la Nouvelle Orléans, tenue dans le local de la Cour de Paroisse le 19 décembre 1831, M. Moreau Lislet fut appelé au fauteuil et M. Alfred Hennen fut nommé secrétaire ...

Résolu que les résolutions susdites soient publiées ...

Moreau Lislet, Président.

(257) L'Abeille de la Nouvelle Orléans, mardi matin 4 décembre 1832.
Le Courrier de la Louisiane, mardi 4 décembre 1832.

(258) L'acte de décès de Louis Moreau Lislet est rédigé en langue anglaise, comme il suit :

"On this day to wit ; the 19th of December, in the year of our Lord one thousand eight hundred and thirty four and the fifty ninth ... of the independence ... before me Vincent Ramos ... personally appeared John Baptiste Desdune junior, of this city, aged about forty four years, a notary clerk, residing in this city, suburb Marigny, who by these presents, has declared that his father-in-law named Louis Casimir Elizabeth Moreau Lislet, a native of Dondon, north part of the Island of St. Domingo, and born on the seventh of October in the year 1767, died in this city on the 3rd of December in the year 1832, at his home situated in Condé street, between St. Philip and Ursulines streets. The said Moreau Lislet was an attorney at law in his life time and a widower ..."

(Source : New Orleans Health Department, Death certificates, by the Recorder of Births, Marriages and Deaths, New Orleans Public Library, mf, FF 650, 1819-1855).

(259) Le Courrier de la Louisiane, jeudi 6 décembre 1832. L'Abeille de la Nouvelle Orléans, vendredi 7 décembre 1832.

(260) En toute probabilité, l'auteur de ce magnifique éloge funèbre de Moreau Lislet fut Canonge, juriste émigré de Saint-Domingue et ami intime du défunt.

(261) La tombe de Moreau Lislet est dans le cimetière Saint-Louis n° 1.

(262) Voir la copie de l'inventaire, annexe n° _____ .

(263) En février 1831, Moreau Lislet avait vendu le "terrain et les édifices qu'il possédait rue Condé à Edouard Sorbé, pour la somme de 4000 piastres (Notaire L.T. Caire, Acte 150, 25 février 1831. Louisiane, Notarial Archives).

L'INTERET SUSCITE EN FRANCE
PAR LE PROJET DE CODE PENAL
LOUISIANAIS D'EDOUARD LIVINGSTON

Par Jean-Louis MESTRE

*Professeur à l'Université de Droit,
d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille*

Dans sa minutieuse biographie de Louis Casimir Elisabeth Moreau Lislet, M. Levasseur a évoqué le débat auquel donna lieu, en 1821, la nomination, par les deux assemblées de la législature de l'Etat de Louisiane, "de la personne qui devait être chargée de préparer un Code pénal" pour cet Etat (1). A la candidature de Moreau Lislet fut préférée, par trente voix contre dix, celle d'Edouard Livingston.

Ce dernier présentait en effet de nombreux titres susceptibles de lui valoir cette lourde responsabilité. Il s'était formé dans sa jeunesse à l'université de Princeton, puis avait été admis en 1785, à l'âge de vingt et un ans, au barreau de New York. Pendant neuf ans, il avait exercé ses fonctions d'avocat, avant d'être élu maire de la ville et membre de la Chambre des représentants des Etats-Unis. Dans cette enceinte, il s'était fait remarquer par des projets de réformes pénales qui tendaient à l'atténuation des peines infligées aux délinquants. Il était ensuite devenu **attorney général** du district de New-York, avant de s'installer, en 1804, comme avocat à la Nouvelle Orléans. Elu comme représentant par la paroisse de Plaquemine à la Chambre basse de cet Etat, il avait assisté le général Jackson - le futur président des Etats-Unis - comme secrétaire pendant la campagne victorieuse contre les troupes anglaises venues de la Jamaïque pour s'emparer de la Nouvelle Orléans en 1814 (2).

Enfin, en 1820, il avait été choisi pour réviser la loi municipale de la Louisiane (3).

Edouard Livingston prit particulièrement à coeur sa nouvelle tâche, laquelle consistait expressément à *"désigner tous les délits punissables par la loi ; à les définir en termes clairs et précis ; à indiquer la peine applicable à chaque délit ; à établir des règles pour les preuves des jugements ; à organiser le mode de procédure ; enfin, à poser les limites des pouvoirs des autorités administratives et judiciaires"*. Il rédigea un vaste projet, qu'il présenta sous le titre de **"A system of penal law for the state of Louisiana"**. Mais il ne parvint pas à obtenir l'approbation du législateur louisianais en 1828.

Ce projet mort-né n'en suscita pas moins un vif intérêt en Europe. Publié en Grande-Bretagne, où il fut loué par Bentham, il fut étudié à Heidelberg par Mittermaier (4) et à Berlin par le docteur Julius, qui devait ensuite traduire les écrits de Tocqueville et de Beaumont sur le système pénitentiaire américain (5). De Russie, Livingston reçut les encouragements et les éloges du tsar, dans une lettre rendue publique.

En France, l'oeuvre de Livingston fut traduite dès 1825 par Alphonse Taillandier, conseiller à la Cour de Paris, et publiée sous le titre de **"Rapport sur le projet d'un Code pénal, fait à l'assemblée générale de la Louisiane par M. Edouard Livingston"** (6). Une partie de cette oeuvre - le Code des prisons - fut reproduite, trois ans plus tard, par un adversaire ardent de la peine capitale, Charles Lucas, dans son **"Système pénitentiaire en Europe et aux Etats-Unis"** (7). Lors de leur séjour aux Etats-Unis, Tocqueville et de Beaumont tinrent particulièrement à rencontrer *"le célèbre Ed. Livingston, qui s'est fait depuis longtemps connaître par ses ouvrages relatifs aux prisons et à la législation pénale"* (8). Ils y parvinrent et furent même fort bien accueillis : Livingston, *"qui parle le français à merveille"*, les reçut à diverses reprises à son domicile (9). Et dans leur mémoire sur **"Le système pénitentiaire aux Etats-Unis et son application en France"**, Tocqueville et de Beaumont ont cité à maintes reprises les opinions de leur hôte. Enfin, l'oeuvre de Livingston a fait l'objet

d'un commentaire de Faustin Hélie dans la "**Revue étrangère de Législation et d'Economie politique**" (10). A cette date - 1835 - le futur président de chambre à la Cour de cassation et membre de l'Institut venait de s'illustrer en publiant avec Adolphe Chauveau la première édition de sa "**Théorie du Code pénal**" (11). Par la suite, il insèrera à diverses reprises des mentions des propositions de Livingston dans les éditions ultérieures de son oeuvre maîtresse (12).

La profondeur de l'intérêt ainsi témoigné au projet de Livingston tient essentiellement à deux facteurs. D'une part, ce projet attire l'attention par son ampleur et par sa précision. D'autre part, il force l'estime par le caractère humanitaire de son inspiration.

* *
*

Livingston a conçu un système pénal d'ensemble. Il a rédigé cinq Codes "*complets et distincts*", portant, le premier sur les crimes et les peines, le second sur la procédure criminelle ; le troisième traite des preuves, le quatrième du système pénitentiaire. Quant au cinquième, il regroupe les définitions, ce qui en fait une sorte d'appendice aux quatre premiers.

Chacun de ces cinq Codes est rédigé d'une façon extrêmement précise. "*Pour prévenir l'arbitraire*", comme le souligne Faustin Hélie, Livingston a choisi de "*faire descendre ses prévisions jusqu'aux moindres circonstances, de tout régler par la loi*".

Il en est ainsi, au premier chef, en ce qui concerne les incriminations. Tel est le cas en matière de complicité. Alors que le Code pénal français traite uniformément, dans ses articles 59 à 62, les complices d'un crime ou d'un délit, quelque forme qu'ait prise leur intervention, le projet de Code louisianais distingue les "*adhérents avant le fait*" - ceux qui ont participé moralement à l'infraction par leurs instigations, leurs promesses, leurs provocations - et les "*adhérents après le fait*", c'est-à-dire ceux qui ont recueilli le coupable en connaissance de cause ou ont recelé l'objet volé. Seuls, les premiers sont passibles de la même peine que l'auteur principal. Les seconds ne sont passibles

que de peines légères. Ils sont même exempts de tout châtiment s'ils sont apparentés au coupable, ou s'ils se trouvent à son service.

Pour ce qui a trait à la récidive, Livingston écarte la solution du Code pénal français, qui punit d'une peine différente celui qui a commis à deux reprises la même infraction (art. 56). Livingston préfère prolonger la durée de la peine, puisque le fait incriminé n'a pas changé de nature. Mais, en cas de seconde rechute, il prévoit que le délinquant doit être condamné aux travaux forcés à perpétuité, en tant qu'être asocial (**unfit for society**).

Ce souci de précision, de minutie, conduit également Livingston à prévoir une incrimination ignorée du Code de 1810 : l'attentat à la pudeur, sans violence, sur un enfant. L'article 331 du Code ne punissait cet attentat que dans le cas où il était accompagné de violence ou de publicité, et la Cour de cassation avait entendu strictement le terme de "violence", en rejetant l'idée d'une simple violence morale. "C'est", assure Faustin Hélie, *"dans l'arti. 467 du Code de la Louisiane que notre législateur a puisé"* la réforme portée par la loi du 28 avril 1832, condamnant à la réclusion criminelle *"tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de onze ans"*.

Cette minutie reflète bien le pragmatisme de Livingston. Celui-ci refuse de se mêler aux controverses sur le fondement du droit de punir, si vives depuis la seconde moitié du XVIIIe siècle. Il cherche même à minimiser leur portée. En revanche, soucieux de faire *"un Code populaire"*, susceptible d'être aisément compris de ses concitoyens, il tient à préciser la raison de chaque disposition dans le corps même du texte.

* * *

Ce pragmatisme se retrouve évidemment en ce qui concerne la détermination et l'application des peines. Mais, il se conjugue en permanence avec les profonds sentiments humanitaires qui animent Livingston.

Livingston se présente d'abord comme un ardent partisan de l'abolition de la peine de mort. Certes, il ne conteste pas à la société le droit d'ôter la vie à ceux qu'elle a intérêt à retrancher de son sein. Mais, il soutient que ce châtement terrible ne produit généralement pas les effets qu'on attend de lui. Méprisé des criminels eux-mêmes - ce que contestera Faustin Hélie -, il est tragiquement fatal à l'innocent victime d'une erreur judiciaire, et il contribue à dégrader la nature humaine (13) : *"Que demandons-nous ?"*, écrit Livingston. *"Que vous abandonniez une expérience imperturbablement suivie depuis cinq ou six mille ans, modifiée de toutes les manières et sous toutes les formes qu'a pu inventer le génie de la cruauté dans tous les âges, et qui a toujours manqué son effet. Vous avez fait votre essai : il a été accompagné d'une dévastation incalculable de l'espèce humaine, d'une dégradation affligeante de l'entendement humain ; il a été trouvé souvent fatal à l'innocence, fréquemment favorable aux criminels, toujours impuissant pour réprimer le crime. Vous avez à votre gré et sans obstacle poursuivi l'oeuvre de la destruction, toujours témoins de la progression des crimes, et toujours supposant qu'une progression de sévérité était le seul moyen de les réprimer. Mais comment se fait-il que, n'apercevant, malgré tout, nulle relâche dans la répétition, nulle diminution dans le nombre des crimes, il ne vous soit pas venu une seule fois à l'esprit que la douceur pourrait réussir peut-être où avait échoué la sévérité ?"* (14). Pour Livingston, rapportent Tocqueville et de Beaumont, la peine capitale *"est efficacement remplacée par des peines moins rigoureuses qui causent à la société des impressions moins vives, mais plus durables"*.

Ces pénalités consistent d'abord dans l'emprisonnement solitaire (**solitary confinement**) à vie. C'est cette peine, la plus rigoureuse dans l'esprit de Livingston, qui doit se substituer à l'exécution capitale. Viennent ensuite, par ordre décroissant de rigueur, les travaux forcés (**imprisonment at hard labour**) à vie ou à temps, le simple emprisonnement (**simple imprisonment**), la privation perpétuelle ou temporaire des droits civils et les amendes. *"L'avantage de cette échelle"*, soutient

Livingston, *"c'est qu'elle est divisible presque à l'infini ; qu'il n'y a pas de délit, quelque léger qu'il puisse être, qui ne trouve, dans des gradations intermédiaires, une correction proportionnelle, ni de crime si atroce qu'il ne soit efficacement puni par l'accumulation et le concours des divers degrés"*.

Il convient de noter que cette échelle des pénalités ignore le bannissement, même pour des crimes de nature politique. Livingston considère en effet que *"ce mode de châtiment est dangereux, car un factieux trouve souvent au dehors des moyens de nuire plus efficaces et plus redoutables que ceux que lui eût fourni sa patrie"* - opinion qu'approuve Faustin Hélie.

Le système des pénalités de Livingston repose donc essentiellement sur l'emprisonnement, qu'il soit ou non assorti de travaux forcés. On comprend aisément que Livingston ait alors consacré tout un Code au système pénitentiaire, et qu'il soit revenu à de nombreuses reprises sur ce sujet, précisément à l'époque où se développait la célèbre controverse entre le système pennsylvanien et le système auburnien (15). Dans ses interventions, comme dans son projet de Code, Livingston fait toujours preuve de son pragmatisme et de son humanitarisme. *"Son Code des prisons pénitentiaires"*, relève Faustin Hélie, *"est un travail précieux où l'on doit admirer jusqu'aux détails, quelque minutieux qu'ils nous paraissent ; on retrouve à chaque ligne l'empreinte d'un esprit judicieux, prévoyant et véritablement philanthrope"*. Tocqueville et de Beaumont louent de même *"la discipline toute philanthropique de M. Livingston"*.

De cette minutie et de ces préoccupations humanitaires, un bon exemple est fourni par les notations relatives au poids de la chaîne qui entrave les condamnés aux travaux forcés. Si ce poids est fixé par le législateur, *"le faible succombera sous le fardeau que le fort portera sans peine"*. Mais, à l'inverse, *"si ce point est laissé à la discrétion du geôlier, c'est une source intarissable d'extorsions et de tyrannies subalternes"*. Aussi, Livingston estime-t-il, remarquent Tocqueville et de Beaumont, que tout le système repose sur la qualité du directeur et des inspecteurs de la prison. Il leur appar-

tient de donner tous leurs soins à l'amélioration de la moralité des détenus. *"Les prisons agissent sur la moralité des hommes en prison"*, et elles n'agissent que sur eux. *"Sur la moralité des hommes en société"*, ce qui influe, ce sont *"les circonstances politiques."* Tocqueville et de Beaumont approuvent Livingston d'avoir proclamé à diverses reprises *"cette vérité"*.

Pour parvenir à cette amélioration, il convient de ne pas mêler les prévenus aux condamnés ; de séparer les prisonniers, pour qu'ils ne se corrompent pas entre eux ; de leur rendre le travail *"attrayant"* et de le leur rémunérer. A l'encontre des tenants du système auburnien, Livingston affirme qu'il ne croit pas à la possibilité de faire régner un silence absolu lorsque les détenus sont réunis pour travailler ensemble. Il reproche en outre à la prison d'Auburn l'emploi des châtiments corporels. Tocqueville et de Beaumont rapportent la critique de Livingston : *"La question à résoudre est celle de savoir si le fouet est le moyen le plus efficace pour inculquer dans l'âme des condamnés des sentiments religieux et moraux, l'amour du travail et de la science ; et si un homme aimera mieux le travail parce qu'il aura été contraint, par les coups ou par la terreur qu'il en ressent, à faire chaque jour la tâche qui lui a été imposée"*. Ils se rapportent aussi à ce que propose Livingston pour pallier la suppression des châtiments corporels : l'emprisonnement solitaire de jour et de nuit, sans travail, avec une diminution de nourriture. Propositions qui valent à Livingston cette réplique du directeur de la prison d'Auburn : *"Par des motifs d'humanité, afin de soumettre les détenus, on les fera mourir de faim"*.

D'autres propositions de Livingston recueillent une adhésion plus franche de Faustin Hélie, de Tocqueville et de Beaumont, comme le souci de développer l'instruction des délinquants. D'abord, des jeunes délinquants : ceux qui ont entre neuf et quinze ans - et qui ont eu conscience de la gravité de leurs actes - doivent être placés dans une *"école de réforme"*. Et ceux qui ont entre quinze et dix-huit ans peuvent n'être condamnés par les juges qu'à un séjour dans un tel

établissement. Dans les prisons aussi, l'instruction des détenus doit être améliorée. De façon générale, il convient de développer l'instruction de l'ensemble des membres de la société, pour faire diminuer la délinquance. Et peu importe, selon Livingston, que certaines des mesures qu'il préconise coûtent cher à la société. Tocqueville et de Beaumont approuvent son affirmation selon laquelle *"mettre en liberté un voleur qui n'a pas été réformé dans sa prison, c'est frapper sur la société tout entière une contribution dont le montant n'est pas déterminé"*. *"Un système de prisons"*, concluent-ils, *"quelque économique qu'il soit en apparence, devient très cher lorsqu'il ne corrige pas les détenus"*.

* *
* *

De façon plus générale, l'importance attribuée en France aux écrits de Livingston se reflète dans les jugements portés par ceux qui les ont étudiés. Faustin Hélie n'hésite pas à dire que *"le Code de Louisiane est un magnifique monument que M. Edward Livingston a élevé, non seulement à sa patrie, mais à l'humanité toute entière... Plus puissant que Beccaria, qui ne présentait à l'Europe qu'une théorie, (il) lui apporte un Code pratique qui a surpassé toutes les espérances de la théorie elle-même... Il a fait faire un pas immense à la science"*. Alphonse Taillandier affirme que *"d'aussi grands et d'aussi beaux travaux uniront désormais le nom de M. Edouard Livingston à celui des philanthropes qui ont le plus honoré l'humanité par leurs vertus et leurs ouvrages. Placé à côté de ceux d'Howard, de Beccaria, de Bentham, de Laroche-foucauld-Liancourt, ce nom trouvera place dans les écrits destinés à la réforme de l'administration criminelle chez les peuples civilisés"*. Tocqueville et de Beaumont considèrent que ces Codes sont *"des monuments de sagesse et de raison. On y trouve les détails les plus simples mêlés aux principes de la plus haute philosophie"*. Et lors de son voyage triomphal aux Etats-Unis en 1824, Lafayette - lui-même adversaire convaincu de la peine de mort - tint à rendre *"un témoignage public de son admiration pour Livingston"* dans sa réponse à l'adresse du Barreau de la Nouvelle Orléans.

Ces admirateurs français de Livingston se réjouissent des diverses marques d'estime qu'il reçoit dans son propre pays. Ils relèvent avec satisfaction que le Congrès des Etats-Unis lui confie le soin "*d'adapter son système de droit pénal*" au District de Columbia (16), ainsi qu'aux forts, aux arsenaux et aux autres lieux ne relevant que des autorités fédérales. La **Revue étrangère de Législation** se félicite de ce que l'**Evening Post** du 11 mai 1835 ait reproduit l'article de Faustin Hélie sur le projet de Code pénal de Louisiane : "*On nous écrit que cette publication a produit une grande sensation en Amérique, et que les jurisconsultes du nouveau monde ont vu avec un vif intérêt la manière dont on sait apprécier en Europe les travaux de l'honorable M. Livingston*". Une autre fois, la revue signale que le législateur du Guatemala a adopté le Code de la discipline des prisons et qu'il a décidé de donner le nom de Livingston à l'un des ports du pays. En France même, Livingston est honoré par l'Académie des Sciences morales et politiques, qui se l'attache en qualité de membre associé étranger.

A cette époque, d'ailleurs, de 1833 à 1835, Livingston se trouve à Paris, où "*il est accueilli par les hommes les plus distingués, avec toute la prévenance qui s'attache à un nom illustre et à de grands travaux*". Il y séjourne en tant que ministre plénipotentiaire des Etats-Unis, qualité qu'avaient déjà eue deux membres de sa famille : son frère Robert, qui avait participé aux négociations sur la cession de la Louisiane aux Etats-Unis en 1803, et son beau-frère, le général Armstrong, qui avait été ambassadeur sous le premier Empire. Il est en effet chargé par son ami le président Jackson, dont il avait été le secrétaire d'Etat, de faire aboutir une vieille revendication des Etats-Unis : le règlement des dommages causés à la marine américaine au temps des guerres napoléoniennes. Livingston parvient à obtenir du Gouvernement et du Parlement français le vote d'une loi prévoyant le règlement de cinq millions de dollars par la France, en paiements fractionnés (17).

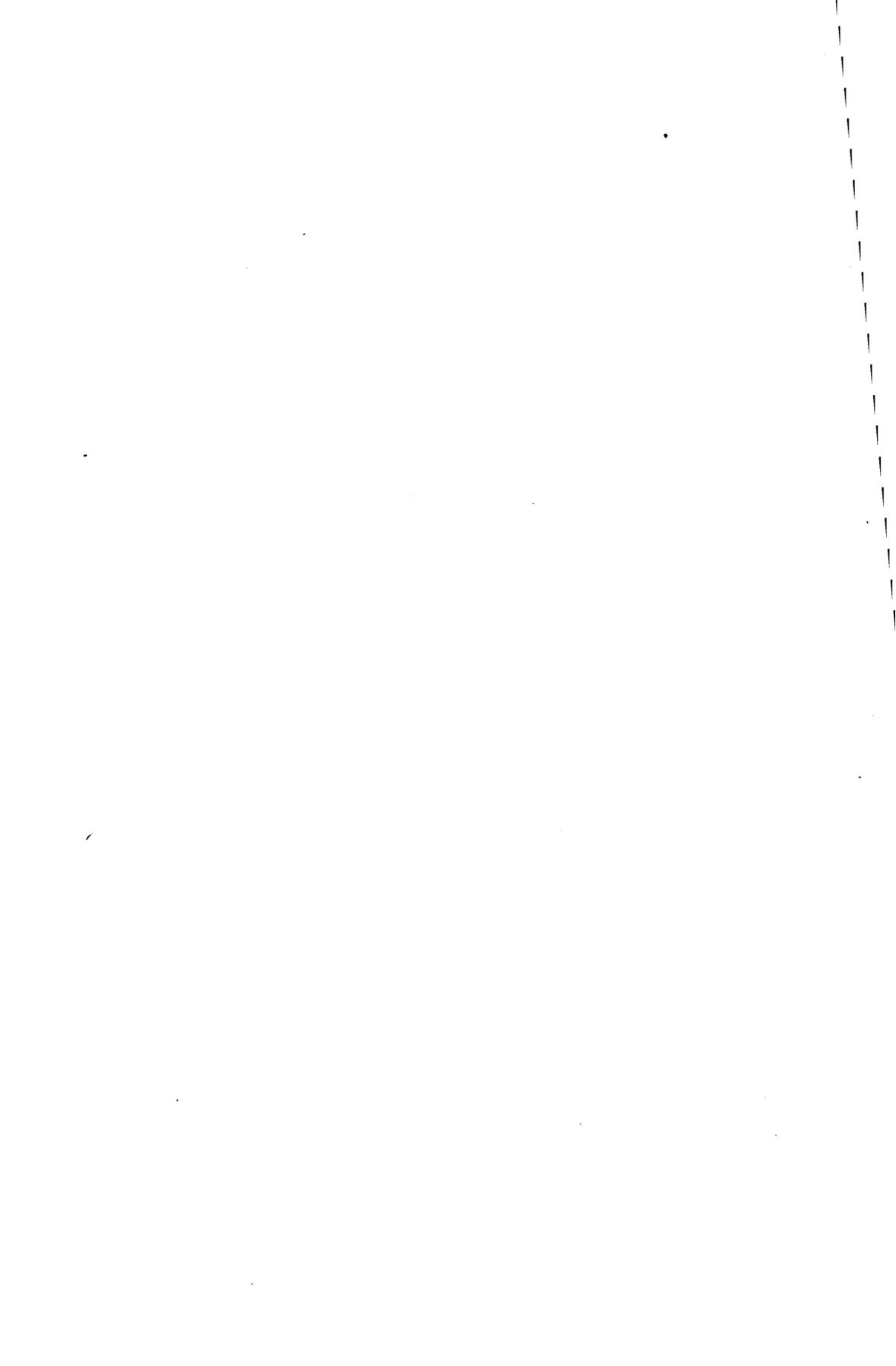
Tel fut le dernier service qu'il rendit à ses compatriotes. De retour aux Etats-Unis, il fut emporté quelques

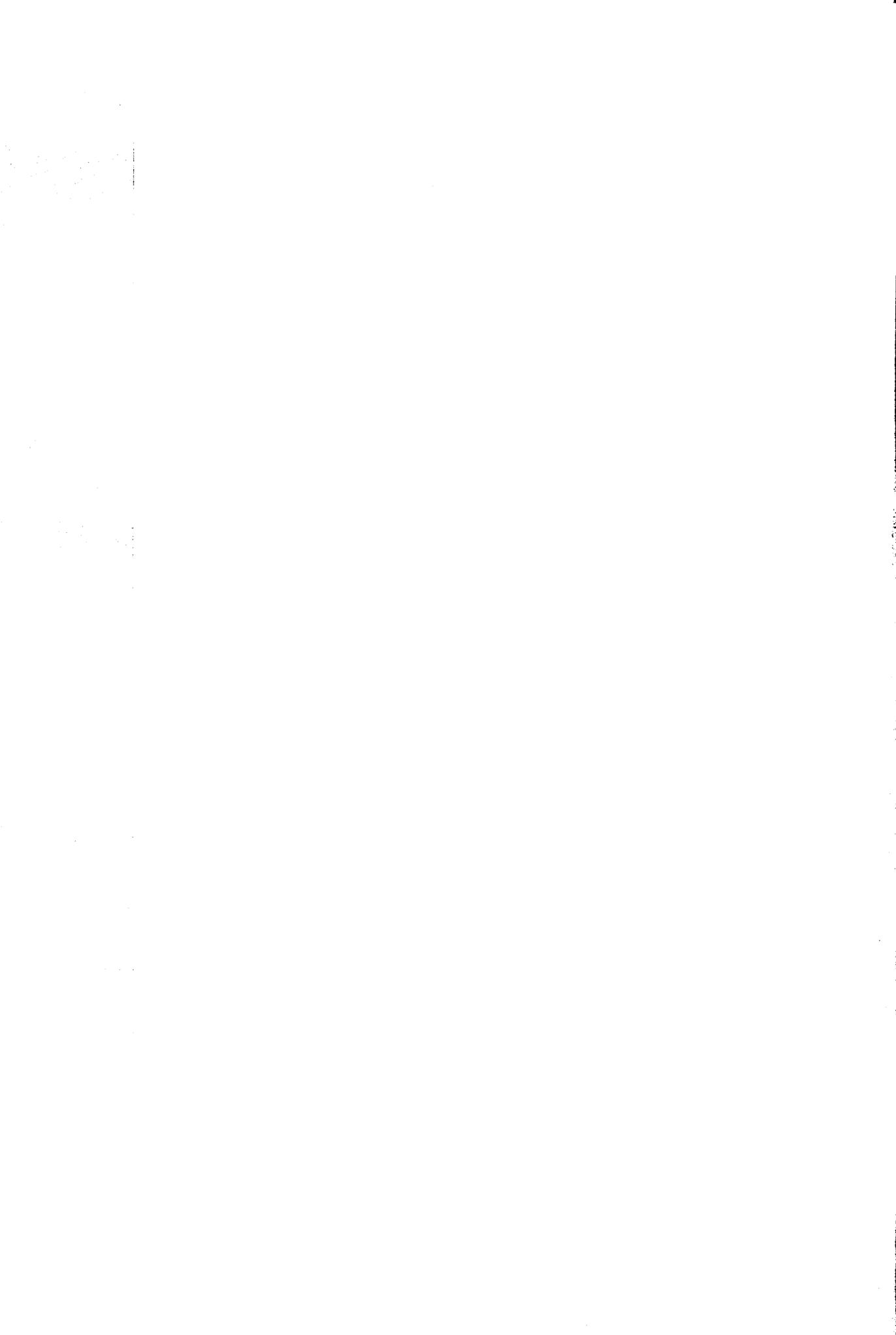
mois plus tard par la maladie. Il reste en tous cas pour les juristes français d'aujourd'hui, selon l'expression de J. Imbert, "*le plus célèbre*" des abolitionnistes américains (18).

NOTES

- (1) Etude publiée *supra*, chap. II, sect. V.
- (2) Sur cette campagne, Russel B. Nye, in Histoire des Etats-Unis, Paris, 1980, *Economica*, pp. 114-115.
- (3) Ses propositions ont été adoptées en 1823.
- (4) Professeur à l'université de cette ville, Mittermaier était considéré comme l'un des plus éminents juristes allemands.
- (5) Les "notes" de Julius seront même ajoutées à la troisième édition française de ces écrits (édition de 1845).
- (6) Paris, 1825, Renouard. A Taillandier fit par la suite une carrière politique sous la Monarchie de Juillet : il fut élu député à plusieurs reprises. En 1837, il consacra une longue notice nécrologique à Livingston dans la Revue étrangère de Législation et d'Economie politique, t. III, pp. 771-778.
- (7) L'année précédente, Charles Lucas avait fait paraître un ouvrage intitulé "Du système pénal et du système répressif en général. De la peine de mort en particulier". Avocat, il sera nommé en 1830 inspecteur général des prisons du royaume et entrera à l'Académie des Sciences morales et politiques en 1836.
- (8) Lettre de Tocqueville à Le Peletier d'Aunay, 7 juin 1831 (Oeuvres complètes, t. IV, Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger, Paris, 1984, Gallimard, vol. II, p. 40).
- (9) *Ibid.*, vol. I, p. 507, n. 5.
- (10) Tome II, 1835, pp. 208-222.
- (11) Paris, 1833, Gobelet. Faustin Hélie était alors avocat et sous-chef du bureau des affaires criminelles au Ministère de la Justice.

- (12) Tout au moins à partir de la quatrième édition, parue en 1861, à l'occasion de laquelle Faustin Hélie refondit seul l'ensemble de l'ouvrage. Les seconde et troisième éditions avaient simplement mis à jour la jurisprudence citée dans l'édition originale.
- (13) Cette idée selon laquelle la peine de mort contribue à dénaturer les humains et conduit à la multiplication des crimes avait déjà été exprimée par Beccaria (Traité des délits et des peines, chap. XVI) et par Mably (Oeuvres complètes, Toulouse-Nîmes, 1793, t. XII, lib. III, chap. IV, p. 309). Voir Jean-Louis Mestre, Les fondements idéologiques de la critique de la Justice, Etudes offertes à Pierre Kayser, Aix, PUAM, 1979, t. II, p. 270.
- (14) Citation reproduite et commentée par Faustin Hélie dans sa Théorie du Code pénal, **op. cit.**, 4e édit., t. 1, pp. 98-100.
- (15) R. Merle et A. Vitu, Traité de Droit criminel, Paris, Cujas, 4e édit., 1981, t. I, pp. 828-829.
- (16) Circonscription de la capitale fédérale, Washington, dont la législation relève exclusivement du Congrès, en vertu de la section 8 de l'article 1er de la constitution du 17 septembre 1787.
- (17) Sur ces négociations, Holman Hamilton, in Histoire des Etats-Unis, **op. cit.**, pp. 167-168.
- (18) La peine de mort, Paris, P.U.F., coll. SUP, 1972, p. 169.



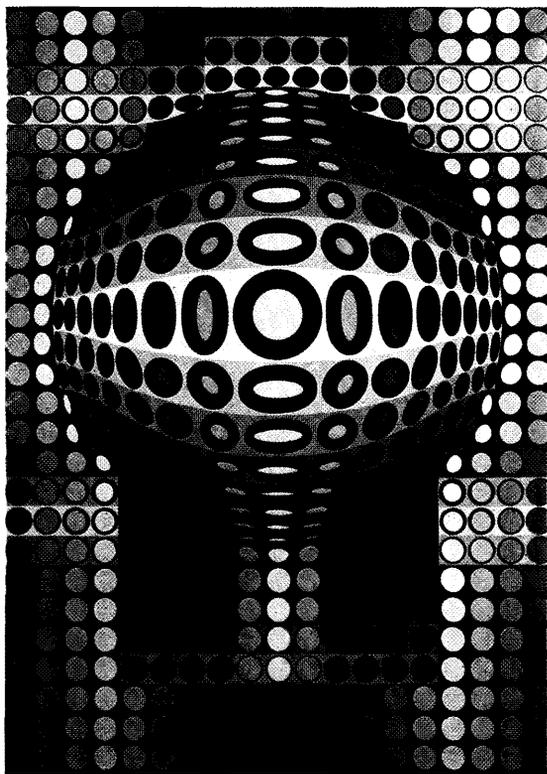


N° ISSN 0249-8731

Couverture : Imprimerie Paul Roubaud - Aix-en-Provence

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



**COLLOQUE INTERNATIONAL DE SÉMIOTIQUE
JURIDIQUE**

Aix-en-Provence, 11 - 13 Mars 1985

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1986 - 2

La Direction de la Revue de la Recherche 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.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF

1986 - 2

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

Abréviation de référence : R. R. J.

COMITÉ 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 à 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. 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 TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	



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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Président	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Président	L. FAVOREU	M. le Professeur	C. MOULY

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1986

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 240 F

Abonnement étranger : 300 F
Numéro (France) : 80 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'UNIVERSITÉ
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE
Sciences Juridiques, Economiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

COLLOQUE INTERNATIONAL DE SÉMIOLOGIE JURIDIQUE

– PRÉSENTATION par Roque CARRIÓN-WAM	7
– EMERGING ISSUES IN LEGAL SEMIOTICS par Bernard S. JACKSON	17
– POUR UNE APPROCHE SÉMIOLOGIQUE ET NARRATIVE DU DROIT par Eric LANDOWSKI	39
– DE LA SPÉCIFICITÉ DE LA SÉMIOLOGIE JURIDIQUE par Roque CARRIÓN-WAM	71
– CONTEMPORARY LEGAL CONSTITUTION OF WOMAN : CATEGORIES, CLASSIFICATION, DICHOTOMY par Paul ROBERTSHAW	77
– TOWARD A GLOBAL PERSPECTIVE ON LEGAL SEMIOTICS par Roberta KEVELSON	95
– LA SÉMIOLOGIE JURIDIQUE par Georges KALINOWSKI	111
– PROJECTIONS JURIDIQUES par Friedrich LACHMAYER	169
– LEGAL TECHNIQUES AND LEGAL TEXTS par Peter GOODRICH	177
– POUR UNE THÉORIE DES IMPÉRATIFS JURIDIQUES, LA CONTRIBUTION DE KARL OLIVECRONA par Enrico PATTARO	189
– L'ÉCOLE DE L'EXEGESE ET LA SCIENCE DU DROIT par Paul DUBOUCHET	209
– LA SCIENCE NORMATIVE ET LE DROIT par Paul DUBOUCHET	229

- ASPECTS SÉMIOTIQUES DANS L'ÉTABLISSEMENT D'UN THESAURUS JURIDIQUE par Ilio CALABRESI - Antonio CAMELLI - Luigi PARENTI	255
- QUAND LES HOMMES POLITIQUES PARLENT DE POLITIQUE : REMARQUES SUR UNE ENQUETE A L'AIDE DE L'ORDINATEUR par Antonio A. MARTINO - Gabriele BIANUCCI	263
- SIGNS OF THE LAW par Anthony BECK	311
- LA SÉMIOLOGIE JURIDIQUE AU BRÉSIL par Lionel SEVERO ROCHA	323
- TROIS TYPES DE REGLES DANS LE DROIT par Georges ROBLES	335
- CONSIDÉRATIONS SUR LA SÉMIOTIQUE JURIDIQUE par Domenico CARZO	357
- LES «MANCHETTES» D'UN COLLOQUE par Pierre GILMAN	365

ACTUALITÉS DOCTRINALES

- J.-L. Bergel, «Théorie générale du droit» (présentation : C. ATIAS)	373
- G. Gas et D. Ferrier, «Traité de droit de la consommation» (présentation : C. ATIAS)	376
- P. Amselek (sous la direction de), «Théorie des actes de langage, éthique et droit» (présentation : C. ATIAS)	378
- A. Sériaux, «Les successions - les libéralités» (présentation : C. ATIAS)	381

INFORMATION

- Bulletin des thèses	385
---------------------------------	-----

COLLOQUE INTERNATIONAL DE SEMIOTIQUE JURIDIQUE

Présentation

Par

Roque CARRIÓN-WAM

*Professeur à la Faculté de Droit
(C.E.L.I.J.S.) de l'Université de Carabobo,
Valencia, Venezuela*

Du 11 au 13 mars 1985, le Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille a accueilli le premier Colloque International de Sémiotique Juridique.

Les initiateurs de ce Colloque, qui allait réunir des participants venus de plusieurs pays d'Europe, mais aussi des Amériques du Nord et du Sud, étaient M. Roque Carrion-Wam, Professeur au "*Centre Latino-americano de Investigaciones Juridicas y Sociales*" de la Faculté de Droit auprès de l'Université de Carabobo (Valencia, Venezuela) et M. Christian Atias, Professeur, Directeur du Centre de Philosophie du Droit de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille.

Le Colloque était placé sous les auspices du Department of Law, Liverpool Polytechnic (Grande-Bretagne) ; de l'Instituto di Sociologia, Faculta di Scienze Politiche, Universita di Messina (Italie) ; de l'Equipe de Linguistique mathématique appliquée à l'informatique juridique, Conseil d'Etat (France) ; du Departamento de Filosofia e Teoria Geral, Faculdade de Direito, Universidade de Sao Paulo (Brésil) ; de l'Instituto per la Documentazione Giuridica del Consiglio Nazionale

delle Recherche (Italie), et du Program for Semiotic Research in Law, Government and Economics, Pennsylvania State University (Etats-Unis d'Amérique).

Avant même l'ouverture du Colloque, et grâce aux bons soins des Professeurs Bernard S. Jackson et Domenico Carzo, avait pu être publié un "*Congress Volume for Aix Colloquium*" (1). Cet ouvrage rassemblait les contributions de divers auteurs, dont l'intérêt et le travail s'étaient portés vers cette nouvelle discipline : la sémiotique juridique.

I. Le présent numéro de la Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif - propose deux types de textes : d'une part, ceux d'auteurs dont d'autres contributions formaient ensemble le "*Congress Volume for Aix Colloquium*"; d'autre part, ceux d'autres auteurs qui avaient été spécialement invités au Colloque.

Dans le premier groupe de textes, on trouvera - dans la plupart des cas - des analyses qui précisent, élargissent et, parfois, renouvellent celles, déjà exposées par leurs auteurs, dans le "*Congress Volume*". Le second groupe représente autant d'apports nouveaux et inédits autour de diverses questions qui concernent la théorie et la méthodologie du langage et de la signification du droit.

L'ordre de présentation des contributions respecte les quatre "*attitudes*" que, dans son texte ("*Emerging Issues in Legal Semiotics*"), le Professeur Bernard S. Jackson croyait pouvoir identifier, à travers divers auteurs mis en présence de la sémiotique juridique : une position structurale "*forte*"; une position structurale "*faible*"; une position analytique "*faible*", et une position analytique "*forte*" (2).

A côté de ces positions caractérisées par une conception formaliste du signifié (de la signification), il est aussi question, dans la tentative de classification de Jackson, d'une position critique (non-formaliste), qu'illustrent les articles de Peter Goodrich et de Sheldon L. Leader.

A l'évidence, le texte de Bernard S. Jackson est un précieux guide, tant pour la lecture du "*Congress*

Volume" que pour celle des contributions aujourd'hui publiées dans la présente Revue. A notre connaissance, ces deux sources - le "*Congress Volume*" et le numéro de cette Revue que nous proposons à ses lecteurs - constituent ensemble la première publication d'importance dans laquelle chacun pourra trouver à en savoir plus au sujet des diverses approches sémiotiques du droit.

II. La contribution d'Eric Landowski illustre une approche sémiotique d'orientation greimasienne, appliquée à la signification. La sémiotique y est regardée comme une théorie générale de la signification. "*Pour une approche sémiotique et narrative du droit*", qui est le titre de l'analyse d'Eric Landowski, développe quelques questions théoriques que celui-ci avait abordées déjà dans son article "*Semiotics in Social Science Research*", paru dans le "*Congress Volume*". Notamment, il met en oeuvre quelques concepts sémiotiques à l'aide desquels il examinera des "*notions*" du droit, dans le cadre (choisi) du droit comparé. La distinction qu'il suggère entre "*sémiotique du droit*" et "*sémiotique juridique*" nous paraît devoir être prise en compte. Il en va de même pour son analyse du concept d' "*acte juridique*". Enfin, ce que l'auteur développe brièvement au sujet de la "*charge de la preuve*" considérée d'un point de vue sémiotique comme une autre forme du "*faire cognitif*", paraît assuré d'ores et déjà d'être "*rentable*" à l'intérieur même de la théorie de la preuve en droit.

La contribution de Roque Carrion-Wam ("*De la spécificité de la sémiotique juridique*") s'applique à préciser l' "*objet*" de la sémiotique juridique, du point de vue de l'analyse sémiotique. L'auteur rappelle que la sémiotique juridique ne saurait être regardée comme une nouvelle théorie de l'interprétation du droit : il s'agit plutôt de décrire un "*faire interprétatif*" déjà accompli dans le processus de production du droit, qui est à l'oeuvre dans les discours juridiques législatif et jurisprudentiel.

Quant à lui, Bernard S. Jackson propose, dans sa contribution, un résumé de son article paru dans le "*Congress Volume*".

Dans son texte ("*Contemporary Legal Constitution of woman : Categories, Classification, Dichotomy*"),

Paul Robertshaw poursuit l'analyse entamée et exposée dans deux de ses textes antérieurs : "*Semantic and Linguistic Aspect of Sex Discrimination Decision. Dichotomised Woman*" (paru dans le *Congress Volume*) et "*Hierarchies of Metaphor in judicial decisions*" (paru dans *Semiotica*, 1985/86). Considérés ensemble, ces trois travaux représentent une évaluation, d'un intérêt incontestable, de la rhétorique des tropes dans le contexte des décisions de justice.

Roberta Kevelson, dans "*Toward a Global Perspective on Legal Semiotics*", expose la théorie et la méthodologie peirciennes avec l'intention de faire apparaître, au départ du concept de "*contrat*" dans ces deux traditions, les points d'intérêt commun qui existent entre les problèmes sémiotiques du droit, dans la tradition du common law et dans celle du droit continental. Sous le titre "*Legal Semiotics*", l'auteur relève quelques questions théoriques importantes que soulève la sémiotique juridique.

La contribution de Georges Kalinowski ("*La sémiotique juridique*") est la présentation de ce que doit être, suivant cet auteur, la nouvelle branche des études du langage du droit. Cette contribution est le texte original (de 1978), en langue française, dont une traduction en espagnol vient de paraître (3).

Nous avons fait suivre ce texte des pages que Georges Kalinowski avait écrites spécialement pour le Colloque. Avec ces deux sources, le lecteur pourra appréhender la sémiotique juridique dont il s'agit ici.

"*Projections juridiques*", titre de la contribution de Friedrich Lachmayer, est la poursuite de son travail exposé dans le "*Congress Volume*" ("*Norm and Interpretative Projection*"). Son auteur se situe sur le terrain de la communication, et sous l'angle spécifique de "*Input-Output Structure*".

Dans "*Legal Technics and Legal Texts*", Peter Goodrich enrichit sa réflexion déjà livrée dans le "*Congress Volume*", sous le titre "*Language, Text and Sign in the History of Legal Doctrine*".

Dirigée contre un certain enseignement "*technique*" du droit, la critique de l'auteur rejoint l'acte même

de fondation de l'ancienne tradition pédagogique : l'autorité des textes légaux, qui est la forme suprême du droit, dans la tradition civiliste mais aussi dans la tradition du common law.

Peter Goodrich insiste sur l'importance de disciplines telles que la sociolinguistique, la rhétorique ou certaines variantes récentes de l'analyse du discours, pour une meilleure compréhension de l'herméneutique légale et de la construction doctrinale de l'interprétation des cas en droit.

III. La contribution d'Enrico Pattaro nous fournit un aperçu de la théorie des impératifs de Karl Olivecrona. Par là-même, l'auteur attire notre attention sur les spécificités d'un courant scandinave en méthodologie et en philosophie du droit.

Ce travail rend compte des différences qui existent entre les "*ordres*" et les "*impératifs*", et décrit le rôle joué par le mécanisme psychologique. Suivant Enrico Pattaro, la théorie austinienne des performatifs et la théorie des impératifs indépendants d'Olivecrona se rencontrent sur un point : ni l'une ni l'autre de ces théories ne "*prévoit*" de "*destinateurs*" : l'une et l'autre se réfèrent à la naissance du droit de devoir et de qualités juridiques, y compris dans le domaine des actes juridiques.

La contribution de Paul Dubouchet nous remettra en mémoire la perspective classique de l'École de l'Exégèse en droit civil, ainsi que les rapports que celle-ci peut entretenir avec nos préoccupations sémiotiques d'aujourd'hui, autour de thèmes tels que : le langage écrit de la loi ; le besoin d'une étude synchronique des institutions juridiques ; l'idée de la constitution d'un corpus. Dans une deuxième partie, l'auteur présente la question de l'objectivation des normes, en discutant la position de Husserl à partir d'une étude de Carlos Cossio, philosophe du droit argentin. Enfin, Paul Dubouchet discute les conceptions de la "*science normative*" et, à cette occasion, rencontre Kelsen et Kalinowski.

L'essor pris par une nouvelle entreprise d'analyse du langage du droit est ici décrit dans la contribution de l' "*équipe*" formée par Calabresi, Cammelli et Parenti, d'une part, et dans celle d'Antonio Martino et Gabriele Bianucci, d'autre part. Cette fois, c'est de l'informatique juridique qu'il s'agit.

Dans "*Aspects sémiotiques dans l'établissement d'un thesaurus juridique*", Ilio Calabresi, Antonio Cammelli et Luigi Parenti expliquent l'utilité d'un travail préliminaire aux analyses des textes juridiques : la caractéristique principale de toutes les informations à traiter est, outre le signe linguistique, l'enrichissement constant du langage technique, et les rapports que celui-ci entretient avec le langage commun. Synonymies et polysémies "*courent*" sous un manteau vague et ambigu.

Un formidable instrument, qui devrait beaucoup aider à la résolution des problèmes que pose un monde complexe comme le nôtre, est le "*thesaurus*". Il s'agit là d'un pas nécessaire à poser, si l'on veut développer des systèmes de documentation automatique.

La contribution d'Antonio A. Martino et de Gabriele Bianucci - "*Quand les hommes politiques parlent de politique : remarques sur une enquête à l'aide de l'ordinateur*" - constitue une analyse lexicale du langage des hommes politiques en Italie. On trouvera là un bon exemple de ce qu'on peut attendre de ce type d'analyse pour arriver à saisir la signification du discours politique dans différents contextes. Au préalable, les auteurs ont posé les conditions auxquelles et dans lesquelles un terme technique et politique peut être identifié comme exprimé dans un discours politique. Ils ont aussi éclairé le champ qu'ils scrutent, en s'efforçant de préciser des concepts tels que "*auditoire*", "*communication*" (d'orientation et d'identité), "*contexte*", etc.

La contribution d'Anthony Beck, sous le titre "*Signs of the Law*", se situe dans la perspective des relations entre le texte légal et les "*bases sociales*". Pour comprendre un "*legal sign*", un point crucial est le "*connection*", qui doit exister entre le signe légal et le contexte social. Pour établir les objectifs d'une

règle, il faudra tenir compte du contexte de situation, dont la caractérisation peut être opérée sur la base de trois composants essentiels :

- a) la conduite humaine, qui est le fondement de l'opération des règles ;
- b) la valeur et les intérêts du peuple, qui est affecté par l'opération de la règle ;
- c) enfin, l'identification des principes et, particulièrement, de ceux qui peuvent être identifiés dans des règles par le truchement de formulations verbales.

Il est aussi question de définir les notions de "*principe*" et de "*règle*". Pour être bref, disons qu'une "*règle*" se compose

- a) du sujet,
- b) d'une situation donnée,
- c) de la relation du sujet avec la situation donnée.

Au contraire, un "*principe*" est un énoncé normatif que n'interpelle aucun sujet.

Pour l'auteur, la sémiotique peut apporter quelque lumière dans cette problématique. En discutant la position de Joseph Raz à propos des relations entre les "*Games rules*" et les "*Legal rules*", et celle de MacCormick (sur l'aspect intérieur du droit, dans la conception du droit de Hart), Anthony Beck conclut que la théorie sémiotique emporte, implicitement, une reconsidération et une critique des questions les plus importantes de la jurisprudence analytique.

Dans "*La Sémiologie au Brésil*", Leonel Severo Rocha rend compte des difficultés auxquelles ont été confrontées, au Brésil, les études et les recherches engagées en sémiotique juridique, à partir des années 70. Les influences de courants aussi divers que la philosophie analytique anglaise, la logique juridique ou la nouvelle rhétorique - reçues et discutées au sein de l'Ecole analytique de Buenos Aires (Argentine) - permettent d'entrevoir de prometteurs épanouissements pour la sémiotique juridique au Brésil.

L'article de M. Gregorio Robles "*Trois types de règles dans le droit*" met en relief la nature émi-

nemment logique-linguistique du droit, dont l'expression plus nette est celle de concevoir les règles du droit comme les règles des jeux. Dans cette perspective le droit peut

- 1) être défini comme composé par l'ensemble de trois règles : les règles ontiques-pratiques créent, par convention, l'**être** juridique, c'est-à-dire ces règles constituent la "*réalité*" juridique elle-même : domaine ontique structuré par les conditions statiques nécessaires : l'espace, le temps, les sujets et les compétences ;
- 2) les règles de procédure (techniques-conventionnelles), élément dynamique que régit et constitue l'action juridique en tant que telle ;
- (3) règles déontiques ou normes qui établissent un devoir.

Les verbes "*être*", "*avoir à*" et "*devoir*" caractérisent ces trois types de règles.

Est à retenir ce type d'approche qui pose, nous semble-t-il, une conception proche de la pratique dogmatique du droit positif. L'analyse sémiotique y trouve, une fois de plus, un terrain fertile pour faire fonctionner ses hypothèses de travail méthodologiques.

L'importante contribution de M. Domenico Carzo, "*Considérations sur la sémiotique juridique : le point de vue sociologique*", apporte encore un autre éclairage. Il ouvre à la sémiotique un avenir particulièrement prometteur. Elle devrait permettre d'abandonner la vision réductrice du phénomène juridique pour le concevoir comme un indice de mesure des conflits sociaux.

Enfin, sous le titre (épris de vitesse) : "*Les manchettes d'un Colloque*", Pierre Gilman relève d'emblée qu'il ne peut y avoir aujourd'hui "*une*" sémiotique juridique, parce qu'il n'y a pas "*une*" sémiotique (tout court). Suivant l'auteur, qui se réfère aux exposés mêmes donnés à entendre au cours de notre Colloque, il y a "*des*" projets scientifiques qui revendiquent comme étant leur objet d'inquiétude le droit, et qui prétendent à la connaissance de celui-ci, et à l'intelligibilité de son objet, par tel ou tel savoir et savoir-faire nouveaux réunis sous l'appellation (qui n'est pas encore contrô-

lée...) de sémiotique juridique.

Notre ambition (empreinte de modestie) : tenir un langage nouveau sur le droit, sur les discours du droit, passe par une sémiotique qui soit "*bien entendue*" entre ceux qui s'en réclament. Effort, donc, d'identification, et maintien d'une certaine "*gourmandise*" pour la sémiotique, si l'on souhaite fonder une sémiotique juridique.

Pierre Gilman nous invite à sortir de l'institution et des discours que nous inclinons, un peu rapidement, à considérer comme étant seuls porteurs de droit. Par exemple, le "*non-droit*", lui aussi, parle du droit et sur le droit.

L'auteur achève par une mise en garde contre les pièges de la mode (les "*fortunes*" d'un mot...) et contre la tentation d'un nouveau prophétisme scientifique.

Voilà annoncé - dans cette préface forcément réductrice - ce que le lecteur (professeur d'université ; chercheur ; juriste actif dans l'institution judiciaire ou en son dehors : administration, entreprise ; ou encore étudiant) pourra trouver dans le présent volume. Des idées, des tâtonnements, des espoirs déjà, autour de la constitution d'une théorie et d'une méthodologie sémiotiques du droit.

A relire tous ces textes, le préfacier s'interroge. Tous ces textes, c'est - comment dire ? - beaucoup et, peut-être, encore peu, à la fois. Dans tous les cas, ils sont là et ils nous aident à poursuivre notre travail.

NOTES

(1) Carzo (D.) et Jackson (B.S.), "Semiotics, Law and Social Sciences", Gangemi Editore/The Liverpool Law Review, Roma, 1985.

(2) Cet ouvrage est, à notre connaissance, le premier qui présente un panorama des recherches actuelles en sémiotique juridique. Nous croyons utile de relever ici quelques-unes des contributions que celui-ci contient : Carrion-Wam (R.), "Semiotica Juridica" ; Landowski (E.), "Semiotics in Social Science Research" ; Kevelson (R.), "Toward a Global Perspective on Legal Semiotics" ; Lachmayer (Fr.), "Norm and Interpretative Projection" ; Arnaud (A.-J.), "Fact as Law" ; Jackson (B.S.), "Hart and Dworkin on Discretion : some Semiotic Perspectives" ; Leader (S.L.), "The Limits of the Internal, Point of View" ; Carzo (D.), "A Model of Legal Communication, Succession" ; Robertshaw (P.), "Semantic and Linguistic Aspect of Sex Discrimination Decision. Dichotomised Woman".

(3) Cette traduction, due à Carrion-Wam (R.) et à Madame Bernard, est parue sous le titre "La semiotica juridica. Para una teoria de la expresion linguistica", dans les Cuadernos de Semiotica Juridica, I, 1985, C.E.L.I.J.S., Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela.

EMERGING ISSUES IN LEGAL SEMIOTICS

By
Bernard S. JACKSON

University of Kent at Canterbury

The volume **Semiotics, Law and Social Science**, edited by Domenico Carzo and myself (1), reflects the variety of approach, and theoretical orientation, which characterises the emergent field of legal semiotics. In this paper, I offer an overview, and seek to highlight some of the principal theoretical issues which distinguish the various approaches.

I would classify the views here represented in terms of (a) a continuum and (b) an opposition. The continuum can be sketched in terms of the following types of position :

(i) a *strong* structural position, as taken by the Greimasian school (here represented in the articles of Landowski and Jackson) ;

(ii) a *weak* structural position (more Lévi-Straussian or Barthesian in its orientation, and here variously represented by Arnaud - or Carrión-Wam's description of his work -, Robertshaw and Carzo) ;

(iii) a *weak* analytical position (derived from Peirce, and here represented by Kevelson) ; and

(iv) a *strong* analytical position (best represented by Kalinowski, as here described by Carrión-Wam, and by Lachmayer).

These approaches may be regarded as points on a single continuum, in so far as they all adopt formalist conceptions of meaning, however varied in their assumptions and methodologies. In apparent opposition to this continuum stands a critique of both legal and linguistic formalism, here represented by Goodrich

and Leader.

Amongst the issues which arise from comparison of these various approaches are the following :

- (a) does law have a specific **denotatum**, such as to suggest that even Kelsen's understanding of the norm as a particular kind of meaning is insufficiently pure (Lachmayer) or does the specificity of law reside purely at the level of the surface semantic investment of general discursive structure (the Greimasian approach) ? ;
- (b) or what purposes, if any, is it useful to adopt a form of semiotic or semantic logic which is premised upon a theory of truth-conditions, and which thus claims a direct relationship to an independent "*real world*" ? ;
- (c) for what purposes, if any, is it useful to regard texts as having some inherent meaning of their own, distinct from interpretations which may be attributed to them, and independent of history and context, except in so far as the latter are incorporated within them ? ;
- (d) what theories of action are presupposed by different semiotic positions ?

These are all vital issues, and we should explore whether the differences which exist on them reflect genuine antinomies of an ontological or epistemological character, or rather different sets of objectives within a broadly comparable theoretical framework. Whatever the answer to this question, we should not neglect important points of convergence, which may serve particularly to give legal semiotics a distinctive place within the general theory of law. Specifically, I would suggest that :

- (e) all forms of legal semiotics do, and should, reject the sufficiency of "*commonsense*" accounts of the legal system and insist that there exist important levels of meaning which cannot be accounted for at the conscious level of ordinary language ; and
- (f) that all these approaches, in their different ways, put into question a basic postulate of much positivist and natural law theorising, that of the unity of a "*legal*

system" (2). Thus stated, legal semiotics indicates a particular form and direction for legal realism. More controversially, the opposition between formalist and non-formalist approaches reflects a divergence on the relationship between semiotic and materialistic methods :

(g) should we adopt a causal model (Leader), wherein semiotic phenomena are viewed simply as one means adopted for the maintenance of power (Goodrich) ; or should we view the materialist approach as itself representing a set of claims, which call for analysis and explanation in semiotic terms ?

I commence with the "*strong*" structural position, represented by the Greimasian school.

Landowski (3) sees as one reason why Greimasian semiotics is still viewed as an "*outsider*" in the general academic world the fact that it seeks on principle to distance itself from what he calls the "*referential alibi*", that which purports to "*explain*" words by things, signifying practices and objects by the socio-historical and psychological conditions of their production. In other words, Greimasian semiotics takes a very strong position on the question of truth. It is entirely sceptical in character. It seeks to describe the truth-claims which the discourse makes, even while denying the coherence of the notion of "*truth*", in so far as it may be applied to the relationship between signifying objects and the things to which they claim to refer. Rather, signifying objects have to be "*read*", and they must be read in the light of that human capacity which makes them signifying. He seems to suggest that the semiotic competence should itself be explained in semiotic terms, that is, in terms of a narrative grammar which includes competence and performance, in the very acts of production and of reading. Indeed, more generally increasing attention has been directed by members of the Greimasian school to the analysis of acts of production and acts of interpretation - in general, the act of enunciation, whether it be to persuade or to interpret - in terms of narrative grammar. This is done, so it appears, primarily through analysis of the same texts whose semantic content has been hither-

to the main focus of investigation. We might therefore pose the following question to Landowski, one which brings together issues (c) and (d), the autonomy of the text and the philosophy of action. When he would have us analyse a text to throw light on the narrative structure of the act of enunciation, does he regard that act of enunciation as existing purely within the text under study, or does he conceive of the text, now, as simply providing the best evidence of the act of enunciation, this latter existing, in principle, outside the text so produced, or anterior to it ?

Let me illustrate this question further by reference to an example in legal discourse which occurs in the article on semiotic analysis of legal discourse, which Greimas and Landowski presented at Urbino in 1970, and republished in 1976 (4). The French company law statute of 1966 (like all "*statutes*") contains an explicit record of an act of enunciation. There is a promulgatory formula : "*le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit*". This can be narrativised, in terms of the institutional assumption of the presidency as a semiotic object capable of generating meanings (his competence), and his statement as a performance of the act of promulgation. Now the inclusion of that statement in the statute is a message which makes certain truth-claims — it claims that there is such a person as the President, and that he did exercise his will in a way recognised by an existing legal system as creating the norms in question. In principle, we may agree with Landowski, the whole thing may be a game ; the truth-claims may be entirely false, but they still have meaning in the text under study and in the assumptions of the people who write and read it. But it still remains to ask Landowski whether his analysis of this "*act of enunciation*" claims no more than to be internal to the discourse, or whether the analysis of the discourse is understood as providing evidence (a sign, dare I say ?) of an actual exercise of human will, which takes place outside that discourse ?

Landowski argues in the final section of his paper that semiotics is better placed than sociological theory to provide a meta-language and grammatical models which will produce a real theory of action. But then

he concedes, this will be a theory of action "*as told*", in all cases as constructed by a semiotically-competent enunciator-subject. So it seems that Landowski would argue that semiotics does **not** claim to grasp the "*lived experience*" of social actors directly. But that, he maintains, is a restriction which necessarily applies to all observation of human action, precisely because it involves observation, and the latter is a semiotic construction. Thus, we may be able to observe the act of enunciation of the legislator as it is told in the discourse of the legislative text. We may also be able to observe the act of enunciation of the legislative text as it is told in a different form of discourse - perhaps, the account given of it by the legislator himself, in interviews, or in the parliamentary record ; we may even have a pictural observation of this act of enunciation, perhaps even in the form of a live television broadcast. Let us suppose that we have all three : a video of the live television uttering of the formula of enunciation ; a written record of that act as it appears in the memoirs of the President ; and the formula as it appears in the legislative text itself. Presumably, Landowski will argue that these are three different discourses, each of which relates the act of enunciation (the action **as told**), and which are related to each other in a form of inter-semioticity, at least in the sense that each one claims that it refers to the same actual event as that to which the others claim to refer. But since this form of semiotics is sceptical regarding truth, and avoids the "*referential alibi*", nothing more can be said beyond this point. The three accounts of the act of promulgation "*as told*" cannot be regarded as mutually corroborating evidence of something which actually occurred in the outside world ?

My own contribution to the volume (5) is more specific, but more limited. I have offered a comparison, drawn from my forthcoming book (6), between the argument of Dworkin against the existence of "*logical spaces*" in the legal system, and the semiotic square, in so far as it appears, at least on some occasions, to diverge from the full logical model, as represented by the hexagon of Blanché (7). The hexagon of Blanché

indicates that binary oppositions logically imply the presence of a third point, conventionally signified as Y, which represents the absence of both elements of the binary pair. But in discourse, this "*middle*" is often found to be excluded. That is why, in actual discourse, contraries often act as if they are contradictories, in the sense that the absence of one implies the presence of the other, and not merely that the presence of one implies the absence of the other. That is the assumption which the semiotic square represents, and it is the claim of Greimasian semiotics that we make considerable use of such structures in actual discourse - despite their divergence from a true logical model. Dworkin, I have suggested, is advancing exactly the same argument against the positivists. Judges do not entertain the notion that the defendant may be **either** liable **or** exempt **or** neither liable nor exempt ; moreover, their reasons for so holding are premised upon the closure rule that the plaintiff (to adopt terminology of Hohfeld) has either a right or a no-right, and that he must have either the one or the other. Now it seems to me that Dworkin has identified an important aspect of **judicial** discourse though one which the comparison with the semiotic square shows to be hardly unique to law (8). Dworkin seems to assume that judicial discourse is either a privileged form of legal discourse, or somehow is representative of legal discourse in general. In making this assumption, he stands in the tradition of mainstream American legal realism, which is sometimes called the "*courts theory*". But none of us, I suspect, would wish to follow Dworkin in making this assumption. Indeed, once we abandon this assumption, we can see how the apparent tension between Dworkin and the positivists on the question of logical spaces can best be resolved. There are forms of legal discourse where the presence of logical spaces is fully accepted. That is the study of legal propositions and their logical implications, including the study of deontic logic. Such a form is quite open to legal doctrine, and we do not uncommonly find legal doctrine taking this form. But legal doctrine is a quite different form of legal discourse from judicial discourse.

I turn now to that range of the continuum which I have termed the "weak" structural position. It is structural in that it remains informed by structural methods conceived in the Saussurian tradition, but without that strong claim to the autonomy of the text which I have associated with the Greimasian approach. The weak structural position may, indeed, seek to interpret the results of structural analysis in sociological terms, thus in terms which are not themselves directly discursive. Indeed, discourse is conceived to stand in a direct relationship with social structures - in the context of law, particularly with power-wielding social structures. In his major review of legal semiotics before the '80s (9), Carrión-Wam has a substantial section on the pre-Critique work of Arnaud (10), which seems to me to place it firmly in this category. Arnaud is not satisfied to pass from "*the apparent meaning of a text*", that which is revealed by the semiotics of communication, to the "*deep structure*" or "*real meaning*", revealed by the semiology of signification. One has to go beyond that, to "*propose a significance*" for the latter. "*It is here that the context intervenes in the form of the study of the socio-economic milieu, the relevant psychological factors, and ideology*".

In his own contribution to this volume (12), Arnaud approaches this problem only indirectly. Rather, he ponders the specificity of law through a critical examination of the concept "*juridicité*" (which he finds unsatisfactory), and argues for an alternative conceptual structure, based upon the notion of "*raison juridique*". Legal reason consists in that set of interrelationships which defines any juridical system, such that disturbance of one element of it necessarily affects the others. But there exist, in society at any time, a variety of juridical systems, not only the "*droit posé*", the official legal system, backed by the coercion of the state, which at the same time remains a "*system*" with its own "*reason*" in the sense that we accord it special status by calling it "*the law*", or "*the positive law*". But equally there exist other legal systems, the law as received by those judged in its terms, the law as practiced by various groups, etc. Each one of these has its own

"system" and "rationality". The relations between these various juridical systems are of considerable interest; they may provide alternative ways of conceptualising the relations between the "legal" and the "social", or even those between "law" and "fact". Such competing juridical systems reflect social conflicts and pressures. Thus, their significance is to be understood in sociological, not purely discursive terms. Moreover, once Arnaud steps from the analysis of texts, whether they be the texts of the "official" legal system or such written texts as may be found to embody the alternative juridical systems to be found in society, one encounters an obvious and significant methodological problem. We need to know what data it is proposed to collect as representing non-official legal systems, to which may be applied anything like the approach Arnaud adopted either to the French civil code or the Aix divorce decisions.

Carrión-Wam's own approach, which he summarises in a major section of his article, entitled "*Proposals for a Semiotics of Legal Discourse*" (14), appears to me to represent a different version of such a "weak structural" approach. Carrión-Wam has been eclectic in his use of the Greimasian approach. He finds it useful in accounting for the surface characteristics of legal discourse, and endorses far more than Arnaud - the Greimasian rejection of the "referent". He sees the legal system as made up of different "languages", each one representable as a discursive system, and each one necessarily penetrated by the ideology of natural language, since each one relies substantially upon the use of such natural language. Ideology thus appears, according to Carrión-Wam, as located **internally** within each discourse, as part of the system of relationships of which that discourse is composed. Like Arnaud, Carrión-Wam appears not to be satisfied with the sufficiency of such a purely structural analysis. He too looks for something more. But whereas Arnaud seeks to integrate his structural method into a more broadly-conceived sociological or historical enterprise, Carrión-Wam appears to me to seek a form of compromise with traditional logic, including those forms of it which endorse truth-conditional semantics. If there is a "deep level" of legal discourse, Carrión-Wam does not conceive of it as

a narrative level, but rather in terms of universal logical categories, including those of deontic logic. For this, he takes Kalinowski as his major source of inspiration, and a major part of his article is devoted to the exposition of Kalinowski's legal semiotics. But Kalinowski has no problem with the "*referent*"; his sympathies are more with the Peircian than the Saussurian tradition. It is not entirely clear to me how Carrión-Wam can synthesise these two traditions. In particular, we might ask whether he has truly excluded the "*referent*", or whether he has transformed it from the sphere of sociological fact to that of logical construct (15).

As a range on the continuum, the "*weak structural*" position is the most strongly represented in **Semiotics, Law and Social Science**. I would classify the contributions of both Robertshaw and Carzo as located within it. But I defer comment on these contributions until later.

I pass now to what I have called the "*weak analytical position*", descended from Peirce, and here represented by Roberta Kevelson (16). Peirce is a provider of semiotic perspectives, rather than semiotic methods. An intimate relationship is presupposed between the world of reality and that of representation. Kevelson denies that the Interpretant is intended to state a truth, but nevertheless it is intended as a representation or interpretation of a referent object. A legal code may best be understood as an iconic mode of sign representation of social relations. As in the case of any interpretation, it reflects the interests and purposes of the interpreter, and his perception of the audience to which the sign is addressed. Hence, the strong link between the Peircian tradition and American legal realism, whose interconnections Kevelson has brought to light. In principle, there may be as many legal codes as there are legal interpreters; each one reconstitutes society in its own image. In so doing, prior legal signs are themselves reconstituted. There may not be just one American Constitution, but many - all, no doubt, claiming a single source of legitimacy, but pragmatically and realistically all distinct. One can very well see the American realist emphasis upon the creative function of the judge in this light.

I do not myself see here any necessary conflict between this approach and that found in the account by Greimas and Landowski of "*la grammaire juridique*" (17). For although the account of the latter emphasises the role of the legislator in **producing** the legal lexicon, and understands the role of the judge as one of **verification** - a model which would seem much more in line with traditional legal positivism (18) - we must not lose sight of the fact that what Greimas and Landowski seek to do is quite simply to describe the message which that particular text conveys. We should not be surprised to find that an official legislative text conveys the message that the legal system works according to the positivist image ; for positivism has long been the dominant ideology of legal officialdom. Moreover, the Greimasian study is of a **legislative** text, whereas the work of the American realists is directed primarily to judicial pronouncements. There is a conventional explanation of this difference in emphasis. The first thing that our students of comparative law are taught is that modern Civil Law legal systems are based upon codes, and that there the role and status of the judges is relatively low, whereas Common Law systems are traditionally based upon precedent, with a consequent heightening of the role and status of the judge. It would be a worthy endeavour, and fully in line with the spirit of Kevelson's proposals for comparative work, that we should compare both legislative and judicial texts from both types of jurisdiction, in order to test whether the claims they make do indeed fall into the pattern which the comparative lawyer supposes.

Such a form of comparison would probably satisfy a Greimasian programme. Whether it would equally meet the problematics of a Peircian semiotics seems to me to be in doubt. For I am tempted to propose the following opposition between these schools as reflecting the burden of their respective orientations : the Greimasian school is interested in what the texts **claim** ; the Peircian in what they **do**. But of course, this is not a true opposition. What a text **claims** is part of what it **does**, if I may be permitted at least

this degree of anthropomorphisation of the text. Again, we come back to the centrality of a philosophy of action, the importance of which Landowski stresses in his paper. Can we be satisfied with the sufficiency of action **as told**, when the telling of that action is itself an action ? Greimasian semiotics now seeks to narrativise the act of enunciation itself. If I am not mistaken, this is not to be confined to the act of enunciation as reflected in the *énoncé* so enunciated itself ; the act of enunciation may form the object of a different narrative "*text*", with its own narrative structure. There is a pressing need for specific methodological proposals which can give us an account not only of particular discourses, but of the way they act in the world. At the conclusion of this paper, I shall describe very briefly a project which is being prepared in Liverpool, which I hope may make a contribution to this endeavour.

I turn now to what I have called the "*strong analytical position*", which I take to be most completely represented by the work of Georges Kalinowski. It is reflected in this volume through a summary in two of the principal sections of Carrión-Wam's article (19). Here, the dominant motifs are truth and logic, not claims and signification. The law consists of a series of different languages, each with its particular forms of logic, in accordance with which truth-claims may be made. There is the logic of norms themselves, independent of the expression of those norms in either legislative or judicial language. This is the place of deontic logic. Unlike many deonticians, Kalinowski does not claim that norms can only be valid or invalid, but asserts that they may be true or false. What is at stake here is no mere semantic quibble, whether to use the term "*true*" or alternatively "*valid*" to describe the results of such rules of logical consistency as exist at this level. Rather, it is a reflection of Kalinowski's ontological view, his answer to the question I have labelled (a) in the third paragraph of this paper. Unlike Kelsen, particularly the later Kelsen (20), Kalinowski identifies the norm with a **proposition that** x is prescribed, prohibited or permitted, etc. If it is a proposition that..., then it may be true or false (21).

Friedrich Lachmayer devotes an article to this general problem (22), and demonstrated far more technically the error of Kelsen's equation of "norm" and "*Deutung*". In so doing he provides a systematic formalisation of the syntactic, semantic and pragmatic aspects of "norms" and "*interpretative projections*" (*Deutungen*) respectively, and considers the way in which they actually interact. For Lachmayer, it emerges, the norm is a message directed by a sender to a receiver (its **pragmatic** aspect) ; it refers to an act, which it prescribes to the addressee (its **semantic** aspect). It is to be noted that in this account of the semantic aspect of the norm, Lachmayer combines what he describes as a "*referent*", the action which the addressee is supposed to take, and the **force** to be attached to that action, namely the prescribing of it. Indeed, Lachmayer holds that the peculiarity of a norm resides in the fact that it can have as its referent only an act (which it prescribes). I take it that Lachmayer implies, as I think Kalinowski would also hold, that the act which is the referent of the norm must be capable, in principle, of activation in the real outside world ; it is thus not a merely interdiscursive semantic content (23). By the **syntactic** aspect of norms, Lachmayer appears to mean their "*membership in an information system*", in conformity with a system of meta-norms. The main difference between Lachmayer and Kalinowski appears to be this, that Kalinowski seems to accord an independent ontological status to the norm, and regards it as itself the referent of other languages of law, legislative, jurisprudential, etc. On the other hand, Lachmayer, if I understand him correctly, does not abstract the norm in this way, but locates it at the empirical level, of prescriptions actually communicated amongst people. Norm-enunciation and interpretation of norms are different semiotic activities, as may be seen through the logical analysis to which he subjects them, but they are not assumed to exist at different ontological levels.

Two of the contributions to the volume adopt or imply a critique of legal semiotics, although expressed in very different terms. Sheldon Leader places a Marxist, materialist view of law in opposition to the emphasis

of Hart upon the centrality of the "*internal point of view*" (24). To Hart, law is a body of rules, and rules are distinct from commands, in that those to whom they are addressed feel under an obligation (rather than feeling merely "*obliged*" or "*coerced*") to follow them. In other words, the rules operate in the minds of the addressees as signs or models as to acceptable forms of action. Thus, the very concept of law implies, for Hart, that people consciously use rules as signs as to their future action. There is, throughout Hart's philosophy, a very strong adherence to liberal individualism ; hence, the emphasis upon the centrality of the decision-making of the individual, regarded as a necessary prerequisite for the imposition of moral responsibility. Historical materialism, of course, views the matter entirely differently. Hart merely describes, in liberal terms, the "*legal consciousness*", an ideological component of the superstructure, which we should view in causal terms, as being the effect of economic determinants. Legal philosophy, Leader argues, has to be concerned with **why** the law is what it is, what causes it to be so, as well as **how** it operates. He puts this in terms of the distinction between interpretation and explanation. Explanation requires reference to particular times and places, the historical dimension ; interpretation operates at the level of more general description of phenomena, as abstract types. Leader is worried that the current vogue of "*interpretative explanation*", giving an account of social phenomena from the inside, from the view of the participant, might come to be counted as an alternative to causal, predictive or "*scientific*" explanation. He argues that these approaches ought not to be viewed as alternatives, nor should either be "*privileged*" to the exclusion of the other. The internal point of view neglects the fact that participants incorporate a view of causal processes into their own interpretation of the activity. Causes become reasons when they are used as justifications from the internal point of view. The participant himself has a role to play in choosing which causes should be viewed as reasons, even though he may have to struggle against a conventional judgment on that matter. He is particularly apt to do this when

"real causes", operating on him at a subconscious level, are raised to the level of his consciousness. Causal explanation should thus be integrated with the internal point of view in that causal explanation ought to be brought to judicial and other consciousness, with a view to liberating the participant from the apparent "*natural necessity*" of that internal point of view. In short, he will thereby be freed from his "*false consciousness*", and be given an opportunity to reconstruct the rules to which he adheres in the light of a more realistic view of their origins and effects. The internal point of view, the legal consciousness, is thus to become the instrument of the transformation of society, rather than an impediment to it.

Leader does not himself put this argument in directly semiotic terms, but it would not be difficult to translate it into the language of semiotics. If we were to do so, we would have to grapple with the following problem. As a purely causal theory, Marxism is referential. Its propositions depend upon a truth-conditional semantics. But legal discourse is intensional; it makes claims, at best, regarding what is true in law. If the external viewpoint, based upon causal hypotheses, is to be integrated into the internal point of view, it can take its place there only as a claim, a hypothesis, a sign. And its status in legal discourse will depend upon an act of incorporation as such. Moreover, the cogency of the causal hypothesis, once integrated into an internal point of view, will not depend upon any question of its "*truth*", but rather on its persuasive ability in the particular context in question. We have here a very nice paradox, since some forms of deep structural analysis of the texts themselves claim to reveal - within the legal discourse itself - the presence of those very same causal factors which for Leader represent the "*external*" point of view. It is this same paradox which was captured by Lévi-Strauss, in commenting on Arnaud's analysis of the French civil code, when he said that "*structural analysis of law can discover there a code which often gives the lie to the Code*" (25). Once again, at the basis of the paradox, there lie competing philosophies of action, or evaluations of the conscious human will. In arguing

that we should integrate causal explanation into the internal point of view, Leader appears to me tacitly to concede the liberal, individualistic philosophy of action which is at the basis of Hart's theory. In short, causal explanation has become causal hypothesis, and can be incorporated into the internal point of view only by way of an act of grace (26).

For Goodrich (27), legal semiotics are subject to a different criticism, that they adopt a "*formalist*" instead of a "*historicist*" model. But I have to confess not to recognise all the features of the picture of legal semiotics which he paints, particularly when he attributes to it a "*claim to a scientific or universal status, (a) claim to the role of objective method*". No doubt, one can pick out quotations from Peirce and Saussure which seek to locate semiotics within the "*sciences*". But does anyone seriously maintain this today, and if so, what is meant by "*science*" and "*objective method*" ? More seriously, Goodrich argues that in attempting to formalise the languages in which various discourses are expressed, semiotics endorses a positivistic philosophy of science, one which somehow reifies the system which analysis reveals, and privileges it above the manifestations of that system as we find them in the historical world. Moreover, in looking first and foremost at legal discourse and legal texts, legal semiotics is accused of renewing the mediaeval exegetical tradition, which treats the text as primary, and of tacitly endorsing traditional legal doctrine, in apparently supporting the authoritative or binding in character of the legal word and the legal text.

I take the view that this is a misunderstanding of legal semiotics ; concentration upon the text represents no more than a methodological choice, understandable in the sense that the legal text is a determinate semiotic object. The choice of the text as the object of study does not thereby endorse the claims of the text to primacy. Goodrich argues that it does endorse such a claim, precisely in accepting the determinacy of the text, rather than on insisting that the text be viewed only in the historical circumstances of its enunciation or of its interpretation. It

is the text in use, not the text itself, which must be studied. Nor can this mean that we simply look at interpretative texts, ones which interpret an earlier text. For that, too, is to assume the determinacy, and thus by implication the primacy, of the interpretative text. The authority of the text does not derive from its status, either its inherent status or that attributed to it by another text. Its status derives from the force attributed to it by people ; it is people, not other texts, which constitute the primary text as a code. But both traditional legal doctrine and semiotic tradition, Goodrich argues, deny this. They attribute an autonomy to the text, a privilege to its verbal formulations, such that objective deductions may be applied to it through both logical and grammatical means. I think this is true, if at all, only of the *"strong analytical position"* which I have described. In this article, Goodrich only sketches the broadest contours of an alternative approach, although elsewhere he has gone further in this direction (28). Instead of merely restating the messages which positivist jurisprudence, and the texts of positive law, propound, merely substituting one meta-language for another, legal semiotics, Goodrich suggests, ought to approach *"the communicational aspects of law to demystify the doctrinal rhetoric and the ritual symbolism of legal education and legal practice. It remains open to legal semiotics not to praise the law but to question it by means of an interdisciplinary and dialogic re-valuation of the role of language, text and sign within legal doctrine and legal communication more generally"* (29). Now it seems to me that this is precisely what some versions of legal semiotics are already seeking to do, particularly those versions located as the *"weak structural"* and *"weak analytical"* ranges of the continuum. How else should one describe the effect of the work of Arnaud ?

The present volume contains two further examples of this, in the articles of Robertshaw and Carzo, both of which I would classify as *"weak structural"*. Robertshaw looks at the judgments in sex discrimination cases in England (30). He analyses, in particular, the

metaphorical elements in the judicial rhetoric. He finds an uncharacteristic predominance of zoological metaphors. I could not conceive of these aspects of the text attracting any attention whatsoever from traditional exegesis. What Robertshaw describes is the use of an unconscious code of values. Similarly, Domenico Carzo analyses the succession rules from the Italian Civil Code in terms of the communicational lines which they establish (31). In both cases, we have a description of the unstated, indirectly communicated values of the text. It may be that Goodrich, like Leader, would wish us to go further, either in deducing from real historical circumstances the causal mechanisms which produce the text, or in substituting some other form of values for that which the text argues. And here, I suppose, he presents a really fundamental challenge : can semiotics, from its own resources, provide the basis of an alternative system of legal values ? If it cannot, should it not be regarded as trivial, by comparison with any approach which can produce such an alternative set of values ?

I myself would want to argue that legal semiotics does have a significant role to play even at the purely descriptive level, and that that role goes far beyond the creation of an alternative meta-language, whose real function is the re-endorsement of traditional values. I believe as I have already indicated, that all forms of legal semiotics endorse two claims which in fact contradict much of positivist orthodoxy. First, they reject the sufficiency of "*commonsense*" accounts of the legal system (Kelsen, of course, is exempt from this characterisation of positivist orthodoxy) ; they insist that there exist important levels of meaning which cannot be accounted for at the conscious level of ordinary language. Second, and perhaps more important, all approaches to legal semiotics question the basic postulate of much positivist and natural law theorising, that of the unity of the "*legal system*". This is as true of Kalinowski, representing the "*strong analytical*" position, as it is of others, at least in so far as Kalinowski sees legal norms, legislation and adjudication as representing different forms of legal language. There is a vast empirical programme waiting

to be tackled, in order to put flesh upon these shared, semiotic perspectives. When that programme is implemented, we will, to my mind, have a real legal realism.

Let me conclude by describing very briefly the contours of a research project which Peter Goodrich and I are preparing in Liverpool, in collaboration with colleagues from the Department of Communication Studies at Liverpool University. It is the kind of study which could, and we think should, be replicated in the context of other national legal systems. We are taking one particular body of law, namely that on equal pay. We can trace the texts which seek to give effect to that law from the most official, the statute itself, through administrative circulars and judicial decisions, to non-official presentations, by trade unions, advisory agencies, employers' organisations, feminist groups, etc., and indeed into the mass media, as there represented both as informational items and in narrative contexts. Each of these texts can be subjected to both content and structural analysis, with a view to comparing the flow of information through the system. At the same time, the users of these texts, both senders and receivers, can be interviewed, in order to establish the actual relations of textual intersemioticity (which texts are used as "*sources*" for which others), the communicational objectives of the participants, and the results on them of the communicational process. As a result of this investigation, one would hope, through analysis of the gains as well as the losses which occur in the communicational line, and through comparison of the messages conveyed at the structural level, to establish how many different legal systems actually exist in this context, how they relate to each other, etc. I believe that this endeavour is directly in line with the theoretical proposals of Arnaud, in the latter part of his article in this volume. What is particularly encouraging is the fact that the proposal includes the use of both the traditional methods of the sociology of communication and those of the structural analysis of texts.

NOTES

- (1) Roma-Reggio C, Gangemi editore and The Liverpool Law Review, 1985. Available from Gangemi : at Via Giulia 95, Roma (IL 40,000) or the Liverpool Review, Liverpool Polytechnic, 98 Mount Pleasant, Liverpool L3 5UZ (£ 19.50). All page references in this article refer to this book, unless otherwise indicated.
- (2) See further my Semiotics and Legal Theory, London, Routledge & Kegan Paul, 1985, ch. 11.
- (3) "Semiotics in Social Science Research", at 69-79.
- (4) "Analyse sémiotique d'un discours juridique", in A.J. Greimas, Sémiotique et Sciences Sociales, Paris, Editions du Seuil, 1976, 79-128, at 88.
- (5) "Hart and Dworkin on discretion : some semiotic perspectives", at 145-167.
- (6) *Supra*, n. 2.
- (7) In some copies the first two formulae at 158-159 have been erroneously printed. They ought to read :
- S (p) Ξ , p
and S (\sim p) \supset p
- (8) I do not wish to push the comparison between Dworkin and Greimas any further than this, because Dworkin has shown no particular interest in the basic questions of semiotic theory ; indeed, he would be most likely, if pushed, to take quite contrary positions to that of the Greimasian school on such questions as the role of truth, the autonomy of texts, and the philosophy of action. But it does seem to me that Dworkin's argument has further, semiotic implications for the study of law.
- (9) "Semiotica Juridica", at 11-67.
- (10) At 43-51.
- (11) A.J. Arnaud, "Autopsie d'un juge. Etude sémiotique de la jurisprudence aixoise en matière de divorce", Archives de Philosophie du Droit XIX (1974), 197-228, at 202.

(12) "Fact as Law", at 129-144.

(13) I have argued in my book, *supra* n. 2, at ch. VI, that the Greimasian approach should be viewed as "positivist" only at the methodological level, in its identification of the object of study. At this level, indeed, it may be thought to represent an extreme version of positivist empiricism : the object of study must be something, like a text, which we can actually lay on the table, put under the microscope, for detailed analysis.

(14) *Supra*, n. 9 at 52-64.

(15) In these remarks, I have perhaps emphasised a difference between Arnaud and Carrion-Wam more than is justified by Carrion-Wam's article in the present book ; I have done so partly in the light of other published work of Carrion-Wam.

(16) "Towards a global perspective on legal semiotics", at 81-93.

(17) *Supra* n. 4, at 87-90.

(18) See further Jackson, *supra* n. 2, at chs. 5-6.

(19) *Supra* n. 9, at 32-43.

(20) See my "Kelsen between formalism and realism", The Liverpool Law Review VII (1) (1985), 79-93.

(21) On the other hand the attribution of normativity to an act of will does not make it "true".

(22) "Norm and interpretative projection", at 121-128.

(23) Kelsen too, incidentally, abides by this restriction. A norm, for him, cannot prescribe something which is either impossible of performance or will necessarily occur (it cannot be a norm either to direct a forty-year-old to die at the age of thirty, or to direct him to die at some - any - age).

(24) "The limits of the internal point of view", at 169-177.

(25) M. Villey, "Préface" to A.J. Arnaud, Essai d'analyse structurale du Code civil français, Paris, L.G.D.J., 1973.

(26) There may, on the other hand, be alternative forms of synthesis, to which semiotics may point the direction. Suppose we regard these causal relationships as natural phenomena, like the rising of the sun or the falling of the rain. We can, at least in some traditions, construct a natural semiotics, despite the absence there of any sender with a communicative intent. Can the theory of historical materialism

be viewed in that light ? If we wish to do so, it seems that at least one important condition must be satisfied. We must be able to identify a **perceptible sign** which can be interpreted in the legal discourse. The rising of the sun, the descent of the rain, are perceptible. But they are not, themselves, causal hypotheses ; they are the empirical phenomena which are the results of causal laws. They are not the laws themselves, nor hypotheses about the laws. Indeed, they are signs which in the history of science have generated a variety of interpretations, causal and non-causal. Recall Kelsen's emphasis, in Society and Nature (1946), on "pre-scientific" theories, like those of some of the early Greeks, which maintain that the sun rose every morning because it was commanded to do so by Zeus. Can we truly say, within the context of historical materialism, that there exist empirical phenomena which **speak for themselves** about the causal relationships in which they are involved ?

(27) "Language, text and sign in the history of legal doctrine", at 95-120.

(28) Particularly in his Edinburgh Ph.D. thesis, "Legal discourse : studies in linguistics, rhetoric and legal analysis".

(29) Supra n. 27, at 120.

(30) "Semantic and linguistic aspects of sex discrimination decisions : dichotomised woman", at 203-227.

(31) "A model of legal communication : succession", at 179-202.

POUR UNE APPROCHE SEMIOTIQUE ET NARRATIVE DU DROIT

Par
Eric LANDOWSKI
Paris, CNRS, 1985

I - OBJET ET OBJECTIFS

1. Cherchant à se placer à un niveau de généralité comparable à celui de la sociologie juridique, de la phénoménologie juridique, ou encore de la philosophie du droit, la sémiotique juridique, discipline naissante, ne peut qu'afficher une grande modestie face à ces devancières. Comme ses aînées cependant - et c'est cela qui l'y rend d'une certaine façon comparable -, elle vise à développer, évidemment selon ses perspectives propres, un principe d'intelligibilité unifié relativement à l'ensemble des aspects que peut revêtir ce qu'on appelle commodément le phénomène juridique. Phénomène éminemment complexe et diversifié comme on le sait, qui, outre les règles du droit positif, englobe tout un éventail de "*faits juridiques*" (générateurs d'effets de droit), d'"*actes*" (créateurs de droits et de "*pratiques*", notamment interprétatives.

En quoi la sémiotique a-t-elle donc particulièrement vocation à tourner son attention vers cet immense domaine ? Telle est la question, en quelque sorte préjudicielle, que l'on est certainement en droit de se poser. Pour y donner une réponse, qu'il soit permis d'apporter tout d'abord quelques indications très générales - nous nous adressons ici, par priorité, au lecteur non sémioticien - sur l'objet et sur les objectifs de cette discipline.

2. Contrairement à une opinion assez répandue, la sémiotique n'a pas pour objet essentiel l'étude des signes : elle vise en fait la construction d'une théorie générale de la signification, et il y a là plus qu'une simple nuance. C'est à la **sémiologie** qu'il revient, en gros, de décrire les systèmes de **signes**, c'est-à-dire l'organisation d'un certain nombre de "*codes*" (code des sourds-muets, code des signaux de la

route, etc.) associant de façon explicitement intentionnelle et parfaitement univoque du moins pour ceux qui ont connaissance de la convention - certaines unités d'une grille préétablie de "*signifiés*" (*passage interdit vs permis vs prescrit*, dans l'exemple de la signalisation routière) à telles unités correspondantes du "*signifiant*" en l'occurrence chromatique : le rouge, l'orange, le vert). Restreintes en ce qui concerne leur nombre, et surtout infimes quant à leur portée du point de vue de la connaissance des faits sociaux, sont malheureusement les pratiques sociales qui se réduisent à ce type de communication par signes atomiques : c'est l'une des raisons du divorce entre sémiologues et sémioticiens.

Si la tâche que s'assigne, pour sa part, la **sémiotique** n'est donc pas de repérer ou de classer des objets-signes, c'est qu'elle s'est fixé un objectif incomparablement plus ambitieux, et surtout, à notre sens, plus mobilisateur dans la mesure où - au moins en tant que projet - il place d'emblée la discipline sur un terrain de rencontre possible avec les autres sciences sociales, dont, bien sûr, celles du droit. L'objet de la sémiotique, disions-nous, c'est la **signification**. Le programme de travail du sémioticien en découle : ce sera de rendre compte (à l'aide de modèles à construire) des conditions de la saisie et de la production du sens, quels que soient les lieux et les formes de sa manifestation. Or le sens est partout, dans nos discours comme dans nos pratiques, dans les objets culturels que nous produisons comme dans les réalités naturelles que nous interprétons. Dès lors, rien de ce qui intéresse les autres sciences sociales et humaines ne peut laisser le sémioticien indifférent - ni les comportements qu'étudie le politologue ou le sociologue, ni les oeuvres chères au théoricien de l'art ou de la littérature, ni les rites analysés par l'anthropologue ou le spécialiste des religions - ni, bien sûr, les discours et les pratiques relevant du droit - puisque les uns et les autres sont tous, à des titres divers, porteurs de sens. Autant l'approche du signe, **stricto sensu**, déterminait, du côté de la sémiologie, une certaine forme d'isolationnisme, autant, on le voit, l'approche de la signification risque inversement, par l'ampleur même de son objet, de faire passer la sémiotique pour une entreprise résolument impérialiste !

L'objectif de la discipline n'est pourtant pas, évidemment, de se substituer à telle ou telle autre : pétition de principe qui ne procède pas, pour le coup, de la modestie ou de quelque forme de prudence, mais qui découle du statut même des disciplines en cause et de leurs objets. Certes, n'ayant pas de territoire empirique circonscrit **a priori** mais s'occupant par principe un peu de "*tout*" comme on vient de le souligner, c'est en empruntant aux autres disciplines certains phénomènes relevant de leur juridiction que le sémioticien se donne, en tant que de besoin, des objets empiriques particuliers à analyser. Mais ce n'est pas dire pour autant qu'il les "*annexe*" ou qu'il s'approprie les territoires correspondants. Du point de vue épistémologique, de telles assignations de propriété n'auraient d'ailleurs aucun sens. Le "*réel*" étant infiniment trop riche pour qu'aucune branche du savoir puisse prétendre en épuiser à elle seule tous les aspects, ce n'est jamais la référence à tel champ ou à telle classe d'**objets empiriques**, considérés comme donnés, qui peut, en toute rigueur, définir une discipline dans sa spécificité, mais seulement la manière propre dont elle en construit la problématique, autrement dit le **point de vue** qu'elle adopte pour constituer ce qui n'est en soi qu'une collection de faits parmi d'autres en **objet de connaissance** possible. Plus particulièrement, face au domaine juridique, entendu comme ensemble de discours, d'institutions et de pratiques sociales concrètes, le "*point de vue*" qui va spécifier l'approche sémiotique (par rapport aux autres approches scientifiques existantes) sera donc celui de la "*signification*" : qu'est-ce à dire au juste qu'interroger le droit sous cet angle ?

3. Il s'agit en premier lieu, nous l'avons dit, de dégager un principe général d'intelligibilité relativement à la sphère juridique - envisagée, pouvons-nous maintenant ajouter, en tant qu'ensemble d'éléments porteurs de signification.

Les juristes le savent, la signification d'un texte de loi, d'un règlement ou d'une circulaire, d'un arrêt ou mêmes des termes d'un contrat est loin d'être toujours claire, immédiate et univoque. D'où le recours, de la part des magistrats comme des praticiens et des auteurs de la doctrine, aux **techniques d'interprétation** du droit, les unes traditionnelles, d'inspiration exégétique, les autres plus modernes, procédant en général d'une visée scientifique plus marquée. Les développements actuels des sciences

du langage ouvrent à cet égard des perspectives très vastes, dont certaines n'ont pas manqué de retenir dès à présent l'attention des juristes. C'est le cas de l'analyse documentaire et de la recherche dans le domaine de l'intelligence artificielle, et c'est aussi, bien qu'à un moindre degré, le cas de la sémiotique en tant que **méthode d'analyse des textes** (1). Nous laisserons cependant de côté cet aspect, car ce n'est pas sur le plan méthodologique que nous voulons présentement nous situer, mais à un niveau de conceptualisation plus globale, visant, encore une fois, l'univers du droit dans son ensemble.

Or, de ce point de vue, notre objet dépasse les limites de l'analyse du seul **texte**, quelles qu'en soient les techniques particulières. Ce qu'on appelle le "**juridique**", ce n'est pas seulement, en effet, un corpus même très vaste - d'expressions linguistiques (le discours de la loi et de la jurisprudence), c'est aussi tout un faisceau d'institutions et d'acteurs, de situations et de décisions, de faits et d'actes "**juridiques**" dont la saisie, en tant que système globalement signifiant, requiert la construction de modèles qui, à l'évidence, ne sauraient être strictement "**textuels**", ou linguistiques.

Un défi de cet ordre, résultant de la complexité, ou même de l'hétérogénéité (au moins apparente) des éléments et des niveaux constitutifs d'un univers de signification déterminé, à organiser et à décrire, ce n'est pas tout à fait la première fois que les sémioticiens se trouvent amenés à devoir le relever, ou en tout cas à s'y essayer. C'est même, dirions-nous volontiers, leur vocation première. Car si la sémiotique, en laissant de côté l'étude du signe, se démarque comme on l'a vu de la sémiologie, c'est aussi, en partie, à l'encontre de la linguistique - dont elle est pourtant la fille - qu'elle spécifie la nature de son objet, la signification. Il ne s'agira pas seulement, en sémiotique, d'en expliciter les conditions de possibilité au niveau de la grammaire de telle ou telle langue particulière, ni même d'une **grammaire générale des langues** naturelles quelconques, ce qui représente l'objet de la linguistique générale : il s'agira en réalité d'essayer de rendre compte de l'émergence du sens dans le cadre de la communication en général, quel qu'en soit le champ d'exercice - social, interindividuel ou même purement "**intérieur**" - et quels qu'en soient les types de supports (linguistique bien sûr, mais aussi plastique, gestuel, spatial, etc.). Un tel objectif appelle une **théorie**

générale du langage, qu'il revient précisément à la sémiotique générale de construire (2).

II - PROBLEMATIQUE

4. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer ce projet dans toutes ses ramifications et nous nous bornerons à en retenir les aspects qui nous paraissent le plus directement utiles à l'élaboration d'une problématique propre au domaine local - encore que très englobant - que nous avons en vue. Parmi ces éléments, c'est la **syntaxe narrative** qui, à notre sens, doit avant tout retenir l'attention : ce choix en faveur d'une modélisation de type syntaxique - plutôt que sémantique - ne sera évidemment pas sans conséquences sur le contenu même et l'orientation ultérieure de ce que nous entendons par "*sémiotique juridique*". Il convient par conséquent de le justifier : faut-il considérer le droit plutôt comme un **dictionnaire** ou - c'est notre option - plutôt comme une **grammaire** ? (3).

Pour écarter un éventuel malentendu, précisons d'abord la portée exacte de la question. Si, conformément à l'usage, on entend par "*grammaire*" (ou syntaxe) un système de règles régissant, pour une langue ou plus généralement pour un langage donné, les types de combinaisons possibles entre les unités (sémantiques) fournies par le "*dictionnaire*" de cette langue ou de ce langage, il est clair que les deux composantes ainsi caractérisées s'interdéfinissent et se présupposent l'une l'autre, en sorte qu'aucun langage (aucun système de signification) ne saurait se concevoir en dehors de leur étroite co-opération. La question que nous posons n'est donc pas relative à la **nature**, syntaxique ou sémantique, du droit en tant que langage - question théoriquement vide de sens puisque les deux dimensions sont par définition indissociables - mais à la **stratégie** qu'il convient d'adopter pour amorcer l'étude de ce langage.

Afin de justifier le choix "*stratégique*" qui est donc le nôtre, nous partirons d'un simple constat que nous tirons, en les simplifiant à l'extrême, des leçons du droit comparé. Ce que nous enseigne cette discipline, c'est avant tout la très grande diversité des systèmes juridiques dans le temps et dans l'espace, chaque culture établissant notamment, selon des voies qui lui sont propres, ses propres critères de distinction entre ce qui, pour elle, relève de

l'ordre juridique au sens strict, et ce qui appartient à tel ou tel ordre normatif distinct, comme par exemple - pour notre culture - les règles de la morale, du savoir-vivre ou de la pratique religieuse. A la limite, on peut même imaginer, dans une perspective anthropologique, une société qui n'isolerait pas du tout le "*phénomène juridique*" en tant que tel, qui, par exemple, n'autonomiserait pas sous la forme d'institutions particulières et spécialisées les fonctions "*légiférantes*" ou "*juridictionnelles*", qui ne comporterait pas de "*professions juridiques*" reconnues, qui n'aurait pas de journal d'"*annonces légales*" faute de textes spécifiquement "*juridiques*" à porter à la connaissance du public - bref une société qui ferait l'économie du "*droit*" en tant que **catégorie sémantique** autonome. Pour autant, cette société, si elle existait, ne pourrait pas, en revanche, faire l'économie d'un minimum de règles, au moins implicites, destinées à organiser les relations - d'échange, de parenté, etc - entre ses membres : le droit fût-il absent du dictionnaire conceptuel d'une telle culture, une certaine présence du juridique n'y serait pas moins nécessairement inscrite au niveau de sa grammaire, c'est-à-dire des **règles syntaxiques** régissant les rapports sociaux.

Tout ceci conduit à une distinction élémentaire qui, si elle n'a rien de bien neuf, n'en constitue pas moins pour nous un point de passage obligé. Nous venons en effet d'établir (ou de retrouver) la distinction entre deux **niveaux** d'existence et d'appréhension possible de ce qu'on peut appeler, en utilisant à dessein un terme relativement neutre, la **norme** : un niveau profond, où l'existence de la norme comme règle relationnelle pure, ou (ce qui revient) au même) comme pure règle de syntaxe, détermine son universalité ; et un niveau plus superficiel, où l'on voit la norme s'investir, pour partie, dans les structures du langage du droit **stricto sensu**, telle société thématissant "*juridiquement*" ce que telle autre rejettera au contraire sur un autre plan en fonction de la diversité des systèmes de catégorisation sémantique propres aux différentes cultures. Bien entendu, l'un et l'autre de ces deux niveaux intéressent le sémioticien, mais il est clair qu'il y a en même temps, entre eux, une différence de statut hiérarchique qui ne peut pas ne pas déterminer certaines priorités heuristiques dans la logique de la construction de la "*sémiotique juridique*".

Dans la mesure où l'on peut admettre que les dispositifs caractéristiques du niveau "*superficiel*" (où la nor-

me se trouve déjà investie dans le réseau sémantique de tel ou tel système de droit positif) ne font que mettre en oeuvre, dans leur ordre propre, les règles d'une syntaxe plus fondamentale (relevant du niveau profond que nous venons de postuler), on admettra aussi que l'analyse sémiotique des dispositifs dits superficiels passe par la construction préalable de modèles plus généraux prenant directement pour objet cette syntaxe fondamentale, indépendamment de ses modes d'investissement particuliers dans telle ou telle manifestation de surface. N'était la vanité des **distinguo** terminologiques trop "*subtils*", on pourrait marquer explicitement cette hiérarchie de niveaux en appliquant de préférence l'expression de "*sémiotique du droit*" (ou des systèmes de droit positif) aux études visant le premier niveau, et en réservant celle de "*sémiotique juridique*" (**lato sensu**) aux recherches relevant du second niveau - étant encore une fois entendu que les premières, relativement locales quant à leur objet, **présupposent** les secondes, seules en mesure de fournir aux études concrètes les modèles théoriques nécessaires à leur élaboration. C'est en ce point que le recours à la syntaxe narrative, précisément comme source de modèles, nous paraît ouvrir une perspective digne d'intérêt.

5. Avançons notre hypothèse de façon abrupte : si "*l'inconscient*", dit-on, est structuré comme un langage, "*le juridique*", lui, en tant que langage, serait structuré comme un **récit**. Evidemment, ce n'est pas en surface que cette formule prétend trouver son application : la législation n'est pas un roman, et loin de nous de supposer que les magistrats nous racontent des histoires ! Elle prend en revanche un sens si l'on a en vue la logique, ou plus exactement pour nous, la grammaire narrative **sous-jacente** au vaste ensemble constitué de discours et de pratiques très diversifiés que nous nous proposons ici de rassembler sous quelque principe d'intelligibilité général et commun.

Or, comme on va pouvoir le constater, la théorie sémiotique du récit, dite aussi, plus abstraitement, théorie de la "*narrativité*", se concentre autour d'un petit nombre de notions fondamentales dont l'énumération, loin de dérouter le juriste par son étrangeté (on dit tellement que la sémiotique est jargonante et ésotérique...), risque plutôt de le rendre perplexe en raison de la singulière ressemblance qui paraît rapprocher les deux terminologies : "*volonté*", "*sujet*", "*man-*

dat", *"objet"*, *"contrat"*, *"délégation"*, *"capacité"*, *"acte"*, *"sanction"* : autant de constructions proprement juridiques qui, parmi d'autres, sont en même temps autant de termes clefs de la grammaire narrative. Nous ne nous prononcerons pas sur la question de savoir si ce sont les sémioticiens qui ont subrepticement pillé certains traités de droit, ou si c'est la nature même du phénomène juridique qui, d'une certaine façon, impose au juriste une modélisation de type *"sémiotique"* avant la lettre - toujours est-il que derrière la proximité lexicale évidente, certaines affinités plus profondes, d'ordre conceptuel, qu'il ne s'agit pas non plus de surévaluer, paraissent effectivement se dessiner entre **problématique du récit et théorie du droit**. C'est ce que va nous permettre de préciser l'examen de quelques-unes des notions ci-dessus mentionnées.

Et tout d'abord la notion d'**acte**, l'une des plus fondamentales en sémiotique comme en droit, et peut-être plus encore dans la première perspective que dans la seconde, dans la mesure où, définie plus abstraitement, elle y revêt par construction une extension plus large. Par rapport à la définition extensive que nous allons introduire dans un instant, l'optique juridique amène à spécifier ladite notion en suspendant son application à la fois à une condition *"rétrospective"* - l'acte juridique présuppose la volonté d'au moins un sujet de droit - et à une condition *"prospective"* : il implique nécessairement certains effets de droit. En revanche, du point de vue plus général que le sémioticien - n'étant pas soumis aux impératifs pratiques qui s'imposent au juriste dans l'optique du **jus edificandi** - peut et se doit de promouvoir, il n'y a aucune raison de lier **a priori** la définition de l'acte à l'apparition de telle ou telle condition particulière relative, par exemple, comme dans le cas présent, au statut du sujet ou à la nature des motivations et des conséquences de son intervention. Aussi bien l'*"acte sémiotique"*, délibérément conçu à un niveau très abstrait, désignera-t-il un **faire** quelconque, c'est-à-dire rien de plus que la pure fonction syntaxique logiquement présupposée par le passage d'un **état** de choses quelconque à un état considéré comme distinct. Bien entendu, à leur tour, ces états *"quelconques"* sont appelés à se traduire, en surface - autrement dit dans les discours et les pratiques observables -, sous la forme d'états déterminés : à côté des critères particuliers à l'aide desquels le *"faire"* syntaxique vient à se spécifier sous forme d'**actes juridiques** relativement diversifiés, on aura donc, parallèlement, à prévoir quelles sont

les déterminations spécifiques qui doivent intervenir pour transformer nos "états" syntaxiques en ce que le droit reconnaît comme des **situations juridiques** particulières.

6. On dira qu'en tout ceci la sémiotique ne découvre rien : elle ne fait en somme que dénommer un peu différemment des choses déjà connues et répertoriées. Cela est vrai mais cela ne constitue pas pour autant, à notre sens, une objection pertinente. Jouer sur les dénominations n'aurait effectivement guère d'intérêt si cette opération se ramenait ici à une pure et simple **substitution terminologique**. Mais on aura compris que ce n'est pas exactement de cela qu'il s'agit dans le cas présent, et que le rapport entre le vocabulaire proposé n'est pas un rapport d'équivalence et de préférence sur un même plan, mais de superposition correspondant à la **hiérarchisation conceptuelle** des niveaux de saisie possibles des phénomènes à décrire. Ce n'est pas un titre de gloire, pour le sémioticien, que d'élaborer des concepts - et, on va le voir sous peu, des modèles - de portée quelquefois plus englobante que ceux que construisent les spécialistes d'autres disciplines pour les besoins immédiats de leur pratique : chacun son métier, ou plutôt, en l'occurrence, chacun son niveau de conceptualisation ! Cela soit dit sans le moindre jugement de valeur car il y aurait beaucoup de sottise, de la part du sémioticien, à prétendre - ce qu'il ne fait pas ! - que son métalangage à lui traduise, entre tous les niveaux, le niveau d'abstraction et de conceptualisation "*ultime*" : on le sait bien, au moins depuis Wittgenstein, tout progrès en ce domaine, comme d'ailleurs en matière de formalisation (encore à peine abordée en sémiotique) reste indéfiniment dépassable, par nature.

Si la conceptualisation proposée n'a donc pas dans l'absolu plus de valeur qu'une autre, il faut du moins qu'on puisse lui reconnaître quelque utilité relative. Or, est-il besoin de le souligner, l'"*utilité*" d'une démarche hypothético-déductive - et la sémiotique est bien de ce type - n'est pas d'abord de découvrir, mais de rendre compte : d'accroître le champ d'intelligibilité par la subsomption des cas particuliers sous un ordre de régularité plus général. Le jour où les théoriciens de la narrativité seront parvenus à élaborer une "*sémiotique juridique*" consistante, c'est-à-dire capable d'assigner à la "*sémiotique du droit*" sa place dans le cadre d'une théorie générale des discours et des pratiques de la norme, ce jour-là, un gain d'intelligibilité du type indiqué aura assurément été enregistré - et la discipline aura alors justifié son existence. Mais nous n'en sommes aujourd'hui qu'aux tout premiers pas.

D'où le caractère problématique - et peut-être même parfois naïf aux yeux du juriste - de ce que nous allons maintenant esquisser en entrant un peu plus avant dans la présentation des **modèles narratifs** envisageables en vue d'une "sémiotisation" du droit.

III - UNE SYNTAXE MODALE

7. C'est de la notion d'acte, et de sa traduction en syntaxe narrative - le "*faire*" - qu'il sera le plus commode de répartir. Qu'il soit accompli en forme de décision (unilatérale) ou de convention (bilatérale ou collective), l'acte juridique, on vient de le relever, est par définition précédé d'une "*volonté*" et suivi d'"*effets*", ceux-ci comme celle-là engageant un ou plusieurs "*sujets*" de droit. Sémiotiquement parlant, un tel dispositif s'analyse comme la mise en jeu d'un **modèle actantiel** et d'une **syntaxe modale** déterminant eux-mêmes, par leur imbrication, les contours généraux d'un **schéma narratif** canonique.

Grâce aux travaux bien connus des logiciens déonticiens, l'une au moins des faces de ce triptyque, celle où va prendre place la problématique de la **modalité**, est déjà familière aux juristes. Toutefois, au risque de paraître souligner à plaisir les distances entre disciplines de toute évidence proches parentes, il convient de marquer ici, à propos de l'interprétation du phénomène modal, une nouvelle bifurcation théorique, cette fois entre l'approche classique développée par la logique et la métalogue - "*appelée aussi sémiotique*" (4) - et notre propre perspective syntaxique et narrative. De façon très sommaire, on peut distinguer les deux approches de la façon suivante. La première, dirons-nous, traite des modalités en tant que **prédicats modaux** (e.g. "*il est obligatoire/défendu/permis que...*") et cherche à définir, dans le cadre interpropositionnel, les règles d'inférence régissant la production et l'enchaînement d'énoncés modaux (et notamment déontiques) bien formés, par exemple du type :

*Si x doit (prescription) faire A,
alors x peut (permission) faire A".*

Selon l'autre approche en revanche, les modalités seront essentiellement considérées comme des **valeurs modales** en circulation dans le cadre de la communication :

le "*savoir*" par exemple, que les sujets se transmettent (ou occultent) à l'aide de leurs discours (ou de toute autre forme de pratique signifiante) ; mais aussi les "*devoirs*" que les uns parviennent ou échouent à imposer aux autres ; les "*pouvoirs*" qui s'accordent ou se refusent entre eux ; ou encore le "*vouloir*" que, jouant de leur savoir-faire (persuasif, séducteur, etc.), les uns font parfois naître chez les autres, et ainsi de suite. Sans du tout méconnaître l'intérêt du calcul logique auquel se prête l'agencement de ces déterminations lorsqu'on les ramène aux prédicats qui servent à les dénommer, la sémiotique narrative construit à leur propos une problématique d'un autre ordre, en partant de l'idée que ces déterminations, en tant que valeurs manipulées par les sujets et circulant entre eux, ont pour premier effet de différencier les positions, les rôles, et plus généralement les **compétences** des acteurs les uns par rapport aux autres, c'est-à-dire de produire par leur ajustement, certaines **configurations intersubjectives** - rapports d'égalité ou de domination, d'attraction ou de répulsion, de coopération ou de rivalité, etc. - qu'il s'agira précisément de décrire et de prévoir. Telles sont, à grands traits, les bases à partir desquelles une théorie sémiotique de l'action est actuellement en train de se constituer (5).

Envisagé selon cette perspective, le propre du droit ne saurait être - contrairement à ce qui se dit souvent, sur la foi des apparences - d'édicter, en forme de Décalogue ou de catalogue, des séries de prescriptions et d'interdictions, mais bien, comme cela se dit d'ailleurs aussi, moins trivialement, de **régler des rapports**. Le droit ne réglemente pas directement le faire des acteurs sociaux, ou du moins ce n'est pas là son principe essentiel ; en revanche, il distribue des valeurs modales, en crée, en déplace, ou simplement, le cas échéant, en reconnaît qui préexistaient à son intervention ; ce faisant, il confère un statut juridique aux régimes de rapports intersubjectifs que commandent les configurations modales ainsi créées ou reconnues. De ce point de vue, deux types de rapports syntaxiques seront à prendre en considération. Leur examen nous mènera, moyennant encore quelques détours, au second volet de la problématique annoncée, le modèle **actantiel**. Mais il nous faut préalablement cerner de plus près certains aspects du dispositif aménagé par la définition même de l'acte juridique.

8. A ce propos, relevons tout d'abord un sujet d'étonnement : il est en effet assez curieux à première vue, pour un non juriste, d'apprendre, au fil de son initiation aux grands principes et aux détails plus particuliers de la théorie, "qu'un acte **unilatéral** ne peut en principe (en droit privé) donner naissance à une obligation (...) ni à la charge d'un tiers, ce qui est évident, ni même à celle de l'**auteur** de l'acte" (6). L'engagement unilatéral de volonté, que le droit exclut ainsi de son champ, est pourtant, comme chacun sait, monnaie courante dans la vie quotidienne de tout sujet, individuel ou même collectif : combien de résolutions et de promesses qui, pour n'être faites qu'envers soi-même, n'en créent pas moins, dans leur ordre propre, d'authentiques "obligations", assorties comme il se doit d'un dispositif gradué de sanctions morales : "satisfaction du devoir accompli", "estime" de soi, etc. Bien sûr, la loi n'a pas pour objet de régenter la "vie intérieure" des sujets mais seulement d'organiser leur vie sociale, autrement dit les rapports transitifs entre personnes physiques ou morales, à l'exclusion de ceux, réflexifs, qui peuvent se nouer de soi-même à soi-même. Le rappeler n'est qu'énoncer un truisme. Pourtant, cela seul apparemment explique que le droit positif laisse systématiquement de côté, comme dans le cas présent, certains actes que la **théorie juridique** en tant que telle - comme construction intellectuelle et plus particulièrement comme **théorie de la relation** - permet directement et pleinement de prévoir.

Il se pourrait bien, dans ces conditions, que l'étude systématique et approfondie des restrictions syntaxiques du type ici relevé représente l'une des pistes de recherche les plus prometteuses en vue d'une caractérisation typologique du langage du droit, de préférence en tout cas à une problématique exclusivement sémantique de la "juridicité". Mais, pour en revenir à notre propos immédiat, on va voir que le dispositif actantiel vers lequel nous nous acheminons est déjà en réalité virtuellement inclus dans le cas un peu marginal sur lequel on vient d'attirer l'attention.

9. Reconnu plus haut comme une spécification de la fonction dite "faire" - qui par définition a pour conséquence de transformer des "états" -, l'acte juridique en reproduit la structure formelle tout en ayant, quant à lui, pour effet particulier de transformer des "situations juridiques". Les **transformations d'états** auxquelles il a été ainsi fait allusion s'analysent, il convient maintenant de le préciser, comme

des opérations élémentaires de **conjonction** ou de **disjonction** entre des sujets et des valeurs : valeurs les unes objectives - en gros l'équivalent de ce qu'on appelle en droit les "*droits corporels*" -, les autres modales, notamment de l'ordre du pouvoir-faire et du devoir-faire, c'est-à-dire l'équivalent assez exact de ces "*biens incorporels*" que représentent, techniquement parlant, les "*droits*", positifs et négatifs, des sujets. La conjonction de l'une ou l'autre de ces valeurs ou de ces "*biens*" avec un sujet déterminé peut théoriquement résulter soit de l'attribution qui lui en a été faite transitivement par autrui, soit d'un acte réfléchi d'appropriation : de même, l'état consistant à en être privé ("*disjoint*") découlera tantôt du faire transitif d'un autre sujet (dépossession par autrui), tantôt d'un acte réfléchi (de renonciation). Si l'on appelle "*vol*" la corrélation appropriation-dépossession, et "*don*" celle du type renonciation attribution, le "*contrat*" s'analysera alors comme un don réciproque, impliquant la circulation croisée de deux objets distincts, mais considérés comme de même "*valeur*" (7).

S'il est clair que le droit n'exploite pas systématiquement toutes ces virtualités de la relation actantielle Sujet-Objet (puisque certaines d'entre elles, on l'a noté, ne sont pas pertinentes par rapport à ses fins), en revanche nous croyons pouvoir affirmer que toutes celles qu'il actualise sous la forme d'actes juridiques effectivement répertoriés et codifiés sont bien, elles, interprétables dans les termes du présent modèle. Il en est ainsi, entre autres, des "*décisions*" unilatérales connues en droit public, typiquement analysables comme des **attributions** transitives de valeurs modales (de l'ordre du pouvoir-faire : ce seront les "*prérogatives*" découlant par exemple de la collation d'un grade ou de l'obtention d'un permis de construire, et/ou de l'ordre du devoir-faire : les "*sujétions*" liées à une concession de service public), mais aussi, le cas échéant, comme de véritables **appropriations**, sur le mode réflexif, opérées au profit de la puissance publique et concernant la circulation de valeurs objectives, plutôt que modales (les "*réquisitions*", l'*expropriation*" pour cause d'utilité publique) ; de même des "*conventions*", déjà évoquées comme formes du **don réciproque** ; ou encore d'actes plus particuliers tels que les actes "*abdicatifs*" du droit privé, qui se laissent à l'évidence décrire comme **privations**, objectives là aussi (plutôt que modales), opérées sur le mode réflexif : etc.

Ces quelques aperçus, donnés ici à titre indicatif et sous réserve d'analyses détaillées qui resteront à faire ailleurs, vont en tout cas nous permettre maintenant de compléter, en meilleure connaissance de cause, l'inventaire des rapports inter-actantiels mis en jeu par l'acte de droit, et d'en mesurer la portée relative au regard de la compréhension du "*juridique*" en tant que tel.

IV - ACTANTS ET ACTEURS

10. De façon métaphorique, on peut dire que si le droit a pour fonction de régler des rapports intersubjectifs "*horizontaux*" qui, d'une certaine manière, lui préexistent, il a pour principe d'en **créer** - pour cela même - de "*verticaux*", qui, n'existant pour leur part qu'en tant qu'objets juridiques construits, représentent à proprement parler le lieu même d'une production spécifique de signification par le droit.

Nul sans doute ne contestera qu'avant d'être prise pour objet de la règle de droit, la circulation de biens et de valeurs constitue en elle-même un fait anthropologique premier, obéissant à ses propres **lois** : lois économiques s'il s'agit de l'échange des richesses, lois sociologiques organisant l'échange des femmes, lois linguistiques régissant l'échange des messages, pour reprendre une tripartition devenue célèbre (8). A quoi l'on pourrait ajouter les lois de la circulation du "*pouvoir*", objet de la sociologie politique ; ou celles, objet de la psychologie scientifique, qui visent à exprimer (entre autres) les conditions de la transmission des valeurs modales du "*vouloir*" et du "*devoir*" dans le cadre de la communication interindividuelle (9) ; ou encore celles, objet traditionnel de la rhétorique, tendant à rendre compte de la circulation du "*savoir*" et du "*croire*" ; etc. Contrairement à l'ensemble de ces "*lois*" qui - dans la mesure où la démarche scientifique parvient tant bien que mal à les dégager - explicitent des régularités immanentes à la circulation des valeurs (objectives ou modales) et, par suite, aux comportements sociaux qui en découlent, la "*loi*", au sens de **règle** de droit, procède d'une attitude transcendentale dont la visée n'est plus de rendre compte, en termes aléthiques, de déterminismes inhérents aux flux et aux comportements considérés, mais de conférer à ces phénomènes nécessaires un sens (10), en l'occurrence formulé en termes déontiques. Ainsi par exemple, telle transaction économiquement possible entre commerçants sera qualifiée, juridiquement, comme "*permise*", telle autre, sémantiquement

distincte (par exemple en fonction de la nature de l'objet mis en circulation), comme "*interdite*" ; tel transfert de pouvoir politiquement nécessaire entre classes (si la chose existe), comme légalement "*non prescrit*", et ainsi de suite, la totalité des actes sociaux effectuables ou effectués ayant, de proche en proche, vocation à se trouver de cette façon pris en charge et investis de sens par la "*rationalité juridique*", c'est-à-dire par le discours d'un "*autre sujet*", c'est celui du Droit en l'occurrence.

Il n'est guère difficile de traduire ces considérations, encore largement intuitives, en termes de rapports actantiels, et de leur donner ainsi l'assise théorique qui leur fait jusqu'à présent défaut. Pour ce faire, il suffira de répondre à cette question apparemment naïve : jusqu'à quel point les acteurs impliqués dans les configurations inventoriées sont-ils **maîtres de leurs actes** ? Sur un premier plan, les parties prenantes à l'acte juridique apparaissent comme des acteurs **autonomes**, souverains d'eux-mêmes et de leurs interactions en ce sens que - sous réserve des contraintes extra-juridiques susceptibles de réduire leur latitude d'action, par exemple dans le jeu des rapports d'"*intérêts*" économiques, des rapports de "*forces*" politiques ou des rapports de "*prestige*" social, etc. - il n'appartient qu'à eux d'accomplir, ou non, les opérations de conjonction et de disjonction ayant pour effet de faire circuler entre les uns et les autres les biens et les valeurs de tous ordres : de les donner ou de les prendre, de les recevoir ou de les perdre. Ce qui revient à affirmer, presque tautologiquement, que, dans les limites du possible, on peut "*tout faire*" entre sujets. A une exception près toutefois : ce que les sujets font, ils n'ont pas eux-mêmes qualité pour en dire (ce qui est encore une forme du faire) la signification juridique. Et c'est en ce point que, d'autonomes en tant que sujets agissants, ils deviennent **hétéronomes** sur un autre plan, la signification même de leurs actes ne dépendant plus d'eux mais d'une instance énonciatrice tierce qui les transcende.

En termes techniques, cette instance qui, à la différence des actants **Sujets** proprement dits, n'est pas elle-même directement tendue vers l'action mais à qui il revient de qualifier (et par là - on va y venir - d'orienter et de sanctionner) les actions, réelles ou possibles, des Sujets, elle, est dite occuper par rapport à eux la position hiérarchique d'un actant **Destinateur**.

11. Le moment est venu de réexaminer le cas marginal, mais pour nous très significatif, qui a tout à l'heure éveillé notre curiosité. L'"*engagement unilatéral de volonté*"(cf. III.8), dont nous avons alors appris que le droit ne le tient pas pour valide, se singularise en effet, du point de vue du dispositif actantiel qu'il suppose, par le fait de concentrer en lui-même le maximum de **densité syntaxique** possible. Un seul acteur y joue syncrétiquement tous les rôles, y cumule toutes les positions, y noue avec lui-même tous les rapports qui ont été évoqués jusqu'ici. Peut-être d'ailleurs est-ce là en réalité - au delà des raisons d'ordre purement fonctionnel retenues plus haut - ce qui permet de comprendre en profondeur (c'est-à-dire en termes structuraux) pourquoi le droit exclut ce type d'actes de son champ. Car le droit, en tant qu'il met en oeuvre une grammaire narrative implicite, opte au contraire généralement, et par principe nous semble-t-il, pour le maximum de déconcentration, si l'on ose dire : il veut qu'il y ait, dans toute la mesure du possible, autant d'"*acteurs*" en surface qu'il y a d'"*actants*" en profondeur. Nous allons immédiatement expliciter le sens de ces termes, mais notons par avance qu'il y a probablement là, de nouveau, une piste utile à explorer pour qui chercherait à assigner au discours juridique sa place dans une typologie des genres narratifs et discursifs.

Lorsque le pouvoir exécutif prend une décision (**stricto sensu**), lorsque le Parlement vote une loi, lorsqu'une cour de justice rend un arrêt, il est toujours possible d'établir, sur le plan **actantiel**, la distinction élémentaire entre, d'un côté, un actant "*sujet du faire*" - dont l'intervention, pour être en pareils cas purement décisionnelle (ou "*cognitive*", et non pas pragmatique), n'en constitue pas moins, au plein sens du terme, un faire transformateur d'états - et, de l'autre côté, un actant définissable corrélativement comme "*sujet d'état*", en ce sens que sa situation juridique se trouvera directement modifiée par la décision le concernant. En surface maintenant, c'est-à-dire du point de vue **actoriel**, ces deux rôles actantiels pourront ou bien être assumés syncrétiquement par un seul acteur, ou bien donner lieu à l'apparition de deux figures actorielles distinctes. Cette seconde formule est précisément celle qui, en dépit de certaines exceptions (nous y reviendrons), paraît être la norme sur le plan grammatical - ou méta-juridique - sous-jacent à la production des énoncés manifestes du droit positif.

C'est l'évidence en matière de décisions juridictionnelles, où le principe du non syncrétisme actoriel des rôles actantiels est explicitement consacré par l'adage : on ne peut être à la fois juge (sujet du faire décisionnel) et partie (sujet d'état). Mais il en va de même en matière de contrats, où la distinction des rôles actantiels se traduit, sur le plan actoriel, par la réciprocité des relations entre deux acteurs (les deux parties contractantes), dont chacun assume tour à tour, par rapport à l'autre, le rôle de sujet transformateur d'état ; ceci par opposition au cas, explicitement exclu et dont nous sommes parti, dans lequel l'"auteur" d'un acte (sujet du faire) s'imposerait à lui-même (sujet d'état) quelque obligation. La même tendance s'observe aussi à propos des actes législatifs et réglementaires, créateurs du droit objectif. Si, par définition, les dispositions résultant de la loi, règle de caractère général, ne visent pas nommément telles personnes physiques ou morales distinctes de leurs auteurs, elles ne visent en tout cas pas non plus la personne même de leurs auteurs, mais des **classes** de sujets d'état - classes définies impersonnellement et que viendront remplir les acteurs sociaux répondant aux "*situations objectives*" que la loi a pour objet même de prévoir. Enfin, sans entrer dans le détail très complexe de la théorie du fait juridique et de la responsabilité, qui y est liée, on entrevoit comment le même principe de non syncrétisme y trouve encore son application. Ici, c'est l'acteur tenu pour "*responsable*" d'un dommage (du fait des choses ou des personnes dont il a la charge, ou même de son propre fait) qui apparaîtra comme l'incarnation actorielle du sujet d'état : analyse sans doute paradoxale à première vue, mais qui s'éclaire si l'on considère que c'est effectivement la situation juridique du **fauteur** de trouble qui sera éventuellement modifiée (obligation de réparation, ou non) par l'action juridique de la **victime** du dommage, en l'occurrence seul sujet du faire du point de vue du droit, ne serait-ce que dans la mesure où c'est à elle que revient normalement la charge de la preuve (autre forme du "*faire cognitif*" déjà rencontré plus haut).

12. A l'issue de ce rapide tour d'horizon, deux types d'objections nous semblent à prévoir de la part du juriste. En premier lieu, le caractère partiel de notre initiation à la science du droit ne nous permet pas d'exclure la possibilité que le spécialiste ne relève, ici ou là, certaines inexactitudes de lecture ou d'interprétation dans les esquisses d'analyses sémiotiques qui précèdent. Mais si elles ne sont

effectivement que d'ordre technique, de telles erreurs devraient par définition être réparables. En revanche, l'autre objection qu sera peut-être soulevée touche un point plus crucial. Le modèle sémiotique, dira-t-on, est beaucoup trop "*puissant*". Il abolit toutes les différences. Ne vient-on pas, par exemple, de voir se ranger sous un seul et même concept, celui d'actant sujet du faire, des "*acteurs*" juridiquement aussi différents les uns des autres que le législateur, qui fait la loi, et le juge, qui l'applique, et même le plaideur, qui s'en prévaut. Sans doute serait-il légitime jusqu'à un certain point, encore qu'un peut facile, de répondre que dans le cadre de la démarche déductive que nous avons adoptée, le simple fait de parvenir à dégager un très petit nombre - et même un nombre aussi limité que possible - de concepts généraux et de structures élémentaires permettant de dépasser la diversité ondoyante des manifestations de surface représente en soi un premier résultat. Toutefois, si notre démarche va ainsi, par principe, du général au particulier, il faut bien à un moment ou l'autre, et d'une manière ou d'une autre, qu'elle parvienne effectivement à rejoindre le niveau où l'élémentaire se complexifie et engendre le divers.

Or, pour pouvoir rendre compte en termes actantiels de ce divers, et par exemple de ce qui spécifie les rôles respectifs des différentes parties prenantes à la "*vie juridique*" - le plaideur et son juge, le juge et le législateur, entre autres - il nous faut examiner d'un peu plus près qu'il n'a été fait ci-dessus (cf. IV.10) la composante syntaxique la plus décisive du point de vue de la construction d'une grammaire narrative du droit. C'est celle qui concerne les relations que le sujet du faire juridique entretient non plus "*horizontalement*" avec les sujets d'état que ses actions peuvent affecter, mais avec son, ou ses "*destinateurs*" : relation **hiérarchique** dont l'analyse pose une série de problèmes particulièrement ardu, qui d'ailleurs ne relèvent pas seulement de la théorie sémiotique mais aussi de la linguistique (problèmes liés à la notion d'énonciation), de la pragmatique (la notion d'acte de langage), de la théorie des systèmes (la notion de récursivité), etc. Essayons cependant de défricher ce terrain tout en maintenant le cap qui a été tenu jusqu'ici.

V - UNE HIERARCHIE

13. A l'aide des instruments conceptuels que fournit la théorie sémiotique de l'action (définitions élémentaires du faire et des états ; opérations de conjonction et de disjonction : typologie des valeurs, objectives et modales ; distinction des niveaux, actantiel et actoriel), nous nous sommes attaché, dans ce qui précède, à dégager quelques-uns des traits caractéristiques de l'organisation de l'intersubjectivité dans le cadre du droit. Ainsi avons-nous fait ressortir certains des choix que le droit opère en privilégiant telles formes d'organisation syntaxique (relations transitives, discrétisation des rôles) par rapport à telles autres, également possibles **a priori** (relations réfléchies, syncrétismes de rôles) mais que la grammaire du droit ne retient pas au même titre, ou même qu'elle tend délibérément à exclure du champ de pertinence juridique. De ce type de restrictions syntaxiques (parmi d'autres sans doute, et sans préjudice des restrictions sémantiques qui peuvent venir s'y ajouter à titre secondaire) découle finalement un partage entre la classe des actes, virtuels ou réalisés, relevant de l'ordre juridique, et celle des actes qui, n'en relevant pas, n'ont tout simplement pas d'existence juridique.

Bien entendu, lorsque nous disons qu'un tel partage, et les choix qu'il présuppose sont opérés "*par le droit*", nous postulons l'intervention d'une instance de décision, et donc d'un actant doté de la compétence adéquate pour exercer ce type de faire décisionnel, c'est-à-dire cognitif. En l'occurrence, cette instance hypothétique n'est certes pas identifiable à quelque acteur strictement individualisé ni même à quelque institution jouissant d'une habilitation particulière. Mais elle existe bien, en revanche, sous la forme d'un actant collectif constitué par l'ensemble des acteurs qui se trouvent amenés à concourir - essentiellement dans le cadre de la jurisprudence et de la doctrine - à l'élaboration de ces normes **grammaticales**, ou méta-juridiques, dont nous avons postulé l'existence implicite et qui, s'imposant en tant que telles aux stades ultérieurs de la construction des règles **juridiques** proprement dites, forment très exactement le noyau de ce qu'on appelle la **théorie** du droit. S'il faut lui donner un nom qui reflète sa définition syntaxique, cette position - à partir de laquelle, on le voit, ne s'édicte pas (ou pas encore) des règles de droit destinées à organiser directement les rapports entre les

Sujets, mais d'où s'énoncent des normes de second degré, appelées à régir l'énonciation même des règles du premier degré - on peut l'identifier comme étant celle d'un **Destinateur épistémique**.

Par opposition, on pourrait alors dénommer **Destinateur axiologique** l'instance qui, hiérarchiquement subordonnée à la précédente, a précisément, elle, pour rôle d'énoncer au premier degré les "*règles de vie en société*", à caractère obligatoire pour les Sujets, qui, prises ensemble, constituent ce qu'on appelle cette fois, et pour de bon, le **droit**. Au niveau précédent, une compétence d'ordre épistémologique sélectionnait parmi différentes formes grammaticales possibles la forme générale définissant l'**existence** même, en tant qu'objets juridiques, de certains types de relations et de configurations syntaxiques. Ici, on a affaire plus spécifiquement à une compétence qui, tout en présupposant la première, peut être qualifiée d'axiologique en ce sens que son exercice consistera à assigner (en termes déontiques) une **valeur** juridique déterminée aux manifestations occurrenceielles des schémas syntaxiques reconnus, comme types, au niveau épistémique. Dans le cadre d'un **ordre juridique** épistémiquement pré-établi, on passe ainsi à la mise en forme d'un **ordre légal**, axiologiquement déterminé.

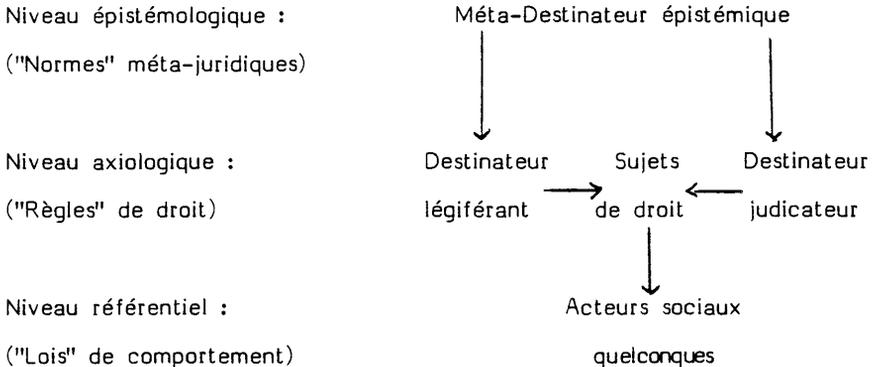
L'assignation - par un Destinateur et pour des Sujets - d'une "*valeur*" à des objets n'est évidemment, en elle-même, aucunement spécifique du dispositif juridique. Sur les plans esthétique ou moral par exemple, il ne serait pas difficile de faire ressortir l'existence d'instances régulatrices (arbitres du bon goût et des élégances, comités d'éthique et hautes autorités diverses) occupant une position homologue à celle de notre Destinateur axiologique, c'est-à-dire habilitées à décider du "*bien*" ou du "*beau*" relativement à leur propre domaine d'objets, tout comme l'appareil juridique décide de la "*légalité*" des objets syntaxiques (c'est-à-dire essentiellement des rapports) relevant de son ordre propre. Mais cette position actantielle un peu passe-partout, le droit l'organise avec une richesse de détail, une minutie et une rigueur qui ne sont certainement égalées nulle part ailleurs. Là aussi, comme en ce qui concerne la grammaire des rapports entre Sujets, la clef de voûte de cette organisation réside dans le principe d'une stricte distinction entre les divers types de rôles, tant actantiels qu'actoriels, que recouvre, au niveau de sa mise en oeuvre, la fonction générique (ou proto-actantielle) de ce Destinateur. Leur iden-

tification va nous permettre de faire apparaître, dans le même temps, les grandes lignes du **schéma narratif** d'ensemble où s'intégreront en définitive les divers éléments jusqu'à maintenant relevés un à un.

14. S'il est une question largement débattue entre juristes, c'est bien celle du dénombrement exact des instances auxquelles appartient la compétence énonciative requise pour la mise en forme et pour la mise en oeuvre de cet ordre légal que nous avons actuellement en vue. Au législateur ? Sans aucun doute. Au pouvoir réglementaire ? Cela n'est pas exclu. A la coutume aussi ? Certainement, bien que sous certaines réserves. Au juge ? Oui et non - et c'est là surtout que le problème devient vraiment épineux. Notre propos n'est certes pas de nous prononcer sur la question technique de savoir dans quelles conditions, à quel titre et jusqu'à quel point la jurisprudence peut être, ou doit être considérée comme faisant partie intégrante des sources du droit, mais il nous revient d'indiquer le genre d'éclairage que l'on pourrait apporter en ce domaine en partant d'une formulation purement narrative du problème.

Deux positions d'énonciation axiologique sont narrativement concevables. Il est en effet presque trivial de noter que pour signifier aux Sujets relevant de sa juridiction la hiérarchie des valeurs (esthétiques, morales, "*juridiques*", etc.) que, selon les cas, il leur propose ou leur impose, un Destinateur peut indifféremment procéder par énoncés **a priori**, statuant sur la valeur axiologique d'éléments (objets ou, dans notre cas, relations) encore virtuels, ou par énoncés **a posteriori**, visant la valeur des mêmes éléments déjà réalisés par les Sujets. Dans le premier cas, l'actant Destinateur apparaîtra comme un "*mandateur*" (ou manipulateur) qui, par les valorisations, positives ou négatives, qu'il opère, tend à **programmer**, ou du moins à orienter le faire des Sujets : on voit bien sûr qu'en droit, c'est au législateur qu'il appartiendra principalement d'incarner, sur le plan actoriel, cette première position actantielle, encore qu'il n'en ait probablement pas le monopole (la coutume, notamment, peut assumer pour partie le même rôle). Dans l'autre cas au contraire, s'agissant de statuer après coup, et donc de **sanctionner** des programmes effectivement réalisés, ce sont les figures actorielles du Destinateur "*judicateur*" qui entreront en jeu : la terminologie sémiotique est ici suffisamment concordante avec celle du droit pour qu'il ne soit pas nécessaire d'insister.

Sous réserve des éléments de complexification que nous mentionnerons dans un instant (cf. VI), le dispositif d'ensemble se résume dès lors en un schéma actantiel des plus simples, que l'on peut représenter de la façon suivante :



En fonction des critères grammaticaux (et accessoirement sémantiques) qu'il tient du Méta-Destinateur dont il dépend lui-même (sur le plan épistémologique), le Destinateur détermine, parmi les acteurs sociaux quelconques, la classe de ceux dont la *"situation"* ou les *"actes"* ont pour effet d'en faire des *"sujets de droit"* relevant, statutairement ou occasionnellement, de sa compétence axiologique. Ces relations sont figurées par les flèches verticales du schéma. De leur côté, les flèches horizontales indiquent la double orientation, prospective et rétrospective, des interventions du Destinateur axiologique par rapport aux Sujets du faire, ceux-ci se voyant équivalement programmés et/ou sanctionnés (quant à leurs actions sur les Sujets d'état) en vertu des règles de droit que celui-là a charge d'énoncer sur le mode *"légiférant"* et/ou sur le mode *"judicateur"*.

15. Si, du niveau actantiel où se situe ce schéma théorique, on passe à celui des institutions juridiques qui en donnent la traduction actorielle concrète, on devra évidemment s'attendre à quelques bouleversements de cet ordonnancement simple : aucun système de droit n'obéit à une pure rationalité définie **a priori**, qu'on la formule en termes narratifs ou autres. Mais admettre cette évidence n'oblige pas pour autant à rapporter d'emblée la diversité des systèmes existants au jeu de quelques facteurs *"extra-juridiques"* dont

l'analyse relèverait exclusivement du sociologue ou de l'historien. Cela incite plutôt à tenter de dégager la logique interne que les différents systèmes juridiques mettent en oeuvre pour produire, à partir d'un modèle qui leur est commun en profondeur, une série de variations, très diverses en surface, mais n'en présentant pas moins, chacune, une forme de cohérence qui lui est propre. En postulant ainsi à la fois l'unité de l'objet **droit**, et l'existence d'une logique sous-jacente à la diversification de ses **variantes** de manifestation, la sémiotique juridique devrait, nous semble-t-il, rejoindre certaines des préoccupations traditionnelles dans le cadre du droit comparé.

De façon très sommaire, on voit par exemple comment, à la différence des systèmes de droit jurisprudentiel caractérisés par le cumul des rôles au profit d'un seul acteur : le "*juge*" (à la fois "*judicateur*" et "*légiférant*"), le droit français - qui nous a tout au long servi de référence - opte ici, de nouveau, pour une logique fondée sur leur séparation. L'organe législatif, en tant qu'acteur, exerce exclusivement le premier des deux rôles actantiels considérés : il légifère mais ne juge pas, il énonce la règle, sur le mode général et impersonnel, garantit son effectivité en prévoyant les modalités de sa sanction, mais son rôle s'arrête là. Symétriquement, l'organe juridictionnel assume le rôle actantiel de *judicateur* sans pouvoir non plus en déborder : le principe de l'autorité relative de la chose jugée, de même que la prohibition des arrêts de règlement sont là, s'il est besoin, pour rappeler que le juge ne saurait transformer ses décisions en règles générales. Bien entendu, **a fortiori**, il n'a pas davantage compétence pour fixer les modalités générales des sanctions qu'il applique, puisque celles-ci sont également arrêtées par la loi.

Les choses, cependant, seraient trop simples si la réalité se conformait tout uniment à ces principes. En fait, tous les praticiens du droit le savent et beaucoup de théoriciens l'admettent, le juge, en tant qu'acteur, dans la mesure où il supplée aux lacunes de la loi, où il en adapte les dispositions, où il contribue à en déterminer les conditions d'application, et enfin dans la mesure où il s'en tient en tout cela à sa propre jurisprudence, empiète constamment sur le rôle actantiel du législateur et constitue pour le moins, à ce titre, une "*source secondaire*" du droit. De même, on trouverait facilement les contre-exemples montrant comment, inversement, il advient au législateur

(acteur) d'exercer aussi, le cas échéant, un rôle d'actant judiciaire : l'institution de la Haute Cour de Justice, émanation des deux Chambres législatives, vient immédiatement à l'esprit. Dans ces conditions, de deux choses l'une : ou bien l'on relègue tous ces chevauchements au rang d'exceptions (c'est-à-dire d'accidents de l'histoire) - mais du même coup on renonce à rendre compte de ce qui assure sans doute la viabilité du système -, ou bien on admet la nécessité d'ouvrir et de complexifier le modèle lui-même. C'est sur ce dernier problème que nous concluons.

VI - FORME ET SUBSTANCE

16. On le sait, il est toujours plus aisé de décrire les objets, si complexes soient-ils, du point de vue de ce qui fait leur **systematicité** que d'explicitier les principes **dynamiques** de leur fonctionnement. La difficulté s'accroît d'autant lorsqu'on a affaire, comme c'est ici le cas, à des ensembles dont l'organisation, en tant que systèmes, comporte une mise en rapport hiérarchique des éléments qui les composent. Ainsi, jusqu'à présent, nous avons pu sans trop de peine dégager le système de dépendances inter-actantielles qui, de niveau en niveau, conduit par présuppositions successives des acteurs sociaux, sujets d'un faire référentiel quelconque... à des "*Sujets de droit*", constitués comme tels par la soumission de leurs rapports mutuels à la règle de droit qu'édicte un "*Destinateur*"... lui-même à son tour placé, du point de vue de sa compétence énonciative (tant législatrice que judiciaire), sous la dépendance de Méta-Destinateur dit "*épistémologique*" (vu la nature purement conceptuelle des objets que son faire normateur a pour fonction de produire). Mais cette structure stratifiée ne saurait être purement statique. Intuitivement, on sent bien qu'elle doit d'une certaine manière "*jouer*" sur elle-même. Pour produire de façon cohérente - comme nous le postulons - et la règle et ce qui semble à première vue y faire exception, il faut que le système dispose encore de quelque principe grammatical, c'est-à-dire formel, complémentaire, qui lui permette de moduler, de désarticuler et de réarticuler différemment, bref de "*dynamiser*" le jeu des relations internes qui le constituent. Un tel principe se laisse entrevoir sur chacun des deux axes qui ont guidé notre parcours descriptif.

17. Sur l'axe horizontal tout d'abord, c'est à un principe très simple de **permutation** des rôles actoriels - dans le cadre de rapports actantiels eux-mêmes constants - que semble tenir la capacité du système juridique à engendrer et à maîtriser un nombre indéfini de situations, d'actes et de faits possibles. Deux micro-systèmes actantiels dont les termes s'interdéfinissent sur ce premier axe ont été reconnus chemin faisant : le couple Sujet du faire **versus** Sujet d'état, puis le couple Destinateur mandateur **versus** juricteur. Or, contrairement à une tendance caractéristique de beaucoup de discours **politiques**, qui stipulent de façon très rigide l'attribution de ces différentes positions syntaxiques à des acteurs, individuels ou collectifs, strictement déterminés (que l'on songe par exemple à la thématique de l'"*Etat providence*" : un seul acteur, la "*classe dirigeante*", y a vocation à représenter l'actant Sujet du faire face à la "*société civile*", incarnation actorielle obligée du Sujet d'état), le **droit**, lui, n'a apparemment pas pour (méta-)règle de figer une fois pour toutes l'identité des figures actérielles destinées à remplir les positions actantielles qu'il prévoit. Au contraire, en droit, tout acteur a vocation à occuper n'importe laquelle de ces positions et peut même en occuper plus d'une - à condition cependant que les distinctions entre actants, et donc les **relations** posées en syntaxe profonde trouvent toujours, d'une manière ou d'une autre, leur traduction en surface.

Ce que le droit exclut, ce n'est pas en effet, par exemple, qu'un acteur faisant normalement fonction de législateur (mandateur) remplisse le cas échéant une fonction de caractère judiciaire ; ce qu'il exclut, c'est seulement que la distinction même des deux rôles soit annihilée par leur cumul. Dès lors, si, comme il arrive - et nous avons ici en mémoire le cas des délégués parlementaires se réunissant en Haute Cour -, un acteur ayant vocation à **légiférer** se comporte circonstanciellement à la manière d'un **juge**, il faudra qu'apparaisse corrélativement un autre acteur qui prenne, par rapport à lui, son relais dans l'exercice de sa fonction de départ. En l'espèce, dans l'exemple retenu, cet acteur chargé de légiférer en dernière instance et par substitution, ce ne peut être que le "*Peuple français*" : du moins la "*haute trahison*" - que le Parlement (ou son émanation) aura à **sanctionner** en tant que juge occasionnel - n'est-elle préalablement définie par aucune loi (au sens strict) que le même Parlement aurait pu **voter** en tant que législateur. Resterait évidemment à montrer sur d'autres exemples que notre hypothèse permet aussi de rendre compte

des cas d'"*exception*" symétrique, où c'est au contraire le juge qui tend à se reconvertir en un (quasi-)législateur, permutation amenant cette fois à prévoir l'apparition d'un acteur judiciaire de substitution.

Si cette prévision se vérifiait comme nous le supposons, on aurait là une série d'illustrations apportant la confirmation empirique de l'idée que le topique du droit est bien, avant tout, de "*régler des rapports*". Observation non triviale dans la mesure où elle permet peut-être d'ajouter aux critères de distinction classiques entre le droit et les autres systèmes normateurs - critères fondés sur le caractère coercitif, ou non, des règles édictées - un critère d'ordre formel. De ce qui précède découle en effet la possibilité d'opposer deux types de stratégies de normativisation à partir d'une analyse syntaxique de l'**objet** même qui se trouve visé par les différentes classes de normes : ici, en droit, les **rapports** inter-subjectifs, et là - sous le régime de la loi morale, religieuse, politique, ou encore dans le cadre des déontologies professionnelles, des codes du savoir-vivre, etc. - directement les **comportements** mêmes des sujets. Car ce qui est prioritairement pertinent pour le droit comme pour toute grammaire, c'est la relation, et non les termes qu'elle unit.

18. Il en va de même si, pour finir, on passe au second axe. Là, le jeu nécessaire au fonctionnement "*vertical*" du système paraît assuré par un principe de **récurtivité** garantissant, cette fois, la possibilité de réduplication des rapports **hiérarchiques** entre les différentes parties prenantes à la vie juridique. Sur ce second axe, faut-il le rappeler, le dispositif actantiel de base est constitué par la relation de dépendance unilatérale subordonnant les Sujets agissants aux instances compétentes pour les mandater à agir et/ou pour sanctionner les résultats de leurs actions. Et là aussi, le droit se singularise d'emblée par la richesse tout à fait exceptionnelle qu'il déploie dans la manière de jouer formellement de cette structure actantielle élémentaire. Loin d'en donner, en surface, **une** interprétation et une seule sur un mode en quelque sorte dogmatique, il en tire toute une **chaîne** de traductions actorielles hiérarchiquement ordonnées les unes aux autres. Cela à soi seul suffirait, s'il était besoin, à le démarquer de la façon la plus nette par rapport à la plupart des systèmes de représentation et d'organisation de la vie sociale auxquels on le compare habituellement.

Toutes choses égales par ailleurs, il n'y a en général, dans nombre de configurations normatives autres que juridiques, qu'un seul acteur à qui puisse être référée l'action des sujets, soit qu'on veuille en saisir les conditions de possibilité ultimes, soit qu'il s'agisse d'en évaluer la signification profonde au regard de l'Ordre où elles prennent place - ordre social ou politique, moral ou religieux selon les cas. Il en est ainsi non seulement dans l'univers du conte et du mythe (si l'on admet que ces productions culturelles ont, fût-ce indirectement, une portée normative sur le plan social), mais aussi partout où s'impose le règne de la loi religieuse ou de la norme éthique, et même dans beaucoup de contextes simplement régis sur le mode de la rationalité philosophico-politique. Ici et là, sous des dénominations qui varient évidemment compte tenu de la diversité des registres, une figure actorielle type, aux traits plus ou moins anthropomorphes selon les cas, incarne à elle seule le Destinateur dans toutes ses fonctions actantielles. Que cet acteur soit appelé "*Dieu*" ou qu'il faille, ailleurs, y reconnaître son délégué temporel (le monarque), ou encore, qu'il s'agisse de l'un quelconque de ses substituts possibles dans l'ordre profane (la "*conscience*", la "*Raison*", la "*Nation*", la "*classe ouvrière*", etc.), c'est alors lui le grand manipulateur omniprésent, et c'est lui le seul juge dont les sujets aient à connaître la Loi, le Droit, au contraire, démultiplie presque à l'infini ces rapports.

En soulignant avec quelque instance ce que l'ordre juridique nous paraît avoir sur ce dernier point - comme sur d'autres examinés précédemment - de profondément original par rapport aux autres systèmes de normes qui lui sont en principe comparables, nous ne prétendons certes pas nier toute possibilité d'y discerner quelques grandes figures destinatrices de rang analogue à celles auxquelles il vient d'être fait allusion relativement aux autres sphères. Après tout, n'est-ce pas au nom du "*Peuple français*", Destinateur vraisemblable s'il en est, que, pour ce qui nous concerne avec quelques millions de concitoyens, la règle de droit est énoncée ? Mais il est clair, en même temps, que la reconnaissance expresse d'un tel acteur comme instance fondatrice fait en elle-même problème, chacun pouvant librement prétendre y substituer telle autre figure de son choix en fonction de ses propres convictions en matière de **philosophie** du droit, ou de ses options du point de vue d'une **sociologie politique** du droit. Or nous n'avons pas, pour notre part, à nous engager sur ce terrain de discussion.

La sémiotique du droit que nous cherchons à construire ne saurait en effet se confondre d'emblée avec une sémiotique des **interprétations** (philosophiques, sociologiques, ou même, pourquoi pas, psychanalytiques) du droit - entreprise assurément envisageable par ailleurs et en elle-même, mais qui présentement n'est pas du tout notre objet. Aussi bien est-ce en référence au seul droit positif que nous nous efforçons d'étayer nos propositions ou nos analyses, et que, de même, nous aimerions qu'elles puissent être validées ou invalidées.

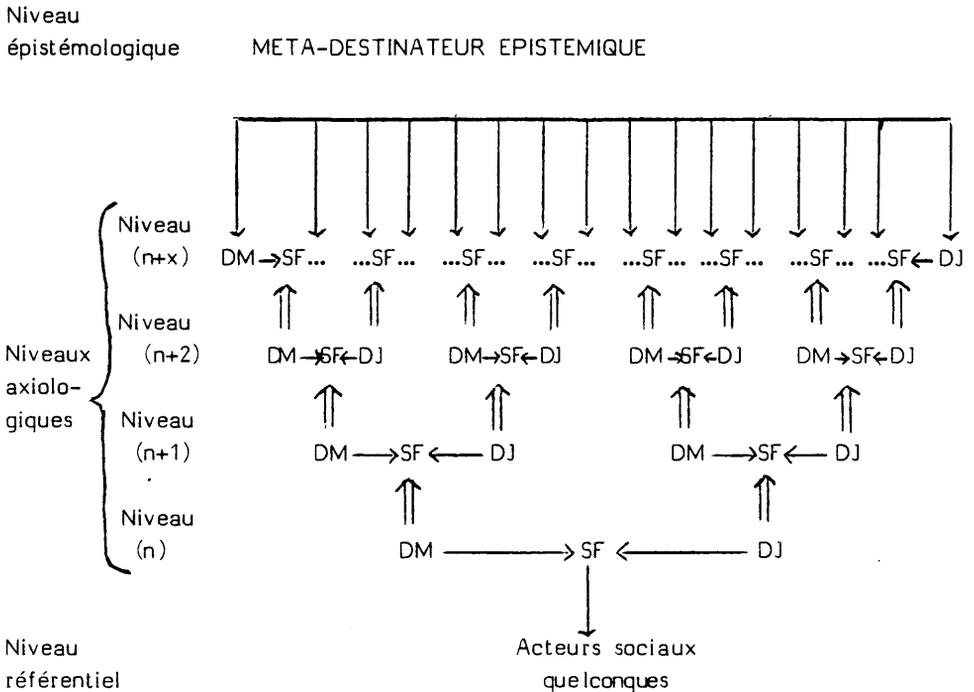
Or le droit positif ignore le sacré. Libre évidemment aux exégètes et aux "*analystes*" d'y réintroduire dieu le Père et le Jugement dernier (mandat et sanction) au fil de leurs lectures au "*second degré*", mais le système du droit, et à plus forte raison sa pratique semblent tout entiers organisés précisément pour faire l'économie d'une quelconque figure destinatrice ultime, ou du moins pour en repousser la présence à l'extrême périphérie de l'univers juridique proprement dit. Cela signifie simplement que le droit, au lieu de donner une traduction **substantielle** du principe hiérarchique qui, sans aucun doute, contribue à le définir, fait - exactement comme une grammaire - un usage **formel** de ce principe. Pour cela, il laisse à d'autres systèmes de normes la tâche d'assigner aux acteurs sociaux leurs positions respectives dans le cadre de **hiérarchies de rôles** substantiellement définis, et se borne pour sa part à organiser, à l'aide de certaines procédures reproductibles de niveau en niveau, la récursivité des **rapports hiérarchiques** entre des unités formelles interchangeables.

19. La reconnaissance tant soit peu systématique des **procédures juridiques** effectives, susceptibles de justifier ces hypothèses, appellerait malheureusement un travail d'analyse qui, par son ampleur, dépasse le cadre de cette présentation générale. Nous nous contenterons par conséquent d'indiquer les orientations selon lesquelles la recherche pourrait être poursuivie. S'agissant d'étayer sur des données concrètes l'idée que le droit relève moins d'une vision statique et linéaire que d'une dynamique structurale fondée sur la récursivité d'un petit nombre de relations élémentaires de dépendance hiérarchique, c'est essentiellement, d'une part, du côté de l'organisation des **voies de recours** - qui aménagent les mécanismes de la sanction des décisions prises par les sujets de droit - et, d'autre part, du côté des procédures d'**attribution de compétences** - définissant

les conditions préalables à l'acte même de décision - que devrait à notre sens porter l'attention. Sans rien négliger de ce qui est déjà connu des juristes relativement à chacun de ces deux plans considérés séparément, il s'agirait cependant surtout d'explorer les mécanismes et les effets de leur mise en relation, car c'est là, nous semble-t-il, que réside l'élément moteur - et le plus original - du système.

Il est clair en effet que tant qu'on se borne à les parcourir chacune isolément, ni la chaîne des voies de recours, ni celle des délégations de compétences ne sauraient se prolonger indéfiniment. La première, par nécessité pratique, finit toujours par se clore sur quelque décision "*définitive*", et la seconde mène inévitablement, par présuppositions successives, jusqu'à une instance mandatrice "*ultime*" (ou originaire si l'on préfère). En revanche, ces principes de hiérarchisation linéaire, et univoque, conduisant vers une nécessaire et double clôture, font place à une structure plus complexe et beaucoup plus ouverte - métaphoriquement, on pourrait alors parler des boucles ou du tressage du système juridique - si l'on observe qu'il n'y a pas, en réalité, indépendance entre les deux chaînes de présuppositions considérées, mais que leurs maillons sont, par construction, destinés à s'entrecroiser. La raison en est simple, compte tenu de la généralité des notions d'acte et, **a fortiori**, de faire qui sont en jeu. Etant entendu que tout acte juridique, en tant que transformateur d'états, présuppose une compétence déléguée (par un Destinateur mandateur, ou "*légiférant*") et admet une sanction (exercée par un Destinateur juge), les relations ainsi posées ne peuvent évidemment pas ne pas s'appliquer aussi, récursivement, à l'activité des deux instances **destinatrices** que ce dispositif même met en place. En effet, attribuer (en tant que mandateur) une compétence à un sujet quelconque, ou sanctionner (en tant que juge) son faire, c'est aussi, c'est même par excellence transformer des situations juridiques - et c'est donc, aussi, exercer un faire "*juridique*" s'il en est. Dès lors, considérées comme destinatrices par rapport aux sujets qu'elles visent à un premier niveau, les instances "*légiférantes*" et "*judicatrices*" seront elles-mêmes à considérer, à leur tour, comme de simples **sujets** de faire par rapport à de nouvelles instances destinatrices prévisibles aux niveaux immédiatement supérieurs.

La prise en compte de ces relations conduit à compléter le schéma actantiel présenté plus haut (cf. V.14) en démultipliant, sous la forme d'autant de paliers intermédiaires que nécessaire, ce qui en constitue le niveau axiologique médian :



DM : Destinateur mandateur (ou "légiférant")

DJ : Destinateur juge

SF : Sujet du faire juridique

⇒ } Relations de dépendance sur un niveau

⇕ Relations d'équivalence entre niveaux

↓ Relations de dépendance entre niveaux

Tout mandateur aura de la sorte son propre mandateur potentiel (selon la chaîne des délégations de compétences), et symétriquement tout juge pourra être à son tour sanctionné (en remontant la série des voies de recours) ; mais aussi, et peut-être surtout, tout mandateur (destinateur légiférant) pourra également être **sanctionné** dans l'exercice de sa fonction mandatrice, et tout juge être renvoyé aux termes du **mandat** délimitant l'exercice de ses compétences en matière de sanction.

VII - CONCLUSION

20. Jusqu'à quel niveau de complexité les différents systèmes de droit exploitent-ils le réseau des possibilités formelles que nous envisageons ? C'est ce qui resterait à déterminer cas par cas en procédant aux études monographiques correspondantes. Sans doute la construction proposée risque-t-elle d'être en un sens - quantitativement si l'on peut dire - plus "*riche*" que strictement nécessaire pour répertorier les dispositifs effectivement réalisés, qui se caractérisent précisément toujours par les restrictions qu'ils opèrent par rapport à un champ de virtualités théoriques. Mais notre souci était surtout d'obtenir un modèle qui ne soit pas **qualitativement** trop pauvre et qui ne laisse pas d'emblée échapper ce que le droit, en tant que production jamais achevée de sens, a de plus vivant. Les concepts de la sémiotique générale nous ont paru fournir des instruments utiles pour aller dans cette direction, c'est-à-dire pour tenter de mieux comprendre comment le "*juridique*" réussit à concilier les impératifs, apparemment contradictoires, d'ordre et de mouvement, qui sont les siens. Aux juristes maintenant, nos destinataires, d'en juger.

NOTES

- (1) Cf. notamment A.J. Greimas et E. Landowski, "Analyse sémiotique d'un discours juridique : la loi sur les sociétés commerciales et les groupes de sociétés", in A.J. Greimas, **Sémiotique et sciences sociales**, Paris, Seuil, 1976 (étude effectuée à la demande du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris). Pour un inventaire plus élargi des méthodes d'analyse du discours juridique, voir par exemple G. Kalinowski et E. Landowski, "Etudes textuelles juridiques et politiques en France", **La recherche en sciences humaines. Humanités, 1979-1980**, Paris, CNRS, 1981, pp. 124-128.
- (2) Cf. A.J. Greimas et J. Courtès, **Sémiotique, Dictionnaire raisonné de la théorie du langage**, Paris, Hachette, vol. I, 1979 et II, 1985.
- (3) Sur les problèmes que pose cette option initiale, voir notamment B.S. Jackson, **Semiotics and Legal Theory**, London, Routledge and Kegan Paul, 1985.
- (4) Cf. G. Kalinowski, "Un aperçu élémentaire des modalités déontiques", **Langages**, 43, 1976, p. 10.
- (5) Cf. A.J. Greimas, "Introduction", **Du sens**, vol. II, Paris, Seuil, 1983 ; E. Landowski, "De quelques conditions sémiotiques de l'interaction", **Actes Sémiotiques-Documents**, V, 50, 1983 ; P. Stockinger, "Prolégomènes à une théorie de l'action", *ibid.*, VII, 62, 1985.
- (6) J.-L. Aubert, **Introduction au droit**, Paris, Presses Universitaires de France, 3ème éd., 1984, p. 112 (souligné par nous).
- (7) Cf. A.J. Greimas, "Un problème de sémiotique narrative : les objets de valeur", **Du sens**, op. cit.
- (8) Cf. Cl. Lévi-Strauss, **Anthropologie structurale**, Paris, Plon, 1958.
- (9) Cf. J. Piaget, **Le jugement moral chez l'enfant**, Paris, Presses Universitaires de France, 5ème éd., 1978.
- (10) Dans les deux acceptions du terme : une **signification** bien sûr, mais aussi, par là même, une **orientation**.

DE LA SPECIFICITE DE LA SEMIOTIQUE JURIDIQUE (*)

Par
Roque CARRIÓN-WAM

*Professeur au Centre latino-américain de
Recherches juridiques et sociales,
Université de Carabobo (Faculté de Droit),
Valencia, Venezuela*

1. Dans le cadre des études théoriques et méthodologiques relatives au droit, la SEMIOTIQUE JURIDIQUE est, aujourd'hui, une enseigne sous laquelle des réflexions théoriques sont engagées, et des recherches empiriques sont menées, les unes et les autres très diverses, mais appliquées ensemble au **langage du droit** (dans le sens large que peut revêtir cette expression).

Le nombre des sujets traités sous l'"*appellation*" invoquée de "*sémiotique juridique*" (ou encore de "*sémiologie juridique*"), témoigne d'une part de l'ampleur des phénomènes relevés par des approches de la manifestation linguistique du droit et, d'autre part, nous indique d'emblée la difficulté que l'on rencontrera dans la définition d'un champ spécifique à la sémiotique juridique.

Nous présenterons ici quelques suggestions en vue d'aider à constituer un minimum de concepts appropriés à l'objet et aux intentions méthodologiques de la sémiotique juridique.

2. Interprétation juridique et sémiotique juridique : il importe de bien distinguer l'un de l'autre ces deux champs d'activité scientifique, qui concernent la détermination de la signification des normes juridiques.

Texte corrigé de la communication présentée par l'auteur au Colloque International de Sémiotique Juridique - Aix-en-Provence, mars 1985.

D'un côté, il y a l'activité cognitive du juriste-interprète, mise en oeuvre par différents "acteurs" : le magistrat (le juge), l'avocat, le théoricien du droit, etc... Cette activité cherche à donner un sens aux normes juridiques, cela dans les limites de l'univers du cas en question, et ce cas étant posé dans un système juridique positif donné.

D'autre part, il y a l'activité cognitive du juriste-sémioticien, laquelle s'applique à décrire la **signification produite** dans (par) ce même univers.

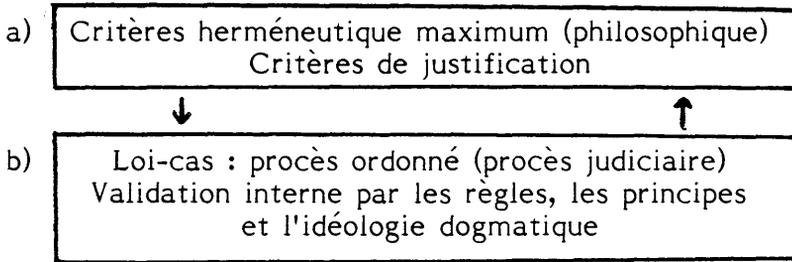
Ces deux activités sont fondées sur des principes et des méthodes différentes, et dont les objectifs qu'elles prétendent atteindre sont, d'ailleurs, eux aussi divergents.

2.1. Du point de vue scientifique, l'**interprétation juridique** est une activité cognitive qui cherche à définir le sens de la norme (loi-cas) à l'intérieur d'un système de droit positif. Les théories de l'interprétation juridique et les pratiques de ces théories se développent souvent à partir de structures conceptuelles externes à l'objet sur lequel s'exercera le "*faire*" interprétatif. A la limite, il s'agira d'identifier un critère herméneutique maximum, à caractère philosophique, qui puisse servir de référence-évaluation.

2.2. Le faire interprétatif - celui que l'on reconnaîtra dans la pratique interprétative juridique effective - peut être défini comme étant une action cognitive (un "*faire*" cognitif), dont le but est d'explicitier et d'expliquer les "*raisons*" d'une action humaine qui serait conforme à un **critère de justification**.

Or, ce faire interprétatif se réalise tout au long d'un procès ordonné. Le parcours du faire interprétatif se développe, en effet, à l'intérieur d'un système institutionnel : c'est-à-dire que les formes de l'action cognitive sont orientées et validées par les règles positives, par les principes théoriques reconnus par le système positif en vigueur, et par l'idéologie dogmatique dominante.

Le schéma ci-après cherche à rendre compte de cette structure du faire interprétatif :



3. De notre point de vue, la sémiotique juridique cherche tout autre chose. Elle peut être définie comme une métathéorie de la signification de la production du droit. Autrement dit, elle a (elle se propose) comme objet d'étude une production **déjà** énoncée.

L'objet de la sémiotique juridique serait donc le produit du processus de production du droit (en abrégé : P.P.D.), repérable à l'intérieur d'un système juridique positif donné. Le P.P.D. étant un discours dans lequel se manifeste une structure complexe de signification, et dont tous les éléments seraient à décrire, c'est le schéma même du faire interprétatif - celui-ci regardé comme un donné chargé de signification juridique - que prendrait en charge la description sémiotique.

Considérant cet objet, on pourra dire qu'il se compose du discours législatif (D.L.), du discours jurisprudentiel (D.J.), et des discours inclus, qui expriment les règles positives, les principes et l'idéologie dogmatique dominante. Cet objet ainsi défini constitue le lieu de la signification juridique, dont les articulations et les transformations doivent pouvoir être décrites par un métalangage sémiotique.

3.1. Soyons plus précis encore. La sémiotique juridique, telle que nous l'envisageons, est étrangère à la querelle de (sur) l'interprétation juridique. Elle n'est pas une théorie de l'interprétation du droit.

Au contraire, la sémiotique juridique présuppose un faire interprétatif déjà matériellement et linguistiquement accompli dans un système juridique donné. Elle a comme objet d'analyse (comme langage-objet) un produit juridique qui est l'expression d'un faire interprétatif, c'est-à-dire qui est la manifestation d'un processus de production du droit. Et cet objet

est regardé comme étant une structure complexe de signification, une structure étant définie ici comme un réseau relationnel, hiérarchique et polémique propre à cette objet.

3.1.1. Le discours législatif (D.L.) peut être défini comme un cadre de signification pour les conduites humaines. Le fait qu'il puisse être reconnu, le plus souvent, comme étant la loi (au sens courant, c'est-à-dire institutionnel de ce mot) ne doit pas nous enfermer dans cette loi. Qu'il nous suffise de citer les pratiques de production de "*lois*" telles que les programmes économiques, les "*statuts*" révolutionnaires, etc., pour reconnaître qu'il y a d'autres sources non formelles de production du droit. En fait, le D.L. est un univers de signification composé de "*n*" structures discursives de nature différente, et chacune ordonnée en vue de la constitution d'un univers spécifique de signification juridique.

3.1.2. Le discours jurisprudentiel (D.J.) est le nom qui désigne l'ensemble discursif qui est constitué dans le procès judiciaire, celui-ci étant articulé autour d'un moment polémique et, ensuite, d'un moment de décision. Le D.J. est régi par des règles positives - qui, elles aussi, forment des ensembles discursifs -, qui assurent le contrôle du parcours du procès judiciaire. Les principes théoriques s'entrecroisent avec les règles pour organiser le procès. En dernière instance, l'idéologie dogmatique dominante joue, elle aussi, un rôle important dans la constitution du D.J. Un exemple bien connu des spécialistes du droit procédural en vigueur dans les pays du continent sud-américain, est celui du "*principe dispositif*" qui fonctionne à la fois comme "*principe*" et comme idéologie dogmatique dominante.

4. Avant de conclure, deux conséquences de ce que nous avons proposé nous paraissent devoir être relevées : d'une part, en procédant comme nous l'avons fait, nous mettons finalement en cause la pratique courante - surtout dans les travaux doctrinaux - qui consiste à considérer la loi et la sentence (le jugement) comme étant les seuls lieux de la signification juridique ; d'autre part, en posant le processus de production du droit comme l'objet où se trouve inscrite la

signification juridique à décrire, nous rendons possible, du même coup, une reconstruction des "*formes argumentatives*" du droit, reconnaissables dans le discours lui-même.

Faisant retour à l'ouverture de notre exposé, nous dirons, à nouveau, pour conclure, que tous nos efforts doivent tendre à mieux cerner l'objet sur lequel la sémiotique juridique veut exercer une activité cognitive-descriptive.

Pour nous, cet objet est très précisément le processus de production du droit.

CONTEMPORARY LEGAL CONSTITUTION
OF WOMAN : CATEGORIES,
CLASSIFICATION, DICHOTOMY

By
Paul ROBERTSHAW
Faculty of Law
University College - Cardiff

The empirical focus of this paper is on 76 printed items known as Law Reports. In a previous study about a third of them were discussed (1) ; here, with a more precise focus, only a fifth will be considered.

Let us assume that the phenomenon under consideration is given as : Zero/Sum Outcomes in institutional settings to disputes invited by Documents XYZ. We do not yet, in this scenario, know who the invitees are. These outcomes do not only favour A against B or vice-versa but, it seems, are required to proceed in a particular way, through situational ritual, and to justify that outcome in relation to various criteria.

As strangers we want to understand these Reports ; for we are told that they may affect us directly. One source of possible enlightenment and assistance is in further printed volumes - their labels describe them as Law Reviews. We read these materials and note their focus :

- primarily they focus on the outcome/s in question, other Law Reports and the Documents of Invitation. We describe this primary mode as "*legal intertextualism*". As outsiders we sense convolution and exclusion.
- occasionally, and never systematically, the Reports and Reviews not only look backwards at earlier material, but forward to the possible impacts of the outcomes.

This we call "*consequentialism*".

- there is also in the Reviews some evaluation of the outcomes against criteria rarely referred to in the Report outcomes. Words like "*equality*" or "*fairness*" abound. This we call "*moral discourse*".

These general modes taken together we call the Report/Review Paradigm.

However we remain puzzled. For example why is there so much moral discourse in the Reviews compared to the Reports ? But we are more puzzled by the complete silence of the Reviews on certain salient parts of the Reports. Is it because these parts are meaningless ? Or mere decoration ? Or because the focus of the Reviews on legal inter-textualism has marginalised other aspects of the Reports ? We notice that the parts which are ignored have much in common with the way in which people speak rather than write, and especially how people may speak outside the institutional setting which produces the outcomes (2).

This latter phenomenon disturbs us inasmuch as the outcome-givers announce their decisions in the way that people talk outside these special settings and such "*popular justification*" is ignored in the Reviews, which are contingent on such pronouncements ; we feel obliged to attend to such hiatus. We feel that we may not have understood the Reports, and that the Reviews, which are probably not intended for us, may therefore mislead us.

In shifting focus from legal inter-textualism to such "*folk-talk*" and its structural relations with the outcomes, we are aware that this may involve a shift of paradigm. Insofar as these items, "*folk-talk*", rather than the "*legal*" discourse are the foundation and organising mode of the outcomes, general as well as specific to the dispute, we believe that such effort is necessary.

In approaching this puzzle we may be guided a little by a previous foray into "*popular justification*" : into the latent assumption that the outcomes need to be expressed in a manner which placates, allays, appeals or soothes those outsiders who have responded to the invitation to express their dispute in this ins-

titutional setting, or the curious, or persons similarly affected to the disputants.

In that excursion (3) I possibly discovered two useful generalisations. First, popular justification, tropes, figurative language is primarily a persuasive rather than descriptive device. Second, that such clusters of usage have specificity, that is that they are bounded by the context of the dispute outcome in which they occur ; for example : if sun-like attributes regularly occur in relation to the outcomes on the powers of chieftans, we should not expect further solar language in relation to say cattle-herders, or if that did occur we could infer some analogical relationship between chief and tribe and herder and cattle.

There is another preliminary to be noted before we should approach our subject-matter too closely. One observes that the 76 "cases" under consideration in "Law Reports" form only 4,9 % of the actual outcomes of these disputes ; further those 1556 outcomes are themselves a minority of the original disputes entering the preliminary rituals, and these in their turn are a small proportion of the disputes, grudges and settlements occurring elsewhere (4).

One therefore concludes, and the "Law Report" items certainly confirm this, that these items are somewhat pathological and may have amongst their functions the delineation of boundaries in society on how society is to conceptualise problematic phenomena and what official moral stance is to be taken towards them - quite apart from providing an outcome to the actual disputants. For example, the outcome-givers might have to respond to the issue of whether a "person" included a dead person, or a woman (5). We call this the "hegemonic function".

Before we consider these boundary testing, or rather creating, outcomes, I shall display the relevant "folk-talk" encountered amongst the 76 Law Reports :

1. *"He was asked by the Tribunal what the nature of the memorandum was. He was asked in more general terms by the Chairman in the form 'in which pigeon-hole should it be put ?', the metaphor being used to avoid any technical terms ... If we put the matter colour-*

fully : the scheme was a gift horse and although we are told not to look gift horses in the mouth, apparently the union were successful in doing so and achieving some improvements to the state of the horses' teeth." (6)

2. "In this field sauce for the goose is sauce for the gander." (7)

3. "Provide equal opportunity merely in the sense of the fabled offer of milk to the stork and the fox... provided that the vessel in which the milk is proffered be one all seekers can use." (8)

4. "When the fox who was invited to dine with the crane complained that he could not get his nose into the tall neck of the flagon in which the milk was served, it was small comfort to be told by the crane that it suited **his** bill and neck very nicely ..." (9)

5. "... the Tribunal wished to say that the scheme of anti-discrimination legislation involved casting a wide net ... But it was wrong to assume that because the net was wide the catch would necessarily be large ... the shock to British industry and national and local government if they had to face a shoal of claims ..." (10)

6. "What is sauce for the goose is sauce for the gander." (11)

7. "... the man filled a protective role. He was a watchdog ready to bark and scare off intruders ... He may have been a small nervous man, who could not say 'boo to a goose'. She may have been as fierce and formidable as a battle-axe." (12)

8. "... the Sex Discrimination Act 1975 comes in like a lion. It commands us to treat men and women just the same ... What is sauce for the goose is sauce for the gander - nowadays." (13)

I should reiterate here that these Law Reports exhibit other examples of figurative language, some of them complex but they have their own specificities in relation to given contexts (14).

What are the **differences** between these various figures ? They are not individually all metaphors or

fables or proverbs. Neither are they individually all avine, equine, canine or piscine references. At this stage we can limit ourselves to noting their zoological unity. Further it looks as if that unity is related to a specific context which has some relation to some "equality" between the "sexes".

If this unity is not presumed to be the result of pure chance, we shall at some stage have to construct a function for it, a meaning. At this stage we have too little information to do so because we know so little about the context in which these zoological signals are issued. We shall also have to make a methodological assumption, the assumption of connection : that they are connected messages and that although they operate at different levels and are ambiguously organised, that they follow a precise design and that the devices in one message exert contextual pressure on the devices in all the others (15). This does not seem to be too risky : all the utterances occur in outcome statements to the same Documents of Invitation (16) and there is considerable inter-connection of the type we called "*legal inter-textualism*" within them.

It is also clear from the Documents of Invitation that the disputes relate to the concept of "*pay*", which seems to be intimately connected with the concepts of "*work*" and "*employment*". We also note empirically that although the second Document of Invitation refers to "*sex*" nearly all the outcomes are initiated by "*women*" and that the majority of decision-makers in the lower "*tribunals*" are men as are the totality in the higher "*tribunals*". We also note that the initiators are successful in half the disputes that enter the Law Reports, regardless of gender, method of presentation, or (generally) the particular decision-makers. This contrasts strikingly with those not so reported where the initiators are successful much less frequently (17). We attribute this to visibility (18).

It is clear now that we have some primary categories to relate to the zoological figures, such as "*woman*", "*work*" and inferentially not-woman and not-work. Given what was stated earlier about boundary setting and constitution, we should not be surprised that some

of the outcomes attended to these phenomena, imposing institutional closure on what must be socially problematic since the pathological event of "Law Report" outcome had been achieved. Let us see now how these phenomena were constituted in the Reports.

I. What is a woman ?

The "*liminal*" (19) Report of **White v British Sugar Corp.** (20) concerned a person registered at birth as Deborah Susan White. "*She*" had considered herself a male transsexual from the age of 8 years. Her "*condition*" was not medically operable. She had changed her name by Deed Poll to Edwynn Anzac White ; she dressed as a male and had obtained National Health Service registration in her "*male*" name, also a Driving Licence.

She had obtained employment as a male in all male group with special working conditions ; it was here that the dispute had arisen.

"There was a cloud of mystery round the situation and the respondents could not obtain a clear answer from the Dept. of Employment as to the applicant's sex..."

*"... the laws of this country and the Sex Discrimination Act in particular envisage only two sexes... The current edition of the **Shorter Oxford Dictionary** defines male as ... the sex which begets offspring or performs the fecundating function. The same dictionary defines female as ... the sex which bears offspring ... Accordingly despite the heart felt plea of the applicant to be regarded and treated as a man for all purposes and the supporting contentions of ... the respondents ... the applicant was a woman".*

The justification

The decision expressly negates the possibility of gender classification being negotiable situationally. It expressly bases itself on a high status academic source of semantic equivalence. This in turn defines woman objectively as a biological entity capable of reproduction differentiated from the male in its passive

receptacle nature (this will be developed further in due course).

Implicitly a number of alternative methods of construction are negated or marginalised, primarily subjective definitions. Ironically, other "academic" sources were not referred to : more complex and problematic semantic indices such as the "scientific" discourse of encyclopaedias, nor relativistic and marginal discourses such as psychology, sociology or anthropology.

II. When is a woman a non-woman ?

Paradoxically, when a woman fulfils the reproductive function her status changes in relation to equality at work :

*"When she is pregnant a woman is no longer a woman. She is a woman, as the **Authorised Version of the Bible** puts it, with child, and there is no masculine equivalent."* (21)

Justification

The potential problems for legitimation - internalisation by potential audiences of outcomes - in decision-bodies dominated by men and receiving the preponderance of its disputes from women, has been alluded to above. In one case only was the sexual composition of the tribunal referred to as a legitimating device :

"One of our number is a widely recognised expert in this field. She has no doubt at all that the men ought to succeed here and this is a great comfort to the two male members ... who would not wish to be regarded as chauvinistic or prejudiced in their approach." (22)

In the case of the pregnant worker the unique event occurred of the female tribunal sideperson dissenting. She postulated pregnancy as "*a female condition - as distinct from other medical conditions*".

It can be seen that this conflict is expressed in contrasting discourses : the majority in terms of theological revelation, the dissent in terms of naturalism

with scientific classification bracketted out. A later case has followed this dissenting judgment, but by analogy with sickness (23).

From the perspective of this paper what is salient is the implicit category division between production and reproduction and the location of female essence within the latter division.

III. When is a Consumer a Producer ?

One dispute outcome can be read to settle that women may actively purchase alcohol in a special place of public resort and consume it at the point of sale rather than as required by the seller, passively seated away from that point, that area being referred to as the (former) "*male preserve*", a term normally applied to the territory of wild animals (24).

However the outcome is more particularistic than expressed above. The women purchasers were journalists and the place in dispute was the best known resort for journalists seeking to obtain and exchange information and contacts. A later Report supports this categorisation of these women as workers rather than consumers (25).

IV. When is Work, Play ?

an ancient activity often subject to mass consumption spectable by paying observers is known as wrestling. An exotic contemporary form involves women professional wrestlers. Again the issue of the active female is relevant. There have been two disputed outcomes. In both cases the women were unsuccessful (26).

V. When does Work end and Leisure begin ?

The proverb of "*What is sauce for the goose is sauce for the gander*" appeared in tribunals at different levels in the hierarchy in a dispute where a man complained that women workers always left the workplace

5 minutes before their male colleagues at the instigation of the management. This claim failed. As the proverb indicates, equality (within the limits set) is to be enforced at work, but outside of employed work, as defined, other values may operate.

The decision-makers chose to demonstrate the cleavage they perceived between the standard of conduct towards women by men outside the boundary of work :

"It is not discrimination for mankind to treat womankind with the courtesy and chivalry which we have been taught is the right conduct in our society ... every instinct of chivalry and commonsense ... cling to commonsense." (27)

We may note here the contradiction between *"instinct"* and *"we have been taught"* and the tension between both of them and *"commonsense"*. This may be a rhetorical device of simultaneous combination of instinct and social conditioning and experiential learning. In addition the words *"courtesy"* and *"chivalry"* orientate to the past, and the tradition of feudal values : habit. I shall return to the past and feudal virtues below.

VI. Activity versus Passivity

We have already referred to some characterised attributes of gender ; the watchdog protective role of the man in one case ; the passive receptacle reproductive role of the woman in the transexual case ; in the two wrestling cases the categorisation problem which the claimants were unable to surmount was their activity in a situation defined as non-work. There are other examples from other contexts.

For example a wife's long-term sexual inertia is grounds for dissolution of marriage, whereas such inertia in the husband is not sufficient to prompt dissolution (28). The paradox is that the female's closed inertia denies the marriage role of open receptacle, whereas the male's inertia exemplifies choice as activity and does not threaten the female's receptacle role. The converse is also to be found. In the European Court of Justice it was decided that a man who terminates his worker role to look after the baby whilst

his wife takes on the worker role, may not claim paternity benefit from the state (29). It should be stressed that these existential leaps are not always made in secure confidence. Polluted or mixed categories may be difficult to handle, especially as the decision maker's role-performance requires a Zero/Sum solution (30). This rigid classification has recently been modified. A superior court reversed a lower decision-maker who had said :

"As a matter of public policy he was simply not going to countenance a father's duty to his (4 year old) son before his duty to society to seek remunerative employment ... a father should not be awarded his child if that interfered with his earning capacity ..." (The mother had been absent for 2 years) (31).

Women, Non-Work and Narcissism

The preceding sections can serve as an introduction to the following generalisation : receptivity and passivity are constitutive of "natural" woman as potential reproducer in contrast to producer. Outside of " w o r k " different, traditional, conceptions and accompanying values are to continue. This is clarified in one Report in particular :

"In the workplace the Sex Discrimination Act comes in like a lion. It commands us to treat men and women just the same".

The justification in this outcome commenced :

"A woman's hair is her crowning glory, so it is said... Now, Mr. Jeremiah has little regard for chivalry or for the women's hair-does... women, who are more concerned with and devote more time and attention to their personal appearances." (32)

There are a number of points to elicit here. First the command metaphor for the invitation document ; this imperious creature, the lion, is active, wild, male and part of nature. Woman is contrasted to this, being correlated with past, feudal attributes : crowns, glory, chivalry. She is also designated as inherently narcissistic.

Linear Binary Oppositions

The zero/sum role performance of the decision-makers could be considered to be the structural cause of the oppositional cleavages so consistently demonstrated by these examples. However, there are few signs of discomfort or strain even when consciousness of the potential for dissent exists ; the homogeneity of the decision-makers may also be relevant, an homogeneity of age and class rather than gender (33).

However the ease which these polarised classifications are generated and their commonsense, matter of fact, topic justification should not divert us from their formal relations.

If we tabulate the oppositions generated we can begin such analysis :

Female	Male
Reproduction	Production
Consumption	Production
Leisure	Work
Play	Work
Passive	Active
Past (Chivalry)	Present (Equality)

1. The male line is heavily characterized by synonymy : production / production / work / work, whereas the female oppositional counterparts are analytically separable. Even play and leisure are distinguishable, although "play" may be subsumed within the higher level "leisure". All these female oppositions and distinctions are made semantically **dependent** on their unified male counterparts.

One should add that the world-view built up from these linguistic elements is decidedly ethnocentric. This paper is to be translated into French ; can it be done ? will the gender attachments to the French concept nouns be irritant ?

2. The oppositions as stated are in any event problematic despite the institutional closure we have witnessed ; for example, it is again blatantly culture bound. The

conceptual splits between production and reproduction and work and leisure are by no means to be taken for granted historically or empirically, despite their linguistic separation. Besides, one cannot ignore the irony that these divisions have been constituted precisely because they are contested. Further, the justificatory devices for achieving closure may be weak as they may assume an universal, homogeneous, male, past orientated audience.

3. The constitutive totality produced by these interconnected outcomes and messages involves a massive contradiction. On the one hand we have contemporary society where the female worker - once she has gained access to non-segmented work - will be treated equally, subject to the limitations of the Invitation Documents themselves, such as rules of procedure, evidence and sanctions. There is less space for :

"The man filled a protective role. He was a watchdog ready to bark and scare off intruders ... He may have been a small, nervous man, who could not say 'boo to a goose'. She may have been as fierce and as formidable as a battle-axe" (33).

However simultaneously woman as worker is separated from "woman as woman" in which roles a contrasting set of perceptions and values are applied. Her totality is dichotomised woman.

4. We can note that this achievement cannot occur in vacuo. Just as the Invitation Documents are concerned with work so, necessarily, non-work must be defined. Similarly despite the energy and emphasis on defining the female, a shadowy attenuated male counterpart emerges in contrast. He is defined by repetitive synonymity as producer-producer-worker-worker. Against dichotomised woman is pitted one-dimensional man.

The Levels of Conceptualisation

We have seen how the outcomes classify and subclassify dichotomously, enabling us to build chains

of binary oppositions in Levy-Straussian style. These classification chains can be given a particular order or level of significance. The primary level is gender whereby humans are classified by sexual attributes. There follows a level of role classification in relation to gender, which as we have seen is more highly calibrated for women. The third level is of role-attribution ; it is at this level that the dichotomisation of woman appears. There are hints of deeper, broader levels. In particular in the pregnancy case the conflict between the majority sacred justification of separate classification for the pregnant and the implicit profane classification of woman simpliciter. The dissentient opinion in that case rejected the division by subsuming woman under Nature and instead sub-divided the mode of classification, "*other, medical*" as rooted in Culture.

I shall now argue that there is a fourth level which is manifest as language but latent as to function and that this level of Mediation not only serves to blur the tensions and contradictions between the classifications and levels described but links them into the most basic level of human evaluation.

The function of the zoological tropes

We have left our various livestock unattended for long enough. What are they doing in these Reports ? My working assumption is that they inter-connect not only with each other but with the other symbolic utterances contained in the series of Reports surveyed above. I have argued above that there is a zoological unity in the various tropes. I now argue that there is a further unity. All these creatures may exist in a "*wild*" state but equally they all may be "*tame*" or "*tamed*" in the broad sense of reduction to domestication or other human control. Thus, fish may be farmed or caught and eaten ; the pigeon has a special place as a messenger and domestic bird ; dogs, horses, geese may all be wild or tame ; watchdogs are obviously an oscillating category. The stork in sentimental British culture is the harbinger of pregnancy and makes its home on our homes, its eggs incubated as much by our smoke as by itself. Even the fox has its unique

niche in our culture in its seasonal, ritualised pursuit of death by a special breed of segregated domestic dogs followed and witnessed by persons on horses. These zoological tropes then are united in their ambivalence, their oscillation between "wild" and "tame" and thence between "Nature" and "Culture". They provide the mediation vehicle not only between the tensions, polarities and contradictions analysed above but as a bridge between them and the overarching gestalt dichotomy of those equally ambiguous oppositions of Nature and Culture, so often buttressed by their attributes of the sacred and profane, which hold together this (and other) constitutive configurations at the highest level of abstraction (35).

Level	Concept	Classification	
I	Gender	Female	Male
II	Role	Reproduction Consumption Leisure Play	Production Production Work Work
III	Attributes	Passive Chivalry (Feudal)	Active Equality (Democratic)
IV	Mediational	Wild	Tame
V	Metaphysical	Nature	Culture

FOOTNOTES

- (1) pp. 203-227 in D. Carzo and B.S. Jackson eds. "Semiotics, Law and Social Science", *Gangemi and Liverpool Law Review* (1985).
- (2) On visiting some of these institutions - those higher in their hierarchy - we perceive the outcome deliverers to be cultists. We are not clear on the semantics of their costume as yet, though we observe reactive deference to this garb. At this stage we note ethnographically an outer costume of woven worm web and a head covering of horse hair. But this is superficial as there are many other levels of symbolism to inter-relate ; for example the hair is white, the costume red. This needs further examination.
- (3) "Hierarchies of Metaphor in Judicial Decisions". Paper given at the Semiotic Society of America, Symposium on the Semiotics of Law, Snowbird, Utah 1983, appearing in a special edition of *Semiotica* 1985/86.
- (4) See J. Gregory, *New Statesman* 3/7/1981, A. Sedley *Legal Action* 1 (1984) 9 TA, K. Harrison, *The Lawyer*, 12 (1983) 13, and C. Graham and N. Lewis, "The Role of ACAS Conciliation in Equal Pay and Sex Discrimination Cases" (1985) Equal Opportunities Commission. P. Kahn, ch. 4 in S. Edwards ed., "Gender, sex and the law" (1985).
- (5) **Bourne v Norwich Crematorium** (1967) 2 ALL ER 576, 578 ; **Evans v Ewels** (1972) 2 ALL ER 22 ; **Whitely v Chappell** (1868) LR4QB 147 ; A. Sachs and J.H. Wilson, *Sexism and the Law*, Martin Robertson (1979).
- (6) **Turton v MacGregor Wallcoverings Ltd.** (1977) IRLR 249, 250, I.T.
- (7) **Peake v Automotive Products Ltd.** (1977) 2 WLR 751 EAT.
- (8) **Steel v Union of Post Office Workers** (1978) 1 WLR 64 EAT.
- (9) **Sun Alliance Insurance Co. Ltd. v Dudman** (1978) ICR 551, 556 EAT.
- (10) **Home Office v Holmes** (1984) IRLR 299 EAT.
- (11) **Peake v Automotive Products Ltd.** (1977) 3 WLR 853 C.A.
- (12) **Shields v E. Coomes (Holdings) Ltd.** (1978) 1 WLR 1408, 1419 C.A.

- (13) **Ministry of Defence v Jeremiah** (1979) 3 WLR 857, 863 C.A.
- (14) E.g. The effect of adherence by the U.K. to the Treaty of Rome and EEC membership : **Worringham v Lloyd's Bank Ltd.** (1979) ICR 174 EAT ; **Shields v E. Coomes Holdings Ltd.**, op. cit., 1416 ; or the jurisdiction of the legal procedure of Discovery of Documents in relation to confidential material : **Science Research Council v Nasse** (1978) 3 WLR 754, 767-8 C.A.
- (15) U. Eco, "A Theory of Semiotics", Bloomington, Indiana University Press, 1976, 232-238.
- (16) Equal Pay Act 1970 ; Sex Discrimination Act 1975 ; Article 119 Treaty of Rome.
- (17) Decline from 29 % in 1976 to 19 % in 1980.
- (18) See K. Bell on success rates in Supplementary Benefit Appeal Tribunals in relation to degree of participation : Research Study on SBATs, (DHSS, HMSO) (1975) p. 15 ; R. Lawrence, "Tribunal Representation" NACAB (1980) T2.2.
- (19) V. Turner, The Forest of Symbols : Aspects of Ndemba Ritual, Ithaca, Cornell University Press 1967.
- (20) (1977) IRLR 121. See generally K. O'Donovan Ch. .1 in S. Edwards op. cit.
- (21) **Turley v Alders' Department Stores Ltd.** (1980) ICR 66, 70-71, EAT. See generally J. Mayhew, Ch. 5 in S. Edwards ed. op. cit.
- (22) **Hebbes v Rank Precision Industries Ltd.** (1978) ICR 489, 494.
- (23) **Hayes v Malleable Working Men's Club** (1985) The Times 19/6 (E.A.T.) per Waite J.
- (24) **Gill v El Vino** (1983) 2 WLR 155 C.A.
- (25) **Brennan v J.H. Dewhurst Ltd.** (1984) ICR 52.
- (26) **Greater London Council v Farrar** (1980) 1 WLR 608 EAT ; **British Judo Association v Petty** (1981) ICR 660 EAT.
- (27) **Peake v Automotive Products Ltd.** (1977) 3 WLR 843, 858 C.A.
- (28) **B v R** (1965) 2 ALL ER 263, CA ; **P v P** (1964) 3 ALL ER 919 ; **P(D) v P(J)** (1965) 2 ALL ER 456 ; **Butterworth v Butterworth**, Daily Telegraph 19/5/1979.
- (29) **Hoffmann v Barner Ersatskasse** 184/83, The Times 24/7/1984.
- (30) "Recognising that amphibious creatures are highly vulnerable, we should prefer to moor ourselves to the rock of superior authority!"

Worringham v Lloyd's Bank supra.

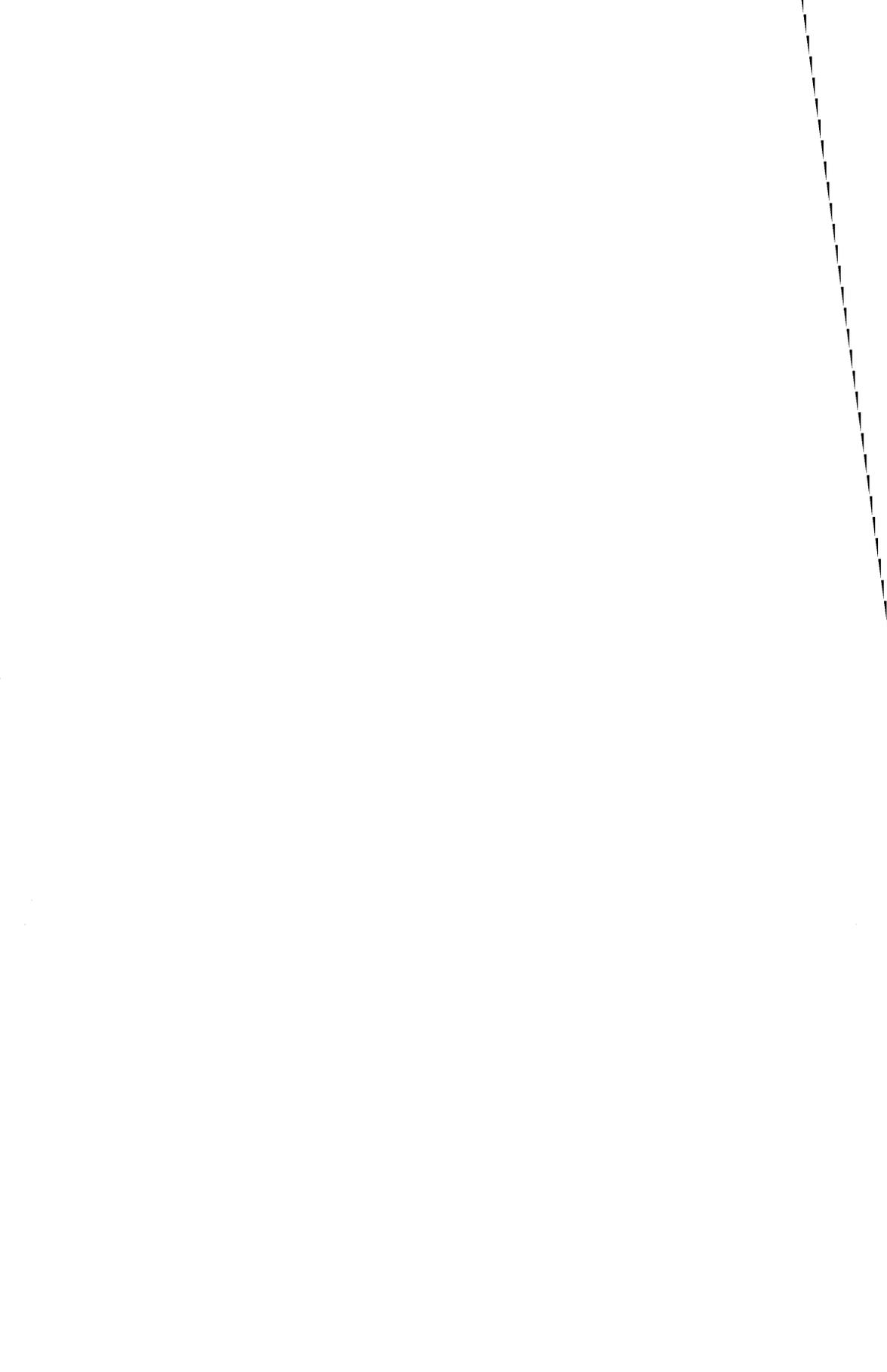
(31) **B v B**, The Times 3/8/1984.

(32) **Ministry of Defence v Jeremiah** supra.

(33) On the psychological aspects of binary oppositions and transformations see P. Robertshaw 2 Liverpool Law Review (1980) 31, 37-43.

(34) **Worringham v Lloyd's Bank** supra.

(35) See generally B.S. Turner, "The Body and Society" Basil Blackwell (1984).



TOWARD A GLOBAL PERSPECTIVE ON LEGAL SEMIOTICS

By
Roberta KEVELSON

*Program for Semiotic Research in Law,
Economics and Government
The Pennsylvania State University - Berks*

The paper initially drafted for presentation at this Colloquium focused primarily on the evolving meaning of the concept of Contract in law, on the changing function of Contract throughout the history of legal systems in western civilizations, and, finally, on the alleged "*death of contract*" in twentieth century law in the United States' tradition of Common Law (1). Contract, in both theory and praxis, is regarded from the point of view of legal semiotics as a referent sign, or Interpretant in Charles Peirce's terminology. In Common Law as we know the concept of contract is closely related to the ideas of legal cause and consideration (2) - a topic introduced in an earlier paper (Kevelson, 1984). This paper, then, was intended to carry forward the major conclusion of my earlier investigation of contract and causation in law. In the first section this paper would have drawn parallels between, on the one hand, the dialogic, contractual basis of semiotic processes as now currently accepted in general by the community of semiotic researchers (3), and on the other hand, the central notion of the Contract to legal systems throughout the Western world, and, indeed, the basis of civil law on a more global scale. It is now a virtual commonplace among semioticians that semiosis as a structure of exchange, transaction, and contractual agreement between interacting parties implies that value, or signs of value in money, words, gesture, or any system of commodity whatsoever,

acquires a "*working*" or functional valuation through mutual consent ; such a given sign is to be regarded as representing some assignable meaning and transactable value (4). The assumption from which this proposed paper was to have developed was that the legal contract may justifiably be regarded as the prototypical structure of exchange in general, and further, may be understood as the quintessential, symbolic structure of all other semiotic processes and events.

The second part of this paper was to have developed the concept of legal cause, and would have concluded in an open-ended manner by showing that cause in law corresponds in significant ways to the concept of authority and its function in any discourse, or system of discourse. If, as we find, the notion of legal cause has become, in the twentieth century, multiply ambiguous, it is no less ambiguous than the concept of authority in the modern world (5). Together with the predominant admission among scholars in all fields of inquiry today that Absolutes may be useful but only provisionally True, has come the realization that the conceivable universe may no longer be represented as a closed system, nor even as an open system, but, rather as a "*motion-picture system*" in which both the system and its referent frames of authority are moving and changing both in relation to one another simultaneous with their respective motion and change in relation with other so-called possible worlds (6). This was not to have been a discussion on current theory of possible worlds ; but my point was to have emphasized that as the notion of Truth and Absoluteness has evolved to a working hypothesis in modern thought, at the same time the once venerable "*authority of the precedent*" in law has, in a similar fashion, become open to question and to doubt, and through the semiotic process of developing ideas or Interpretant Signs has become susceptible of revision and revocation.

As I have tried to show elsewhere, Peirce's semiotics and his pragmatic method are the major influence on Legal Realism in the United States (7). Among the two main characteristics of Legal Realism are

- 1) "*the conception of law in flux, of moving law,*

and of judicial creation of law", and

2) *"the conception of society in flux, and in flux typically faster than the law, so that the probability is always given that any portion of law needs reexamination to determine how far it fits the society it purports to serve"*, (Llewellyn, 1962 (1931) 54-70).

The permeation of Peirce's semiotic theory and method into what has been called the most revolutionary development of law in the United States is, indeed, an important topic for a more comprehensive study than I have attempted to present in earlier, more introductory papers (8). The underlying structure of contract and the shifting meaning of the use of Authority and Case in law are no less important, as I have also suggested elsewhere. But in reconsidering what the predominant focus of this paper should most appropriately be for this Colloquium, it would seem that the greater interest would lie, not so much in a culture-specific study of the adaptation of Peirce's semiotics to a particular *"school of law"*, but, rather, in the kinds of correlations we want to establish between our various approaches to this emerging, exciting field of legal semiotics.

legal realism, as a movement or a school, has eluded any single definitive concept and description, but has been recognized by Llewellyn and others as a trend, a tendency to converge on certain principal issues which, it is said, characterize legal realism and distinguish it from other approaches to the law. Llewellyn refers to this general movement as a *"ferment"* of interest, in which there is agreement on the wish to see law as concerned not with words only, but with people, with changing environments, with emerging social values. We *"want to check ideas, and rules, and formulas by facts... They view rules, they view laws, as means to ends..."* or, as means-as-ends in the service of the larger, dynamic semiosis of human society (Llewellyn (1931a) 1962 ; 42-44).

May we not, in comparable fashion, regard this venture into Legal Semiotics as a movement, also? (9) The most challenging aspect of our project at this time is not so much to draw hard definitions of legal

semiotics, but rather **to distinguish the method and perspective of legal semiotics** from other, older and more traditional approaches to the law. At such an early and formative stage of this growing field of legal semiotics an inclusiveness, rather than exclusiveness, should be stressed. Eclecticism may also, with qualifications, be encouraged insofar as the inquirer's free choice of materials and content of investigation does not negate nor compromise in any way the goal of systematic representation of all aspects of legal theory and practice from the special point of view of general semiotics.

The purpose in organizing this most timely colloquium on law and semiotics is to open up the more general problems at first, and begin to see these problems as central to all our mutual concerns with legal semiotics.

Thus this revised paper which I have the honor and pleasure of sharing at this meeting will try, initially, to point the areas of our commonality, as I see them. Secondly, it deliberately attempts to perceive relationships between, on the one hand, the legal system which is each one of ours, respectively, ours by a kind of inheritance or windfall, i.e., of chance and circumstance, and that which becomes each of ours, respectively, ours through interest, concern, and hard learning.

From a Peircean point of view, then, which is mine both by choice and to some degree by the accidents of birth, may I propose that we begin with our own experience, with those unavoidable "*prejudices*" as Peirce calls them, which provide a ground and point of departure for further exploration, and move ever closer to more central, more universal positions from which future studies of both a comparative and a specific nature may grow.

It is already apparent to us all that the term, Legal Semiotics, is like a generic term covering an enormous variety of legal structures and systems. Both synchronic and diachronic analyses of legal systems are much needed, such that a comparative approach to legal semiotics may include the multiple subsystems

of law which co-exist at any given time within any given culture and which, together, comprise that network of law which, abstractly, we call the Legal System of a given society (Friedman, 1975). Another area which can be identified but which still lacks even basic information and analysis might be the structure of contradiction between equity and justice since ancient law from the contrastive perspectives of an Aristotle or a Plato to the present day. Or, the materialistic basis for contract which derives from the Stoics and which, to this day, remains controversial, involving in current literature the admixture of morals, ethical positions and creeds, in the judicial attitudes toward the facts of a contract case in court (10).

And should we not also regard from the point of semiotics the dichotomy between legitimacy and legality, i.e., between legal orders and legal systems? This work also needs close attention. All of legal semiosis may be correctly understood as a legal discourse, as Professors Greimas and Landowski postulated in seminal work, 1970 (Greimas, 1976 : 79-128) (11). In the sense of their important and early work, a legal argument is prototypical of ordinary arguments, and is thus a predominantly symbolic sign according to Peirce's theory of signs and sign-systems (Toulmin, 1958). Within this frame of inquiry the question arises as to which is the predominant logical structure of legal discourse - deontic, as claimed by von Wright and others, or erotetic as is otherwise argued (Kelson, 1981).

We need also to inquire into the relation between the way a textual code may be said to correspond with a legal code ; but this is a particularly difficult task, for we need to look closely into the function of legal codes in not one, but in a number of legal systems. For example, if one assumes that a legal code is, as has been traditionally claimed, a "*mirror of society*" (12), are we then to understand the legal code as an iconic mode of sign representation which resembles, or replicates its referent? A mirror-image is such a replication ; but, as Peirce convincingly argues, any sign which has a predominantly iconic

function need not resemble its object ; indeed it should not ; it represents its object as a **verisimilitude**, i.e., as an interpretation of its referent object (13). This interpretation, or Immediate Interpretant sign **makes present** the object of inquiry by showing it in terms of its spatial relationships, e.g., as map, model, diagram, image, etc., or even as a formulatic, axiomatic, equation-al structure which is not intended to state a truth, but **is** intended to show equivalences between relates which, for the purpose at hand, may act as symbols of what has been and can be used as Truths or points of reference (Kevelson, **Charles S. Peirce's Method of Methods**, forthcoming 1986).

From this perspective the imposition of one legal code upon another, e.g., through conquest or in societies which sustain dual legal systems, opens up a fresh field for researchers in legal semiotics. Such was the point of view of Kevelson, 1977, where a legal system in the process of transition was examined from the perspective of semiotics ; here, too, in a complex manner, the system of a society in flux with respect to its nonlegal institutions, e.g. economic, political, familial, artistic, etc., may be brought into a more comprehensive system with a legal system undergoing radical change and transformation.

One could continue developing a possible classificatory schema for "*legal system*" - one which would have "*fuzzy boundaries*" and which would, as any constructed system of types, tokens and topics, be open to change and revision. This is a task before us, as is the task of evaluating current literature which is specifically and intentionally written from the point of view of legal semiotics, together with the vast, untapped source of material which was **not** written from a semiotics perspective but which, nevertheless, may count as invaluable for continuing research in legal semiotics.

This latter task requires, at least initially, less commentary than identification. In other words, a Quality which we might call for our purposes here, a "*primitive notion*" in legal semiotics, needs to be abstracted from its usual ground and lifted from that ground so that one may evolve it, in Peirce's sense,

from Quality to Fact to semiotic Representation, thereby making it available for systematic semiotic analysis. As we recall, this process of **prescinding** or abstracting Qualities from their customary ground, evolving a Quality to a Fact or judgment which is based on the "*contractual*" agreement of at least two members of a community of inquirers, is that which is agreed to be this and not that is the equivalent, in science, of an "*observable*". The Fact is followed by the representation which is given a name and thus becomes eligible to be included among the signs of verbal and logical discourse. This whole process, Peirce says is what he means by Phenomenology - not to be confused with Husserl's phenomenology, nor with Hegel's ; this Phenomenology, or Phaneroscopy (as Peirce later refers to this process) is preliminary to all semiotic inquiry (Kevelson 1983) (14).

It is critical, also, that we who are concerned with Legal Semiotics should distinguish a Legal Hermeneutics, or Sign Interpretation, from the ongoing mainstream discussion on phenomenology and hermeneutics which has stirred up much interest both on the Continent and in the United States. Of course there are overlappings ; but the **differences** need to be identified and discussed.

Paramount among our tasks in the near future is the need to distinguish our concern with law from the various concerns with law which are **not** semiotically-oriented. E.g., how do we contrast and compare any set of given topics in legal philosophy, in jurisprudence, in actual legal practice. Here again, there are some basic differences between the approach to the study of law in general in the United States and in Europe. As a rule, legal philosophy is taught and studied within the liberal arts framework of the university in the United States, and jurisprudence, badly neglected, is part of the law school curriculum. In Europe, as I understand, little distinction is made between philosophy of law and jurisprudence, and the persons principally involved in this study are usually trained in the practice of law and are members of law school faculties. Without carefully distinguishing between these frames of reference, legal semiotics

runs the risk of initially confusing and confounding its own special point of view. This confusion becomes even more complicated when we intend that our research in various areas of legal semiotics should cut across all national boundaries and achieve a global significance.

Among some of the questions which will inevitably arise, for example, are those that touch on the relationship between structural and semiotic approaches to law. For some purposes a close distinction is relatively unimportant ; for others it is crucial. Certainly one must speak of constructions in a predominantly semiotic approach ; certainly also, one is concerned with sign-relations and sign-systems in predominantly structural approaches. If we assume the responsibility of clarifying for newcomers to this field the appropriate domain of legal semiotics, the historical and philosophical distinctions need to be painstakingly made and brought into the paradigmatic base of our inquiry. In very recent years, both in the United States and on the Continent, various articles have appeared in the professional law journals which introduce structuralism and semiotics in the study of law as nearly indistinguishable terms. By contrast, there are a number of papers which have been published in American journals in the past decade or so which specifically show the influence of Peirce's semiotics and pragmatism on the law in the United States, e.g., papers focusing on Oliver Wendell Holmes' contribution to Legal Pragmatism, Legal Realism, Legal Instrumentalism, trace his ideas to his direct contact with Peirce and with Dewey. Perhaps the earliest paper of this kind was Fisch's 1942 paper on the predictive theory in law ; the most recent, to my knowledge, was Kevelson, 1984 (15).

Thus two major trends need to be identified and compared : the one is Saussurean-based, and characterizes much of the early semiotic work in the United States which is of a closed-system or closed-structure nature ; the other is that which emanates from Peirce's philosophy of signs and which has found its way across the Atlantic in a number of important ways, with important consequences in each case.

Of these transatlantic Peircean crossings I will mention but two : the first is related to the emergence of a Legal Realism in Sweden in the 1930's (Olivecrona 1962) (16). There is much speculation but no hard evidence that Peirce's writings were known to the proponents of a Scandinavian Legal Realism which, in its fundamental ways, stressed the dialogic responsiveness of a changing legal system to a society in flux ; the second major impact of Peircean semiotics on European law occurs much earlier, just a few years prior to when Justice Holmes takes his place on the United States Supreme Court, and a few years prior to Peirce's major revisions of his semiotic logic. This Peircean influence on Geny's **Method**... occurs before the turn of the century, in 1899. I have written elsewhere of Peirce's influence as catalytic on Geny's thought although there is but scant evidence that Geny had directly read Peirce's writings (17). Yet, he knew of them, and expressed his indebtedness, according to Cairns (194). As noted in Kevelson (1980 : 241-254) : *"In contesting the then prevailing notion that laws are fixed and eternal ... Geny's view, now strongly supported on both the Continent and in English and American legal systems, is that the judge not only must consider himself as an 'ideal legislator' and act as a legislator might if confronted by actual, changing circumstances, but it is the social and cultural values which are hypothesized, and which function as the leading premise in free judicial decision. In other words, it is not the statute which is the antecedent ... but it is the **consequence of a legal decision** - the custom and value of a society - which is taken hypothetically as the primary assumption in the process of judicial interpretation, definition and decision-making"* (Kevelson 1980 : 243).

W. Friedmann, referring to Geny's **Method** *d'interprétation et sources en droit privé positif* (English trans., J. Mayda, 1963) says that *"From very different premisses, English and American jurists came to conclusions not very different from those of the Continental jurists and legislators..."* (1959 : 24-25) (18).

Geny's major contributions to French law have been especially consulted by Realists in the Holmesian

and Peircean pragmatic traditions of thought. For example, Pound's *The System of Law*, in **The Outlines of Jurisprudence** (1920) 1943, points perhaps for the first time in American jurisprudence to Geny as one of the most valuable Continental legal thinkers. Llewellyn, in commenting on Pound's discussion of Geny's **Science et Technique**, notes that not only in this cited work, but especially in the **Method**, Geny performs the "*most magnificent single job that has ever been done of mediating, by way of a single, simply formulated, way of work ... between any ideal, and any authoritative text...*" (Llewellyn (1960) 1963 : 499-500). Llewellyn suggests, by the term **mediating** that Geny himself is a sign, a sign in the evolving understanding of the relationship between law and society. Llewellyn goes on to say that Geny's contribution is not only a work of intellectual genius, but it is "*also lawyering, it puts jurisprudence to work, for anybody*". It is to Roscoe Pound's great credit, Llewellyn notes, that he has "*sniffed out*" this greatness in Geny which, except for Cardozo, has been for too long neglected, or even missed (19). Elsewhere I discuss the affinity between Geny and the American Legal Realists in more detail. Here it suffices to emphasize one of the major areas in which Continental and American approaches to Legal Semiotics may fruitfully begin to share a commonality in point of view.

My reading of Geny points up, in particular, the corresponding approaches between discovery procedures and interpretation in law in particular and the interpretation of signs, and the logic of discovery in semiotics in general. Further, Geny's work permits us to see sharply how some of the now accepted and customary approaches to semiotic analyses can be linked. For example, Geny suggests the following adaptation of Jakobson's semiotic "*functions*".

The social Context is an interactive function of a legal event, together with the shifting roles of Addresser and Addressee (official and non-official legal actors), the Channel corresponds with the conventional signs of the natural language, the courts and legislative bodies, etc., the Code refers to legal Codes as well as to the technical terms and syntactic structure

of "*law language*", as Greimas and Landowski point out in their analysis of the three levels of law "*language*" - the syntactic, the semantic, and the pragmatic, in the Charles Morris sense, Greimas and Landowski, **Pragmatique et sémiotique**, 1983) (20).

Finally, in closing, I want to reiterate a few of the above-mentioned topics and areas yet to be investigated from the global perspective on legal semiotics, and emphasize that investigation as a semiotic process in itself will reveal new information about our shared concerns with law and will, in fact, make us partners, not in crime - although crime is a worthy topic - but in the investigation of legal semiotics itself. Through a legal semiotics we enter into a relationship as inquirers with our object of inquiry and thus create new dimensions of a universe which, without our efforts, is virtually smaller because less complex and less complicated. E.g., it remains for future colloquia to decide whether illegality is an extension of law, or, whether the legal and the non-legal are, more logically, opposed. An "*illegal semiotics*" might, for example, subsume the whole of legitimacy in its scope. I leave that as an open question, not to be taken entirely seriously ; codes of honor among thieves, for instance, and the underlying structure of anarchic activity might fall under the classification of the "*illegal*", in a legitimate way, so to speak.

In the near future may I suggest that our work in semiotics and law attempt to correspond with the predominant theories and methods of semiotics in general. Perhaps by regarding law as a prototypical system, as suggested above, our efforts may make significant contributions to some of the unresolved problems and the unidentified problems in the current general semiotics literature.

May I also suggest that the following topics be given careful consideration :

- a) Authority in relation to precedential law and statute ;
- b) the desirability of incomplete codes of law, in opposition to the Benthamite position ;

- c) the question of whether legal discourse in its widest sense is based on a deontic logic or on a logic of questions and answers, or, whether there are appropriate circumstances when one rather than the other predominates and is a sign symbolizing a particular aspect of the legal process ;
- d) similarities and differences in concepts of Legal Realism which point up Pierce's direct influence or minimize that influence, e.g., as in the current view which holds that Dewey's pragmatism is more evident in Legal Realism ;
- e) the emphasis on the dynamic process of law ;
- f) enquiry into the role of fiction in legal procedure and the deliberate use of "*constructions*" or legalisms in order to sustain the belief in the contextual society that the law is a stable system (21).

From the diverse points of view of many kinds of legal systems, e.g., Islamic, Judaic, Roman, Civil, Common, etc., how can we account for the following : fact-finding ; testimony ; evidential procedure ; judicial law-making ; interpretation according to system-specific rules for interpretation and free interpretative processes ; discovery and the selection of admissible fact ; the transaction of value between the official legal actors and the general public, etc. These, I suggest, are among our possible topics for further global perspectives on Legal Semiotics.

NOTES AND REFERENCES *

* All references to Peirce's work on semiotic theory and method, where not explicitly stated, are taken from 1) the Collected Papers, 1-8, (eds.) Hartshorne, C., Weiss, P., Burke, A. ; Writings of Charles S. Peirce, 1, 2, (eds.) Fisch, M., Kloesel, Ch. et al ; unpublished manuscripts together with Robin's Annotated Catalogue to the mss.

(1) See Green, Leon, Rationale of Proximate Cause, Kansas City : Vernon Law Book Co. (1927), 132-134 ; see also O.W. Holmes, The Common Law, (ed.) de Howe, Boston : Little Brown Co., (1881) 1963, 200-203. See also Kevelson, Roberta, "Contract and Clause" presented at the Second Symposium on Legal Semiotics, Bloomington, 1984.

(2) See Ackerman, B., Reconstructing American Law, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, on constructing legal values (1984), 6-22 ; 72-104. See also Twining, Wm., Karl Llewellyn and the Realist Movement, London : Weidenfeld (1973).

(3) See Kevelson R., "Peirce's Dialogism and Legal Reasoning", Transactions of the Charles S. Peirce Society, 1982.

(4) Kevelson, R., "Dollar Signs", in Charles S. Peirce's Method of Methods, forthcoming, John Benjamins, 1986 ; see also Simmel, G., The Philosophy of Money, (tr.) T. Bottomore & D. Frisby, Boston : Kegan Paul, (1907) 1978. See also, Hayek, F.A., The Constitution of Liberty, Chicago : Univ. of Chicago Press, on "the new liberalism", (1960) 1978, 174 ff.

(5) See Laski, H.J., Authority in the Modern State, New York : Archon. Laski carries forward the influence on Dewey's pragmatic approach to legal controversy on philosophical hermeneutics in Europe, and especially the views of Gadamer, Beyond Objectivism and Relativism : Science, Hermeneutics and Praxis, Philadelphia : Penn. Univ. Press, 1983. Of special interest, Kantorowicz, H., The Definition of Law (ed.) A.J. Campbell, New York : Farrar, Strauss and Giroux-Octagon, 1958. The classic on legal hermeneutics is Lieber, F., Legal and Political Hermeneutics, 3rd ed., St. Louis, Mo. : F.H. Thomas & Co., (1939) 1880.

- (6) See Kevelson, R., "Riddles, Legal Reasoning and Peirce's Existential Graphs", in press, Semiotica, Spring 1985.
- (7) Kevelson, R., "Peirce and Legal Hermeneutics", in Proceedings of the 1983 World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, D. Reidel, forthcoming 1985 ; see also Kevelson, R., "Semiotics and Legal Interpretation", forthcoming, proceedings of Symposium on Law and Semiotics, (ed.) R. Dickerson, 1985.
- (8) See Summers, R., Instrumentalism and American Legal Theory, Ithaca, N.Y. : Cornell Univ. Press, 1983.
- (9) See Herbert, W., "Semiotics-Fad or Folly", Humanities Report, 1981. See also Kevelson, "Semiotics in the United States", in The Semiotic Sphere, (eds.) T. Sebeok and J. Umiker-Sebeok, De Gruyter, in press, 1985. See also Kevelson, "Semiotics and Law", entry in Encyclopedic Dictionary of Semiotics, (eds.) T. Sebeok and J. Umiker-Sebeok, Plenum, in press, 1985.
- (10) See Berman, H., on "sachsenspiegel", in Law and Revolution, Cambridge, Mass. : Harvard Univ. Press, 503, 505, 526, 633 ; see also Berman's references to Stoic Law and interpretation, 143, 146, 168, 275, 279, 287, 518, 1983.
- (11) See Greimas, A.J., with E. Landowski, Sémiotique et sciences sociales for one of the earliest approaches to legal semiotics, Paris : Editions du Seuil, 1976 ; see also Greimas and Landowski, Pragmatique et Sémiotique, Actes Sémiotiques, V. 50, 1983.
- (12) See Dietze on special discussion of law and legal codes as "mirrors" of Society, in The Rational Decision, (ed.) C.J. Friedrich, New York : Atherton Press, 1964, 63-88.
- (13) See discussion on Peirce's distinction between resemblance and representation as "versimilitude" in Kevelson, R., Charles S. Peirce's Method of Methods, forthcoming, John Benjamins, 1986.
- (14) See Kevelson, R., "Solipsism and C.S. Peirce's Phenomenology", in Sign, Structure and Function, (eds.) T. Winner et al. Mouton, 1983.
- (15) See Fisch, M., "Justice Holmes, the Prediction Theory in Law, and Pragmatism", in Journal of Philosophy 39 12, 1942, 85-97.
- (16) See Olivecrona, K., Law as Fact, 1962 ; see also Twining on the "International Significance of Legal Realism", in Karl Llewellyn and the Realist Movement, London : Weidenfield, 1973, 380, 530.

- (17) See Geny, F., Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Engl. J. Mayda, St. Paul, Minn., (1899) 1963 ; see also Kevelson, "Peirce as Catalyst in Modern Legal Science", Semiotics'80, (eds.) M. Lenhart and M. Herzfeld, Plenum, 241-254. See also Cairns, H., The Theory of Legal Science, Conn. : Greenwood Press, (1963) 1977, 339-351.
- (18) See Dewey, J., "The Pragmatism of Charles S. Peirce", in Journal of Philosophy, 13, 1916, 709-713 ; see also Friedmann, W., Law in a Changing Society, Berkeley : Univ. of Calif. Press, 1959.

LA SEMIOTIQUE JURIDIQUE

Par

Georges KALINOWSKI

Directeur de recherche honoraire du C.N.R.S.

INTRODUCTION

Il y aura bientôt quinze ans, nous avons consacré la sémiotique juridique l'un des quatre chapitres de notre **Introduction à la logique juridique** (1). Aujourd'hui, R.E. Carrión-Wam nous invite à en reparler. Nous acquiesçons volontiers à son amicale proposition. Cependant, pour que cette seconde étude ne fasse pas double emploi avec la première, nous repartons à zéro et traitons le sujet non seulement de manière plus ample et totalement renouvelée, mais encore sous référence à l'esquisse de 1965.

Chaque langage appelle sa sémiotique. En raison de la dualité linguistique dans le domaine du droit nous avons affaire au langage du droit (langage dans lequel sont énoncées les règles juridiques) et au langage des juristes (langage dans lequel ces derniers parlent), la sémiotique juridique, au sens large, est la somme des sémiotiques respectives de l'un et de l'autre langage (2). La sémiotique du langage du droit constitue la sémiotique juridique au sens restreint. Pour n'entreprendre qu'une tâche à la mesure de nos possibilités actuelles et aussi pour éviter des répétitions, nous ne traiterons que d'elle, laissant de côté la sémiotique du langage des juristes.

La sémiotique juridique, bien que son idée apparaisse en 1944 chez F. Oppenheim, et en dépit de tout ce qu'on a écrit depuis sur telles ou telles de ses questions, reste au fond un projet à réaliser (3). C'est pourquoi, avant d'esquisser sa problématique, il est utile d'évoquer, ne serait-ce que brièvement, ce que Ch. Morris et ses continuateurs ont réalisé en sémiotique hors du domaine du droit et qui peut servir ici de modèle. Seront par contre omises les sémiotiques

autrement conçues, telles les sémiotiques de Ch. Bouazis, d'A.J. Greimas, de H. Hermes ou de J. Kristeva (3 bis). Pour ne pas donner à cette partie des dimensions disproportionnées, nous n'évoquerons rapidement que les contributions - à nos yeux les plus importantes - de Ch. W. Morris, déjà cité, de R. Carnap et de R. Montague. C'est seulement après que nous serons à même d'indiquer ce que pourrait, voire devrait être la sémiotique juridique.

2. LA CONSTITUTION PROGRESSIVE DE LA SEMIOTIQUE

Le terme "sémiotique" (en grec "σημειωτική" du "σημειώω" - "je désigne") a servi originellement de dénomination à la théorie médicale des symptômes. Mais déjà pour J. Locke il désignait la science des signes et des significations (4). De nos jours, de nombreux auteurs confèrent ce nom à l'étude de tout ce qui peut être considéré, à un titre ou à un autre, comme signe. Il est clair que tous les signes constituent un genre comptant plusieurs espèces dont les symptômes, les symboles, les emblèmes, les mots de passe, les signaux et les signes linguistiques. Nous n'allons pas les inventorier de façon complète ni dresser une liste exhaustive des sens et partant des emplois du terme "sémiotique", ce qui précède suffisant à notre propos.

a. Les débuts : la conception morrisienne

Nous commençons par Ch. W. Morris parce qu'il se situe à l'origine de la sémiotique contemporaine du type pris ici pour thème d'étude et qui fut développée depuis surtout par R. Carnap et R. Montague ainsi que nous l'avons dit plus haut. Mais Ch. W. Morris a naturellement eu des précurseurs, parmi lesquels il convient de nommer principalement, outre J. Locke, le philosophe et le logicien américain Ch. S. Peirce. En effet, la conception morrisienne de la sémiotique se trouve déjà chez celui-ci, de sorte que Ch. W. Morris et ses continuateurs n'ont eu en réalité qu'à l'explicitier et à la développer. N. Kretzmann, qui retrace l'histoire de la sémiotique dans **The Encyclopedia of philosophy**, résume en ces termes les idées de Ch. S. Peirce

la matière et montre le rôle qu'elles ont joué : Peirce semble quelquefois avoir considéré la sémiotique comme une version généralisée du *trivium* médiéval, en décrivant ses trois branches comme "la grammaire pure", "la véritable logique" et "la rhétorique". La première avait à étudier les conditions nécessaires de la possession du sens, la deuxième les conditions nécessaires de la vérité et la troisième avait à constater des lois conformément auxquelles, chaque fois que la science cherche à comprendre, un signe entraîne la naissance à un autre et en particulier une pensée produit une autre pensée. Ces trois branches, une fois leur objet quelque peu différemment décrit, devinrent bien connues de la philosophie du XXe s. sous les noms respectifs de "syntaxique", "sémantique" et "pragmatique", noms introduits par Charles W. Morris et largement employés par Rudolf Carnap et autres" (4 bis).

Ch. W. Morris, évoqué à l'instant par N. Kretzmann, appelle "sémiosis" le processus où quelque chose fonctionne comme signe. Cependant, comme J. Locke, il rétrécit en fait le champ d'investigation de la sémiotique aux signes linguistiques. En effet, dans ses **Foundations of the theory of signs** de 1938, il présente sa recherche sémiotique comme portant sur les dimensions, selon son expression, de la sémiosis, dimensions qui sont syntaxiques, sémantiques ou pragmatiques et qu'illustrent les exemples suivants. L'implication d'un énoncé par un autre énoncé constitue à son avis la dimension syntaxique ; la désignation d'un objet par un terme, une dimension sémantique ; l'extériorisation par un locuteur, à l'aide d'une expression, d'un état intérieur, une dimension pragmatique. Il découle que la sémiotique comporte trois parties : la syntaxique, la sémantique et la pragmatique, division qui remonte, avons-nous vu, à Ch. S. Peirce. La syntaxique est l'étude des relations existant entre les signes linguistiques, la sémantique, l'étude des relations existant entre les signes linguistiques et les **designata** nous relèverons plus loin l'omission des relations entre les signes linguistiques et leurs **significata** en précisant à cette occasion la différence entre le signifié, d'une part, et le désigné, de l'autre), la pragmatique, l'étude

des relations existant entre les signes linguistiques et leurs usagers. En conclusion, pour Ch. W. Morris, *"le langage, au sens pleinement sémiotique, est un ensemble intersubjectif de signes-véhicules dont l'usage est déterminé par des règles syntaxiques, sémantiques et pragmatiques"* (5).

Quelques années plus tard, en 1946, des formules moins lapidaires nous sont proposées par notre auteur, mais l'essentiel de sa conception demeure inchangé, comme on peut en juger par ce passage : *"La pragmatique est une portion de la sémiotique qui traite de l'origine, de l'utilisation et des effets des signes à l'intérieur du comportement ; la sémantique traite de la signification des signes sous tous ses aspects possibles ; la syntaxe traite de la combinaison des signes sans qu'on se préoccupe de leur signification spécifique ou de leur relation au comportement à l'intérieur duquel ils se manifestent"* (5 bis).

b. La sémiotique à la manière de Carnap

L'étude de Ch. W. Morris que nous venons d'évoquer a été à la fois un point d'aboutissement et un point de départ. En réalité, on n'a pas attendu **Foundations of the theory of signs** pour entreprendre et poursuivre des recherches linguistiques de type syntaxique, sémantique ou pragmatique. Elles ont été menées déjà au temps des sophistes, pour ne parler que de notre aire culturelle. A partir de la seconde moitié du XIXe s., parallèlement à l'essor de la logique, ces recherches s'accroissent, surtout en syntaxique, et prennent de plus en plus une tournure les rapprochant de la sémiotique morrisienne. L'auteur de **Foundations of the theory of signs** a su en dégager une vue synthétique ouvrant en même temps de nouvelles perspectives de développement. C'est pourquoi l'année 1938, date de la parution de son ouvrage, est considérée aussi comme date de naissance de la sémiotique contemporaine. Nombreux sont ceux qui se sont employés depuis - et s'emploient toujours - à réaliser le programme de travail tracé par Ch. W. Morris. La contribution de R. Carnap paraît la plus importante de toutes.

nous l'examinerons par conséquent plus attentivement.

La contribution carnapienne est double : à la conception de la sémiotique et à la constitution de chacune de ses trois branches et plus particulièrement à la constitution de la sémantique. Moindre fut l'apport de R. Carnap à la syntaxique, celle-ci ayant été dans une large mesure élaborée antérieurement par d'autres logiciens ou mathématiciens (plus exactement par des métalogiciens et des métamathématiciens). La pragmatique doit encore moins à R. Carnap, bien moins que la syntaxique et, à plus forte raison, la sémantique : il l'évoque brièvement, par ci, par là, au début de son **Introduction to semantics** par exemple, et ne lui consacre, dans **Philosophical Studies**, qu'un très court article : **On some concepts of pragmatics** (6). Il convient cependant de noter qu'il la conçoit de manière plus large que Ch. W. Morris. Alors que pour ce dernier la pragmatique étudie, ainsi que nous l'avons vu, les relations existant entre les signes linguistiques et leurs usagers, abstraction faite des **designata**, selon R. Carnap le seul fait de nous référer, en étudiant les signes linguistiques, à leurs usagers, confère à notre recherche un caractère pragmatique ; qu'en même temps une référence soit ou non faite aux **designata** n'y change rien.

R. Carnap a repris en principe la conception morrisonienne. Il l'a pourtant infléchie quelque peu dans le sens de certaines idées personnelles (nous venons de le voir en ce qui concerne la pragmatique). Pour R. Carnap, la sémiotique se divise, d'une part - comme pour Ch. W. Morris qu'il suit fidèlement sur ce terrain - en syntaxique, sémantique et pragmatique, mais, d'autre - et ici il précise en s'écartant - en purement descriptive. La sémiotique descriptive n'est pas autre chose que la linguistique, science dont l'histoire remonte à l'antiquité, ainsi que nous l'avons déjà laissé entrevoir. Elle se subdivise en syntaxique descriptive, sémantique descriptive et pragmatique, que R. Carnap considère comme descriptive de par sa nature, de sorte que cette épithète est dans son cas pléonastique et surtout superflue. La sémiotique pure ne comprend

Par conséquent que la syntaxique pure et la sémantique pure. Les trois parties de la sémiotique descriptive - et en tant que telle empirique - relèvent respectivement les traits syntaxiques, sémantiques et pragmatiques de quelque langage **réel**, d'un langage déjà **existant**, donc d'un langage dont les hommes se servent. Elles en explicitent les règles en les dégageant de la réalité observée.

En revanche, la syntaxique et la sémantique pures sont des ensembles respectifs de règles syntaxiques et de règles sémantiques **a priori**. Le sémioticien ne les découvre pas en observant la pratique du langage étudié, mais les construit et les pose. Si toutes les règles linguistiques sont en un certain sens conventionnelles, les règles constitutives de la syntaxique et de la sémantique pure le sont éminemment. Il arrive que leur choix et leur contenu soient inspirés dans une mesure plus ou moins grande par un langage naturel, langage servant au sémioticien plus ou moins directement de modèle, mais cela n'altère point le caractère apriorique de la syntaxique ou de la sémantique ainsi construites, lesquelles restent tout de même parfaitement pures. Pour R. Carnap, la différence radicale entre la sémiotique descriptive et empirique, autrement dit la linguistique, et la sémiotique pure, limitée en fait à la syntaxique et à la sémantique pures, constituait entre les deux espèces de sémiotique comme un abîme infranchissable : d'un côté l'**a priori**, de l'autre côté l'**a posteriori** ; d'un côté la création de l'inexistant, de l'autre la description de l'existant.

L'histoire de la sémiotique a finalement démenti plus d'une affirmation de l'auteur de **Studies in semantics**. S'est révélée inexacte surtout sa vue de la pragmatique. Car R. M. Martin a esquissé en 1958, dans **Towards a systematic pragmatics**, une pragmatique pure, et L. Koj, en 1971, dans **Semantyka a pragmatyka**, a construit un système sémantique où des termes sémantiques se trouvent définis à l'aide de termes pragmatiques (7). On a jeté aussi un pont au-dessus de l'abîme séparant la sémiotique pure de la sémiotique descrip-

ve. La sémiotique pure - comportant, en fin de compte ainsi qu'on vient de le voir, à l'instar de la sémiotique descriptive, une syntaxique, une sémantique et une pragmatique - est une manière de créer des langages. Ces langages artificiels, en fait tous symboliques, linguistiques ou mathématiques, une fois créés, peuvent être décrits, tout comme les langages naturels étudiés par la sémiotique empirique, à partir des règles qui les créent. Le passage des règles à la description est même d'autant plus facile que maints sémioticiens adonnant à la sémiotique pure, R. Carnap en particulier, adoptent pour les règles syntaxiques ou sémantiques des systèmes qu'ils créent - à la place de la stylisation normative, la seule propre et adéquate - une stylisation descriptive. Entre parenthèses les juristes connaissent bien un phénomène analogue : le législateur, pour différentes raisons que nous n'évoquerons pas ici, confère souvent aux règles juridiques qu'il édicte non pas la forme normative, mais descriptive. Ses règles édictées par lui restent néanmoins des règles - en dépit de leur apparence descriptive - fondamentalement des descriptions dont elles n'ont que l'aspect linguistique. Ainsi R. Carnap écrit-il par exemple : "*in* désigne Chicago" au lieu de "*Celui qui accepte la convention sémantique proposée doit admettre que in désigne Chicago*". Il faut que l'auteur de **Introduction to semantics** déclare explicitement que des expressions comme "*in* désigne Chicago" sont des règles sémiotiques, en l'occurrence sémantiques, pour que son lecteur ne se méprenne pas et ne les tienne pas pour des descriptions dont elles possèdent la syntaxe.

c. La contribution de R. Montague

Certes, dans la sémiotique des langages naturels on va de la description de la pratique linguistique à la formulation des règles du langage étudié tandis que dans la sémiotique des langages artificiels, dans la sémiotique pure selon l'expression de R. Carnap, on va des règles à la description. Il n'en reste pas moins vrai que dans les deux cas on décrit, que ça

soit avant ou après importe peu pour celui qui n'est intéressé qu'à la description des langages. Or, s'interrogeant sur l'une ou l'autre description, on s'est aperçu que les méthodes employées par les métalogiciens et les métamathématiciens pour décrire leurs langages respectifs, à savoir les langages des systèmes logiques ou mathématiques, donc langages artificiels, voire symboliques, pouvaient être adaptées à la description des langages naturels. Cette adaptation est principalement l'oeuvre de R. Montague et de ses continuateurs dont Barbara Partee en premier lieu (7 bis). Sur la jaquette de **Montague Grammar**, éditée par elle, on lit entre autres : "Avant sa mort, en 1971, Richard Montague a élaboré un ensemble de moyens de description des langages naturels permettant de les traiter de la même manière que les langages artificiels décrits par les [méta]logiciens" (8), constatation parfaitement exacte.

Ces moyens sont mathématiques. Par conséquent, leur assimilation exige une connaissance suffisante de la logique symbolique, du moins du calcul des prédicats du premier degré (lequel se fonde sur le calcul des propositions) et de son interprétation sémantique. Voici ce qu'en dit R. Thomason, éditeur de **Formal philosophy** : "Selon Montague la syntaxique, la sémantique et la pragmatique des langages naturels sont des branches des mathématiques et non de la psychologie. La syntaxique de l'anglais par exemple fait partie des mathématiques au même titre que la théorie des nombres ou la géométrie. C'est la conséquence de son option pour l'étude des langages naturels à l'aide des techniques employées par les métamathématiques dans leur étude des langages formels. Les métamathématiques sont une branche des mathématiques et leur extension aux langages naturels ne diminue pas pour autant leur caractère mathématique" (9).

R. Montague a fortement contribué à développer simultanément les trois parties de la sémiotique, d'un côté par sa manière d'accompagner chaque analyse syntaxique d'une théorie sémantique fournissant un

modèle d'interprétation des constructions syntaxiques données et, de l'autre, par sa décision de faire suivre la pragmatique l'exemple de la sémantique, décision qu'il expose en ces termes : *"Il me semblait désirable de voir la pragmatique suivre, du moins initialement, l'exemple de la sémantique, laquelle est concernée en premier lieu par la notion de vérité (dans un modèle relativement à une interprétation) et à partir de là s'occuper elle-même également de la vérité - cependant en rapport non seulement avec une interprétation, mais aussi avec un contexte d'emploi [sc. de l'expression donnée]"* (10). Comme on le voit, R. Montague procède à une extension de la pragmatique prenant en considération tout le contexte d'emploi dont l'utilisateur du langage n'est qu'un élément, élément d'un certain point de vue le plus important, mais non pas l'unique. L'auteur de **Pragmatics** rejoint de cette manière l'étude, commencée bien avant lui, des expressions occasionnelles ("je", "aujourd'hui", "ici", etc...). Cela l'amène à tenir compte de la logique du temps, le temps étant lui-même un élément du contexte d'emploi.

Ce qui précède révèle le rôle prépondérant joué par la sémantique dans la sémiotique de R. Montague. On en était déjà ainsi chez R. Carnap. De manière générale, on doit reconnaître que depuis ses **Studies in Semantics** et les travaux sémantiques d'A. Tarski, ses recherches sémantiques l'emportent en nombre et en importance sur les recherches syntaxiques qui n'auraient atteint un très haut niveau déjà chez A. Tarski, K. Gödel, D. Hilbert et P. Bernays, et sur les recherches pragmatiques depuis toujours en retard sur les autres et les autres. Ajoutons donc en complément de notre aperçu de la contribution montague'ienne, bien entendu sans nous étendre à ce sujet qui à lui tout seul pourrait constituer le thème d'une importante étude, que la sémantique de R. Montague s'insère dans un vaste courant actuel de la sémantique des mondes possibles, oeuvre de S. Kripke, J. Hintikka, G.E. Hughes, M.J. Cresswell, D. Lewis et plusieurs autres qui, plus ou moins, se rattachent en fin de compte, directement ou indirectement, de manière consciente ou non, à

la définition leibnizienne de la vérité nécessaire en tant que vérité dans tous les mondes possibles ainsi qu'aux suggestions apportées déjà dans ce domaine par **Meaning and necessity** de R. Carnap (11). Nous aurons encore l'occasion d'en reparler brièvement. Mais, avant, signalons, pour terminer la présentation de l'apport de R. Montague, que parmi les résultats obtenus jusqu'ici en sémiotique, les réalisations de ce dernier semblent être d'une importance toute particulière pour le domaine du droit. Car non seulement la sémiotique montague'ienne montre ce que peut être, **mutatis mutandis**, la sémiotique juridique, mais encore ses méthodes et techniques de désambiguïsation des langages naturels (méthodes et techniques utilisées par R. Montague pour rendre univoque l'anglais ou plus exactement un fragment de cette langue) peuvent être mises en oeuvre en vue de la désambiguïsation du langage juridique, tâche de première importance pour l'informatique juridique prenant actuellement de plus en plus d'extension et d'importance. On s'en est déjà aperçu et un travail visant cet objectif vient d'être entrepris par P.Y. Raccah, collaborateur d'une équipe de recherche en linguistique mathématique appliquée à l'informatique juridique, dirigée par L. Mehl et relevant du Centre National de la Recherche Scientifique de Paris. Les premiers résultats de ces recherches très récentes ne sont pas encore publiés.

e. Des exemples de systèmes sémiotiques

1. Remarques préliminaires

Du moment qu'il s'agit de constituer la sémiotique juridique, il est très utile, pour ne pas dire indispensable, de compléter les remarques précédentes caractérisant la sémiotique de type morrisien de manière générale, par l'examen de quelques exemples de systèmes sémiotiques. Nous reproduirons donc d'abord deux systèmes construits par R. Carnap : un système syntaxique, à savoir le système K_1 , et un système sémantique, le système S_3 , systèmes relevant le premier de la syntaxique pure et le second de la sémantique pure. La pragmatique étant toujours moins avancée que les

aux autres branches de la sémiotique, nous nous limiterons à esquisser la construction d'un système pragmatique et nous contenterons de quelques formules empruntées à R.M. Martin et illustrant le groupe de thèses des règles, selon la manière de voir les choses, sur laquelle nous allons revenir, propre à R. Carnap) spécifiquement pragmatiques, constitutives d'un système sémiotique pragmatique. Mais d'abord, prenons position, ainsi que nous venons de l'annoncer, envers la conception et la présentation carnapiennes des systèmes sémiotiques, notamment syntaxiques et sémantiques.

Nous avons déjà constaté que l'auteur de **Studies in Semantics** concevait la sémiotique comme un ensemble de règles syntaxiques, sémantiques ou pragmatiques selon le cas. Un système syntaxique ne contient évidemment que les règles syntaxiques du langage qu'il a pour objet. Un système sémantique est constitué en partie de règles syntaxiques, en partie de règles proprement sémantiques. Un système pragmatique contient en premier lieu des règles syntaxiques, en deuxième lieu des règles sémantiques, et en troisième lieu des règles spécifiquement pragmatiques du langage sur lequel il porte (dans le cas de la syntaxique, de la sémantique et de la pragmatique les règles constitutives du système sémiotique correspondant construisent le langage dont elles parlent - que cette construction soit en fait inspirée plus ou moins par un langage existant, historique, ou ne le soit point, n'influe d'aucune manière sur le caractère du langage construit, lequel est construit, donc apriorique, nous a dit R. Carnap - alors que les règles qui composent un système de syntaxique, de sémantique ou de pragmatique empiriques, construisent pas, mais reflètent un langage réel, donné, trouvé). Il en est précisément ainsi parce que la syntaxique fait abstraction et des **designata** et des usagers du langage visé par elle, tandis que la sémantique fait abstraction uniquement des usagers et que la pragmatique ne fait abstraction de rien. Nous concédons tout cela à R. Carnap - dont nous nous sommes permis d'étendre les vues à la pragmatique pure qu'il n'admettait pas - sans discussion, sauf un point sur

lequel nous croyons devoir ouvrir un débat.

Si la sémiotique devait être tenue pour une science, ce que, à notre connaissance, R. Carnap n'affirme ni n'exclut **expressis verbis**, il serait plus conforme à la conception de la science qui semble prévaloir à notre époque de la tenir pour un ensemble de constatations et non pas de règles. Car la science est aujourd'hui, pour la plupart de ses théoriciens, un ensemble de propositions non pas pratiques mais théoriques, pour parler le langage d'Aristote : elle constate, classe, décrit, explique, etc., et ne prescrit rien (c'est le rôle de la technique fondée par elle) ; bref, son langage est descriptif et non pas prescriptif (12). Or R. Carnap ne cesse de répéter que la syntaxique pure et la sémantique pure, branches de la sémiotique auxquelles se limitent en principe ses recherches, sont respectivement la première - un ensemble de règles syntaxiques du langage qu'elle se donne pour objet en le créant, et la seconde - un ensemble de règles sémantiques de ce langage, sémantiques au sens large puisque comprenant non seulement les règles sémantiques proprement dites (règles sémantiques au sens restreint), mais encore les règles syntaxiques correspondantes. Alors de deux choses l'une : ou bien il ne faut pas tenir la sémiotique pour une science au sens sus-indiqué, ou bien il conviendrait d'admettre que la sémiotique est composée de constatations que permettent - et justifient - les règles sémiotiques, syntaxiques, sémantiques ou pragmatiques selon le cas. S'il fallait voir dans la sémiotique un ensemble de règles, l'on ne pourrait la qualifier de science que dans un autre sens, à savoir dans le sens que le terme "science" a hérité du grec "ἐπιστήμη" (par l'intermédiaire du médiéval "scientia"), sens qu'il a conservé non seulement au XVIIe s. et au XVIIIe s., mais encore au XIXe s., voire chez plus d'un auteur du XXe s., tels E. Husserl ou A. Lalande (13), selon cette conception que la science pouvait être aussi bien pratique que théorique et à plus forte raison mixte.

Pour notre part, nous préférons restreindre le terme "science" au savoir théorique d'un type déterminé.

En conséquence, la sémiotique et ses systèmes seront pour nous composés d'énoncés constatatifs ; les règles correspondantes n'en constitueront que le fondement. Mais en dépit de cette divergence en soi notable d'avec Carnap, nous n'aurons rien à changer dans l'exposé de ses systèmes, car, ainsi que nous l'avons déjà dit en passant, il énonce les règles syntaxiques ou sémantiques dans une stylisation constatative. En conséquence, nous suffit de demander au lecteur de tenir pour vraie la constatation tout énoncé qui en a la forme.

Puisque nous venons de parler de la conception de la présentation carnapiennes de la sémiotique, nous croyons devoir adresser aussi un double avertissement au lecteur désireux de se reporter directement aux ouvrages sémiotiques de R. Carnap. Car il pourrait se heurter contre les mêmes difficultés que celles rencontrées au début par nous-même. Elles ne sont certes pas grandes, mais peuvent cependant être plus ou moins gênantes. Leur source se trouve dans l'emploi des termes "système" et "calcul" dans leurs sens respectifs tantôt propres tantôt figurés, à savoir métonymiques, sans que le lecteur ne soit en principe prévenu du passage de l'un des sens à l'autre. Ainsi "système syntaxique" au sens propre désigne-t-il l'ensemble des règles syntaxiques d'un langage. Employé au sens figuré, en l'occurrence métonymique, ce terme désigne le langage régi par les règles syntaxiques en question, ce qui est, du point de vue de la rhétorique, parfaitement justifié : le rapport existant entre un langage et ses règles syntaxiques est tel qu'il est permis de conférer au langage pris en considération le nom donné à l'ensemble de ses règles syntaxiques. Des remarques analogues valent pour "système sémantique". A notre connaissance, Carnap ne cherche qu'une seule fois à prévenir la confusion à laquelle peut prêter sa manière de s'exprimer. Présentant son système S_1 , il dit ceci : "Nous considérons le système sémantique S_1 de la manière suivante. (c'est-à-dire le langage, objet de S_1) contient sept règles (...)" (14). Il a dit et répété précédemment que le système sémantique était un ensemble de règles. Il

il a déclaré notamment : "D'un autre côté, nous pouvons construire un système de règles sémantiques, soit en liaison étroite avec un langage historique donné, soit librement créé ; nous l'appelons un système sémantique" (15). Lisant la phrase citée ici en premier lieu, le lecteur qui n'a pas oublié la phrase reproduite par nous en second lieu, était d'abord en droit de penser que R. Carnap continuait à parler d'un système de règles sémantiques. S'en étant aperçu, R. Carnap lui signale que le terme " S_1 " désigne maintenant le langage, objet des règles sémantiques correspondantes, et non pas l'ensemble de ces règles. Mais sauf erreur de notre part, il ne le signale qu'une seule fois, de sorte que des méprises ne sont pas impossibles.

Il en va pareillement du terme "calcul". En effet, R. Carnap écrit d'une part : "Un système syntaxique ou calcul K est un système de règles formelles" et de l'autre : "A la base des règles de déduction pour (for) un calcul K , des preuves et des dérivations dans K sont construites" (16). Nous avons visiblement affaire à des règles de K et à des règles pour K . K étant un calcul syntaxique, cette dernière expression désigne une fois un ensemble de règles syntaxiques et une autre fois un ensemble d'expressions dont les transformations sont commandées par les règles syntaxiques dont il vient d'être question. Si un ensemble de règles syntaxiques devait être un calcul au sens propre, l'ensemble des expressions transformables selon les règles en question ne serait un calcul qu'au sens métonymique. De nouveau, c'est correct du point de vue de la rhétorique, mais cela peut aussi, n'étant pas signalé, être source de malentendus et de difficultés. L'auteur de *Studies in semantics* n'ayant pas pris à notre avis assez de précautions pour les prévenir, nous avons cru devoir y suppléer dans la mesure du possible.

Ceci dit, il ne nous reste qu'une petite remarque à faire avant de passer à l'exposé des exemples des systèmes sémiotiques annoncés plus haut. Elle demeure en rapport avec la phrase de R. Carnap citée précé-

ment et où se dessine la distinction entre le langage-objet et le métalangage. Que la sémiotique soit conçue comme un ensemble de règles ainsi que le veut R. Carnap ou comme un ensemble de constatations rendues possibles en vertu des règles correspondantes, elle est toujours un ensemble d'énoncés portant sur d'autres énoncés. Il convient donc de distinguer à son propos entre deux langages, à savoir entre le langage qui est celui de la sémiotique et dans lequel le sémioticien énonce ses règles ou ses constatations, selon la conception adoptée, et le langage régi par les règles en question et sur lequel portent par conséquent les constatations correspondant à ces règles et fondées sur elles. Le second langage étant l'objet du premier, l'appelle "*langage-objet*". Le premier étant au-delà du second afin de pouvoir porter sur lui, on le nomme "*étalangage*". En résumé, les règles sémiotiques, syntaxiques, sémantiques ou pragmatiques, qu'elles constituent la sémiotique ou soient considérées comme simplement des constatations dont la sémiotique serait imposée selon la conception que nous nous sommes permis d'opposer à la conception carnapienne, règles formulées en métalangage, déterminent les éléments du langage-objet, ses éléments syntaxiques (expressions simples et expressions composées bien formées), sémantiques (fonctions de signification, de désignation, etc., conditions de vérité, etc.) et pragmatiques (comportements corrects ou incorrects des usagers du langage-objet, etc...). Afin de réaliser sa triple tâche, syntaxique, sémantique et pragmatique, la sémiotique doit donner, comme cela ressort des travaux d'A. Tarski, un métalangage suffisamment plus riche que le langage-objet correspondant, c'est-à-dire un métalangage comportant :

les expressions indispensables empruntées au vocabulaire du langage de la logique,

les noms des expressions appartenant au vocabulaire du langage-objet donné et les traductions de ces expressions (16 bis).

f. Des exemples de systèmes sémiotiques (suite)

2. Système K_1

Nous sommes enfin à même de présenter de manière univoque les exemples choisis.

Commençons par le système syntaxique K_1 . Comme dans n'importe quel autre système sémiotique, nous avons affaire en réalité à deux langages : un langage-objet et son métalangage. Nous n'exposerons pourtant pas séparément les éléments constitutifs de l'un et de l'autre, car, ainsi que nous l'avons dit en terminant le paragraphe précédent, les règles et partant les constatations qu'elles fondent, règles et constatations se situant au niveau du métalangage, déterminent les éléments du langage qu'il a pour objet. Ayant pris parti pour le caractère théorique de la science en général et de la sémiotique en particulier, nous n'énoncerons que les constatations touchant le langage, objet de K_1 et permises par les règles syntaxiques formulées pour ce langage dans *Introduction to semantics* (volume I de *Studies in semantics*, où R. Carnap expose K_1) ; quant aux règles, celles-ci étant faciles à reconstituer, nous ne les énoncerons pas. D'ailleurs, R. Carnap leur donne la forme propre aux constatations, avons-nous déjà remarqué par deux fois. Il va même si loin dans la stylisation descriptive des règles qu'il confère à ses définitions, classées parmi les règles constituant le système sémantique S_3 , reproduit plus loin, l'une des formes tenues par lui pour propres aux définitions-propositions, formes essentiellement descriptives (17).

Mais R. Carnap était curieusement insensible - il n'est d'ailleurs pas le seul - à l'exigence de l'harmonie entre le contenu prescriptif et son expression linguistique. La distinction entre les définitions-propositions et les définitions-règles en fournit un autre exemple. L'essentiel de la pensée carnapienne en cette matière se trouve consigné dans le passage suivant : "*Une définition peut avoir la forme soit d'une proposition (...) appelée définition-proposition (...) ou simplement propo-*

tion, soit d'une règle appelée définition-règle (...). Une définition-proposition de K (" K " désigne n'importe quel système syntaxique) peut être considérée comme la proposition primitive complémentaire de K , une définition-règle pour K comme une règle complémentaire d'inférence pour K . Une définition-proposition peut avoir la forme $A_1 =_{\text{Df}} A_2$ ou $A_1 \equiv A_2$ ou $A_1 = A_2$, par exemple, une définition-règle A_1 la forme de "...". Pour "...", où "pour" sert à dire de manière brève la même chose que "tient la place de" ou "est directement C-interchangeable avec" (18).

Notons en marge que pour J. Lukasiewicz, toute définition ayant la forme de " $A_1 =_{\text{Df}} A_2$ " est la partie constituante d'une règle de remplacement appartenant au tant que tel au métasystème (19). Mais ce n'est pas cela qui importe ici. L'essentiel est que le caractère prescriptif des définitions-règles qui leur est propre n'aurait été mis adéquatement en relief si le "pour" en question s'interprétait "doit tenir la place de" ou "doit être directement C-interchangeable avec". R. Carnap n'a pas prouvé le besoin de mettre ici en accord le contenu énoncé et la structure de l'énoncé. Qui plus est, ainsi que nous l'avons signalé plus haut, l'auteur d'**Introduction to semantics**, tout en comptant les définitions et en contenant son ouvrage parmi les règles syntaxiques et sémantiques, les revêt de la forme jugée propre aux définitions-propositions et non pas, comme on aurait en droit de s'y attendre, de celle qu'il considère comme propre aux définitions-règles. Mais passons, revenons au système K_1 .

Les thèses de K_1 se laissent diviser en trois groupes selon qu'elles concernent les expressions élémentaires du langage, objet de K_1 - nous le désignerons par le symbole " L ", - la formation des propositions de L , ou la déduction, à partir des propositions admises dans L , comme premières (axiomes) de ses propositions dérivées (théorèmes). Nous les numéroterons en faisant précéder le numéro d'ordre de chaque thèse de la lettre "T".

I. Les thèses concernant les expressions élémentaires de

L_k .

T1 Appartiennent au vocabulaire de L les expressions : "**a**", "**b**", "**c**", "**P**", "**Q**", "**—**", "**v**", "**(** et **)**".

"**~**", "**v**", "**(** et **)**" sont empruntés au vocabulaire du langage de la logique symbolique dans la version de D. Hilbert et W. Ackermann (modifié toutefois par l'élimination de "**—**" de ces derniers au profit de "**~**" repris à G. Peano et E. Russell) ; "**(** et **)**" sont des parenthèses jouant en l'occurrence un rôle analogue à celui des signes de ponctuation des langages naturels. Quant à "**~**" et "**v**", ils tiennent respectivement la place de "*il n'en est pas ainsi*" (négation propositionnelle) et de "*ou*" (disjonction propositionnelle).

T2 Les expressions énumérées dans T1 s'appellent respectivement in_1 , in_2 , in_3 , pr_1 , pr_2 , \sim , v , (**et**).

Comme on le voit, les noms des quatre dernières expressions du vocabulaire de L sont respectivement homéomorphes à celles-ci (ont là même forme graphique qu'elles).

T3 Les expressions constitutives du vocabulaire de L se divisent en trois groupes : trois constantes individuelles in , deux prédicats pr et les restantes.

"**in**" et "**pr**" figurant dans T3 sont des noms généraux métalinguistiques donnés par le langage de K_1 , le premier à in_1 , in_2 ou in_3 , le second - à pr_1 ou pr_2 .

II. La thèse relative à la formation des propositions dans

L_k .

T4 Une expression A de L est une proposition dans L ssi (si et seulement si) A^k a l'une des trois formes suivantes : a. $pr(in)$; b. $\sim(S_i)$; ou c. $(S_i) v (S_j)$.

Nous reviendrons plus loin sur "**in** (**pr**)" et le problème posé par cette expression. "**S**" avec un index tel que "**i**", "**j**", etc., est un nom général métalinguistique

e proposition ; il appartient au vocabulaire du langage K_1 (en tant que tel ce langage est un métalangage) sert à désigner les propositions formulées dans le langage-objet L_k . Ce symbole joue le rôle d'une variable nominale métalinguistique parcourant l'ensemble des propositions de L_k .

Les thèses sur la déduction dans L_k .

La proposition S_i de L_k est une proposition première (axiome) de L_k ssi S_i a l'une des formes suivantes :

$$1. \sim (S_k \vee S_k) \vee S_k.$$

$$2. \sim S_k \vee (S_k \vee S_l).$$

$$3. \sim (S_k \vee S_l) \vee (S_l \vee S_k).$$

$$4. \sim (\sim S_k \vee S_l) \vee (\sim (S_m \vee S_l) \vee (S_m \vee S_l)).$$

Les formules la. à ld. sont inspirées par les axiomes de la logique des propositions de D. Hilbert et W. Ackermann.

S_i est directement dérivable de K_i dans L_k ssi il existe un S_k tel que $K_i = \{ \sim S_k \vee S_j, S_k \}_i$.

T1 à T6 permettant de se faire une idée exacte du système syntaxique, nous ne reproduisons pas, par souci de brièveté, les autres thèses de K_1 , à savoir les thèses finissant entre autres la preuve dans L_k , la proposition prouvable dans L_k , la dérivation dans L_k , la proposition dérivable dans L_k (T6 ne définit que la proposition **directement** dérivable de K_i dans K_1), la proposition dérivée dans L_k , etc. Il est par contre important de signaler les difficultés que rencontre l'élimination des termes directement sinon directement sémantiques de la présentation d'un système syntaxique. Ainsi avons-nous parlé à la suite de R. Carnap de constantes individuelles, de prédicats et de propositions. Or la constante individuelle est en l'occurrence une expression désignant une entité individuelle déterminée, une entité réelle

comme Chicago ou simplement pensée comme Styx, mais toujours la même. Le prédicat est à son tour une expression désignant l'entité déterminée d'une autre espèce, à savoir une propriété d'entités individuelles telles que celles dont il a été question précédemment. La proposition est, elle aussi, une expression désignant un état de choses, un état de choses tel que Chicago est grand par exemple. L'expression "désigne" est pourtant une expression sémantique ; c'est pourquoi nous la rencontrerons dans S_3 . Certes, il n'est pas impossible d'éliminer de la présentation d'un système syntaxique tout terme non seulement directement mais encore indirectement sémantique. Cependant les thèses d'un système syntaxique ainsi construit et non complété par le système sémantique correspondant ne seraient pas totalement intelligibles.

g. Des exemples de systèmes sémiotiques (suite)

3. Système S_3

Si un système syntaxique peut être difficilement énoncé en termes purement syntaxiques, un système sémantique s'appuie toujours, par la force des choses, sur le système syntaxique correspondant, c'est-à-dire portant sur le même langage-objet. Par conséquent, certaines thèses du système syntaxique ayant pour objet le langage visé par le système sémantique en question réapparaissent dans ce système. Nous le verrons à l'exemple de S_3 contenant les quatre premières thèses de K_1 . Ce sont les thèses relatives aux expressions élémentaires de L et à la formation des propositions dans L_k . Elles sont suivies dans K_1 des thèses concernant la déduction dans L_k , thèses, comme les quatre premières, spécifiquement syntaxiques. Dans S_3 elles précèdent les thèses proprement sémantiques, à savoir les thèses sur la désignation et sur la vérité.

Nous numérotions aussi les thèses de S_3 en faisant précéder leurs numéros d'ordre respectifs du sigle

"'". Afin de conférer à notre présentation de S_3 le maximum d'unité, nous étendrons cette numérotation aux thèses que K_1 et S_3 ont en commun, portant l'un et l'autre sur le même langage-objet L_k . Cependant nous ne les reproduisons pas par souci de brièveté.

Voici les thèses de S_3 .

Les thèses concernant les expressions élémentaires de

L_k
Ainsi que nous l'avons déjà dit, ce sont les thèses T1 à T4 de K_1 (elles deviennent dans S_1 ses thèses T'1 à T'4). Valent ici également les commentaires dont nous avons assorti les thèses de K_1 , surtout les remarques faites à propos de T2 et T3.

Les thèses relatives à la désignation dans L_k .

T'5 a_i désigne dans L_k une entité u ssi a_i est le premier membre de l'une des paires suivantes et u le second :

"a", Chicago ;

"b", New York ;

"c", Carmel ;

"pr₁", la propriété d'être grand ;

"pr₂", la propriété d'avoir un port.

Chacune des cinq paires mentionnées dans T'5 est constituée de deux membres hétérogènes : une expression et une entité autre qu'une expression, à savoir une ville ou la propriété d'une ville. La ville possédant la propriété d'être grande est grande et la ville possédant la propriété d'avoir un port est dotée d'un port. Il importe de le relever. Car R. Carnap fait figurer dans le système S_1 (un système sémantique autre que S_3 , certes, mais ayant pour objet le même langage L_k) l'affirmation : "pr₁ (in₁) est vrai ssi Chicago est grande". Il s'agit d'une expression ayant la forme reconstruite par T'4 de S_3 (T4 de K_1) comme l'une des trois formes caractérisant les propositions dans L_k . Tant que nous

examinons cette expression sur le terrain exclusif de la syntaxique, nous ne sommes pas en mesure de prendre conscience du problème qu'elle pose. Mais la sémantique projette sur elle un éclairage permettant de l'entrevoir. L'auteur d'**Introduction to semantics** glisse sur ce problème qui n'est pourtant pas difficile à résoudre et qu'il est en tout cas souhaitable de ne pas passer sous silence. Mettons-le donc au jour.

Pour que l'affirmation de S_1 citée plus haut soit vraie ou fautive, il faut que $pr_1(in_1)$ lui-même tombe sous les catégories du vrai et du faux. Que $pr_1(in_1)$ soit ou non vrai ou faux dépend de la manière dont cette expression symbolique est interprétée. Si $pr_1(in_1)$ est tenu pour le nom métalinguistique d'une expression désignant la même chose que "*Chicago est grand*", il est évident que $pr_1(in_1)$ est vrai ou faux (en l'occurrence il est vrai). Mais cela n'est point dit par R. Carnap, du moins de manière explicite. A la lumière de la seule T^5 , on est autorisé tout aussi bien sinon mieux à voir dans $pr_1(in_1)$ le nom métalinguistique d'une expression de L_1 composée de ses quatre expressions élémentaires " P ", "(", "a" et ")". Si " P " tenait la place de "grand" et "a" de "Chicago", comme l'admet indirectement R. Carnap lui-même (**Introduction to semantics**, p. 23 ss.), nous aurions affaire à "grand(Chicago)", expression plutôt inintelligible quoique ses composantes soient tout à fait compréhensibles, mais demeurant bien formée au regard de la règle syntaxique sous-tendant T^4 ; or elle se situerait manifestement hors des catégories du vrai et du faux.

Quoique R. Carnap ne le signale pas **expressis verbis**, c'est le terme "*proposition*" introduit par lui dans la règle de formation de K_1 et de S_3 , règle sous-tendant respectivement T^4 et T^5 , qui indique en fait que $pr_1(in_1)$ est considéré comme le nom d'une expression de L_1 désignant la même chose que "*Chicago est grand*". Pourquoi R. Carnap ne le dit-il pas **expressis verbis**, nous l'ignorons. En tout cas, pour ne rien laisser dans l'ombre, il convient de compléter T^4 (T^4 de K_1) par :

T^4 bis $pr_1(in_1), pr_1(in_2), pr_1(in_3), pr_2(in_1), pr_2(in_2)$

et pr_2 (in_3) désignent respectivement la même chose que "Chicago est grand", "New York est grand", "Carmel est grand", "Chicago est doté d'un port", "New York est doté d'un port" et "Carmel est doté d'un port".

T' 4 bis constate aussi indirectement le fait que si "est" ou quelque symbole le représentant tel "Ε" ou "ε" ne fait pas explicitement partie du vocabulaire de L_k , on est tout de même en mesure d'énoncer la même chose que ce qu'énoncent les langages possédant ce verbe ou l'un des symboles le représentant, l'aide d'une concaténation déterminée de certaines expressions appartenant elles explicitement au vocabulaire de L_k . R. Carnap aurait pu, voire aurait dû, le faire. Face à son silence nous constatons une lacune. La sémiotique en révèle d'autre que nous discutons dans une autre étude (20).

Ainsi le problème posé par "pr. (in_3)" devrait recevoir une seconde solution parallèle à la première, lacune ayant sa portée propre. En effet, T' 4 devrait être complété simultanément par T' 4 ter pr_1 (in_1), pr_1 (in_2), pr_1 (in_3), pr_2 (in_1), pr_2 (in_2) et pr_2 (in_3)¹ signifient respectivement la même chose que "Chicago est grand", "New York est grand", "Carmel est grand", "Chicago est doté d'un port", "New York est doté d'un port" et "Carmel est doté d'un port".

L'omission de cette thèse, une autre lacune de la sémiotique carnapienne, révèle que les *significata* sont les grands absents de cette sémiotique, de sa sémantique en premier lieu. Cependant, comme l'a déjà constaté Aristote (21), les expressions écrites sont les signes des expressions orales ; les expressions orales, les signes des pensées (Aristote emploie le terme "états d'âmes" - "ἴσ' ἐν τῇ ψυχῇ παρούμενα") et les pensées, les signes des êtres qui, ajoutons-le, sont réels ou intentionnels. Si l'on veut saisir le langage dans son intégralité, il faut prendre en considération et les expressions écrites et les pensées signifiées (concepts et jugements) et les êtres désignés, en distinguant entre la désignation, au sens faible, des êtres intentionnels tel le Styx des Anciens évoqué plus haut, la désignation au sens fort, des êtres réels tel Chicago

ou New York pour nous en tenir aux exemples de R. Carnap, ce qui permet de distinguer à son tour les expressions vides, expressions signifiant des concepts ou des jugements, selon le cas, et désignant des êtres intentionnels (choses ou états de choses pensés, mais n'existant pas en réalité), et les expressions non vides, expressions signifiant elles aussi des concepts ou des jugements et désignant des êtres, mais des êtres réels et non pas intentionnels (choses ou états de choses réellement existant) (21 bis). Seule une sémiotique tenant compte des **significata** et des **designata** et distinguant en outre entre les désignés réels et les désignés intentionnels peut prétendre à être réaliste et complète. Il est évidemment impossible de l'esquisser ici, ne serait-ce que de manière fragmentaire et sommaire. C'est pourquoi nous renvoyons de nouveau le lecteur à notre étude mentionnée dans la note 20.

T' 5 permet également de compléter T'3 par : T' 3 bis. Les constantes individuelles et les prédicats (dont parle T' 3) sont les premières des expressions individuelles, c'est-à-dire des noms ou des descriptions d'entités réelles comme Chicago ou simplement pensées comme Styx et les seconds, des noms généraux désignant des propriétés spécifiques ou génériques d'entités nommées par les expressions individuelles.

Le vocabulaire de L_k ne contient en fait que des noms d'entités réelles, mais il pourrait comporter aussi, théoriquement parlant, des noms d'entités simplement pensées.

Pour R. Carnap, les constantes individuelles dont il est question dans T' 3 sont des **in** et les prédicats mentionnés dans la même thèse des **pr**. "**in**" et "**pr**" sont eux-mêmes des prédicats ; le premier désigne la propriété d'être dans L_k , le nom d'une entité, le second, celle d'être dans L_k , le nom d'une propriété d'une entité ayant un nom dans L_k . Le nom "*constante individuelle*" s'explique par le fait que l'expression ainsi appelée désigne toujours la même entité, ce en quoi la constante diffère de la variable, laquelle parcourt tout un ensemble de valeurs dont chacune, si cet ensemble en contient au moins deux, désigne une autre entité.

Ce qui vient d'être dit nous offre l'occasion de commenter le commentaire ci-dessus de T' 1. L_k contient encore des constantes d'une autre espèce, à savoir les constantes logiques " \sim " et " \vee ". Chacune d'elles a toujours le même sens, respectivement : "il n'en est pas ainsi que" et "ou". On les qualifie ainsi de logiques parce qu'elles appartiennent au vocabulaire du langage de la logique. " in_1 ", " in_2 ", " in_3 ", " pr_1 " et " pr_2 ", expressions de S_3 , métalangage ayant pour objet L_k , sont aussi des constantes individuelles correspondantes de L_k .

6. Les thèses sur la vérité dans L_k .

6 S_k est vrai dans L_k ssi l'une des conditions suivantes est remplie :

S_k a la forme $pr_i(in_i)$, et l'entité désignée par pr_i possède la propriété désignée par in_i .

S_k a la forme $\sim(S_i)$ et S_i n'est pas vrai.

S_k a la forme $(S_i) \vee (S_j)$ et l'une au moins des propositions S_i et S_j est vraie.

Cette thèse n'appelle, à notre avis, d'autres remarques que la remarque faite plus haut, à propos de T' 3 et de T' 5, au sujet des expressions ayant la forme $pr(in)$. Le fait que R. Carnap se serve dans des expressions " pr " et " in " et dans S_3 des expressions " pr " et " in " relève pour ainsi dire des différences orthographe.

7 S_i est L-vrai (logiquement vrai) dans L_k ssi S_i est vrai en vertu de la réalisation des conditions dont relèvent les points b. et c. de T' 6, la table de vérité de la négation ou de la disjonction, selon le cas, contenant le symbole de la vérité " V " dans chaque ligne de la colonne correspondant à l'expression tout entière ayant respectivement la forme $\sim(S_i)$ ou la forme $(S_i) \vee (S_j)$.

Bref, une proposition de L_k est logiquement vraie lorsqu'elle est la substitution d'une tautologie logique vérifiable en tant que telle à l'aide de la méthode matricielle. Celle-ci étant familière à tous ceux qui

dire davantage.

De nouveau nous pourrions suivre R. Carnap jusqu'au terme de son exposé de S_3 . Mais il ne nous paraît pas nécessaire d'accroître ici le nombre de ses thèses. Celles qui viennent d'être formulées permettent à leur tour de se faire une idée exacte d'un système sémantique. Ayant ainsi atteint notre deuxième objectif, nous passons de la syntaxique et de la sémantique à la pragmatique.

h. Des exemples de systèmes sémiotiques (fin)

4. Des éléments d'un système pragmatique

Les deux contributions les plus importantes à la pragmatique sont, en principe, celles de R.M. Martin et de R. Montague. Cependant, en étendant la pragmatique au contexte circonstanciel, y compris en premier lieu aux expressions occasionnelles, R. Montague a "affaibli", selon l'expression de C.L. Hamblin, leur conception. En conséquence, *"la pragmatique de Montague serait mieux classée comme une partie spéciale de la sémantique"*, conclut cet auteur (22). C'est pourquoi l'oeuvre de R. Montague ne fournit pas l'exemple d'un système essentiellement pragmatique (au sens propre), système comparable *mutatis mutandis* à K_1 dans la domaine de la syntaxique ou à S_3 dans celui de la sémantique.

Nous nous tournons donc du côté de R.M. Martin, dont l'ouvrage de 1959, **Toward a systematic pragmatics**, déjà cité, est orienté, ainsi que l'annonce son titre, vers la construction d'un système pragmatique conçu à l'instar précisément des systèmes syntaxiques et sémantiques de R. Carnap. Cependant, en opposition à ces systèmes, le système pragmatique de R.M. Martin est à la fois plus riche et moins achevé. Par conséquent, il se prête moins bien au rôle d'exemple dans une étude d'initiation comme la nôtre, où le souci pédagogique réclame simplicité et vue d'ensemble. Or, vu la nature de la pragmatique, le système de R.M. Martin est, d'un côté, assez complexe, et, de l'autre, sa partie pragmatique, précédée d'une partie syntaxique et d'une partie sémantique, est en

ait simplement esquissée. Voilà pourquoi le titre n'est pas **Systematic pragmatics** mais **Toward a systematic pragmatics**. S'il en est ainsi, ce n'est pas la faute de R.M. Martin. N'en est responsable que la pragmatique, domaine tellement vaste qu'il est pratiquement impossible de le cerner d'emblée dans toute sa richesse. Nous ne pouvons donc pas reproduire, ne serait-ce qu'en partie ainsi que nous l'avons fait dans le cas de K_1 et celui de S_3 , le système pragmatique de R.M. Martin, système que nous désignerons par le sigle " P_M ". Même partielle, notre présentation serait encore trop longue, chargée surtout de détails syntaxiques et sémantiques et n'apportant en fin de compte qu'une esquisse de quelques éléments de la pragmatique. Nous nous contentons donc de décrire **grosso modo** la manière générale de procéder de R.M. Martin, et d'indiquer les éléments à la fois les plus fondamentaux et les plus simples de la partie proprement pragmatique de son système.

Comme toujours en sémiotique, en particulier dans le cas de K_1 et de S_3 , il convient de distinguer entre le langage-objet, objet du système sémiotique qu'on élabore, et le métalangage, langage du système portant sur le langage-objet choisi. R.M. Martin commente bien entendu, il fallait s'y attendre, par distinguer nettement entre les deux langages. Le langage-objet est nommé " T ". Dans le métalangage, trois parties ont à relever. La première, appelée " M ", sert à énoncer la partie syntaxique de P_M , c'est-à-dire à décrire rigoureusement la syntaxe M de T . La deuxième, appelée " M^1 ", constitue le langage propre de la partie sémantique de P_M et est utilisée pour décrire les traits sémantiques de T^M . La troisième, appelée " PM^1 ", langage propre de la partie pragmatique de P_M , sert à décrire les traits pragmatiques de T .

R.M. Martin décrit T d'abord de manière informelle. De cette première description, nous ne retenons ici que ce qui est le plus fondamental et le plus essentiel, à savoir que le vocabulaire de T contient entre autres les constantes logiques " \sim " et " \vee " que nous avons déjà rencontrées dans le langage-objet des systèmes R. Carnap précédemment exposés, le symbole de

d'identité "=", des variables ayant la forme " x^n " ("n" indique le type de la variable et "m" sa place "alphabétique"), les quantificateurs universel et existentiel et des constantes individuelles ayant la forme " a^n ". L'auteur de **Toward a systematic pragmatics** énonce^m ensuite les règles de formation des expressions bien formées dans **T** et les règles de déduction pour **T**.

Il revient ensuite sur la description de **T** et complète sa description informelle par une description formelle se déployant successivement à trois niveaux : au niveau syntaxique à l'aide de **M**, au niveau sémantique à l'aide de **SM** et au niveau pragmatique à l'aide de **PM**.

Il va de soi que nous sommes intéressé au premier chef par le troisième palier, le palier proprement pragmatique. Nous n'y rencontrons pourtant pas un système achevé, mais uniquement quelques formules, lesquelles montrent certes de quoi il s'agit, mais sont loin d'illustrer tous les secteurs de ce vaste domaine qu'est la pragmatique, étude exhaustive de l'emploi de son langage-objet. L'auteur de **Questions in Montague English** remarque pertinemment à ce propos : "*La pragmatique est l'étude de l'emploi (use) - et non pas seulement de la référence - de toute espèce de langage...*" (22 bis).

R.M. Martin prend en considération des formules pragmatiques telles que :

(1) $X \text{ Acpt } a, t$

interprété : "*X accepte la proposition a au moment t*" ;

(2) $X \text{ Utt } a, t$

interprété : "*X produit au moment t des sons audibles (ou autres phénomènes perceptibles) liés à l'expression a*" ;

ou (3) $X \text{ Prfm } f, x_n^1, t$

interprété : "*X accomplit au moment t une action de l'espèce f portant sur l'objet x_n^1* ".

Il les définit, énonce des règles les concernant ou formule à leur sujet des affirmations (thèses). Nous

ces thèses, car de nombreuses explications terminologiques et une notation symbolique compliquée seraient indispensables pour les rendre intelligibles. C'est pourquoi nous nous permettons de renvoyer le lecteur pour ses renseignements complémentaires à l'ouvrage de R.M. Martin (o.c., en particulier pp. 61-63, 66-68, 69-71 et 71-75).

Il est indéniable à la lumière de ce qui vient d'être constaté que l'auteur nous achemine progressivement, avec énormément de rigueur, vers un système pragmatique. Mais en fait, aussi importants que soient ses résultats atteints jusqu'ici par lui, nous en sommes encore loin. R.M. Martin procède à la première exploitation d'un secteur du domaine de la pragmatique à la quête d'éléments susceptibles de servir de matériaux à la construction d'un véritable système. Nous lui savons néanmoins gré d'avoir cherché à ouvrir une perspective sur cette construction.

g. La conclusion de la première partie

Ce qui précède montre suffisamment que les résultats auxquels sont parvenus les sémioticiens au cours des quarante dernières années, c'est-à-dire depuis la parution, en 1938, de l'ouvrage de Ch.W. Morris qui fait date, sont considérables. Ils sont les plus complets en syntaxique, très abondants aussi en sémantique ; en pragmatique seulement ils restent fragmentaires et inachevés. Par ailleurs, la sémiotique pure l'emporte sur la sémiotique des langages naturels qui commencent à peine à être traités mathématiquement depuis les travaux pionniers de R. Montague. Néanmoins, ce qui a déjà été atteint peut, dans l'ensemble, stimuler les sémiotiques particulières des langages naturels ou de ceux qui en dérivent, notamment la sémiotique du langage du droit ou celle du langage des juristes, et servir d'exemple aux sémioticiens s'attachant à leur élaboration. Ceux qui se vouent ou voudraient se vouer en particulier à la sémiotique du langage du droit pourraient en outre être intéressés surtout par le travail très intense s'accomplissant depuis une quinzaine d'années (nous en situons le com-

analysis of modal logic I de S. Kripke (23)) dans le dynamique domaine de la sémantique des langages de la logique modale s'étendant, en autres, depuis **An essay in modal logic** de G.H. von Wright paru en 1951, à la logique déontique (nous désignons par ce terme, en accord d'ailleurs avec son créateur G.H. von Wright, aussi bien la logique des normes que la logique des énoncés sur les normes). Les publications relatives à cette branche de la sémantique se multiplient depuis plusieurs années à une cadence accélérée. Nous ne les avons jusqu'ici ni analysées ni même évoquées, nous proposant de le faire dans la seconde partie de cette étude, consacrée directement à la sémiotique du langage du droit, et où l'examen de la sémantique déontique sera mieux à sa place.

Mais tout en laissant cette tâche à plus tard, nous sommes d'ores et déjà en mesure d'esquisser le projet de la sémiotique du langage du droit. Le lecteur peut être surpris qu'il ne soit ici question que d'un projet. Certes, le langage du droit attire sur lui, depuis longtemps, l'attention de divers et nombreux spécialistes : juristes, linguistes, logiciens, voire sémioticiens, de différentes orientations d'ailleurs (24). La sémiotique du langage du droit, correspondant à la conception générale de la sémiotique de Ch. W. Morris et de ses continuateurs - avec les développements, compléments, voire modifications qui s'imposent - reste dans son ensemble toujours à réaliser. Pourtant nombre de travaux, anciens ou plus récents, peuvent et doivent être utilisés pour la construire. Passons donc sans tarder à concrétiser ce projet.

DEUXIEME PARTIE

VERS UNE SEMIOTIQUE SYSTEMATIQUE DU LANGAGE DU DROIT

On remarquera sans peine que le titre de la seconde partie de notre étude est libellé à l'instar du titre de l'ouvrage de R.M. Martin brièvement résumé à la fin de la première partie. Ce que nous avons dit

deuxième partie. Car c'est un fait incontestable : nous n'avons pas jusqu'ici de systèmes sémiotiques comparables à K_1 , S_3 , voire P_M et portant sur un quelconque langage du droit. Nous ne pouvons donc pour le moment que nous orienter vers la création de tels systèmes. A cet effet, il convient de préciser d'abord ce qu'ils pourraient et devraient être. Nous tâcherons de le faire en envisageant successivement une syntaxique, une sémantique et une pragmatique possibles pour un langage concret du droit.

a. La syntaxique du langage du droit

Il a autant de langages du droit que de législations qui sont ou étaient en vigueur. Par ailleurs, ils sont constitués, dans la majorité des cas, chacun à partir d'un autre langage naturel (le grec, le latin, le chinois, le russe, etc...) bien qu'il arrive qu'un même langage naturel serve de source à l'énonciation de plus d'une législation, autrement dit à plus d'un langage du droit (à notre époque c'est, entre autres, le cas de l'allemand, de l'anglais, du français, etc...). Cette constatation, aussi banale qu'elle puisse paraître, est tout de même très importante. En effet, il convient de bien tenir compte et de commencer par l'élaboration de règles syntaxiques particulières portant chacune sur un langage déterminé du droit, avant de tenter la création d'une syntaxique générale dans ce domaine, si tant est qu'elle soit possible, ce dont nous nous gardons pour le moment de préjuger dans un sens ou dans un autre.

La syntaxe de chacun des langages naturels dont nous dérivent les langages respectifs du droit est en principe bien connue tant en théorie, par les linguistes, qu'en pratique, par les usagers, les locuteurs et les juristes, comme on a pris l'habitude de les appeler. Mais elle ne l'est qu'en principe, ainsi que nous venons de le dire, parce que la connaissance d'aucun langage vivant ne peut jamais être achevée aussi longtemps qu'il reste vivant. Car tout langage vivant ne cesse de se transformer, tant dans ses règles syntaxiques que dans son vocabulaire.

Les langages du droit étant des langages naturels

consiste en l'énonciation d'une législation, langages naturels convenablement à la fois appauvris et enrichis à cet effet, l'élaboration de la syntaxique d'un langage du droit n'est pas moins difficile que celle d'un langage naturel. Et les travaux de R. Montague sur l'anglais montrent éloquemment combien cette tâche est ardue. Elle l'est d'autant plus qu'elle demande à être suppléée par une élaboration parallèle de la sémantique (les langages naturels ne sont pas des langages purement formels, et même ces derniers peuvent être difficilement traités de manière exclusivement syntaxique, avons-nous constaté plus haut) laquelle n'est pas non plus facile à constituer et en outre appelle à son tour la pragmatique. La syntaxique, la sémantique et la pragmatique sont plus organiquement complémentaires dans une sémiotique apostériorique (empirique) que dans une sémiotique apriorique (pure). Pourtant, aussi complémentaires qu'elles soient, elles demeurent distinctes les unes des autres et gardent chacune leur spécificité. Il importe par conséquent de ne pas les confondre.

La syntaxique du langage du droit, considérée en elle-même, présente plutôt un intérêt purement théorique et de ce fait limité. Mais envisagée comme base de la sémantique et de la pragmatique, elle gagne tout de suite en importance. Car il ne faut pas oublier, d'abord, les liens existant entre la sémantique et la pragmatique, liens mis en évidence de différentes façons, d'un côté par L. Koj, de l'autre par R. Montague, ensuite, le fait que la désambiguïsation d'un langage naturel ou dérivé d'un langage naturel est l'oeuvre de la sémantique s'appuyant sur la syntaxique. Or l'élimination des ambiguïtés présente un intérêt qui n'est plus uniquement théorique mais encore et surtout pratique, en particulier pour l'interprétation du droit et pour l'information juridique jusqu'ici aux prises sans cesse, l'une et l'autre, avec des ambiguïtés linguistiques de tout genre.

Comme tout système syntaxique, quelque langage qu'il étudie, le système syntaxique portant sur un langage du droit, le système K_d ayant pour objet le langage du droit L_d , disons, doit comporter en premier

langage en question, en l'occurrence de L_k . La formulation de cette thèse est très aisée dans le cas d'un langage comme L_k précédemment examiné et dont le vocabulaire ne^k contient que 9 expressions élémentaires qu'on n'a aucune peine à énumérer. Elle est également facile lorsqu'il s'agit d'un langage artificiel, symbolique et formel, d'un langage logique ou mathématique par exemple, car le nombre de foncteurs ainsi que celui de quantificateurs et autres opérateurs, qu'il possède, est fini et peu élevé ; seules les variables peuvent être en quantité indéterminée, mais cela ne pose pas de problèmes. Il en va autrement des langages naturels ou dérivés.

Certes, R. Montague soutient avec raison l'absence de différence théorique importante entre les langages naturels et les langages formels (25). Cependant son propre travail témoigne de différences pratiques notables. Même traités mathématiquement à l'instar des langages artificiels, les langages naturels et leurs dérivés confèrent aux systèmes sémiotiques les ayant pour objet des traits spécifiques provenant de ce que la richesse des vocabulaires de ces langages exige des manières de procéder adaptées. En particulier, le nombre de constantes dans un langage naturel est tellement élevé qu'on ne les énumère jamais toutes. Il existe bien entendu des dictionnaires, même volumineux tels les dictionnaires de l'Académie, de Hatzfeld, de Littré ou de Robert pour le français, mais ils ne sont pas et ne peuvent pas être complets bien qu'on cherche périodiquement à les remettre plus ou moins à jour. Néanmoins, ce sont ces dictionnaires qui dans la syntaxique d'un langage naturel jouent le rôle, tant bien que mal, de la T_1 dans K_1 , ce qui consiste l'une des particularités des sémiotiques des langages naturels mentionnées plus haut.

Quant aux langages dérivés à partir d'un langage naturel tels que le langage servant à l'énonciation d'une législation positive, il n'est pas impossible d'indiquer exhaustivement les expressions élémentaires constitutives de leurs vocabulaires respectifs ; cela ne peut se faire cependant que de manière indirecte et générale. En effet, dans le cas de notre L_k , il est toujours

et partant d'efforts et de temps - de dresser la liste complète des normes en vigueur à un moment donné et sur un territoire déterminé ou par rapport à une population déterminée. Une fois ce travail effectué, quelque chose comme : *"Appartiennent au vocabulaire de L_d en qualité de ses expressions élémentaires les expressions constitutives des normes formant ensemble la législation en vigueur au moment t_k - sur tel et tel territoire ou par rapport à telle ou telle population - et énoncée en L "* constituerait dans K_d le correspondant de T_1 dans K_1 .

En conséquence, sera également modifié le correspondant dans K_d de T_2 de K_1 . Au lieu d'énumérer les noms des expressions élémentaires appartenant au vocabulaire de L_d , entreprise irréalisable en raison de l'indication indirecte et générale de ces expressions par le correspondant de T_1 , le correspondant dans K_d de T_2 de K_1 ne pourra déterminer que la manière de créer les noms en question, en précisant par exemple qu'on obtient le nom d'une expression de L_d en mettant cette expression entre guillemets (26),^d en énumérant les lettres dont elle est composée ou en procédant d'une autre manière permettant d'atteindre l'objectif visé.

Le caractère spécifique des correspondants dans L_d de T_1 et de T_2 de K_1 confère à son tour une importance accrue à la 2^e thèse de K_d faisant pendant à T_3 de K_1 . Dans cette thèse seraient indiquées les catégories syntaxiques des expressions appartenant au vocabulaire de L_d . Dans K_1 l'indication des catégories syntaxiques des expressions de L_k permet en fait seulement de formuler T_4 de manière plus concise que sans cette indication. Dans la syntaxique d'un langage tel que L_d , c'est-à-dire d'un langage dérivé d'un langage naturel, le rôle de la connaissance des catégories syntaxiques des expressions du langage étudié est plus grand, car c'est par référence à ces catégories qu'on définit les expressions bien formées. Cela explique l'effort fourni par R. Montague pour indiquer les catégories syntaxiques des expressions appartenant au fragment de l'anglais analysé par lui (27). (Vu sa conception de la pragmatique évoquée plus haut, p. 9 et 26, R. Montague complète l'indication des catégories syntaxiques par l'indica-

une façon est indispensable pour la sémantique et doit, par conséquent, être réalisé par rapport à L_d dans la thèse correspondante de sa sémantique. Rappelons ce propos qu'est syntaxique la catégorie définie exclusivement par les relations d'une expression donnée d'autres expressions considérées sous l'angle de leur forme graphique (si l'on s'en tient aux signes linguistiques de ce type). Est par contre sémantique la catégorie définie par les **designata** d'une expression donnée).

La définition des expressions bien formées composées dépend de la détermination des expressions élémentaires qu'elles contiennent et auxquelles on confère en premier lieu le caractère d'expressions bien formées. R. Montague ne s'en préoccupe pas parce qu'il étudie uniquement un fragment de l'anglais. Mais la syntaxique d'un langage naturel tout entier bute ici contre un gros problème, l'énumération exhaustive des expressions élémentaires étant pratiquement impossible. Quant à notre L_d , nous avons indiqué plus haut (34) comment une difficulté analogue peut être remontée.

Avant de passer à l'examen des autres thèses K_d , faisons encore deux remarques à propos des trois premières thèses de la syntaxique de L_d , thèses dont nous venons de parler. Premièrement, il serait assurément utile de disposer, à l'exemple de R. Carnap, des noms des expressions constituant le vocabulaire L_d , noms autres que les noms construits à l'aide des guillemets. A cet effet, il conviendrait de déterminer dans une thèse à part, s'ajoutant aux précédentes, des noms en indiquant la technique de leur construction. Deuxièmement, nous avons laissé sous-entendu, comme R. Carnap, que les expressions élémentaires L_d servant à construire les expressions composées de langage sont également, et même en premier lieu, des expressions bien formées. Il va de soi qu'on peut l'énoncer **expressis verbis** ainsi que le font de nombreux auteurs de systèmes syntaxiques.

Les thèses de K_1 postérieures à T_4 décrivent les propositions premières et les propositions dérivées énoncées en L_k , ainsi que les entités linguistiques telles que la preuve dans L_k , la dérivation dans L_k , etc. Les

l'instant auraient à décrire les normes juridiques premières énoncées en L_d et les normes dérivées à partir des précédentes, en L_d constatant à l'exemple de R. Carnap ce qu'est la norme première dans L_d , ce qu'est la norme dérivable dans L_d , ce qu'est la norme directement dérivable dans L_d , etc. Ainsi la thèse décrivant un certain groupe de normes dans L_d affirmerait-elle par exemple : " N_i est une norme directement dérivable dans L_d à partir de N_1 si les conditions suivantes sont remplies :

- 1°. N_i est une séquence composée de deux expressions i telles que la première est un énoncé de type "si p alors q " (où " p " représente l'expression ayant la structure syntaxique propre aux propositions descriptives et " q " l'expression ayant la structure syntaxique propre aux normes) et la seconde est une expression homéomorphe à l'expression tenant la place de " p ";
- 2°. N_i est une expression homéomorphe à l'expression tenant la place de " q ".

b. La sémantique du langage du droit

Il résulte de nos considérations sur le système syntaxique K_d (une remarque analogue vaut pour tout système syntaxique) qu'il appelle comme complément immédiat le système sémantique S_d qui lui emprunte par conséquent, de même que S_3 à K_1 , ses thèses antérieures aux thèses sur l'inférence. Nous allons l'esquisser à son tour, sans revenir bien entendu sur les thèses communes de K_d et S_d .

Réduisant la sémantique à sa plus simple expression, R. Montague en dit qu'elle n'est concernée que par les relations existant entre les expressions et les objets auxquels celles-ci se réfèrent (29). Si l'on nous demandait comment R. Carnap voyait ces relations, nous dirions qu'il en distinguait deux : la désignation et la constatation. Toute expression, seule (cas des expressions catégorématiques d'Aristote) ou unie à d'autres (cas des expressions syncatégorématiques du Stagirite) désigne quelque chose, une chose (un être, un objet) ou un état de choses. Dans ce dernier

et celui des propositions déclaratives et d'elles seules, la désignation se double de l'affirmation ou de la négation, par ailleurs conforme ou non, de l'état de choses désigné. Si les choses sont ainsi qu'on le dit, la proposition est vraie ; dans la négative, elle est fautive. C'est pourquoi R. Carnap, dans ses systèmes sémantiques portant tous sur des langages dont les règles de formation permettent la construction des propositions, ne s'occupe que de la désignation et de la vérité.

A ce propos nous croyons devoir rappeler, sans toutefois nous y arrêter plus longuement, que pour être réaliste et complète la sémantique devrait contenir également des thèses sur les **significata**, c'est-à-dire sur les concepts et les jugements (signifiés respectivement par les noms communs (généraux) et les propositions) qui, étant des pensées envisagées pourtant uniquement dans leur contenu, abstraction faite de leur existence - cette dernière était prise en considération, nous nous trouverions en face non pas des concepts et jugements au sens logique, mais des concepts et jugements au sens psychologique (30), différent des expressions si n'en sont que des signes (normalement) graphiques et sonores. La relation existant entre les expressions et leurs **significata** devrait même être examinée avant la relation entre les mêmes expressions et leurs **designata**, l'être, quel qu'il soit : réel ou intentionnel, actuel ou possible, n'étant désigné par un signe linguistique qu'après être connu de l'utilisateur du langage et par un acte cognitif, qu'il produise un concept ou un jugement, est un acte de penser.

Les thèses syntaxiques communes à K_d et à S_d laissent de côté, S_d devrait comporter en d définitive trois coupes de thèses : les thèses sur la signification par les expressions de L_d , les thèses sur leur désignation et les thèses sur la vérité des normes si tant est que celles-ci tombent sous les catégories du vrai et du faux. Y tombent-elles ou non ? Voilà la grande question provoquant des réponses contradictoires, opposant cognitivistes et anticognitivistes. Ces derniers sont tentés à attribuer aux normes, aux normes juridiques en particulier, non pas la vérité ou la fausseté, mais la validité ou l'invalidité. Mais ces valeurs seraient-elles sémantiques ? Pour H. Kelsen la validité est

"le mode d'existence spécifique des normes" (31). A son avis, on peut "exprimer l'idée de la validité d'une norme en disant : quelque chose doit être ou être fait, ou quelque chose ne doit pas être ou ne doit pas être fait" (32). Est-ce que cela veut dire que la norme : "L'acheteur doit payer le prix convenu au jour et au lieu réglés par la vente" (voir l'article 1650 du code civil français par exemple) est valide si et seulement si l'acheteur doit payer le prix convenu au jour et au lieu réglés par la vente ? S'il en était ainsi, "valide" serait synonyme de "vrai". Car si les normes juridiques étaient vraies ou fausses, la vérité de la norme citée plus haut serait définie de la même manière à un détail près : "vraie" figurerait à la place de "valide". Il n'y aurait évidemment aucune difficulté à tenir la validité pour une valeur sémantique, la validité étant la vérité des normes. Par contre, s'il fallait voir dans la validité des normes juridiques la propriété d'être édictées par un législateur compétent, en conformité avec la procédure législative en vigueur, ne ferait-on pas figure du baron de Münchhausen se tirant d'un marécage par sa tresse, car pour définir le législateur compétent et la procédure législative en vigueur, il faudrait se référer à la validité des normes correspondantes ? Par ailleurs, cette chimère aurait des traits plutôt pragmatiques que sémantiques, vu la référence au législateur, énonciateur de normes.

Nous avons pris position en cette matière dans **Le problème de la vérité en morale et en droit** (33). Il serait trop long d'en reprendre ici ne serait-ce que l'essentiel, d'autant que nos considérations sont sous-tendues par toute une métaphysique qu'on ne saurait évoquer sans modifier essentiellement le caractère et les dimensions de cette initiation. Nous préférons donc ne pas rouvrir le débat métaphysique sur la valeur logique des normes et nous borner aux conclusions à tirer de certaines recherches actuelles dans ce domaine.

Au cours de notre siècle et jusqu'à présent, pour ne pas remonter plus en arrière, l'anticognitivisme a prévalu, teinté d'émotionalisme en morale (A.J. Ayer par exemple), de volontarisme en droit (surtout

Kelsen). Les logiciens déontiques y adhéraient - y adhèrent - autant que les philosophes. Rappelons à ce propos que G.H. von Wright, qui tenait les normes pour vraies ou fausses en 1951, a avoué en 1957 s'être trompé (34). Néanmoins, on a commencé récemment à construire des sémantiques pour les systèmes de logique déontique traitant les normes comme vraies ou fausses. L'anticognitivisme paraissant si fortement redominer, la surprise et l'étonnement sont tellement grands qu'on hésite en un premier temps face à ces sémantiques. De quoi parlent-elles, de normes ou d'énoncés sur les normes, comme on pourrait s'y attendre, la logique des énoncés sur les normes ayant la préférence des déonticiens anticognitivistes alors que la logique des normes les plonge dans l'embarras (elle leur paraît sinon impossible du moins douteuse (35)) ?

Analysons un exemple. R. Hilpinen, dans sa communication au Colloque de logique et de sémantique déontiques qui s'est tenu à Bielefeld du 17 au 22 mars 1975, **Deontic logic and the semantic of possible worlds** (36), emploie non pas le terme de "*norm*", mais le terme "*proposition*", ce qui pourrait laisser croire à une étude sur des énoncés concernant les normes et non pas directement sur les normes. L'auteur s'occupe en effet des propositions de devoir-faire (**ought-to-do sentences**). "*A doit faire A*" serait l'exemple du schéma d'une telle proposition, autrement dit de la fonction transformant en une proposition de devoir-faire par la substitution à "*m*" du nom d'un agent et à "*A*" du nom d'une action. Vu précisément la présence du terme "*proposition*" (*proposition*"), on peut se demander à prime abord si le schéma reproduit plus haut n'est pas le schéma (abrégé) non pas d'une norme, mais d'un énoncé sur une norme. Car l'homéomorphie des normes et des énoncés sur des normes est bien connue. "*Il est permis de stationner devant cette maison*", pour reprendre l'exemple de G.H. von Wright (37), est une norme si c'est moi qui édicte cette permission. Mais cela peut être aussi un énoncé sur la norme en question, formulé en l'occurrence de manière abrégée, à savoir : "*La municipalité de V_i a édicte la norme selon laquelle il est permis de stationner devant cette maison*".

Mais à la réflexion, on acquiert la conviction que "OA" (formule symbolique tenant la place de "*m* doit faire A" et dans laquelle "*m*" est sous-entendu et "O" remplace "doit faire") est le schéma d'une norme et non pas d'un énoncé sur une norme. Car la définition :

(a) "OA" est vrai dans S (situation où se trouve *m*) ssi A est la condition nécessaire d'une issue acceptable de S.

n'est concevable que comme définition de la vérité d'une norme. S'il s'agissait de l'énoncé : "*Le législateur l*, a édicté la norme maintenue jusqu'ici en vigueur : "*m* doit faire A", la définition de sa vérité serait non pas

(a) mais :

(b) "*Le législateur l*, a édicté la norme maintenue jusqu'ici en vigueur : "*m* doit faire A" " est vrai ssi le législateur *l*, a édicté la norme maintenue jusqu'ici en vigueur "*m* doit faire A".

définition formulée à l'instar de la définition (partielle) de la proposition vraie dans le langage naturel que constitue l'exemple bien connu d'A. Tarski :

(c) "*La neige est blanche*" est vrai ssi la neige est blanche.

Relevons à ce propos que si l'on attribue aux normes les valeurs logiques de vérité et de fausseté ainsi que semblent le faire les auteurs des sémantiques des mondes possibles pour les systèmes de logique déontique, alors la solution qui s'impose consiste à définir la norme vraie à l'instar de (c). A la place de (a), nous aurions alors :

(d) "*m* doit faire A" est vrai ssi *m* doit faire A.

Ajoutons toutefois, pour ne rien laisser dans l'ombre, qu'il convient dans ce cas de considérer le côté droit de (d) comme constatation d'une relation existant entre *m* et A ainsi que nous le faisons dans **Théorie des propositions normatives** (38). Or cela mène finalement loin, à savoir à une métaphysique ne bénéficiant point, aujourd'hui, d'une large audience. (Animal métaphysique parce qu'un animal raisonnable, selon une remarque pertinente de M. Heidegger (39), l'homme

dhère toujours, fut-ce à son insu, à une métaphysique, et ceux qui déclarent pouvoir s'en passer, à celle d'il faut inconsciemment embrasser pour tenter d'y étendre). Si l'on ne désire pas, pour une raison ou pour une autre, prendre le chemin conduisant à (d), on bifurque vers les sémantiques des mondes possibles apparentées. Outre la sémantique de R. Hilpinen mentionnée plus haut et qui n'est précisément pas la sémantique des mondes possibles classique (**standard possible world semantics**), citons, à titre d'exemple, les contributions de P. Bailhache, G. di Bernardo, Hintikka et D. Lewis (40). G. di Bernardo, dont l'étude se distingue par sa limpidité, propose entre autres la définition :

(d) Pour tout **A** et pour tout x_i appartenant à l'ensemble des mondes possibles, "**OA dans x_i** " est vrai ssi pour tout v_i appartenant à l'ensemble des mondes possibles bons, "**A est accompli dans v_i** " est vrai et pour tout y_i appartenant à l'ensemble des mondes possibles mauvais "**A est accompli dans y_i** " est faux.

(e) n'est qu'une paraphrase de la définition authentique de notre collègue italien. Qui plus est, sa notation symbolique a été rapprochée quelque peu, par souci d'uniformité, de celle de R. Hilpinen utilisée plus haut. Nous croyons cependant n'avoir en rien altéré l'idée exprimée par G. di Bernardo.

Celui qui admet (e) reconnaît tacitement, pensons-nous :

(f) Pour tout **A**, **A** est obligatoire ssi **A** est bon. Par toute action obligatoire est accomplie, par définition, dans tout monde possible **bon**. Est reconnu alors également :

(g) Pour tout **A**, **A** est défendu ssi **A** est mauvais. Par toute action défendue est accomplie dans tout monde possible **mauvais**.

Il en résulte :

(h) Pour tout **A**, **A** est permis ssi **A** n'est ni bon ni mauvais.

Une action ni bonne ni mauvaise est axiologiquement indifférente, ce qui fait qu'elle est ou non accomplie aussi bien dans tout monde possible bon que dans tout monde possible mauvais. Si payer des impôts est obligatoire dans notre système, pour reprendre l'exemple de G. di Bernardo, alors les impôts sont payés dans tout monde possible bon (conforme à notre système). Ils ne sont payés dans aucun monde possible mauvais (contraire au nôtre), car, s'il est obligatoire de payer des impôts, alors il est défendu de ne pas les payer, et dans tout monde possible mauvais tout ce qui est défendu est accompli. Or si fumer des cigarettes n'est ni obligatoire ni défendu, on peut payer des impôts (dans un monde bon) et fumer, tout comme on peut les payer et ne pas fumer. De même, on ne peut pas payer d'impôts (dans un monde mauvais) et fumer, tout comme on peut ne pas les payer et ne pas fumer.

Ainsi les conditions de la vérité et de la fausseté des normes sont déterminées et les normes vraies et fausses définies sans recours à des affirmations métaphysiques.

Certes, en construisant une telle sémantique des mondes possibles, on ne fait pas explicitement de métaphysique. Mais on n'en fait pas, parce qu'on ne veut pas en faire. Cependant cette sémantique en appelle une non moins que la sémantique dont fait partie (d). On s'abstient d'en faire en toute bonne foi, croyant qu'une fois les normes vraies et fausses définies, la tâche est accomplie. En réalité, elle ne l'est pas. Car nous tournons apparemment en rond : l'obligation est définie par la bonté (est bon le monde où les obligations sont remplies) et la bonté par l'obligation (une vraie obligation - obligation dont le signe linguistique est une norme vraie - est une obligation remplie dans tout monde bon). Or on ne sort de ce cercle vicieux qu'en érigeant notre système normatif en critère suprême du bien et du mal. Mais en vertu de quoi le ferait-on ? En vertu d'une métaphysique, de la métaphysique du bien subjectif ou de la métaphysique de bien objectif, de celle du positivisme juridique ou de celle du jusnaturalisme. On ne peut échap-

ou l'ignorer. On peut aussi expliciter ou ne pas expliciter celle à laquelle on adhère sciemment ou à son insu. Dans ces conditions, l'attitude la plus honnête et la plus rationnelle à la fois ne consiste-t-elle pas à s'interroger sur la vraie métaphysique ? Si c'était la métaphysique du bien objectif s'imposant à l'homme et à sa raison et non pas la métaphysique du bien subjectif dont l'homme prétendrait être le créateur et la mesure, ne conviendrait-il pas de se rallier à la sémantique dont relève (d) plutôt qu'à une sémantique des mondes possibles ? A supposer que dans l'hypothèse envisagée, les deux sémantiques soient métaphysiquement à égalité, la première représenterait la solution la plus simple, faisant l'économie des mondes possibles et avec eux des phrases comme "*v r a i dans un monde possible*" ou "*accompli dans un monde possible*", phrases faciles à prononcer, mais bien plus difficiles à définir.

En effet, si nous prenons en considération le monde réel, actuel, celui dans lequel nous vivons, nous savons que nous disons en affirmant qu'une proposition est vraie. "*La neige est blanche*" est vrai ssi la neige est blanche, notre neige, la neige de notre monde, celle qui existe. Des mondes possibles existent-ils et, dans l'affirmative, dans quel sens ? Car il y a possibilité et impossibilité. Est possible ce qui est en puissance dans un être actuel comme un épi de blé dans un grain. Mais est aussi possible ce qui n'est pas contradictoire avec ce qui a été antérieurement admis. En se référant à un monde x , possible au premier sens, on peut dire : "*p* serait vrai dans x , si x existait". Dans ce cas, dire simplement : "*p* est vrai dans x " ne saurait être qu'une manière abrégée de s'exprimer tolérée par les règles de notre langage, quoique, prise à la lettre, inexacte. Mais quel sens aurait de dire : "*p* est vrai dans x ", si x , n'est par définition possible qu'au second sens (" x est possible" voulant dire ici "*nous ne nous contredirions pas en posant l'existence de x , après telles et telles affirmations antérieurement admises*") ? Il y aurait-il pas là une manière impropre d'employer le terme "*vrai*", manière que la rhétorique ne saurait légitimer qu'au titre d'une métaphore plutôt tirée par les

Et nous ne serions pas au bout de nos peines. Car d'autres questions se posent encore. Comment une action peut-elle être accomplie dans un monde purement possible, fût-il bon au sens indiqué plus haut ? Et comment peut-on en constater l'accomplissement ? Aucune action ne peut être accomplie **en acte** dans un monde uniquement **en puissance**. A plus forte raison ne peut-on pas en constater l'accomplissement. C'est pourquoi l'équivalence des partisans de la sémantique des mondes possibles signifie seulement, pour ce qui est de l'essentiel, la même chose que : "*"A est obligatoire" est vrai ssi "A est accompli dans tout monde possible bon" serait vrai si les mondes possibles bons existaient en acte (c'est-à-dire s'ils n'étaient pas des mondes purement possibles, bref, s'ils n'étaient pas précisément ce qu'ils sont)*". C'est exact, mais inutilement compliqué. En optant pour la sémantique préférant (d) à (a), (e) et autres définitions de ce genre, on évite les problèmes évoqués plus haut tout en obtenant l'objectif visé : une sémantique matériellement adéquate et formellement correcte pour le langage normatif.

Mais revenons à notre système S_d , dont nous nous sommes apparemment éloigné, qui ^ddevrait comporter - et c'est notre conclusion de son esquisse - après les thèses relatives à la signification et à la désignation dans L_d , les thèses concernant les normes vraies de L_d . Plus que les thèses des deux premiers groupes, celles-ci seront, qu'on le veuille ou non, sous-tendues par une métaphysique. Mieux vaut donc la choisir en connaissance de cause afin de veiller à ce qu'elle soit la vraie.

c. La pragmatique du langage du droit

Dire ce qu'est ou plus exactement ce que pourrait et devrait être la pragmatique du droit est incomparablement plus difficile que d'esquisser la syntaxique ou la sémantique du droit. La raison en est la suivante. Ayant affaire aux langages réels du droit, nous ne sommes pas intéressé à la pragmatique pure, mais à la pragmatique empirique. Or la pragmatique empirique

que s'identifie à la sémiotique empirique, partant à toute la linguistique ! Même si l'on se limite, comme est notre cas, à l'étude des langages du droit, la pragmatique de chacun d'eux n'est pas autre chose que sa linguistique, ce qui constitue encore un domaine de recherche très étendu et varié. L'on comprend donc la difficulté de la tâche. Celle-ci ne serait guère plus facile, soit dit en passant, si nous nous livrions aux recherches de pragmatique pure du droit, les investigations en pragmatique pure étant les moins avancées de toutes les recherches sémiotiques, ainsi que nous avons vu à l'exemple de R.M. Martin.

Pour nous en tenir à la pragmatique empirique, il est clair, à la lumière de ce qui a été dit à son sujet, qu'il existe plusieurs catégories d'énoncés pragmatiques. Ont été le plus étudiées jusqu'ici des expressions de types tels que "**x sait que p**", "**x croit que p**", "**x admet (accepte) que p**". Il s'agit des cas d'**oratio obliqua** ou assimilables à celle-ci. Le "**que**" qui y figure tient en réalité la place des deux points suivis de tirets auxquels recourt l'**oratio directa** : "**x sait : "p**"", ainsi de suite. La différence entre les deux formulations est purement grammaticale et partant secondaire à notre point de vue. Nous utiliserons quelquefois la seconde parce qu'elle met mieux en évidence le caractère métalinguistique des énoncés pragmatiques : celui-ci leur est propre de par leur nature.

Vu l'étendue du champ de la pragmatique empirique, le nombre de catégories d'énoncés pragmatiques est pratiquement indéterminé. Certes, notre attention se concentre ici sur les énoncés concernant les normes juridiques. Cependant vouloir dresser une liste exhaustive des catégories d'énoncés juridico-pragmatiques serait peut-être une gageure. Aussi nous contenterons-nous d'en indiquer les plus importantes.

La pragmatique se caractérise par la référence à l'usager du langage. Or la vie juridique se manifeste par une triple activité se servant du langage : prédiction des normes juridiques, leur étude - théorique (pour connaître) ou pratique (pour appliquer) - et leur application. Le domaine de chacune de ces activités possède ses énoncés pragmatiques. "**x édicte α**", "**x modi-**

fie α ", "*x abroge α* " ou "*x déroge à α* " (où " *α* " est le nom d'une norme) peuvent servir d'exemples des énoncés juridicopragmatiques du premier groupe. "*x interprète α* ", "*x confère à α la même signification que y* " ou "*x confère à α la même signification que celle que possède β* " illustrent les énoncés du deuxième groupe et "*x applique α* " appartient au troisième. Nos comportements se situant dans le temps et dans l'espace, il conviendrait, pour être précis, d'introduire des variables représentant les moments correspondants du temps et les endroits correspondants de l'espace. Mais même alors, nos formules ne seraient pas toujours complètes. en constatant par exemple que *x* édicte *α* , il faudrait dire non seulement à quel moment et à quel endroit il le fait, mais encore pour quelle catégorie de personnes et éventuellement pour quelle période.

La division des énoncés juridico-pragmatiques dont il vient d'être question n'est pas la seule possible. Sans chercher à être plus ou moins complet, disons qu'on peut les diviser aussi en prenant comme critère la science dont ils dépendent. Il existe des énoncés métajuridiques pragmatiques relevant les uns de l'histoire du droit, d'autres de l'ethnographie ou de l'ethnologie du droit, d'autres de la sociographie ou de la sociologie du droit, d'autres encore de la psychologie du droit, de la politique du droit et peut-être même de quelque autre discipline juridique. "*x sait que n* ", "*x croit que n* " ou "*x admet que n* " (où " *n* " est une variable représentant n'importe quelle norme à l'encontre de " *α* " qui est, dans les formules antérieures, le nom d'une norme) sont des schèmes de constatations de faits psychiques. Une expression comme "*Les habitants du Tchad admettent que n* " serait de caractère ethnographique. Une proposition générale telle que : "*Pour tout x qui est A , si x transgresse α , alors x n'est pas poursuivi*" (cas d'interruption de grossesse en France par exemple, dans les années précédant le vote de la loi qui l'autorise dans de nombreuses circonstances) est une constatation sociologique. "*Si x veut a , alors x doit édicter α* " est le schème d'une directive de politique juridique. Or chacun de ces énoncés porte sur une norme juridique, il est donc métalinguistique et contient une référence à des usagers du langage du droit dans

quel la norme dont on parle est formulée, ce qui lui confère le caractère pragmatique. Il ne paraît pas nécessaire de multiplier les exemples. Ceux qui viennent être donnés illustrent suffisamment la multiplicité des catégories d'énoncés juridico-pragmatiques distinguées à l'aide du second critère.

A partir des énoncés pragmatiques qu'on rencontre dans divers domaines de la vie juridique ou dans diverses disciplines juridiques, on peut déterminer les expressions spécifiquement pragmatiques, entre autres "sait que", "croit que", "admet que", "édicte", "modifie", "abroge", "déroge", "codifie", "interprète", "applique", "transgresse", etc. Ajoutées aux expressions convenablement empruntées aux vocabulaires des langages (qui sont en fait des métalangages) dont se servent respectivement la syntaxique et la sémantique de L_d pour formuler des thèses de K_d et de S_d , elles constituent le vocabulaire du langage^d de la pragmatique de L_d . Ce langage, ou plus précisément ce métalangage, sert à l'énonciation des thèses de P_d , système de la pragmatique de L_d .

Les thèses constituant P_d se divisent en premières et secondes (dérivées). Les thèses premières sont des constatations empiriques autorisées par des règles comme

1 Celui qui constate empiriquement que x édicte est en droit d'admettre " x édicte α ".

Les thèses secondes (dérivées), des conclusions autorisées à leur tour par des règles telles que

2 Celui qui admet une expression de type " x édicte α " et une expression de type " α implique β " est en droit d'admettre une expression de type " x édicte β ".

3 Celui qui admet une expression de type " x transgresse α " et une expression de type "*la transgression de α implique celle de β* " est en droit d'admettre une expression de type " x transgresse β ".

Déjà en 1929, date de la parution de l'original (en polonais) des *Elements of mathematical logic*, J. Łukasiewicz formulait les règles d'inférence en termes pragmatiques comme en témoigne l'exemple suivant :

"Celui qui admet des propositions de type "tout M est P " et "tout S est M " est en droit d'admettre une proposition de type "tout S est P " " (41). A l'instar de cette règle syllogistique, toutes les règles d'inférence en général, et en particulier les règles utilisées dans le vaste domaine du droit et de ses trois secteurs évoqués plus haut (édiction, étude et application des normes juridiques) s'énoncent le plus facilement et le plus utilement en termes pragmatiques. Ainsi la règle d'inférence, sous-tendant la thèse de K_d et citée plus haut, p. 35, se laisse-t-elle formuler comme suit : "Celui qui admet une expression ayant la structure de "si p alors q " (où p représente une proposition descriptive et " q " une norme) et une expression homéomorphe à celle qui tient la place de " p " est en droit d'admettre une expression homéomorphe à l'expression tenant la place de " q ".

A ce propos il importe de souligner que l'utilisation par ceux qui participent, à quelque titre que ce soit, à l'une des trois activités propres à la vie juridique et qui sont, répétons-le, l'édiction, l'étude et l'application des normes juridiques, des règles d'inférence que la logique tant non déductive que déductive met à leur disposition, est soumise à des exigences, explicites ou implicites, proprement juridiques telles que l'exigence d'édicter des normes justes, d'interpréter conformément au bien commun ou de juger équitablement. Ces exigences se trouvent incluses dans l'énoncé de chaque règle d'inférence utilisée dans le domaine du droit, comme le montre cet exemple : "Celui qui admet d'une part que S_1 (la variable " S_1 " représente le nom de n'importe quel sujet de droit) se trouve dans une situation analogue à celle de S_k devant se comporter, dans cette situation, de manière M , alors S_1 doit adopter un comportement analogue à celui de S_k , et, de l'autre, que S_1 se trouve dans une situation analogue à celle de S_k devant se comporter, dans cette situation, de manière M , doit admettre aussi que S_1 doit adopter un comportement analogue à celui de S_k à moins qu'en vertu de quelque autre règle en vigueur dans la législation donnée (règle explicite ou implicite, ajoutons) il ne soit préférable, pour une raison ou pour une autre (exigence de justice, de bien

commun, d'équité, etc...) que S_1 doive (ou puisse) adopter un comportement différent (déterminé, bien entendu, en fonction de cette autre règle)".

La présence dans les règles des inférences juridiques de clauses restrictives, explicites ou implicites, de ce genre constitue précisément leur spécificité et s'explique par la nécessité pour le droit d'être souple afin de se conformer à la vie comme la règle lesbienne dont parle Aristote (42) aux aspérités des surfaces mesurées et de prescrire par conséquent des comportements justes ou équitables selon le cas. Cela permet aussi de comprendre pourquoi, depuis l'antiquité gréco-romaine, pour nous limiter à l'aire de la civilisation européenne, la théorie des inférences juridiques ne cesse d'être débattue. Il va également de soi que la construction de la sémiotique de tout langage du droit ne peut pas ne pas s'en ressentir.

Après ce qui vient d'être dit au sujet de la pragmatique juridique, on aperçoit facilement la différence entre la pragmatique de L_d , d'une part, et sa syntaxique ainsi que sa sémantique, de l'autre. (Cette différence ne constitue qu'un cas particulier de la différence générale entre la pragmatique, d'un côté, et la syntaxique ainsi que la sémantique, de l'autre. Les thèses de K_d et celles de S_d , pour rester sur le terrain de la sémiotique du droit, se fondent respectivement, ainsi que nous l'avons souligné, sur les règles syntaxiques et sémantiques pour L_d . C'est pourquoi elles parlent des expressions de L_d et en disent, selon le cas, quand elles sont bien formées, ce qu'elles signifient et désignent, sous quelles conditions elles sont vraies, etc. Par opposition, les thèses de P_d parlent et des expressions et de leurs usagers, ou plus exactement, elles parlent principalement des usagers des expressions de L_d et accidentellement de ces expressions ou, si l'on préfère cette autre formule, elles parlent des usagers des expressions de L_d en rapport avec celles-ci. En effet, elles décrivent les comportements des usagers de L_d à l'égard de ses expressions en disant par exemple s'ils les édictent, les modifient, les codifient ou les abrogent, s'ils les connaissent ou les ignorent, s'ils les entendent de telle ou telle manière s'ils les

interprètent correctement ou incorrectement, s'ils les appliquent ou s'ils les transgressent, etc. C'est pourquoi les thèses de P_d (à une exception près dont nous allons parler ci-après) ne se fondent pas sur les règles linguistiques de L_d , mais ont pour fondement les règles spécifiques de P_d illustrées par R 1 - R 4 pris comme exemples.

L'exception signalée plus haut est constituée par le groupe des thèses de P_d ayant, chacune, la structure de "*x* emploie correctement *a*" (où "*a*" est le nom d'une expression quelconque de L_d). Car l'emploi correct d'une expression de L_d est déterminé par les règles syntaxiques ou sémantiques valables pour ce langage. Telle ou telle expression de L_d est employée correctement lorsqu'elle sert à la construction d'une expression bien formée dans L_d , lorsque celui qui s'en sert lui fait signifier ou désigner ce qui est son **significatum** ou son **designatum** selon les règles sémantiques de L_d , etc. Dans cette mesure, il existe non seulement des règles linguistiques syntaxiques et sémantiques mais encore pragmatiques.

Nous allons clore cette esquisse de la pragmatique du droit par la double remarque qui suit. Les thèses de P_d examinées jusqu'ici sont des affirmations au sens strict. Mais ce système comporte aussi des négations. "*x* ignore *n*" équivaut à " \sim (*x* sait que *n*)", "*x* transgresse α " à " \sim (*x* obéit à α)" et il peut être vrai que \sim (*x* applique α) - sans qu'il y ait une transgression de cette norme - ou que \sim (*x* emploie correctement *a*). Par ailleurs, la pragmatique du droit est susceptible d'extension, car ses énoncés : "*x* sait que *n*", "*x* applique α ", etc... peuvent être des arguments non seulement du foncteur de la négation propositionnelle (en symbole " \sim ") et des foncteurs interpropositionnels "et", "ou", etc. (en symboles "&", "v", etc.), mais encore des foncteurs modaux tels que "il est possible que", "il est nécessaire que", etc. Nous n'avons pourtant pas l'intention de nous aventurer dans les dédales de cette extension et nous bornons à en signaler, pour terminer, la possibilité.

CONCLUSION

L'oeuvre réalisée par les sémioticiens depuis Ch.W. Morris, surtout par R. Carnap, R.M. Martin et R. Montague, fournit des exemples de systèmes syntaxiques, sémantiques, voire pragmatiques, relevant non seulement de la sémiotique pure au sens carnapien, mais encore, du moins dans une certaine mesure, de la sémiotique empirique portant sur des langages naturels. Ces exemples indiquent entre autres la manière de procéder pour élaborer la sémiotique juridique au sens large, c'est-à-dire la sémiotique du langage du droit et celle du langage des juristes. Dans la présente étude, nous nous sommes limité à la première : nous avons ébauché la sémiotique du langage d'une législation donnée, autrement dit d'un système juridique (ensemble de normes juridiques) concret. Nous avons dit au début pourquoi nous laissons de côté la sémiotique du langage des juristes. Qui trop embrasse, mal étirent. Nous avons voulu l'éviter. Nous avons également fui évidences et redites. Il est clair que la sémiotique du langage des juristes est analogue à celle du langage du droit. Aussi l'analyse de celle-ci vaut-elle, **mutatis mutandis**, pour celle-là. Nous pensons que pour se faire une idée adéquate de la sémiotique du langage des juristes, il suffit de prendre conscience du fait que son langage est plus riche que le langage de la sémiotique du langage du droit dans la mesure où son langage-objet est plus riche que le langage-objet de cette dernière, le langage des juristes étant un métalangage tout comme le langage de la sémiotique du droit (les deux métalangages sont cependant différents l'un de l'autre). En effet, le langage de la sémiotique du langage du droit est, relativement au langage du droit, un métalangage. Par ailleurs, la sémiotique du langage des juristes est plus simple, dans une certaine mesure, que celle du langage du droit, ceci à cause du caractère descriptif du langage des juristes, caractère la rapprochant des résultats obtenus par des sémioticiens comme R. Carnap, R.M. Martin ou R. Montague précisément dans la sémiotique des langages descriptifs. Le langage du droit est par contre prescriptif, ce qui confère à sa sémio-

Ayant ainsi délimité le champ de notre investigation, nous nous sommes d'abord mis en face des systèmes K_1 et S_3 de R. Carnap ainsi que de l'ébauche du système $1P_M^3$ de R.M. Martin. Nous inspirant de leurs réalisations, nous avons esquissé le système K_d (syntaxique du langage du droit L_d), le système S_d (sémantique de L_d) et le système P_d (pragmatique de L_d). Cette triple recherche est bien plus que l'étude d'un langage. Il va de soi que la même remarque vaut pour la sémiotique du langage des juristes bien que celle-ci reste dans cette étude à l'état de puissance. Car, en réalité, maints problèmes du droit, de la science du droit et de la philosophie du droit se trouvent ainsi abordés, dans un éclairage tout nouveau, par le biais des analyses sémiotiques. C'est en cela précisément que gît la grande valeur de la sémiotique juridique (au sens large) qu'il est par conséquent aussi urgent qu'important de développer, tâche dépassant de beaucoup les possibilités d'un seul chercheur.

NOTES

(1) G. Kalinowski, Introduction à la logique juridique, Paris, L.G.D.J., 1965, "Bibliothèque de Philosophie du Droit", vol. III, ch. II (pp. 41-69). Traduit en espagnol sous le titre Introducción a la lógica jurídica par S.A. Casaubón, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973.

(2) La distinction du langage du droit et du langage des juristes, cas particulier de la distinction entre le langage-objet et le méta-langage, est due à Br. Wróblewski (Br. Wróblewski, Język prawny i język prawniczy, Kraków, Wydawnictwa Wydziału Prawa U.J., 1948).

(3) F. Oppenheim, Outline of a logical analysis of law (Philosophy of science 11 (1944), pp. 142-160).

(3 bis) Ch. Bouazis, Essais de sémiotique du sujet, Bruxelles, aux Editions complexes, Paris, P.U.F., 1977. A.J. Greimas, Sémiotique et sciences sociales, Paris, aux Editions du Seuil, 1976.

La sémiotique de H. Hermes n'est pas autre chose que la syntaxe générale pure (voir R. Carnap, Introduction to semantics, Cambridge, Massachusetts, 1948 (Studies in semantics, vol. I, p. 239). Réimprimé dans id., Introduction to semantics and formalization of logic, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1975 (Studies in semantics, vol. I and II). J. Kristeva, ΣΗΜΕΙΩΤΙΚΗ, Recherche sur une sémanalyse, Paris, Seuil, 1969.

J. Locke écrit : "Je pense que la science peut être divisée en trois espèces : premièrement la physique (... ΦΥΣΙΚΗ), deuxièmement la pratique (... ΠΡΑΚΤΙΚΗ), troisièmement ΣΗΜΕΙΩΤΙΚΗ. En effet, la troisième branche peut être appelée ΣΗΜΕΙΩΤΙΚΗ ou la doctrine des signes" dont les plus usagés sont les mots ; elle est nommée aussi assez convenablement ΛΟΓΙΚΗ, "logique". Il s'agit d'examiner la nature des signes dont se sert l'esprit pour la compréhension des choses ou pour la communication de la connaissance à autrui. C'est pourquoi, puisque, en outre, aucune des choses considérées par l'esprit ne lui est présente de manière à être connue par lui, il est nécessaire que quelque chose d'autre lui soit présent sous la qualité de signe ou de représentation de la chose examinée. C'est pourquoi la scène sur laquelle apparaissent les idées produites par l'esprit d'un homme ne s'offre pas directement à la vue d'un autre homme, et celles-ci ne sont conservées que dans la mémoire, plutôt peu sûr. Par conséquent, pour communiquer nos pensées aux autres aussi bien que pour les enregistrer à notre propre usage, les signes de nos idées sont également nécessaires. Les mots articulés sont les signes que les hommes ont trouvés les plus convenables et partant ils s'en servent universellement. Tenir les idées et les mots pour de grands instruments de la connaissance constitue donc une part non négligeable de leur étude pour qui voudrait considérer la connaissance humaine dans toute son étendue. Peut-être, si nous étions pesés distinctement et étudiés comme il convient, nous aurions peut-être trouvés une autre espèce de logique et de critique que celle que nous avons connue jusqu'ici" (J. Locke, An essay concerning human understanding, London, George Routledge/New York, E.P. Dutton, s.d., l. IV, ch. XXI, p. 607 s.).

On remarque facilement la concordance entre ce passage de Locke et le début de De l'interprétation d'Aristote où l'on lit : "Les sons émis par la voix sont les symboles des états de l'âme, les mots écrits les symboles des mots émis par la voix. Et de même que l'écriture n'est pas la même chez tous les hommes, les mots parlés ne sont pas non plus les mêmes, bien que les états

tiques chez tous, comme sont identiques aussi les choses dont ces états sont les images" (Aristote, o.c., traduction nouvelle et notes par J. Tricot, Paris, Vrin, 1966, p. 77 s., 16 a 3-8). R. Carnap s'écarte par contre de cette manière de voir le langage (voir plus loin p. 23 s.) : il n'en retient que les signes et leurs **designata** comme s'il n'y avait pas de **significata**.

(4 bis) N. Kretzmann, History of semantics, p. 395 b (The Encyclopedia of philosophy, New York, The Macmillan Company and the Free Press, 1967, v. 7, pp. 358 b - 406 a). N. Kretzmann renvoie aux écrits de Ch. S. Peirce dans l'édition The collected papers of Charles Sanders Peirce, Charles Harthshorne and Paul Weiss eds. Cambridge, Mass., 1958, vols I-VI.

(5) Ch. W. Morris, Foundations of the theory of signs, The University of Chicago Press, 1938, "International Encyclopedia of Unified Science", vol. I, nr 2, p. 35.

(5 bis) Id., Signs, language and behaviour, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall. Réimprimé dans id., Writings on the general theory of signs, La Haye, Mouton, 1971. Cité d'après J. Lyons, o.c., p. 97.

(6) R. Carnap, Introduction to semantics, pp. 9 s., 13, 28 s., 245 et 250 ; id., Foundations of logic and mathematics, The University of Chicago Press, 1939, "International Encyclopedia of Unified Science", vol. I, nr 3, p. 5 s. ; id., On some concepts of pragmatics (Philosophical Studies 6 (1955), pp. 89-91), réimprimé en annexe à Meaning and necessity, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1975 (7e réimpression de la 2e édition de 1956, pp. 248-250) ; voir aussi id., Meaning and synonymy in natural languages (Philosophical studies 7 (1955), pp. 33-47, réimprimé en annexe à Meaning and necessity, voir plus haut, pp. 233-247).

(7) R.M. Martin, Toward a systematic pragmatics, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1959 ; L. Koj, Semantyka a pragmatyka, Warszawa, PWN, 1971. L'ouvrage de L. Koj est longuement analysé dans L. Auburger, Eine neuere polische Semantikkonzeption auf pragmatischer Grundlage, LB [Linguistische Berichte] - Papiere, 24 Fr. Viehweg, Braunschweig, s.d.

(7 bis) Les principaux écrits de R. Montague sont réunis dans R. Montague, Formal philosophy, edited by Richemond Thomason, New Haven and London, Yale University Press, 1974. Plusieurs études de ses continuateurs ont paru dans Montague grammar edited by Barbara Partee, New York, San Francisco, London, Academic Press, 1971.

- 1) Montague grammar, jaquette.
- 2) R. Thomason, introduction à R. Montague, Formal philosophy, 2 (R. Montague, Formal philosophy, pp. 1-69).
- 3) R. Montague, Pragmatics, p. 96 (id., Formal philosophy, pp. 95-103).
- 4) Surtout le chapitre V. On trouvera la liste des principaux ouvrages sémantiques de S. Kripke et des autres auteurs cités plus haut dans le texte, dans l'index bibliographique de G.E. Hughes et M.J. Cresswell, An introduction to modal logic, London, Methuen, réimpression de 1973, p. 356 ss.
- 5) A ce sujet, voir notre Querelle de la science normative, Paris, CNRS, 1969, surtout p. 77 ss.
- 6) A ce sujet voir notre Querelle de la science normative, ch. I, 2, 3 et 4.
- 7) R. Carnap, Introduction to semantics, p. 23.
- 8) Id., o.c., p. 12.
- 9) Id., o.c., pp. 155 et 159 ; cf. p. 164 s.
- 10) bis) A. Tarski, Le concept de vérité dans les langages formalisés, p. 173 ss. (début du § 2) et p. 258 (Conclusion, A) et id., La conception sémantique de la vérité et les fondements de la sémantique, §§ 9 et 10 (id., Logique, sémantique, métamathématique, traduction française, Paris, A. Colin, respectivement t. I (1972), pp. 157-172, et t. II (1974), pp. 265-305).
- 11) Les définitions du système syntaxique de R. Carnap K_3 sont traitées de la même manière ; voir o.c., p. 164.
- 12) bis) Nous avons modifié les thèses de K_1 en y remplaçant " " de R. Carnap par "ssi" (abréviation de "si et seulement si"), symbole "=". " " s'interprétant "tient la place de" (dans le cas des définitions-règles Df de notre auteur, le "tient la place de" a en fait le sens de "doit tenir la place de"). Nous avons donc affaire à une expression métalinguistique, ses arguments (l'expression qui précède et l'expression qui la suit) étant des noms d'expressions : premier, le nom de l'expression dont on dit qu'elle tient ou doit tenir la place d'une autre expression, le second, le nom de l'expression dont on dit que sa place est ou doit être tenue par l'autre. Ainsi le langage de la sémiotique, métalangage par rapport au langage auquel porte celle-ci, se trouve inutilement hissé au niveau d'un métalangage. Ceci constitue en effet une application d'un

mais "ssi" (valeur du symbole de constante "="). Pour éviter l'équivoque signalée plus haut, p. 12, venant de ce que " K_1 " désigne chez R. Carnap et un système syntaxique et le langage sur lequel porte celui-ci, nous avons remplacé, dans les thèses de K_1 , " K_1 " en tant que nom du langage concerné par " L_k ".

(18) R. Carnap, Introduction to semantics, p. 157 s.

(19) J. Łukasiewicz, Elements of mathematical logic, Warszawa, PWN/Oxford..., Pergamon Press, c.r. 1963, pp. 31-41.

(20) G. Kalinowski, Sémiotique et philosophie, Paris-Amsterdam, Editions Hadès-Benjamins, 1985.

(21) Aristote, De l'interprétation 1 (16 a 3-5) ; voir plus haut n.4.

(22 bis) Dans les cas des expressions vides, "Styx" par exemple ou "nymphé", la distinction entre le signifié et le désigné n'est qu'une distinction de pensée, le signifié et le désigné s'identifiant à la même pensée considérée en tant que construction intellectuelle et partant abstraction faite de son existence (et non pas en tant que fait psychique lequel, en tant que tel, est toujours un existant bien que son statut ontologique soit celui d'un accident et non pas celui d'une substance). La distinction est cependant justifiée, car on se place successivement à deux points de vue différents, prenant en considération tantôt l'analogie avec le signifié d'une expression non vide, tantôt l'analogie avec le désigné d'une telle expression. Elle est aussi utile. Au sujet de la désignation par les noms vides, voir I. Dąbmska, W sprawie tzw. nazw pustych sur les soi-disant noms vides (Przegląd filozoficzny 44 (1948)). On dit des noms vides tels que "Styx" que leur intention est individuelle et des noms vides tels que "nymphé" qu'elle est générale (à ce sujet voir entre autres Mała encyklopedia logiki, Wrocław - Warszawa - Kraków, Zakład Państwowy im. Ossolińskich, 1970, p. 184).

(22) C.L. Hamblin, Questions in Montague English, p. 253 (Montague grammar, pp. 247-259).

(22 bis) Id., l.c.

(23) S. Kripke, Semantical analysis of modal logic I, Normal propositional calculi (Zeitschrift für mathematische Logik und Grundlagen der Mathematik 9 (1963), pp. 67-97).

(24) Voir par exemple Analyse sémiotique d'un discours juridique par un groupe dirigé par A.J. Greimas (Documents de travail et pré-publications. Centro Internazionale de Semiotica e di Linguistica.

le langage du droit entre autres parmi les 1.466 titres de la bibliographie établie par A.G. Conté et G. di Bernardo et jointe en annexe à Logica deontica e semantica a cura du Giuliano di Bernardo, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 347-447.

6) R. Montague, English as formal language, p. 188.

7) Au sujet des noms créés à l'aide des guillemets et des problèmes qu'ils posent, voir L. Koj, Le statut sémiotique des guillemets et leur antinomie (Les études philosophiques, avril-juin 1972, pp. 199-250).

8) R. Montague, o.c., p. 189 ss.

9) **bis)** Id., o.c., p. 192 s.

10) Id., o.c., p. 190 ss.

11) Id., Pragmatics, p. 95.

12) A ce sujet, voir notre Querelle de la science normative, p. 129, et notre Sémiotique et philosophie, passim.

13) H. Kelsen, Théorie pure du droit, traduction française de la 2^e édition de la "Reine Rechtslehre" par Ch. Eisenmann, Paris, Sirey, 1962, p. 13.

14) Id., o.c., l.c.

15) G. Kalinowski, Le problème de la vérité en morale et en droit, Paris, E. Vitte, 1967.

16) G.H. von Wright, Logical studies, London, Routledge and Kegan Paul, 1957, préface, p. VII.

17) Id., Norm and action, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, ch. VII et ch. VIII, surtout pp. 129-134.

18) R. Hilpinen, Deontic logic and the semantics of possible worlds (Deontische Logik und Semantik, A.G. Conte, R. Hilpinen, G.H. von Wright (Hrsg), Wiesbaden, Athenaion, 1977, pp. 82-88) ; en version italienne dans Logica deontica e semantica a cura di G. di Bernardo, Bologna, Il Mulino, 1967, pp. 39-47.

19) G.H. von Wright, Norm and action, p. 104 s.

20) Studia logica 1 (1953), pp. 147-182, réimprimé dans G. Kalinowski, Etudes de logique déontique I (1953-1969), Paris, LGDJ, 1972, pp. 17-53.

21) M. Heidegger. Qu'est-ce que la métaphysique ? (id., Questions I

(40) Voir entre autres P. Balhache, Sémantiques pour les systèmes déontiques intégrant permission faible et permission forte (Logique et Analyse 20 (1977), pp. 286-316) ; G. di Bernardo, Semantics for thetic and proairetic systems, texte polycopié (voir aussi id., Thetic and proairetic normative systems, à paraître, dans The Poznan studies in the philosophy of science and the humanities) ; J. Hintikka, Some main problems of deontic logic (Deontic logic : introductory and systematic readings, edited by R. Hilpinen, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1971, pp. 59-104) ; D. Lewis, Semantic analysis for dyadic deontic logic (Logical theory and semantic analysis edited by Sören Stenlund, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1974, pp. 1-14).

(41) J. Łukasiewicz, Elements of mathematical logic (voir plus haut la note 19), p. 11.

(42) Aristote, L'Ethique à Nicomaque 1137 b 30 (voir le commentaire des RR. PP. R.A. Gauthier et J.Y. Joly O.P. dans L'Ethique à Nicomaque, Introduction, traduction et commentaire, Louvain, Publications Universitaires de Louvain, Paris, Béatrice-Nauwelaerts, t. II (1959), 1ère partie, p. 434.

POST-SCRIPTUM

Nous laissons paraître tel quel ce texte écrit vers 1980. Unique modification : les mentions des travaux projetés ou en préparation, publiés depuis, sont remplacées par les données bibliographiques de ceux-ci. Il en est ainsi de Sémiotique et philosophie (voir n. 20) où le lecteur pourra trouver maintes informations soit complémentaires, soit plus développées et plus détaillées sur la sémiotique en général, entre autres sur les sémantiques des mondes possibles (voir ch. VII). Nous y avons préféré "*non-cognitivisme*" et "*objet intentionnel*" aux "*anticognitivisme*" et "*être intentionnel*" employés dans la présente étude.

Pour des raisons techniques, les caractères gras remplacent les lettres de l'alphabet gothique employées

PROJECTIONS JURIDIQUES

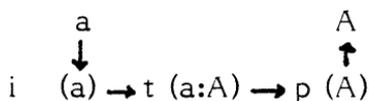
Par
Friedrich LACHMAYER

Le point de départ de l'analyse est la position de l'homme dans la communication. Le juridique peut être analysé sous l'angle Input-Output-structure.

Supposons un fait a au sujet duquel existe une information i ayant pour contenu (a) .



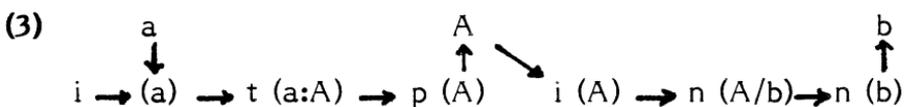
Lors de l'emploi d'information dans le cadre du droit, cette information peut être transformée. Il s'agit d'une transformation interprétative t dans laquelle le contenu a est transformé en un nouveau contenu A . Par A on entend non plus un contenu réel (de fait), mais plutôt un contenu projeté, imaginé. A l'information i (a) est à la transformation t ($a:A$) s'ajoute finalement une projection p . Par celle-ci le contenu A est projeté à l'extérieur.



Dans le domaine juridique les sujets ne s'orientent pas d'après les faits, mais plutôt d'après les significations juridiques. Les normes juridiques ne se rattachent pas aux faits mêmes mais bien plus aux significations juridiques de ces faits.

La norme n peut être une norme conditionnelle. L'existence de la condition A on relie l'obligation à déterminer le comportement b .

La structure de communication conduit tout d'abord à l'information i (A). Ensuite s'ajoute la norme conditionnelle n (A/b). Comme la condition est remplie,

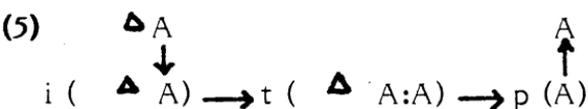


Ce schéma doit être complété : le comportement prescrit est imposé en droit tout d'abord comme signification B (par ex. dans le jugement comme "*prestation*"). Alors seulement on en vient aux paiements concrets (par ex. dans l'exécution). L'information *i* est sémantiquement défensive dans la mesure où le signe sert à la description du fait *a*. Il en est autrement de la projection *p*. Celle-ci est sémantiquement agressive puisque la signification *A* est seulement constituée par elle.

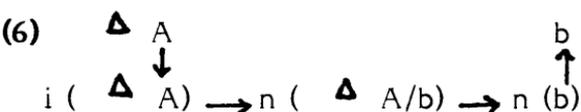
Les significations juridiques ne sont pas visibles. Elles ont besoin des signes pour devenir visibles. Un signe peut être symbolisé par Δ . Le signe de la signification *A* sera le suivant :



Par l'intervention des signes on en arrive à un rétrécissement de la communication. La transformation initiale des faits est modifiée. C'est bien plus le signe qui déclenche la projection.



Il se peut aussi que la norme se rattache directement à l'information par le signe. Les phases de transformation initiales n'ont alors pas lieu. L'information par le signe devient l'élément déclencheur.



Les signes dirigent les projections juridiques mais entraînent aussi un certain détachement de la réalité. Ce sont les signes qui déclenchent les projections et non plus les objets immédiats. Les conditions de modifi-

signe sont différentes des règles du changement des objets. Mais avec cela il y a aussi d'autres influences possibles. Retournons aux transformations. Une transformation t peut consister à relier un objet à la signification A.

$t(a:A)$

Mais l'objet a aussi peut être relié à un autre contenu, peut-être au contenu B.

$t(a:B)$

Les transformations reçoivent naturellement dans le domaine des significations et lors de la transformation des significations, leur position particulière. Ainsi la signification A peut être transformée en signification B.

$t(A:B)$

Il faut tout particulièrement souligner les transformations lors desquelles un sujet par ex. b est interprété comme signe. On fait ainsi de b le signe A, c'est-à-dire

$t(b: \Delta A)$

Une telle transformation en un signe ne peut pas se limiter seulement à un fait, mais aussi à une signification. C'est ainsi que, dans le cas suivant, la signification A est transformée en signe de B.

$t(A: \Delta B)$

Enfin, signalons le cas où un signe pour quelque chose est interprété comme le signe d'autre chose :

$t(\Delta A: \Delta B)$

Les transformations ne se produisent plus seulement comme pont entre le sujet et une signification, mais également entre les significations entre elles et en tenant compte des signes. Il faut encore une fois souligner que les processus de modification dans le domaine des significations et des signes sont soumis à d'autres

Revenons-en au schéma de communication (2). Là, on y a mentionné les informations, les transformations et les projections. Dans le schéma (3) s'ajoutent encore les normes. Aussi bien l'information i que la transformation b , la projection p et la norme n peuvent être à nouveau sujets de transformations. L'information i peut être transformée par ex. en une information I juridiquement valable, comme par exemple un témoignage.

(13) $t (i:I)$

Même une information peut être interprétée comme transformation officielle. Dans le cas suivant, l'information t' est interprétée comme transformation officiellement obligatoire T .

(14) $t (t':T)$

Il peut en être de même pour les projections. Il y a des projections juridiquement obligatoires, comme par exemple l'attribution d'un statut personnel. Une telle projection p est alors transformée en projection officiellement obligatoire et juridique P .

(15) $t (p:P)$

Ces transformations ont une signification particulière à l'intérieur du Droit, où une norme n se transforme en norme juridique N .

(16) $t (n:N)$

Enfin, cette transformation qui entraîne le changement peut elle-même être admise comme transformation qualifiée. Dans l'exemple suivant, c'est la transformation qualifiée T qui interprète une norme n comme norme obligatoire N .

(17) $T (n:N)$

Les significations A , B , C ne doivent pas être considérées isolément mais peuvent être classées dans des domaines comme par ex. le droit, la science, la religion. Ce qu'il faut particulièrement mettre en évidence, ce sont les significations que l'on rencontre dans la vie quotidienne. Il s'agit des significations ordinaires qui sont attribuées sans qu'on en soit conscient. Ces significations ordinaires sont écrites en caractères

ante. La signification A fait partie de la conscience quotidienne, sans qu'il s'agisse déjà en cela d'une signification juridique. Les significations juridiques peuvent être caractérisées par l'adjonction "l" (légal). Une telle signification légale se symbolise par A^l . Par A^l , B^l , C^l on entend ainsi des significations légales.

Quand on parle de "juridique", on doit faire la distinction entre le Droit d'une part et la Jurisprudence d'autre part. Dans la pratique, on mélange souvent les deux niveaux. La Jurisprudence s'arroge l'autorité du Droit. Le Droit lui-même comprend des formulations empruntées à la Jurisprudence. Pourtant, du point de vue structure, il convient de séparer le Droit de la Jurisprudence. Une signification que la Jurisprudence attribue, peut être désignée par "sc". (science). Par les significations A^{sc} , B^{sc} , C^{sc} on entendra alors des significations scientifiques.

Pour ce qui est des domaines indépendants de la signification, il convient encore de mentionner tout particulièrement les systèmes d'information religieux. On peut les caractériser par la lettre "r" (religio).

En ce qui concerne donc les différentes qualifications de la signification, il faut retenir tout du moins les suivantes :

8) A , A^l , A^{sc} , A^r

Non seulement les contenus des projections, mais encore les projections elles-mêmes peuvent être qualifiées de la façon mentionnée. On peut ainsi différencier les projections ordinaires des projections légales, des projections scientifiques et des projections religieuses.

9) P , P^l , P^{sc} , P^r

Il faut encore souligner que, lors des transformations juridiques, il faut faire la distinction entre celles qui font partie directement du Droit et celles qui ont parties constituantes de la Jurisprudence.

De telles transformations, qui se rapportent aux hommes eux-mêmes, sont de grande importance. Dans la transformation légale suivante T^l l'homme (sujet

(20) T^1 (s:S¹)

Ceci est l'attribution centrale de la dignité humaine, qui est condition des droits de l'homme et l'application de l'ordre juridique tout entier.

Il existe différents essais idéologiques et critico-déologiques de supprimer cette transformation légale.

(21) T^1 (s:S¹)

Une telle suppression de la transformation légale de la dignité humaine a pourtant des conséquences catastrophiques, étant donné que l'application des droits de l'homme de même que celle du reste des normes du Droit ne sont alors plus données. Le manque d'existence de la transformation juridique de la dignité humaine doit être évalué de façon négative. Beaucoup plus négative encore est pourtant une transformation légale qui refuse formellement à un homme la signification de sujet légal.

(22) T^1 (s: S¹)

Revenons à la Jurisprudence. Ici, il s'agit de faire la distinction entre les informations jurisprudentielles sur un objet et les projections jurisprudentielles. Une information scientifique I^{sc} peut décrire le concept légal A^1 .

(23) I^{sc} (A^1)

Ceci est un cas de science descriptive. Il faut le mettre en évidence parce que dans la théorie ainsi nommée par Hans Kelsen "*théorie du Droit pure*", il n'y a pas que des informations descriptives mais aussi des interprétations (projections). L'interprétation jurisprudentielle la plus connue de H. Kelsen est la soi-disant "*norme fondamentale*". Il s'agit là d'une transformation scientifique T^{sc} , qui interprète les normes n comme des normes légales N^1 .

(24) T^{sc} (n:N¹)

Ce qui est remarquable dans cette construction de la soi-disant "*norme fondamentale*", c'est qu'il ne s'agit pas d'une "*norme*" et qu'elle fait partie du domaine du Droit. Nous avons, à mon avis, bien plus affaire

ne n'est pas à classer dans le domaine du Droit mais en plus dans celui de la Science. L'essai de Hans Kelsen, en dehors du Droit à partir de la Jurisprudence, influencer le Droit par les définitions, ressemble structurellement à l'essai du Droit Naturel de créer le Droit à partir d'un point de normes religieuses et morales situées en dehors du Droit. Revenons finalement à la structure de communication. Si l'on inclut les transformations et projections légales, il apparaît que le procès de communication n'a plus lieu que partiellement chez l'individu.

$$\begin{array}{ccccccc}
 5) & I^1(a) & \rightarrow & T^1(a:A^1) & \rightarrow & P^1(A^1) & \\
 & \uparrow & & & & \downarrow & \\
 & a & & & & A^1 & \rightarrow \Delta A^1 \\
 & & & & & \downarrow & \\
 & & & & & i(\Delta A^1) & \rightarrow N^1(\Delta A^1/b) \rightarrow N^1(b) \\
 & & & & & & \uparrow \\
 & & & & & & b
 \end{array}$$

Par cette structure de communication on veut exprimer ce qui suit. Le fait a est constaté dans le cadre d'un procès officiel. Il s'agit d'une information légale I^1 , qui se rapporte au fait a . Ceci est le cas des preuves par exemple. Dans la transformation légale suivante, on pourvoit le fait a d'une signification légale A^1 . Ce processus est qualifié d' "*implication*" dans le juridique.

On en vient alors à la projection légale du fait A^1 . De cette façon, on constitue la signification juridique à partir de l'extérieur.

Dans beaucoup de domaines du juridique, les significations juridiques invisibles sont rendues visibles par des signes. Un tel signe se rapportant à la signification juridique A^1 peut être symbolisé par ΔA^1 .

L'individu reçoit une information i par le signe ΔA^1 de la signification juridique. Cette information i n'est pas une information qualifiée dans le sens de I^1 , étant donné qu'il s'agit d'une perception privée.

Mais l'individu a "*internalisé*" la norme légale N^1 . Cette norme légale exige, en présence de signes juridiques, un comportement correspondant. De la norme conditionnelle l'individu déduit alors une norme inconditionnelle. Cette norme $N^1(b)$ est considérée par l'individu également comme obligatoire et par conséquent comme

ment au comportement b. Ce schéma de communication montre que la transformation et la projection tombent dans une phase et que ces dernières précèdent l'exécution individuelle consciente conforme à la norme. La transformation juridique et la projection juridique sont des processus publics situés avant la phase individuelle. De la qualité "*publique*", il ne faut déduire que pour cette raison, dans une mesure particulière, l'individu est conscient de ces processus. C'est souvent le cas contraire. Les processus publics tombent chez l'individu dans le domaine du naturel. C'est ainsi qu'on n'est plus conscient non plus des transformations juridiques et des projections juridiques. L'individu est alors livré au plus haut point à des processus qui échappent à son attention. Souvent, ce ne sont plus que les signes des projections juridiques qui signalent leur existence. Les transformations juridiques et les projections elles-mêmes ne sont souvent plus accessibles à l'attention de l'individu. Les signes servent de médiateurs entre les transformations juridiques et les projections. Mais d'un autre côté, ce sont les éléments déclencheurs qui provoquent les procès individuels de l'exécution conforme à la norme.

LEGAL TECHNIQUES AND LEGAL TEXTS

By
Dr. Peter GOODRICH

While there is a relatively well established curriculum and literature of critical legal studies on the continent and especially in French law schools (1), the concept of radically challenging the intellectual basis and role of legal education is still something of a novelty within Anglo-American legal education. While the American Critical Legal Conference (2) first met in 1977 and was later followed by a European conference (3) and most recently by the inaugural British Conference, the rhetoric of criticism and the inflated "*trashing*" of traditional legal studies has either produced any substantive definition of critique (4) nor yet attracted any systematic programme of critical legal practice within the academy. The debate to date as to the coherence and in some instances the survival of legal studies (5) as an independent discipline has been primarily a jurisprudential one and, like its forerunner the (American) legal realist movement, it has frequently been more concerned with circulating philosophical and educational truisms than with directly challenging the content and method of the law curriculum (6).

In the present paper we aim to contribute somewhat indirectly to that current debate on the direction of legal studies by providing a short account of the scope, motive and function of courses teaching legal techniques as a method of introducing the student of law to the historical and conceptual parameters of the legal discipline (7). It will be our argument that a number of the most significant substantive questions as to the nature of legal studies, the coherence of the legal curriculum and the specific charac-

usefully raised, analysed and to some degree resolved in the context of legal techniques teaching. In brief, the objective is to eschew broad jurisprudential assertions as to the need "*in principle*" for an interdisciplinary and critical legal studies and to illustrate instead the view that the genuinely political dimensions to legal education are intransigently located at the level of the substantive legal disciplines (8).

I

Our initial point is a negative one. The contemporary legal curriculum does not include any systematic analysis whatsoever of the techniques necessary for the critical construction and interpretation of the most basic units of the legal discipline : the instruments, reports and documents of the law. Although the experience of legal education is virtually exclusively that of immersion in the texts and textbooks of the law, the reading of those texts is simply assumed to be a self-evident activity. Such guidance as is provided under the somewhat misleading rubric of courses in legal method and legal system is overwhelmingly concerned with external and extrinsic constraints upon the text, with issues of its form and status rather than its empirical purpose, potential or use. The legibility of the legal text is referred to its place and authorship within the hierarchy of institutional sources of law while its content is explained either in terms of the tired yet still ill-defined doctrinal categories of **stare rationibus decidendi** and **obiter dictum**, of authoritative judgment and persuasive - yet not authoritative - justificatory argument, or in the even more implausible terms of some variant upon the literal, golden and mischief rules of statutory interpretation.

It is in large measure against the crude foreclosing of the problems of legal meaning and the doctrinal preconstruction (9) of the discourse of the legal text, that the course in legal techniques, and indeed critical legal studies more generally, have reacted. It appears quite simply implausible and, at a more profound level, intellectually irresponsible to assume the "*self-evident-*

ness" or "givenness" of legal discourse without providing any analysis of the internal linguistic and broader literary criteria for assessing the character, function and structure of legal textual meaning. It is really sufficient to proffer a few overworked and arguably exceptional illustrations : all too frequently, for example, *Wylands v Fletcher*, *Donoghue v Stevenson*, or indeed *Carlill v The Carbolic Smoke Ball Co* (10) and to assume that a reader armed with no more precise tool than the distinction between **ratio** and **obiter** can assess both the historical (properly hermeneutic) significance of these decisions and also somehow intuit their relationship to the contemporary law ? Respectively, to the contemporary subjective tests operative in the law of nuisance, the current definition of negligence in terms of the combination of separable levels of principle and policy or indeed, in the final example, the even more complex socialisation of contractual risks. The ritualistic recitation of standard instances does not, we would suggest, even have the advantage of persuasively aiding legal doctrine. The examples given are not simply devastatingly overused, they are wholly unconvincing if viewed in isolation from earlier and subsequent social and legal development, while they are wholly incomprehensible even as law if approached solely in terms of the categories of **ratio** and **obiter**. From the perspective of a critical pedagogy of law we would suggest that there is at base neither theoretical justification nor even pragmatic benefit to the refusal to teach the legal text as object of knowledge. While there is certainly a degree of obvious ideological utility to maintaining the secrecy of closure of knowledge sustained by the extrinsically motivated categories of the doctrinal account of precedent we will emphasise what follows an alternative view which recollects the history and tradition **within** the legal institution and **within** legal education dedicated to the strictly rhetorical study of legal texts and of legal argument more generally.

At the centre of the legal discipline - though by no means necessarily at the centre of legal practice - there are texts. It is the foundational claim of legal doctrine that the texts of the legal tradition

special meaning and are the object of a very strict disciplinary study. In relation to each of these doctrinal claims, namely, those of the sovereignty of the source of legal writing, the distinctive and "*literal*" character of legal meaning and finally the appropriately restricted methodology of legal and analytical exegesis, the course in legal techniques can provide both historical and analytical tools for their evaluation and criticism. Indeed each claim can usefully provide the focus for separate sections of the course and separate case studies in the development of the discourses of the legal institution. In what follows we will briefly outline the three main objects of study within the course in legal techniques and will also indicate useful illustrative materials or case studies.

II

The preliminary section of the course is predominantly historical and contextual. While it might be supposed that issues of the scriptural status and canonic authority of legal texts were really only an aspect of the civil law tradition and civilian conceptions of codification as **ius scriptum** from the **Corpus Iuris Civilis** to the present day (11), the more accurate view is of greater complexity. First, we would note a very general point concerning the role of writing as the instrument of power within the western tradition of law (12). While it is certainly the case that some of the most dramatic early instances of codification belong to the continental tradition and that foundational myths of legal sources attach most obviously to the Biblical law-giving on Mount Sinai (13), to the Greek Emperor Drakon's extreme or "*draconian*" code of the 6th century BC, to the Twelve Tables and to the **Corpus Iuris** (14), the principles established within that tradition are of much wider significance. The three key features to the scriptural tradition in question may be summarised as follows :

(i) that it forms but one instance and exemplification of a broader history and science of writing (grammarology) in which scripture encodes power - most obvious-

gulating group or of the priesthood (15) - as well as facilitating the centralisation and extension - both spatial and temporal - of bureaucratic surveillance or "discipline" (16).

i) The scriptural tradition in question is theocratic in form, rule being the rule of God, and religious in its content. Its principal function is arguably that of establishing the sanctity of the source of law and the authority of its textual representations. Further, there is no evidence to suggest that it is either necessary or desirable to exempt the early history of the English legal system from the above tradition. The earliest law within that system was written - major codes being associated with Aethelbert (602), Wihtrred and lastly Cnut - and was explicitly based upon divine law and creed (17). In the later development of the common law tradition royal charters, royal writs and royal judges all lend the developing legal system both the textual form and the secular atmosphere of religion.

ii) The major periods and techniques of legal development within the common law tradition have been consistently characterised by the direct influence of canon law and civil law. Developed in a foreign language and located in very specialised written forms, the common law was from its earliest days a cryptic form of writing requiring decipherment and interpretation. In this respect the competent readers, systematisers and practitioners of the law were invariably either ecclesiastics or academics trained in either canon or civil law. Finally, we find that the forging of a municipal legal system in the past century obeys very similar dictates. In the common law as on the continent the modern period in question is one of the burgeoning of written law and of partial if not complete codifications. It remains, on this point, to add that the contemporary primacy of EEC law over domestic law tends if anything to affirm the link between two separate though formally comparable traditions of textual regulation (18).

The latter point leads into the second major object of study within the legal techniques syllabus, that of the doctrinal preconstruction of the content and

meaning of the legal lexicon and legal texts. Here our interest is properly interdisciplinary. The authoritative status of a text is not the cause but is rather the effect of the techniques used to interpret and in a strong sense to constitute it as text. What unified the legal texts of medieval Europe was the straightforward doctrinal presupposition of the sanctity or at least political supremacy of their source. In the common law world such is a view best expressed in the later writings of Bentham and Austin wherein it is the sovereign authorship of legal texts, direct or tacit, which guarantees their status as law. In both cases the meaning of the legal text is to be conceived in terms of its volitional authorship, its origin in the will or intention of the legal source, such source being either the legislature (**voluntas principis**) or, within the common law world, that even more hidden source "*time immemorial*" or custom (**voluntas populi**) as recollected or ascertained by the judicial agents of the sovereign.

The unity of the legal textual tradition is reflected in the postulation of legal doctrine as to the general form and meaning of legal terms. Just as it is the sovereign source of law which underlies and unites the scattered and disparate texts of the law, so too it is the sovereign will and intentional meaning which is reflected in and represented by the legal text. It is because it represents a prior "*speech*", that of the pontiff, sovereign or general will of the people, that it is in doctrinal principle possible to recover in each text a univocal and unitary meaning, an "*artistic*" literality which corresponds to the "*textual function*" within the legal tradition. In short, legal doctrine proposes not simply that legal meaning is unique by virtue of its source, but also that it is unitary - that "*latent*" yet accessible within each legal text there is "*a*" meaning, an irreducible semantic core free of ambiguity, polysemy or any other form of irreducible indeterminacy.

The above doctrinal view of law as a form of grammar and as a species of philology ill-accords both with the experience of reading legal texts and with contemporary developments within the fields

studies more generally. Without attempting anything so inappropriate to an outline as a proof of the latter point we will simply observe that the archaic and arcane peculiarities of legal language hardly justify its removal from the general socio-political developmental laws governing the history of the European languages. Indeed if we move to the third object of study within the legal techniques course, that of the strict disciplinary protocols for the study of law we find that the exact opposite is the case. The enormous appeal of the textual traditions that developed around the **Corpus Iuris Canonici** and later the **Corpus Iuris Civilis** was symbolic rather than directly substantive, political rather than strictly or simply legal. With regard to the Justinian compilation in particular, it was precisely the unity of a dead language and of an alien law that allowed the legal text, the books of the law, to be set apart both as a conceptual model of a pure legality and also as an emphatic representation of political and territorial unity, of empire and of sovereignty : "*unum esse ius cum unum sit imperium*" (19).

If we move now to examine the method and techniques that developed around the Latin culture and language of the early medieval period of the western legal tradition, it is relatively easy to see the links between administration, politics and law, and more specifically between literalism and the political needs of the legal institution. Although we do find certain vestiges of the Graeco-Roman tradition of forensic rhetoric in the **quaestiones disputatae**, the **dissensiones dominorum** (20) and the pedagogic moots more generally of the early glossators, the overwhelming task of the glossators was that of exegesis, of self-effacement in the presence of a wholly authoritative scripture. The legal method and the techniques of legal textual construction more generally, the doctrinal categories of interpretation, were composed and developed around the textual monuments of a past imperial culture. The rules of legal interpretation originated not in the substantive application of a living (local) law but in the academic study of a foreign law and language intended primarily to emulate and revere the spirit

anachronistic conception of empire which its texts were thought to carry buried deep within.

Returning now to the explicit issue of technique, we would suggest that it is both helpful and interesting to outline the contemporary forms of doctrinal presupposition as to legal meaning and legal interpretation against the historical and political background of the various forms of legal philology. In relation first to statutory texts and the variously formulated rules of statutory interpretation, the historical and conceptual context to be examined is that of exegesis (21). The statutory text is the supreme form of law within both the civilian and the common law traditions. As the formal expression of sovereignty it demands not simply to be comprehended but also, and more significantly, to be obeyed. As the object of exegetical study it is to be "*glossed*", systematised and applied rather than questioned, opened to dialogue or examined as a record of anything other than the frighteningly specific rules of the extant legal order. In opening these doctrinal assumptions to explicit study, the course in legal techniques is concerned not simply to provide a more accurate depiction of the characteristically authoritarian political form of legal discourse but also to assess the broader linguistic and communicational possibilities embedded in the doctrinal construction of sovereign texts. The exegetical construction of the statutory text may be seen most broadly as the elaborate development of a specific and somewhat defensive form of speech act, as the establishment of a generic and wholly impersonal objective textual authority. It may be reconstructed according to a linguistics not of literal meanings or definitive rules but rather as a dialogue between alternative lexical and syntactic structures, as a semantic choice between alternative registers and as between separable levels of a stratified national language. However sophisticated the claims of biblical and legal exegesis, interpretative casuistry should not be allowed to supplant the very obvious yet nonetheless valid lessons of contemporary linguistics and particularly the applied pragmatics which conclusively evidences the dependence of all language use upon variant levels of implicature relating

f any "meaning event" (22).

The analysis of legal exegesis as the highly questionable form of statutory interpretation leads into the second main disciplinary tool of the legal curriculum, the hermeneutics of legal precedence (23). Here again the paramount concern of legal pedagogy has been with textual constructions of authoritative rules, with law embedded in rule-books which claim both the generality and coherence of a normative order as well as such precision and univocality of construction and of meaning as will exonerate a judicial priesthood from the charge of political activism. Drawing upon materials already covered in the analysis of legal exegesis we would suggest by way of conclusion that legal hermeneutics, the doctrinal construction of case law interpretation, can best be understood by reference to the disciplines of sociolinguistics, rhetoric and later variants of discourse analysis. The legal community is to be here understood as a highly distinctive speech community defined primarily by reference to features of tradition or doctrinal continuity. The authority of the common law was always resident in the hands of an elite group specifically charged with ascertaining and discovering the law. The **communis opinio** of the bar at Westminster originally played a role comparable to the **communis opinio doctorum** of the continental glossatorial schools. To follow the historical development of that school opinion is hardly conceivable solely in the positivistic terms of the inexorable logic of the growth of common law rules. The legal community had a specific administrative and political function to perform and, then as now, its task was rhetorical in its means and ideological in its goals. The connotative and symbolic dimensions to the formation of an institutional discourse are the ultimate object of study in the analysis of the development and practice of precedent. It is our argument in conclusion that the goal of a non-doctrinal teaching of law as a discourse is not simply a theoretically more justifiable approach to legal education but is also likely to produce more adequate and less politically muted lawyers.

FOOTNOTES

(1) For an overview of the French "critique du droit", see : M. Miaille, Une introduction critique au droit, 1976, Paris ; J. Lenoble and F. Ost, Droit, mythe et raison, 1980, Brussels ; I. Stewart, Critical legal studies in France, 1981, Int. J. of soc. of law ; C. Journes, The crisis of marxism and critical legal studies, 1982, I.J.S.L. ; I. Stewart, What is critical legal studies ? 1985, Annales de Vaucresson.

(2) For an account of the American movement see A. Hutchinson and P. Monahan, Law, politics and critical legal scholars, 1984, 36 Stanford law review ; J. Boyle, The politics of reason, 1985, 4 Univ. of Pennsylvania L.R. ; T. Finman, Critical legal studies, 1985, 35 Journal of legal education ; for a critique of this position, see P. Goodrich, Law and modernity, 1986, 49 Modern law review.

(3) The geographical divisions of the critical legal studies movement represent very major differences of theoretical tradition and orientation. Without doubting the need to carefully differentiate different strands of the movement, it is for present purposes sufficient to observe the common them to the movement, that of a perceived need to challenge the doctrinal foundations of the legal curriculum.

(4) To date, the conception of critique utilised in the English speaking critical legal studies movement is characterised more by eclecticism, by the wholesale appropriation of insights from other disciplines and other theoretical traditions, than it is by anything approaching theoretical coherence.

(5) See particularly P. Carrington, Of law and the river, 1984, 34 J. of legal education ; idem, Correspondence, 1985, 35 J. of legal education. More generally, see G. Rose, Dialectic of nihilism, 1984, Oxford ; J. Singer, The player and the cards, 1984, 94 Yale L.J. ; P. Goodrich, Review, 1985, 12 J. of law and society.

(6) M. Tushnet, Legal scholarship, 1981, 90, Yale L.J. ; J. Boyle (1985) **op. cit.**

(7) Although our remarks are intended to be of general application, they are to some extent based upon the experience of designing and teaching a course on legal techniques to first year law degree students.

jurisprudence, in B. Fryer (ed.), Law, state and society, 1981, London ; M. Salter, The rule of power in the language of law, 1985, Liverpool law review ; P. Goodrich, Historical aspects to legal interpretation, 1986, 61 Indiana law journal.

2) The terme derives from M. Pecheux, Language, semantics and leology, 1982, London ; discussed in P. Goodrich, The role of linguistics in legal analysis, 1984, 47 Modern law review.

3) Respectively (1932) AC 562, (1868) LR 3 HL 330, (1893) 1 B 256.

4) The classic study is A. Watson, The civil law tradition, 1981, Harvard ; see also H. Berman, Law and revolution, 1983, Harvard.

5) See Ch. Perelman, Ontologie juridique et sources du droit, 1982, 27 Archives de Philosophie du droit ; more broadly, see P. Goodrich, Traditions of interpretation and the status of the legal text, 1986, 6 Legal studies ; idem, Reading the law, 1986, Oxford.

6) See G. Rose, 1984, *op. cit.* ch. 8.

7) For an account of early codes, see A.S. Diamond, The evolution of law and order, 1951, London ; idem, Primitive law past and present, 1971, London.

8) See J. Derrida, Scribble (writing-power), 1979, 58 Yale French studies ; T. Grey, The constitution as scripture, 1984, 37 Stanford Rev. ; more broadly, see W. Ong, Orality and literacy, 1982, London.

9) On the history and concept of discipline, see M. Foucault, Discipline and Punish, 1977, London ; also, M. Cousins and A. Hussain, Michel Foucault, 1984, London, ch. 7 & 9.

10) See W. Ullmann, Law and politics in the Middle Ages, 1975, London.

11) Useful case studies illustrating the similarities and differences between the two traditions can be drawn from : Macarthays Smith (1979) 3 CMLR 44, (1981) 1 AER 111 ; Garland v British Oil engineering (1982) 2 AER 402 ; Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal (1978) 3 CMLR 263.

12) For development of this theme, see particularly M. Van de Erchove, L'interprétation en droit, 1978, Brussels ; also, W. Ullmann, *op. cit.*

13) See particularly G. Chevrier, Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médiévaux, 1966, 11 Archives de Phil. du droit ;

H. Kantorowicz, *The quaestiones disputatae of the Glossators*, 1939, 16 Revue d'histoire du droit ; P. Legendre, L'amour du Censeur, 1974, Paris.

(21) Generally, see T. Todorov, Symbolism and interpretation, 1983, London ; J. Hayes and C. Holladay, Biblical exegesis, 1982, London.

(22) For bibliographical references, see P. Goodrich, *Law and language*, 1984, 11 J.L.S. ; G.S. Jackson, Semiotics and legal theory, 1985, London.

(23) On which, see generally P. Goodrich, Reading the law, 1986, Oxford, ch. 5.

POUR UNE THEORIE DES IMPERATIFS JURIDIQUES : LA CONTRIBUTION DE KARL OLIVECRONA (*)

Par

Enrico PATTARO

1. CRITIQUE DU VOLONTARISME

La théorie des impératifs de Karl Olivecrona remonte à l'analyse de la notion de norme accomplie par Axel Hägerström (1) et se fonde sur une distinction fondamentale entre les déclarations de volonté, les ordres et les impératifs indépendants.

Sur la base de cette distinction, Olivecrona critique et refuse un certain nombre de théories du droit en les considérant insoutenables parce que, à son avis, elles dérivent de la combinaison de deux thèses qui sont mutuellement inalliables et erronées à la fois, à savoir la thèse selon laquelle les règles de la loi sont des déclarations de la volonté de l'Etat, et la thèse selon laquelle les règles de la loi sont des ordres de l'Etat (2).

C'est dommage que Olivecrona ait embrouillé la théorie des impératifs avec sa critique des théories volontaristes du droit. Sa critique fut tout à fait juste mais elle empêcha d'une certaine façon beaucoup de gens de comprendre pleinement sa théorie des impératifs. Pour cette raison je ne considérerai pas les détails de sa critique des théories volontaristes du droit et je chercherai plutôt à en tirer les caractéristiques principales de la théorie des impératifs.

2. LA DISTINCTION ENTRE LES DECLARATIONS DE VOLONTE ET LES ORDRES COMME DISTINCTION ENTRE LES INDICATIFS ET LES IMPERATIFS

Olivecrona n'a pas traité expressément la distinction entre les indicatifs et les impératifs, mais il s'en est servi pour distinguer entre les déclarations de volonté et les ordres. Il nous invite à comparer les deux phrases dites à un enfant : "*Mouche ton nez!*" et "*Je veux que tu mouches ton nez*". Le **résultat** des deux phrases peut être le même, mais leur **signification** n'est pas la même. Le but de la première phrase c'est d'influencer la volonté, tandis que l'autre, c'est un énoncé concernant un fait, dont le but est celui de faire savoir.

"*Je veux que tu mouches ton nez*", 'est une déclaration de volonté. "*Mouche ton nez !*", c'est un ordre. La distinction entre les deux est la même que la distinction entre les indicatifs et les impératifs. Olivecrona souligne expressément que c'est une grave erreur que de supposer qu'une déclaration de volonté et un ordre soient la même chose. Comme il spécifia en 1971, c'est une espèce d'erreur "*constative*".

Les théories volontaristes, qui supposent que les lois soient des ordres de l'Etat et que les ordres soient des déclarations de volonté, ne sont pas seulement erronées - parce que les lois ne sont ni ordres ni déclarations de volonté - mais aussi contradictoires, parce que les ordres et les déclarations de volonté sont deux genres de langages tout à fait différents (3).

3. LES ELEMENTS D'UN IMPERATIF :

(a) ideatum (requisitum + agendum et (b) imperantum (forme impérative + mécanisme psychologique)

Dans chaque impératif Olivecrona distingue deux éléments :

- (a) le contenu, c'est-à-dire le modèle de comportement à suivre ;
- (b) la forme de l'expression, c'est-à-dire la forme

le l'impératif.

Il appelle le premier élément **ideatum** et l'autre **imperantum**.

Par exemple, l'**ideatum** d'une règle très connue adressée aux automobilistes, c'est qu'ils doivent signaler quand ils vont tourner. Pour un juge, l'**ideatum** correspondant, c'est l'idée de la prononciation d'un jugement concernant la sanction à infliger aux automobilistes qui n'ont pas signalé quand il le fallait.

Olivecrona distingue deux sous-éléments à l'intérieur de l'**ideatum** :

(a1) *"d'une part il y a les situations où se trouvent le conducteur qui va tourner et respectivement le juge qui doit prendre une décision"* ;

(a2) *"d'autre part il y a le comportement qu'il faut tenir dans ces situations : le conducteur doit signaler ; le juge doit prononcer une sentence d'un certain type"*.

Le sous-élément (a1) est appelé par Olivecrona **requisitum** parce qu'il représente les conditions dans lesquelles il faut agir d'une certaine manière. Le sous-élément (a2), c'est-à-dire l'action elle-même, est appelé par Olivecrona **agendum**.

Selon Olivecrona, obéir à une règle signifie agir selon le **agendum** dans une situation correspondant au **requisitum** (4).

À première vue, la distinction entre (a) le contenu (**ideatum** = **requisitum** + **agendum**) d'un impératif et (b) sa forme (**imperantum**) semble correspondre à la distinction faite par R.M. Hare entre le phrastique et le neustique d'un énoncé, en particulier l'**ideatum** semble correspondre au phrastique d'un impératif, et l'**imperantum** à son neustique (5).

De fait les distinctions de Olivecrona et celles de Hare se ressemblent, mais elles ne sont pas pareilles. Ce qui est original dans la théorie des impératifs de Olivecrona est son idée de **imperantum** (forme impérative).

Selon Olivecrona tous les impératifs sont **inconditionnels**. Il s'agit d'expressions contenant un "shall" (en anglais) inconditionnel. Les impératifs sont inconditionnels dans le sens qu'ils "*ne font appel à aucune valeur du destinataire*". Certainement ils peuvent se référer à une situation hypothétique, "*si ça ou ça arrive*" (**requisitum**), "*fais comme ça*" (**agendum**). Mais on ne donne pas de raisons d'utilité pour lesquelles on devrait agir de la façon indiquée. Dans ce sens l'impératif est inconditionnel (6). (Entre parenthèses, il faudrait remarquer que, grâce à cette thèse, Olivecrona n'inclut pas la sanction dans sa définition d'impératif, ce que fit aussi Hägerström).

Pour mieux comprendre dans quel sens les impératifs sont inconditionnels, il faut, à mon avis, distinguer deux sous-éléments dans l'**imperantum** aussi, c'est-à-dire :

(b1) la forme de l'expression qui, dans une certaine langue, est typiquement impérative, par exemple, le mode grammatical de l'impératif ou bien l'emploi de mots tels que "*devoir*", "*obligation*", etc...

(b2) le mécanisme psychologique grâce auquel un impératif peut influencer le comportement des gens.

Olivecrona ne fait pas ouvertement cette distinction, mais il dit clairement que les impératifs agissent comme une cause qui pousse les gens à se comporter d'une certaine façon et que leur **fonctionnement**, c'est une question de cause et effet sur le plan psychologique. Selon Olivecrona, le mode impératif est employé, il sert, comme **imperantum**. C'est une façon de parler destinée à pousser quelqu'un à faire une action ou à la lui inhiber.

"Dans sa forme la plus simple, l'**imperantum** est la forme de langage, la façon de parler et le maintien de celui qui émet l'impératif. Ces formes de **imperantum** sont spontanées. D'autres formes sont conventionnelles ou standardisées. L'uniforme de cet officier et le mot représentant son rang appartiennent à l'**imperantum** dans son cas. [...] D'innombrables inventions sont em-

loyées pour construire un *imperantum* selon les nécessités des circonstances. Elles servent à rendre naturel aux gens dans une certaine position de suivre des ordres donnés par d'autres gens se trouvant dans d'autres positions" (7).

Le caractère inconditionnel des impératifs se réfère au mécanisme psychologique grâce auquel ils peuvent influencer le comportement des gens. Tous les impératifs, y compris les ordres et les impératifs indépendants, sont inconditionnels : aucun impératif ne fait appel aux valeurs du destinataire ; mais, comme on va voir, les ordres et les impératifs indépendants sont inconditionnels de façon différente, cela à cause de différents mécanismes psychologiques dans les deux.

Avant de traiter ce dernier point, je voudrais tout de même faire une liste des différences envisagées par Olivecrona entre les ordres et les impératifs indépendants.

LA DISTINCTION ENTRE LES ORDRES ET LES IMPERATIFS INDEPENDANTS

Selon Olivecrona, un ordre présuppose une personne qui donne un ordre et une autre à laquelle l'ordre est donné. Tout ordre est un ordre vis-à-vis ; il implique un rapport personnel entre deux personnes. Au fur et à mesure que la distance entre les personnes augmente, les ordres deviennent des impératifs indépendants, qui sont des impératifs tout à fait différents. *La catégorie des impératifs indépendants est très grande. Elle comprend les énoncés moraux aussi bien que les lois juridiques*" (8).

Il y a quatre différences entre les ordres et les impératifs indépendants. Olivecrona ne les rassemble pas sous des titres comme je vais faire moi-même. J'utilise ces titres parce que je pense que chaque différence envisagée par Olivecrona appartient respectivement à l'un de ces quatre sous-éléments susdits (1, a2, b1, b2) dont tout impératif est formé.

(a) En ce qui concerne l'**ideatum**, les différences entre les ordres et les impératifs indépendants sont les suivantes :

(a1) *"Un ordre proprement dit est donné à une personne et son but est celui de pousser la personne à une action"*. Au contraire, un impératif indépendant peut être prononcé pour ainsi dire en l'air. Il ne s'adresse pas à une personne particulière ("**tu** dois faire ça ou ça"), mais il est abstrait : **cette action** doit être accomplie, par exemple, *"tout assassin doit être condamné à mort"*. En cas d'impératif indépendant, l'emploi d'un "**shall**" (en anglais) est lié à l'idée d'une action ; il n'est pas adressé directement à une personne (9).

A mon avis, cette différence appartient au **requisum**. Dans l'**ideatum** d'un impératif, les destinataires sont parmi les conditions qui doivent être présentes quand l'action doit être exécutée. Dans l'exemple sus-mentionné, être un conducteur est une condition qui doit être présente quand il s'agit de devoir signaler qu'on va tourner. Si l'on est piéton, cette condition n'est pas remplie et il n'est pas requis de signaler lorsqu'on va tourner.

(a2) Un impératif indépendant, par exemple une loi, peut signifier non seulement qu'une action doit être accomplie, mais aussi qu'un rapport juridique doit avoir lieu dans de telles ou telles autres circonstances. Par exemple une loi établit que le rapport de mariage existera une fois que les noces ont eu lieu. *"Dans ce cas l'expression impérative est liée à l'idée qu'un certain rapport, nommé mariage, s'établit ; elle n'est pas adressée à une personne. D'une façon similaire, l'emploi de 'shall' (en anglais) dans l'expression d'une règle peut se lier à la création d'un droit ou d'un devoir"*. Au contraire, un ordre ne peut pas avoir une telle signification (10).

Cette différence entre les ordres et les impératifs indépendants concerne l'**agendum**. Elle regarde en effet **ce qui doit arriver** dans certaines circonstances. En apparence aucun comportement n'est imposé, mais plutôt la naissance de quelque chose : un rapport juridique, un droit, un devoir, etc. La différence est

très importante, surtout pour ce qui concerne les performatifs.

(b) En ce qui concerne l'**imperantum**, les différences entre les ordres et les impératifs indépendants sont les suivantes :

b1) Les mots employés dans un ordre et dans un impératif indépendant sont souvent du même genre. Mais, selon Olivecrona, un vrai ordre ne peut pas être transcrit dans un énoncé exprimant un jugement.

"L'ordre 'Mouche ton nez !' ne peut pas être remplacé par un énoncé tel que : 'c'est un fait que tu dois moucher ton nez'. Un tel énoncé dans son sens littéraire paraît absurde".

Au contraire, *"un impératif indépendant peut parfois être remplacé par un énoncé exprimant un jugement. Dans le Décalogue on trouve, par exemple, l'énoncé impératif : 'Tu ne voleras pas !'. Il ne nous paraît pas absurde de remplacer cet énoncé par 'C'est un fait que tu ne dois pas voler', ou 'C'est ton devoir de ne pas voler'. D'un point de vue formel, ces énoncés ont l'expression de jugements. Et nous croyons que les vrais jugements se trouvent derrière eux" (11).*

b2) Comme on l'a remarqué précédemment, le même type de mots employés dans un ordre peut être employé dans d'autres circonstances où il n'y a pas de relations personnelles entre la personne qui donne l'ordre et elle qui le reçoit. *"Les mots peuvent tout de même entraîner un résultat similaire, sinon identique. Ils fonctionnent indépendamment de toute personne qui donne les ordres".*

Le Décalogue, c'est un exemple d'impératifs indépendants. C'est un ensemble d'énoncés impératifs, qui ne sont les ordres de personne, bien qu'elles aient la forme langagière typique d'un ordre.

D'autres exemples sont les règles de la loi. *"Pour ceux qui prennent connaissance des règles, les législateurs sont pour la plupart absolument inconnus. Devant eux ils n'ont que les énoncés impératifs qui sont détachés des législateurs, qui peuvent être morts il y a*

cent ans. Les énoncés impératifs fonctionnent comme guides des comportements des gens indépendamment de toute personne qui donne des ordres" (12).

Dans ce cas, la différence c'est que le mécanisme psychologique d'un ordre a besoin d'une situation de vis-à-vis, d'une relation personnelle entre celui qui donne l'ordre et le destinataire, tandis que cela n'est pas nécessaire pour le mécanisme psychologique d'un impératif indépendant.

5. L'IMPORTANCE DU MECANISME PSYCHOLOGIQUE DANS LA DISTINCTION ENTRE LES ORDRES ET LES IMPERATIFS INDEPENDANTS

Comme on a vu, et les ordres et les impératifs indépendants sont inconditionnels. Ils peuvent être soutenus et renforcés par une menace (ou bien par la promesse d'un avantage), mais, selon Olivecrona, c'est quelque chose de secondaire.

En particulier un ordre, c'est un acte par lequel une personne cherche à influencer la volonté d'autrui. Cela peut se faire par des mots ou des signes, ou tout simplement, peut-être, par un regard résolu. Un ordre *"agit directement sur la volonté. Pour faire cela, l'acte doit avoir un caractère suggestif. Qu'on emploie des mots ou d'autres moyens, le but est toujours celui de la suggestion"* (13).

Il serait trop simple et fallacieux de supposer qu'un impératif indépendant n'est qu'un ordre manquant d'un donneur et d'un destinataire indentifiés. Au contraire il faudrait remarquer que :

- s'il n'y a ni donneur ni destinataire, il n'y a pas de relation personnelle ;
- s'il n'y a pas de relation personnelle, il n'y a pas de pouvoir direct de suggestion ;
- s'il n'y a pas de pouvoir direct de suggestion, il n'y a pas d'ordre.

Selon la théorie des impératifs de Olivecrona, un ordre n'est pas simplement un impératif personnel

(vis-à-vis) ; c'est un impératif **parce qu'il** est personnel.

Cela signifie que les impératifs indépendants, puisqu'ils sont impersonnels (ni donneur ni destinataire) : d'abord ils ne sont pas des ordres, ensuite ils sont impératifs en dépit de leur caractère impersonnel, c'est-à-dire en dépit de leur caractère indépendant de tout pouvoir direct de suggestion.

Par conséquent la question sur les impératifs indépendants est : du moment qu'ils ne sont pas basés sur une directe suggestion, quel est le mécanisme psychologique qui les rend impératifs, c'est-à-dire qui les fait fonctionner comme une cause d'actions humaines ?

Olivecrona traite le mécanisme psychologique des impératifs indépendants seulement pour ce qui concerne les règles de la loi et il donne la réponse suivante.

*"L'efficacité de la législation dépend tout d'abord du respect général de la population vers la constitution. C'est à l'histoire et à la psychologie d'examiner les causes qui ont mené à cette attitude, mais certainement la cause la plus importante est l'organisation de la force. Grâce à cette attitude vers la constitution les gens sont prêts à obéir. Tout ce qui est nécessaire, c'est de leur dire **comment** ils doivent se conduire. Ils obéiront à condition que cela leur soit dit dans une forme appropriée, c'est-à-dire par ceux qui occupent les postes-clé (tels que les législateurs) en employant les formalités prévues par la constitution. Les esprits des gens sont d'une certaine façon bloqués pour ce qui concerne toute autre direction. Personne d'autre ne peut obtenir l'attention ou l'obéissance dans le domaine réservé aux législateurs par la constitution".*

Ce n'est pas une question de pouvoir suggestif personnel. Les mêmes énoncés que ceux qui sont dans la loi, s'ils sont formulés par les mêmes personnes (les législateurs) sans observer la forme constitutionnelle, sont inefficaces. Ce qui est important c'est

d'être dans la position juste pour employer les formalités qui, **en considération de la situation psychologique du pays**, sont nécessaires afin de donner de l'efficacité pratique aux impératifs indépendants.

Olivecrona compare l'attitude préformée des gens vers la constitution à l'eau d'un fleuve. *"Dans la centrale, l'énergie du courant d'eau est transformée en électricité, qui est répartie dans le pays afin de fournir de la lumière et le chauffage et de mettre en marche les presses et les métiers à tisser. Les lignes électriques sont les lois particulières, promulguées selon la constitution. La signification de l'acte de législation, c'est qu'une ligne nouvelle est attachée à la centrale"*.

La centrale **ne crée pas d'énergie**, mais elle en dégage du courant d'eau. De même le pouvoir du législateur, c'est-à-dire son influence psychologique, n'est pas originale, mais acquise. Le législateur ne donne pas d'ordres, n'influence pas directement les destinataires des règles. Il manipule leurs volontés comme s'il jouait d'un instrument de musique, en délivrant leur attitude préformée de respect vers la constitution.

Dans la première édition de **Law as Fact**, Olivecrona parle clair à ce propos.

*"Le premier effet de l'attitude vers la constitution c'est que les législateurs constitutionnels ont accès **au mécanisme psychologique**, par lequel ils peuvent influencer la vie du pays ; ensuite ce n'est qu'eux qui ont accès à ce mécanisme et toute autre personne est empêchée de l'employer ou d'en construire un autre du même genre. J'utilise le mot 'mécanisme' exprès parce que, à mon avis, c'est le mot convenable, comme les réactions des gens à ce propos suivent généralement des lignes déterminées et peuvent être prédites avec précision. L'attitude du public est, dans des circonstances ordinaires, tellement établie et uniforme que l'effet psychologique de l'acte de légiférer se déroule sans secousses, sans efforts particuliers de la part des législateurs. Nous sommes si accoutumés à cette situation qu'il nous semble que tout ça fait*

partie de l'univers ainsi que l'aube ou le coucher du soleil. Voilà pourquoi nous ne réfléchissons pas sur le simple fait que l'effet de législation est **conditionné** par l'attitude psychologique que des millions de gens et nous-mêmes avons. Grâce à cette attitude, les législateurs peuvent jouer de nos esprits comme s'ils étaient des instruments de musique" (14).

Le mécanisme psychologique d'un ordre est une espèce de suggestion directe, comme si l'ordre agissait comme une stimulation qui provoque un comportement de réponse (15), tandis que le mécanisme psychologique d'un impératif indépendant se fonde sur une certaine adaptation au milieu social, comme si un impératif indépendant agissait comme une stimulation conditionnée qui renouvelle une impulsion volontive à une action réflexe.

L'effet des impératifs indépendants est conditionné par une attitude psychologique préformée dans les sens. Toutefois les impératifs indépendants, ainsi que les ordres, sont inconditionnels. Il n'y a pas de contradiction dans tout ça. Dans la deuxième édition de *Law as Fact*, Olivecrona dit aussi que les impératifs indépendants ressemblent aux ordres "en ce qu'ils servent à inculquer un certain comportement d'une façon **catégorique**" (17).

A la base de cette idée, il y a une analyse de Lagerström, qui remonte à la distinction kantienne entre les impératifs hypothétiques et catégoriques, selon laquelle "les sentiments à la base de nos évaluations" sont différents de nos "**sentiments volitifs**".

Les impulsions à agir liées à un sentiment volitif sont inconditionnelles : catégoriques, sans motivation ; celles qui sont liées à une évaluation sont conditionnelles : hypothétiques, motivées en relation à un but souhaité, par exemple, éviter un mal ou bien gagner un avantage (18).

Pour conclure, en ce qui concerne le mécanisme psychologique, on peut fixer la terminologie d'Olivecrona ci-après :

(i) Ni les ordres ni les impératifs indépendants ne se fondent sur une évaluation de la part du destinataire. Dans ce sens, ils sont tous les deux **inconditionnels**, c'est-à-dire que leur efficacité n'est pas subordonnée aux valeurs et aux intérêts du destinataire.

(ii) Les impératifs indépendants exigent une attitude psychologique préformée de la part du destinataire. Hägerström avait appelé cette attitude "*sens du devoir*". De ce point de vue, les impératifs indépendants sont **conditionnés**. Leur efficacité est déterminée par une condition psychologique sociale précédant leur émanation. Les ordres n'exigent pas cette attitude, donc ils ne sont pas conditionnés.

(iii) Toutefois les ordres requièrent une relation personnelle entre le donneur et le destinataire, ce qui n'est pas nécessaire pour les impératifs indépendants, qui sont appelés, donc, indépendants. Par analogie les ordres pourraient être appelés **dépendants** (dépendance et indépendance se référant à la situation individuelle du donneur et du destinataire).

Un ordre est inconditionnel, non-conditionné, mais dépendant. Une loi est inconditionnelle, indépendante, mais conditionnée.

6. LE JUGEMENT ET LES ARRETES ADMINISTRATIFS

Comme critique à la théorie des impératifs indépendants d'Olivecrona, quelqu'un a observé que pas tous les impératifs juridiques sont indépendants ou impersonnels : le mot "*droit*" dans son acception comprend aussi des règles individuelles créées par des jugements et des arrêtés administratifs. On peut imaginer les règles individuelles comme de vrais ordres, puisqu'il y a un rapport personnel entre l'émetteur (le donneur) et le destinataire de la directive. Bien sûr, il y a des règles juridiques qui peuvent être imaginées comme des impératifs indépendants ; toutefois, la théorie d'Olivecrona ne rend pas raison de tout le droit, parce que le droit se compose aussi de règles juridiques qui pourtant sont des règles individuelles.

Donc le droit est un ensemble de règles dont quelques-unes sont des impératifs indépendants, d'autres sont des ordres (19).

A mon avis, une telle objection sous-estime le rôle du mécanisme psychologique dans la théorie des impératifs de Olivecrona.

En réalité, c'est vrai que les impératifs contenus dans un jugement ou dans un arrêté administratif sont des règles individuelles telles que le donneur et le destinataire sont identifiés comme dans un ordre. Et pourtant ces règles individuelles ne sont pas des ordres, parce qu'elles ne fonctionnent pas comme des ordres, mais comme des impératifs indépendants.

Le fonctionnement d'un jugement, son mécanisme psychologique, ne se basent pas sur une suggestion directe exercée par le juge sur le destinataire. Il est le même entre le donneur et le destinataire dans un arrêté administratif. Dans ces cas, même s'il y a des rapports personnels entre le donneur et le destinataire, ce n'est pas pour cela que le destinataire obéit. Au contraire, on obéit aux jugements et aux arrêtés administratifs, comme aux lois, parce qu'ils encadrent dans le système pré-formé des circonstances psychologiques, dont la plus importante est l'attitude de respect des gens vers la constitution.

La signification d'un jugement et d'un arrêté administratif, ainsi que la signification d'un acte de législation, c'est qu'une nouvelle ligne est attachée à la "centrale". D'autre part, Olivecrona dit clairement qu'il "est important de distinguer entre les ordres proprement dits et les expressions impératives du type employé dans les jugements, qui sont des impératifs indépendants. Il n'est pas correct de dire qu'un ordre est adressé par un juge au fonctionnaire. Quand un juge rend un jugement, qui ensuite (dans certaines conditions) peut être exécuté, il ne fait qu'imposer un **devoir** à l'accusé d'une façon impérative" (20).

7. LE PASSAGE DE L'ETRE AU DEVOIR ETRE

Une autre objection faite à la théorie des impératifs d'Olivecrona concerne sa thèse selon laquelle les ordres ne peuvent pas être transcrits dans des énoncés à l'indicatif.

A ce propos on a objecté que bien qu'il semble impossible de réduire ce qui est émotif ou volitif à ce qui est cognitif, il n'est pas absurde de transcrire les ordres au mode indicatif. L'ordre du gendarme "*Arrêtez-vous !*" donné à un voleur qui s'enfuit peut être exprimé, sans absurdité, de la façon suivante : "*Vous avez le devoir de vous arrêter*" bien que la forme à l'impératif soit plus convenable dans de telles circonstances (21).

Une fois encore on a sous-estimé l'importance du mécanisme psychologique, c'est-à-dire la fonction des impératifs.

Le point à discuter c'est (b), l'*imperantum*, en particulier la relation de (b1), la forme impérative de l'expression, avec (b2), le mécanisme psychologique grâce auquel un impératif peut influencer le comportement des gens.

Il ne faut pas oublier que, selon Olivecrona, il ne semble pas intellectuellement absurde de remplacer l'impératif "*Tu ne voleras pas !*" par l'indicatif "*C'est ton devoir de ne pas voler*". Olivecrona admet donc le mode indicatif pour certains impératifs (impératifs indépendants), mais pas pour d'autres (ordres).

Olivecrona traite une absurdité qui n'est pas logique : il s'agit d'une absurdité fonctionnelle, même si le mot "*absurde*" employé par Olivecrona peut être fallacieux à cet égard.

Dans une théorie des impératifs, telle que celle d'Olivecrona, où le mécanisme psychologique joue un rôle très important, (b1), c'est-à-dire la forme de l'expression (le mode impératif, ou le mode indicatif attaché à des mots tels que "*devoir*", "*obligation*", etc...), doit être appropriée à (b2), c'est-à-dire au mécanisme psychologique spécifique, qui fait fonction-

er l'impératif en question.

A mon avis, Olivecrona pense que le mode indicatif, ou, plus exactement, l'affirmation de l'existence d'un devoir, n'est pas convenable, et elle est inutile pour le mécanisme psychologique de l'ordre, c'est-à-dire elle ne sert pas au fonctionnement d'un ordre, lequel, comme on le sait, se base sur un pouvoir de suggestion immédiat exercé par le donneur sur le destinataire, sans qu'il y ait question de devoir.

Au contraire, l'énoncé à l'indicatif affirmant l'existence d'un devoir est très convenable pour le mécanisme psychologique des impératifs indépendants. L'affirmation d'un devoir, c'est l'appel au devoir, donc une telle affirmation est intellectuellement absurde quand il n'est pas question de devoir. D'autre part, quand il s'agit d'un devoir, tout impératif - qu'il soit exprimé au mode impératif ou à l'indicatif avec des mots comme "*devoir*", "*obligation*", etc... - est un impératif indépendant autant qu'il (d'un point de vue pragmatique) entraîne un appel au devoir. Un tel impératif n'est pas un ordre, même s'il y a un rapport personnel entre le donneur et le destinataire.

L'exemple précédent ne sert pas à soutenir l'objection qu'on considère. Dans l'exemple, un gendarme est en train de crier "*Arrêtez-vous !*" à un voleur qui enfuit. On a remarqué que l'expression peut être exprimée sans aucune absurdité intellectuelle de l'autre façon suivante : "*Vous avez le devoir de vous arrêter*".

C'est juste, mais imaginons un voleur, au lieu d'un gendarme, qui crie "*Arrêtez-vous !*" à sa victime qui se sauve, et transformons cette expression en "*Vous avez le devoir de vous arrêter*". Cela aurait l'air plutôt absurde et ridicule. L'appel au devoir de la part du voleur à sa victime est absolument hors de propos.

Dans le premier cas (gendarme qui s'adresse à un voleur) l'affirmation d'un devoir convient au contexte psychologique et social, mais il ne convient pas dans toute autre situation (voleur qui s'adresse à celui à qui il veut voler).

La différence entre les deux exemples c'est que l'ordre du gendarme, en dépit du fait qu'il est personnel, n'est pas un vrai ordre (contrairement à ce que l'objection suppose), mais un impératif indépendant, tandis que l'ordre du voleur à sa victime est un ordre proprement dit. Et, en effet, on peut exprimer l'ordre du gendarme, mais pas celui du voleur, sans aucune absurdité par un énoncé à l'indicatif affirmant un devoir.

En employant la terminologie de J.L. Austin, on pourrait dire que l'énoncé d'un devoir dans le premier cas est heureux, dans l'autre il est malheureux, il est heureux quand le contexte est celui d'un impératif indépendant, il est malheureux quand le contexte est celui d'un ordre.

8. IMPERATIFS PERFORMATIFS

Selon Olivecrona, comme pour Hägerström, un acte juridique n'est pas une déclaration de volonté. Il n'a pas la signification d'un indicatif. Un acte juridique a une signification d'impératif. Ça signifie que des droits et des devoirs juridiques doivent s'établir. Ce point a été traité par Olivecrona et Hägerström dans leur critique des théories volontaristes du droit (22).

En tous cas, un acte juridique n'est pas un ordre. Il ne prescrit pas directement certaines conduites, ni exerce un pouvoir immédiat de suggestion tel que celui exercé par une personne qui commande à quelqu'un d'une façon très résolue : "*Fais ça et ça !*". Un acte juridique opère par l'intermédiaire des idées de devoirs et droits qui sont créés par l'acte juridique même. L'idée d'avoir un droit ou un devoir remplit une fonction impérative et dirige nos actions.

Olivecrona remarque que les formules juridiques destinées à la création de rapports juridiques ou de qualités juridiques sont des impératifs sans destinataire et que ce sont des formules qui appartiennent à ce genre de langage (dont elles sont peut-être les exemples les plus intéressants), appelé "*langage perfor-*

matif" : le langage qui sert à "faire des choses avec des mots".

Voici quelques exemples très connus de ce langage présentés par J.L. Austin.

"J'appelle ce bateau *Queen Elizabeth*", s'il est prononcé par une personne désignée au moment où elle casse une bouteille de champagne contre le bateau ; ou encore "*Je prends cette femme pour épouse*", pendant les noces. Austin dit que grâce à de tels énoncés on fait des choses avec des mots, parce que, en réalité, ils ne servent pas à dire quelque chose, mais à faire quelque chose : dans le premier cas ils servent à nommer un bateau, dans l'autre cas à se marier. Quand le langage performatif est employé dans des circonstances appropriées, on pense en effet, même si on ne s'en rend pas compte, que ce langage produit ou crée quelque chose plutôt que dit quelque chose.

Olivecrona relève que les énoncés performatifs ont des impératifs cachés, et qu'ils signifient en réalité que quelque chose doit se produire : le bateau doit avoir un certain nom, un homme doit avoir une épouse. Les énoncés performatifs sont des impératifs sans destinataire.

Les formules juridiques employées dans un acte juridique sont une sorte de langage performatif. L'exemple sus-dit de la cérémonie du mariage, donné par Austin, est une formule juridique.

L'efficacité des phrases performatives (comme celle des impératifs indépendants) est conditionnée par certaines attitudes des gens. Comme Austin observe, imaginons que pendant la cérémonie du baptême du navire, au dernier moment, un homme se précipite : saisit la bouteille de champagne, qu'il casse ensuite contre le navire en criant : "*J'appelle ce navire Général Staline !*".

La cérémonie du baptême serait ratée et le navire ne s'appellerait pas "*Général Staline*". Olivecrona observe que les gens ne sont pas prêts à accepter un baptême de navire fait par une personne non désignée. Ils acceptent au contraire sans y réfléchir le nom que la femme

du Président de la Compagnie de Navigation, par exemple, donnera au navire, parce qu'elle agit selon certaines règles et coutumes.

Quelque chose de pareil se passe avec un acte juridique. Lorsqu'il est conclu de sa propre façon, à laquelle les gens sont préparés, certainement il ne produit pas de droits ou de devoirs entendus comme réalités ; mais l'idée que des droits ou des devoirs de cette nature se sont produits, il l'éveille. Tout ça, c'est la conséquence du conditionnement subi par les gens à cause de l'éducation et la pression sociale : les énoncés impératifs d'un acte juridique agissent et produisent des effets psychologiques influençant la conduite des gens (23).

Dès le début de sa carrière scientifique, Olivecrona considéra toujours très attentivement les règles du droit, en particulier les jugements, qui concernent l'établissement des droits et des qualités juridiques. J'ai déjà remarqué qu'en 1939, il avait identifié comme contenu typique (*ideatum*) de certaines règles du droit le suivant : *"dans de telles ou telles autres circonstances un rapport juridique soit s'établir"*, par exemple *"avec les noces le lien du mariage doit se produire"*. Dans ce cas, l'expression impérative est liée à l'idée de la naissance d'un certain rapport appelé mariage, *"elle ne s'adresse pas à une personne"*. D'une façon similaire, le mot *"shall"* (en anglais) contenu dans une loi peut concerner l'établissement d'un devoir ou d'un droit (24).

En 1943, Olivecrona a appelé ce genre d'impératifs *"impératifs d'existence"*, parce qu'ils se réfèrent à la naissance et donc à l'existence de droits et de qualités juridiques (25). D'autre part, Olivecrona a toujours soutenu que tous les jugements - même les jugements qu'on appelle déclaratoires - sont impératifs.

Enfin, en 1971, Olivecrona a emprunté à J.L. Austin le terme performatif pour mieux spécifier sa conception (et celle soutenue par Hägerström précédemment) d'un genre particulier d'impératifs qui n'ont pas de destinataire et qui se réfèrent à la naissance de droits, devoirs, et qualités juridiques, et il a élargi

la conception des impératifs jusqu'à y comprendre le domaine des actes juridiques. "Des idées homogènes de propriété, de crédits monétaires, de beaucoup d'autres types de droits, de devoirs correspondants, et de qualités juridiques sont répandues dans la société. On suppose que ces droits, devoirs et qualités juridiques peuvent, grâce au droit, être créés, modifiés, transformés et abolis par des actes juridiques" (26).

NOTES

) Avec la contribution du Ministère de l'Education Nationale (Italie).

) E. Pattaro, Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström, Bologna, 1974 (pp. 119-120).

) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd. Copenhagen-London, 1939 (pp. 22-25, 35 et ss.) ; 2ème éd., London, 1971 (pp. 29 et ss., 65-78, 155 et ss., 243, 268 et ss.) ; A. Hägerström, Is Positive Law an Expression of Will ?, in A. Hägerström, Inquiries into the Nature of Law and Morals, Stockholm, 1953 (pp. 17-55).

) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (pp. 32-34) ; 2ème éd., cit. (pp. 121 et ss., 125 et ss.).

) K. Olivecrona, Law as Fact, 2ème éd., cit. (pp. 116-117).

) R.M. Hare, The Language of Morals, Oxford, 1952 (p. 18) ; W.D. Ross, Directives and Norms, London, 1968 (pp. 9 et ss., 34 et ss.).

) K. Olivecrona, Law as Fact, 2ème éd., cit. (pp. 118-120).

) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd. cit. (pp. 54 et ss., 44, 155 et ss.) ; 2ème éd., cit. (pp. 118 et ss., 126-128).

- (8) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (pp. 33-34, 43 : "un ordre proprement dit entraîne une relation personnelle. Un ordre est donné par une personne à une autre personne par des mots ou des gestes destinés à influencer la volonté") ; 2ème éd., cit. (pp. 120, 126 et ss., 129).
- (9) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (p. 44).
- (10) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (p. 45).
- (11) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (pp. 45-46).
- (12) K. Olivecrona, Law as fact, 1ère éd., cit. (pp. 43-44).
- (13) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (pp. 33-34).
- (14) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (p. 52-57) ; 2ème éd., cit. (pp. 128 et ss.).
- (15) Terminologie de Skinner.
- (16) Terminologie de Hägerström. En suédois : "viljeimpuls".
- (17) K. Olivecrona, Law as Fact, 2ème éd., cit. (p. 229).
- (18) A. Hägerström, On the Question of the Notion of Law, in A. Hägerström, Inquiries into the Nature of Law and Morals, cit. (p. 127).
- (19) I. Tammelo, Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law : a Survey and Appraisal, in "Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie", 1963 (p. 261). La même objection à Olivecrona a été soulevée par N. Bobbio, Teoria della norma giuridica, Torino, 1958 (pp. 132-136).
- (20) K. Olivecrona, Law as Fact, 1ère éd., cit. (pp. 57, 215-216).
- (21) I. Tammelo, Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law : a Survey and Appraisal, cit. (p. 261).
- (22) A. Hägerström, The Conception fo a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law, in A. Hägerström, Inquiries into the Nature of Law and Morals, cit. (pp. 304-305) ; K. Olivecrona, Law as Fact, 2ème éd., cit. (pp. 221 et ss., 230-231).
- (23) K. Olivecrona, Law as Fact, 2ème éd., cit. (pp. 217-221, 224-226, 233-239).
- (24) *Supra*, note 10.
- (25) K. Olivecrona, Law as Fact, 2ème éd., cit. (p. 134).
- (26) K. Olivecrona, Law as Fact, 2ème éd., cit. (pp. 133 et ss., 223, 227, 230)

L'ECOLE DE L'EXEGESE ET LA SCIENCE DU DROIT

Par
Paul DUBOUCHET

Dans son étude **L'Ecole de l'Exégèse en droit civil** (1), Julien Bonnescase distingue trois périodes dans l'histoire de cette école qui s'épanouit en France tout au long du XIXe siècle :

- l'instauration (1804-1830),
- l'apogée (1830-1880),
- le déclin (1880-1900).

Cependant, ce n'est pas ce découpage chronologique que nous retiendrons. Nous avons en effet déjà signalé dans notre **Introduction** l'apport considérable de l'Ecole de l'Exégèse provenant, en grande partie, de la pureté de sa méthode qui, dans le domaine du droit, anticipe la révolution saussurienne en linguistique notamment par les trois postulats suivants :

- 1°) reconnaissance de l'importance du langage écrit de la loi,
- 2°) refus d'une étude diachronique des institutions juridiques, au profit d'une étude strictement diachronique,
- 3°) reconnaissance de la nécessité d'opérer sur un ensemble fermé, sur un **corpus**.

Ce sont ces trois postulats que nous allons envisager maintenant en examinant dans quelle mesure l'Ecole de l'Exégèse les a respectés. Nous considérerons pour terminer la méthode "*dogmatique et synthétique*" d'Aubry et Rau.

SECTION I : LE LANGAGE ECRIT DE LA LOI

La reconnaissance de l'importance primordiale du langage écrit de la loi fait partie des mots d'ordre lancés par les principaux représentants de l'Ecole de l'Exégèse et qu'à la suite de Julien Bonnetcase et du Doyen Gény (2), les historiens du droit (3) se sont plu à rappeler, notamment celui attribué à Bugnet (4) : "*Je ne connais pas le **droit civil**, je n'enseigne que le Code Napoléon*", et celui de Demolombe (5) dans la **Préface** de son **Cours de Code Napoléon** : "*Ma devise, ma profession de foi : les textes avant tout !*". De même, le jurisconsulte Laurent (6), dans la **Préface** de son **Cours élémentaire de droit civil**, affirme que le droit positif se ramène à la loi, que "*le Code civil rédigé en termes clairs et précis (donne) au droit une base fixe et inébranlable*" (7). Et le Doyen Aubry fait sienne la "*devise des professeurs de Code Napoléon*" qu'il résume ainsi : "*Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application de ses principes, et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi*" (8). Tel est le premier postulat de l'Ecole de l'Exégèse, ce que Julien Bonnetcase appelle son "*premier trait distinctif*", son "*trait fondamental*" : "*le culte du texte de loi*" (9).

La conséquence de ce principe est simple et logique : le juge doit s'effacer devant le texte. Elle a été énoncée fort clairement par Mourlon en 1846 : "*un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi ; car il est institué pour juger selon elle et non pour la juger*" (10). Au nom de ce même principe Demolombe préconise vigoureusement une interprétation stricte de la loi : "*Interpréter, dit-il, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître*" (11). De son côté Laurent affirme que "*négliger le texte, c'est aboutir nécessairement à l'incertitude et à l'erreur*" (12). Quant à Aubry et Rau, après avoir énuméré les trois grands procédés d'interprétation de la loi :

- 1°) par rapport aux autres textes,
- 2°) par rapport à l'intention du législateur,
- 3°) par rapport aux conséquences de l'application de la loi,

affirment que *"le plus sûr est, sans contredit, le premier"* ; ils émettent les plus expresses réserves sur le dernier (13) et concluent que *"le procédé le plus sûr sera toujours d'interpréter le Code Napoléon par lui-même"* (14).

Le second procédé, le recours à l'intention du législateur, doit être utilisé dans deux cas, à vrai dire très différents :

- a) dans le cas où le texte est obscur, ambigu, incomplet,
- b) dans le cas où le texte est clair mais *"n'exprime pas exactement la pensée du législateur"* (15).

Dans le premier cas, il faut utiliser l'**interprétation grammaticale** ou **littérale**, qui consiste à se référer aux *"usages de la langue"* et aux *"règles de la syntaxe"* (16), car comme le souligne le Doyen Gény, *"on ne suppose pas que le législateur, pour exprimer sa pensée, s'écarte des règles normales et usuelles de la langue"* (17). Or, cette **interprétation grammaticale** n'entame en rien, bien au contraire, la pureté méthodologique de l'Ecole de l'Exégèse puisqu'elle ne sort pas du *"langage écrit de la loi"*, puisqu'elle ne connaît que **la lettre** de la loi.

Dans le second cas au contraire, il faut avoir recours à l'intention du législateur proprement dite, c'est-à-dire qu'il faut, par delà **la lettre** de la loi, en rechercher **l'esprit**. Or, cette interprétation, que l'on pourrait qualifier d'**extra-textuelle**, est une grave atteinte à la pureté méthodologique de l'Ecole de l'Exégèse, dans la mesure où elle ne s'appuie plus sur une base textuelle et linguistique relevant d'un ensemble autonome et fermé. Certes, on pourra objecter que cette interprétation s'appuie le plus souvent sur les **travaux préparatoires** de la loi, c'est-à-dire sur des **textes** qui sont en rapport étroit avec la dispo-

sition à interpréter. Il n'en reste pas moins que cette interprétation demeure extra-textuelle car les travaux préparatoires, essais tâtonnants et parfois contradictoires, ne font pas partie du corpus, en représentent tout au plus des excroissances dangereuses qui en tous cas nuisent à sa systématique interne.

Or, la position d'Aubry et Rau vis à vis de ces deux cas très différents, de ces deux interprétations possibles, est très nette. L'interprétation grammaticale est reconnue comme "*absolument nécessaire*", tandis que l'interprétation que nous appelons **extra-textuelle** est seulement considérée comme légitime, cette légitimité étant assortie de rigoureuses conditions : "*Au premier cas, écrivent en effet Aubry et Rau, l'interprétation est absolument nécessaire ; au second elle est légitime, en tant du moins qu'elle s'attache uniquement à rechercher la véritable pensée du législateur dans le but d'arriver à l'exacte application d'un texte de loi, sans s'attaquer à cette pensée elle-même pour en restreindre ou pour en étendre arbitrairement la portée*" (18).

A cet égard, le contraste entre la position d'Aubry et Rau et celle de certains représentants à part entière de l'École de l'Exégèse, tels que Demante et Delvincourt, saute aux yeux. En effet, nul n'a mieux défendu que ces derniers la "*thèse de l'intention du législateur*" (19), considérée comme le recours à l'interprétation extra-textuelle et à l'esprit de la loi. Demante place l'esprit de la loi au-dessus de sa lettre : "*C'est la volonté du législateur, écrit-il, qui constitue la loi. L'esprit du législateur est, pour nous, un guide si sûr que nous devons souvent le faire prévaloir sur ses termes, en ce sens que nous ne devons pas admettre toutes les conséquences autorisées par la lettre de la loi, ni, surtout, rejeter toutes celles qui n'en résultent pas clairement et nécessairement*" (20). Delvincourt dénonce les "*interprétations judaïques dont l'usage paraît s'introduire*" et affirme dans le même sens : "*C'est à l'esprit et non à la lettre qu'il faut s'attacher et l'on doit, en conséquence, regarder comme contraire à la loi non seulement tout ce qui en blesse l'esprit et la lettre,*

mais encore ce qui en blesse seulement l'esprit parais-
sant garder la lettre" (21). Ainsi, ces auteurs ne sont-ils
pas loin de penser avec l'évangéliste que "la lettre tue,
mais l'esprit vivifie".

Il ne faudrait pas oublier cependant que la notion
d' "esprit d'une loi" (22) est plus que suspecte ; elle n'a
pas plus de sens que la notion d' "esprit d'une philoso-
phie". Or, avec Monsieur Jean Lacroix, "nous avons de
telles expressions en horreur" (23) ; l'esprit sans la lettre
n'est rien qu'une nébuleuse, le prétexte de toutes
les justifications, la porte ouverte à tous les errements
et à l'arbitraire.

C'est pourquoi, Aubry et Rau nous semblent être
beaucoup plus fidèles à la véritable pureté méthodo-
logique de l'Ecole de l'Exégèse que ne le sont Demante,
Delvincourt et autres Du Caurroy, Bonnier ou Roustain,
qui tous veulent découvrir "l'esprit du Code civil"
dans sa lettre et même parfois en dehors d'elle, et
qui sont pourtant traditionnellement considérés comme
représentants à part entière de l'Ecole de l'Exégèse.

SECTION 2 : L'APPROCHE SYNCHRONIQUE

Au premier postulat de l'Ecole de l'Exégèse qui
est la reconnaissance de l'importance du langage écrit
de la loi, et que l'on pourrait résumer par la devise
"tout le Code civil et rien que le Code civil", est intime-
ment lié le second : le refus d'une étude diachronique
des institutions juridiques au profit de leur étude stricte-
ment synchronique.

En effet, c'est en grande partie contre la "méthode
historique", contre la tendance à expliquer les institu-
tions présentes par les institutions passées, que doit
être entendue la "profession de foi" des "plus illustres
représentants de l'Ecole de l'Exégèse" que nous venons
de rappeler à la suite de Julien Bonnecase.

Or, la méthode historique qui se caractérise par
la référence à l'ancien droit et au droit romain est
fortement dénoncée par certains représentants de
l'Ecole de l'Exégèse, par Proudhon notamment qui

considère cette référence comme contraire à "*l'unité de législation établie par Napoléon*" et comme porteuse "*de beaucoup d'anciens préjugés*" (24). Certes, Proudhon est le premier à reconnaître la dette du Code Napoléon envers l'ancien droit et envers le droit romain, mais une fois constitué, le Code a échappé aux législateurs anciens car il forme "*un corps entièrement neuf*", "*un système convenable à notre état politique actuel*" (25).

Taulier de son côté, dans sa **Théorie raisonnée du Code civil**, dénonce vigoureusement l'appel aux doctrines "*du Droit romain, du Droit coutumier, de l'ancienne jurisprudence et de la jurisprudence moderne*" ; il rejette ce "*pêle-mêle d'idées*" qui "*enlève aux principes leur netteté et les expose à périr*" et déclare : "*J'expose donc la loi considérée dans son individualité actuellement vivante ; oubliant le Droit romain, l'ancienne jurisprudence et la jurisprudence moderne, c'est par la loi que je développe la loi et que je l'applique*" (26).

Ains, l'Ecole de l'Exégèse refuse-t-elle l'étude historique de l'évolution des institutions juridiques, elle refuse ce que l'on appelle en termes modernes la **méthode diachronique** ; elle veut étudier au contraire le droit tel qu'il est, à un moment donné, dans une forme de droit établie et fixée, elle préconise une **approche synchronique** du phénomène juridique.

C'est pourquoi, dans sa forme la plus pure, l'Ecole de l'Exégèse est la véritable héritière de ce courant typiquement français, rationaliste et nationaliste, systématique et anti-historiciste, qui remonte aux Idéologues et même à Port-Royal qui, dans leurs recherches logiques et grammaticales, avaient adopté une démarche authentiquement synchronique.

Cependant, à la fin du XIXe siècle, la méthode historique devait être réhabilitée par certains juristes qui dénoncent la sclérose dans laquelle s'est enfermée l'Ecole de l'Exégèse, par Raymond Saleilles notamment qui devait ramener d'Outre-Rhin les idées romantiques et vitalistes de "*l'Ecole historique du droit*". Monsieur Léon Husson rappelle que Raymond Saleilles trouve

une référence française à cette démarche, puisqu'il rend hommage à Paul Gide pour avoir eu le mérite de substituer à un "*exposé géométrique aux formules purement abstraites*", présentant le droit "*comme un modèle de déduction rationnelle*", sans avoir trop à se soucier de ses procédés de formation historique, l'étude par un historien d' "*une législation vivante dans toute la richesse de son éclosion successive*" (27).

Cette réhabilitation de la méthode historique doit d'ailleurs être replacée dans un mouvement beaucoup plus large qui apparaît autour des années 1880, c'est-à-dire au début de ce que Julien Bonnecase appelle la période du déclin de l'Ecole de l'Exégèse. Ce mouvement a voulu faire sortir le droit de la prétendue ornière scolastique dans laquelle l'Ecole de l'Exégèse l'aurait enlisé. Il a voulu libérer le droit en l'ouvrant aux disciplines extra-juridiques, tout d'abord à l'économie politique et à la philosophie avec Beudant, à la méthode comparative avec Buñoir, à la méthode historique avec Saleilles... Dans la brèche ainsi ouverte, dont le Doyen Gény célébra et exalta l'importance, toute la science juridique moderne devait s'engouffrer, notamment avec les travaux de Planiol et Ripert, de Colin et Capitant (28).

Pourtant, la méthode de ce large mouvement - que l'on appelle parfois "*Ecole scientifique*" - est moins pure que celle de l'Ecole de l'Exégèse, son programme est moins cohérent, son objet moins bien défini. Or, si les représentants de l'Ecole dite "*scientifique*" (elle l'est certainement moins que l'Ecole de l'Exégèse) ont véritablement fait naître la science juridique moderne, ce n'est pas par leur apport extra-juridique, c'est tout simplement parce qu'ils furent d'abord et avant tout de grands juristes.

L'Ecole de l'Exégèse a eu le mérite de refuser le "*pêle-mêle des idées*", l'amalgame des références (29) et notamment l'approche **diachronique** qui empêche de saisir le Code dans sa réalité présente et fonctionnelle. Seule la méthode opposée, la synchronique, permet d'appréhender la systématique interne du Code.

SECTION 3 : LE "SYSTEME" DU CODE CIVIL

"*Tout le Code civil et rien que le Code civil*" pourrait être, avons-nous dit, la devise de l'Ecole de l'Exégèse. Pour cette dernière en effet, le Code civil est la source première et exclusive de tout le droit. C'est pourquoi trois principes fondamentaux commandent toute sa démarche :

- 1°) le Code civil est un ensemble fermé (& 1) ;
- 2°) le Code civil est un ensemble complet (& 2) ;
- 3°) le Code civil est un ensemble cohérent (& 3).

& 1 : Le "postulat de fermeture"

C'est le premier postulat énoncé, celui de "*fermeture*" qui rend possible les deux autres postulats de "*complétude*" et de "*cohérence*".

Ce premier postulat est consigné dans l'article 4 qui réalise la fermeture du système en permettant de poursuivre pour **déni de justice**, *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la Loi*" (30). Le Code Napoléon de 1804 exprimait l'article 4 de façon tout aussi impérative en faisant **défense aux juges** "*de calomnier la loi en refusant de juger, sous prétexte qu'elle est silencieuse, obscure ou insuffisante*".

Il est curieux de noter que cet article qui allait devenir le "*fer de lance*" du "*positivisme exégétique*" fut introduit pour des considérations d'**équité** et au nom du **droit naturel**. C'est en effet Portalis qui combattit âprement en sa faveur, en déclarant notamment : "*L'équité est le retour à la loi naturelle dans le silence, l'obscurité ou l'opposition des lois positives*" (31).

Portalis dénonçait ainsi le **référé législatif** institué par la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire qui, en son article 3, permettait au Tribunal de Cassation d'annuler "*tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi*" (référé facultatif) (32) ; la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790 "*avait rendu*, précise Madame Rubellin-Devichi,

le référé obligatoire lorsque le troisième tribunal saisi sur renvoi refusait de s'incliner devant la volonté du Tribunal de Cassation" (33) - "ce qui supposait, ajoute Monsieur Pierre Hébraud, que trois juridictions inférieures s'étaient prononcées dans un autre sens" (34).

Mais, si le référé obligatoire eut la vie plus longue en connaissant des avatars jusqu'à la loi du 1er avril 1837 qui devait l'abroger définitivement (35), c'est la solution opposée au référé facultatif (36), celle de Portalis et de l'article 4 que devait retenir le Code Napoléon et c'est elle qui sert de fondement aux développements de l'Ecole de l'Exégèse. Le Code civil étant en effet un ensemble fermé, il suffisait pour l'étudier de suivre, d'un bout à l'autre de ses pages, l'ordre de ses chapitres et de ses articles, au risque d'écrire, selon la remarque de Bonnacase, plus des **commentaires de Code civil** que des **traités de Code civil** (37), et de transformer les "*professeurs de Droit civil*" en "*professeurs de Code civil*" - risque d'ailleurs parfaitement assumé puisqu'eux-mêmes se nommèrent ainsi.

& 2 : Le "postulat de complétude"

Ce postulat est intimement lié au précédent, il en est même la conséquence directe. C'est en effet dans la mesure où le Code est un ensemble fermé qu'il est aussi un ensemble complet, c'est-à-dire parfait et achevé qui contient en lui la solution de toutes les difficultés qui peuvent surgir lors de son maniement ; le "*silence*", l' "*obscurité*" ou l' "*insuffisance*" des lois ne pouvant être qu'apparents.

A cet égard, les professeurs de Code civil acceptent avec empressement, pour eux théoriciens, la défense que l'article 4 fait aux **juges**. C'est ce qu'affirme notamment Proudhon (38) qui, après avoir cité l'article 4, ajoute : "*si le texte paraît silencieux à celui qui n'en fait qu'une lecture légère, les principes qu'il établit sont éloquentes pour celui qui a soin de les méditer*" (39).

Mais justement, on peut remarquer qu'au début

du XIXe siècle, la différence entre le juge et le professeur, entre la jurisprudence et la doctrine, n'est pas aussi marquée qu'aujourd'hui. Au début du XXe siècle encore, lorsque le Doyen Gény propose la *libre interprétation* en droit, il veut délivrer les textes de leur sclérose aussi bien par l'appel à la doctrine que par l'appel à la jurisprudence. En outre, la vénération des professeurs de Code civil pour les textes n'est finalement qu'un hommage qu'ils se rendent à eux-mêmes, ou à leurs aînés, la doctrine ayant joué un rôle essentiel dans la gestation du Code civil (40).

Aux yeux de ces derniers, le Code civil, recueil sacré des Lois de la Nation, "*Table de la Loi*" du monde nouveau, ne pouvait en effet être que parfait, complet, achevé. C'est pourquoi, les professeurs de Code civil se sont appliqués à commenter le Code civil, expression de la Souveraineté populaire, avec la même fidélité, la même ferveur et la même vénération que leurs ancêtres médiévaux, les "*professeurs de Décret*" ou "*décretistes*" - dont ils entendaient pourtant se séparer radicalement - avaient commenté les Lois de l'Eglise, expression de l'autorité suprême de Dieu (41).

Le caractère complet du Code civil est encore affirmé par certains auteurs de la fin du XIXe siècle, par Valette en 1872 : "*il serait bien étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives*" (42), par Huc en 1892 : "*Les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante sont extrêmement rares ...*" (6). Malgré un siècle en moins de législation, cette illusion fut déjà celle des rédacteurs et des premiers commentateurs du Code civil, emportés par l'enthousiasme et la naïveté de la jeunesse (44).

& 3 : Le "*postulat de cohérence*"

Ce "*postulat*" est lui aussi inséparable des deux précédents qu'il présuppose d'ailleurs. Ensemble complet, parfait, le code ne peut être en effet que cohérent, non-contradictoire, et cette cohérence est célébrée par tous les commentateurs. Pas plus qu'il ne saurait y avoir en lui ouverture ou lacune, il ne saurait y avoir contradiction.

Pour découvrir cette logique, cette cohérence, il suffit de suivre le texte sans jamais s'en éloigner, ainsi que l'affirme Laurent : "*Le texte nous offre des principes certains ; dès que l'on s'en écarte, tout devient nécessairement incertain*" (45).

C'est encore cette logique du Code qui permet de combler les prétendues lacunes de la loi. En effet, si d'aventure tel passage du Code ne permettait pas de résoudre tel cas particulier, c'est un autre passage qui, par analogie, remplirait cet office, comme l'affirme Huc en ce qui concerne les cas "*extrêmement rares*" dans lesquels "*la loi est véritablement insuffisante*" (46). Car l'analogie, l'argument a pari, présuppose un certain niveau de cohérence d'ensemble, au moins un jeu de similitudes qui en fonde la validité.

Cette cohérence d'ensemble, ce jeu de similitudes, a parfaitement été perçu par Proudhon pour qui le bon juriste est celui qui sait lire, dans un texte, "*les principes qu'il établit*", c'est-à-dire qui est capable de replacer ce texte dans le réseau d'implications auquel il appartient. Car tel texte implique tel autre texte ; le Code est une implication d'articles (47). Comment ne pas rapprocher ces idées de celles que développent, comme l'a montré Monsieur François Dagognet, dans un domaine très différent, mais à la même époque, la science biologique naissante. Cuvier n'a-t-il pas montré que les organes s'impliquaient mutuellement, qu'un animal était une implication d'organes ? Antoine-Laurent de Jussieu n'a-t-il pas découvert, sous les "*apparences fluctuantes*", la logique du végétal ? (48)

Mais c'est à la fin du XIXe siècle, dans les traités de Baudry-Lacantinerie et de Houques-Fourcade que cette idée de cohérence d'ensemble est le plus clairement mise à jour. Le Doyen Baudry-Lacantinerie par exemple, qui partage avec Mourlon la croyance au "*dogme de l'infailibilité du législateur*" (49), ne peut que postuler l'impeccable logique du Code civil. Dans cette perspective, comme le souligne le Doyen Gény, "*chaque disposition légale*" est alors envisagée "*respectivement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet*" (50).

Ne trouve-t-on pas déjà ici la "notion de système", chaque article ne prenant tout son sens que dans l'ensemble auquel il appartient ? (51). C'est pourquoi, Louis Liard a pu énoncer explicitement les conséquences qu'impliquaient les positions de l'Ecole de l'Exégèse : *"Le droit, c'est la loi écrite. Partant, la tâche des Facultés de droit est d'apprendre à interpréter la loi. Il en résulte que leur méthode est déductive. Les articles du Code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les conséquences. Le juriste pur est un géomètre..."*(52).

En outre, il ne faut pas oublier que si cette logique et cette cohérence du Code sont tant exaltées, c'est en grande partie aussi à cause de la vocation pédagogique des **Commentaires de Code civil** et de la mission pédagogique des "professeurs de Code civil". Julien Bonnesse a souligné le caractère "universitaire" de l'Ecole de l'Exégèse, notamment dans la période de son apogée : *"C'est dans l'Université, écrit-il, qu'elle trouvera ses plus illustres représentants au moment de son apogée, pendant la longue période d'un demi siècle qui s'étend de 1830 à 1880 ; c'est l'Université qui lui donnera son plus grand éclat"* (53).

SECTION 4 : LA METHODE "DOGMATIQUE ET SYNTHETIQUE" D'AUBRY ET RAU

La publication par le Doyen Aubry, avec la collaboration de Rau, du **Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M.C.S. Zachariae**, dont la première édition strasbourgeoise s'étale de 1839 à 1846, devait provoquer une véritable révolution dans le monde juridique français de l'époque, c'est-à-dire au sein de l'Ecole de l'Exégèse.

En effet, voici que pour la première fois des juristes français osaient, dans l'étude du Code civil, s'affranchir de l'ordre (consacré par le législateur) de ses chapitres et de ses articles, se libérer de la succession linéaire de ses dispositions.

A cet égard, si la référence au pandectiste allemand Zachariae est très certainement exagérée (54), elle n'en demeure pas moins symptomatique. Appliquant à l'étude du Code civil la méthode de la "*jurisprudence des concepts*" et du pandectisme, Aubry et Rau entendent détecter une organisation logique et systématique. Suivant l'idée centrale de la Begriffsjurisprudenz, le Code est considéré comme un ensemble logique de concepts et de propositions générales dont il faut établir la cohésion organique tout en les détectant ; il faut élaborer les concepts juridiques généraux sur la base des normes existantes : telle est la méthode que les juristes nomment **dogmatique**, et dont on qualifie à juste titre la démarche d'Aubry et Rau en lui ajoutant l'autre qualificatif de **synthétique**.

Et il est vrai qu'à l'attachement presque servile à la succession des articles, Aubry et Rau substituent une démarche systématique et "*globalisante*" : "*les principes que nous allons développer, écrivent-ils, se trouvent disséminés dans le Code* (55). Aussi n'est-il pas étonnant que cette démarche authentiquement scientifique leur ait permis d'édifier, comme l'a montré Monsieur René Sève, une véritable théorie juridique, comparable aux théories scientifiques (56) : la **théorie du patrimoine**.

Le propre d'une théorie scientifique en effet est de créer des concepts nouveaux qui n'ont de signification que dans l'ensemble des réseaux des équations auquel ils appartiennent. De façon analogue, la notion de **patrimoine** chez Aubry et Rau n'a de signification que dans l'ensemble des relations qui la sous-tend.

A cet égard, Monsieur René Sève rappelle que "*le Code n'emploie pas le mot de **patrimoine**, il dit **les biens, tous les biens***" (57). De plus, *le patrimoine n'est ni une chose réelle, pas d'avantage un objet juridique comme une créance, il est une pure abstraction*" (58). Cette abstraction est le résultat de la méthode "*dogmatique et synthétique*" ; c'est pourquoi, s'il est vrai de dire, avec le Doyen Génys, que cette notion est "*purement conceptuelle*", il est faux de dire qu'elle est **a priori** (59). Ce n'est en effet qu'au terme d'une longue élaboration qu'Aubry et Rau peuvent arriver

à cette conception du patrimoine comme *"une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle"* (60). Monsieur René Sève a pu énoncer explicitement les quatre propositions que contient cette théorie :

- " 1°) *toute personne a un patrimoine*
 2°) *toute personne n'a qu'un patrimoine*
 3°) *tout patrimoine appartient à une personne*
 4°) *deux personnes n'ont pas le même patrimoine"*

(61)

Ces propositions peuvent être considérées comme *"l'axiomatique du patrimoine"*, dans la mesure où la première joue le rôle de postulat de l'existence du patrimoine, la seconde de postulat de son unicité, et les quatre propositions prises ensemble postulant la correspondance bi-univoque qui existe entre le patrimoine et la personne.

Monsieur René Sève souligne bien la richesse et la fécondité de cette théorie en rappelant que *"la notion est invoquée pour rendre compte des règles qui régissent le droit de gage en général des créanciers chirographaires, la transmission globale (actif et passif) du patrimoine d'un défunt à ses héritiers, ou pour expliquer le mécanisme de la subrogation réelle qui intervient dans le droit de gage général mais aussi dans les cas de l'absence (art. 132) et de la substitution (art. 1067)"*. Et Monsieur René Sève conclut : *"Dans tous ces cas, grâce à la notion de patrimoine, la théorie juridique cherche à fonder la permanence à travers le temps d'un divers rendu quantitatif et homogène"* (62).

Aubry et Rau procèdent ici à la façon du philosophe ou du savant qui veut expliquer en identifiant, s'il est vrai selon Emile Meyerson qu' *"expliquer c'est identifier, c'est découvrir la substance sous le changement, l'un sous le multiple, l'être sous le devenir"* (63). Aubry et Rau en ont d'ailleurs parfaitement conscience lorsqu'il déclarent, au sujet du patrimoine, que *"cette notion appartient au droit philosophique"* (64).

C'est pourquoi, seule la méthode "*synthétique et dogmatique*" permet d'échapper à la "*structure apparente*" de la suite des chapitres et des articles du Code, pour accéder déjà à ce que Monsieur Georges Mounin appelle la "*structure réelle inapparente*" (65). Seule cette méthode peut véritablement découvrir, sans le trahir, "*l'esprit du Code civil*" et réaliser ainsi le voeu de Demante et Delvincourt, car seule cette méthode (structuraliste avant la lettre) est logique et systématique, c'est-à-dire authentiquement scientifique : telle est la grande supériorité de ce que le Doyen Gény appelle "*la puissante synthèse d'Aubry et Rau*" (66).

C'est cette "*puissante synthèse*" qui a permis au droit de se constituer véritablement en science ; c'est elle qui a ouvert la voie à la science juridique moderne et notamment à l'oeuvre de Jean Ray.

NOTES

(1) J. Bonnetcase, L'Ecole de l'Exégèse en droit civil, les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, Revue générale du droit, de la législation, Paris, 1918, p. 212-269.

(2) F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2e éd., 1954, p. 29 et s.

(3) Notamment M. Villey, F. Gény et la renaissance du droit naturel, in A.P.D., n° 8, 1963, p. 200, A. Brimo, Les grands courants de la philosophie du droit, A. Pedone, 3e éd., 1978, p. 275, L. Husson, Analyse critique de la méthode de l'exégèse, in A.P.D., n° 17, 1972, p. 115.

- (4) Bugnet, Jean Joseph, 1794-1866, professeur de Code civil à Dijon, publia les Oeuvres complètes de Pothier (1845-1848).
- (5) Demolombe, Jean Charles, 1804-1887, bâtonnier, Doyen de la Faculté de Caen, auteur du Cours de Code Napoléon (1845-1882).
- (6) Laurent, François, 1810-1887, jurisconsulte belge, auteur des Principes de droit civil français (1869-1879).
- (7) G. Laurent, o. c., p. 74.
- (8) Aubry, Discours de rentrée de la Faculté de droit de Strasbourg, 1857, cité par J. Bonnecase, o. c., p. 262-263.
- (9) J. Bonnecase, étude citée, p. 225.
- (10) Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, p. 59.
- (11) Demolombe, Cours de Code Napoléon, tome 1, p. 135, cité par J. Bonnecase, o. c., p. 267.
- (12) Laurent, Cours élémentaire de droit civil, Préface, tome 1, p. 110, cité par J. Bonnecase, o. c., p. 266.
- (13) Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 4e éd., tome 1, p. 130-134 : "On ne doit y recourir qu'avec une grande réserve et ne le considérer comme décisif que dans le cas où il conduit à faire rejeter une application de la loi qui consacrerait une iniquité manifeste, ou qui supposerait, de la part du législateur, une inconséquence flagrante".
- (14) Aubry et Rau, o. c., p. 134.
- (15) Aubry et Rau, o. c., p. 130.
- (16) Aubry et Rau, o. c., p. 130.
- (17) F. Géný, o. c., tome 1, p. 31.
- (18) Aubry et Rau, o. c., p. 130.
- (19) J. Bonnecase, o. c., p. 263.
- (20) Demante, Programme d'un cours de droit civil, tome 1, p. 14, cité par J. Bonnecase, o. c., p. 264.
- (21) Delvincourt, Cours de Code Napoléon, Préface, cité par J. Bonnecase, o. c., p. 265.
- (22) L'expression n'est évidemment pas à prendre ici dans le sens que lui donne Montesquieu, en dépit du mot célèbre de Madame du Deffand, selon lequel l'ouvrage de Montesquieu ne serait que

"de l'esprit sur les lois".

- (23) J. Lacroix, Kant et le kantisme, P.U.F., 1966, p. 7.
- (24) Proudhon, Cours de droit français, Préface, tome 1, p. XII, cité par J. Bonnecase, o. c., p. 226.
- (25) Proudhon, o. c., p. XIII.
- (26) Taulier, o. c., Préface, tome 1, p. 6-9, cité par J. Bonnecase, o. c., p. 227.
- (27) L. Husson, article cité, p. 126.
- (28) J. Bonnecase, o. c., p. 220.
- (29) Ce que Kelsen appellera le "syncrétisme des méthodes".
- (30) Dans Droit, morale et philosophie (L.G.D.J., 2e éd., 1976), Chaïm Perelman écrit que l'article 4 "en donnant au juge le pouvoir de combler les lacunes de la loi, lui permet d'empiéter sur le pouvoir législatif", mais ce pouvoir comporte une contrepartie : "l'obligation de motiver les décisions", p. 125.
- (31) Portalis, Discours préliminaire, in Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome 1, p. 140-141.
- (32) L. Husson, Analyse critique de la méthode de l'exégèse, in A.P.D., n° 17, 1972, p. 117.
- (33) J. Rubellin-Devichi, Travaux dirigés de droit civil, Lyon, L'Hermès, 1979, p. 61.
- (34) P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, in Mélanges offerts à Paul Couzinet, 1974, p. 340.
- (35) L'histoire du référé législatif a été minutieusement exposée par F. Gény, o. c., tome 1, p. 73-97.
- (36) L'institution du **référé législatif** se rattache sans doute aux **rescrits** du droit romain, réponses de l'Empereur adressées à un magistrat, à un juge ou à un particulier. Voir **supra**, Le miracle romain. Leibniz lui-même, qui voulait pourtant constituer un système juridique cohérent et complet, avait prévu, dans ses projets de codification pour l'Allemagne, la même possibilité d'un appel à l'Empereur. Voir **supra**, L'École du droit de la nature et des gens, ainsi que G. Grua, La justice humaine selon Leibniz, P.U.F., 1956.
- (37) J. Bonnecase, o. c.

(38) Proudhon, Jean Baptiste, 1758-1838, titulaire de la chaire de Code civil, à Dijon, en 1806.

(39) J.-B. Proudhon, Cours de droit français, Dijon, 1810, cité par F. Gény, o. c., p. 39.

(40) Comme l'a bien montré A.-J. Arnaud dans Les origines doctrinales du Code civil français, L.G.D.J., 1969.

(41) Il s'agit ici de ce "trait caractéristique" de l'Ecole de l'Exégèse qui est, selon J. Bonnecase, "l'étatisme" (o. c., p. 274).

(42) Valette, Cours de Code civil, p. 35, cité par Gény, p. 28.

(43) Huc, Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. 1, 1892, p. 165, cité par F. Gény, o. c., p. 28.

(44) "L'esprit naïf n'est pas jeune, il est même très vieux", remarquait Bachelard.

(45) Laurent, o. c., p. 109.

(46) Huc, o. c., p. 165.

(47) Cette idée a été explicitée, de nos jours, par Monsieur A.-J. Arnaud dans son Essai d'analyse structurale du Code civil français (L.G.D.J., 1973) ; par exemple l'article 543 est inséparable du "réseau" des art. 544 s., 578 s., et 637 s.

(48) G. Dagognet, Le catalogue de la vie, Galien, 1970, p. 50-5.

(49) J. Bonnecase, o. c., p. 275-276.

(50) F. Gény, o. c., p. 31.

(51) S'il est vrai que cette notion est l'idée-maîtresse du structuralisme, Baudry-Lacantinerie, comme Cuvier, serait un "structuraliste" avant la lettre !

(52) L. Liard, L'enseignement supérieur, 1894, p. 397.

(53) J. Bonnecase, o. c., p. 217.

(54) La référence à Zachariae s'estompera d'ailleurs quelque peu avec le temps puisque le livre deviendra par la suite le Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae.

(55) Aubry et Rau, o. c., p. 573.

(56) R. Sève, Détermination philosophique d'une théorie juridique, la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, in A.P.D., tome 24, 1979, Les biens et les choses, p. 247-257.

- (57) O. Jallu, Essai critique sur la continuation de la personne, Paris, 1902, p. 96, cité par R. Sève, article cité, p. 247.
- (58) R. Sève, article cité, p. 248.
- (59) F. Géný, o. c., p. 141, tome 1.
- (60) Aubry et Rau, o. c., 4e éd., p. 231, tome VI.
- (61) R. Sève, article cité, p. 249.
- (62) R. Sève, article cité, p. 248.
- (63) D. Meyerson, De l'explication dans les sciences, Payot, Paris, 1921.
- (64) Aubry et Rau, o. c., p. 577.
- (65) G. Mounin, Postface à A.-J. Arnaud, o. c.
- (66) F. Géný, o. c. tome 1, p. 141.

LA SCIENCE NORMATIVE ET LE DROIT

Par
Paul DUBOUCHET

Le point de départ de la conception de Husserl est la distinction essentielle qu'il introduit au cours de la **Sixième Recherche**, celle des "*actes objectivants*" et des "*actes non objectivants*".

Dans **La norme et l'impératif chez Husserl**, Carlos Cossi explicite la distinction des "*actes objectivants*" et des "*actes non objectivants*" :

1°) les "*actes non objectivants*", actes exclamatoires, interrogatifs, rogatifs, impératifs, etc., qui correspondent principalement aux ordres et aux désirs, ne représentent pas une connaissance, ne peuvent être ni vrais ni faux.

2°) les "*actes objectivants*", actes de dénomination et de prédication, apportent des concepts, énoncent des jugements ; seuls ces actes sont susceptibles d'être vrais ou faux.

Le problème se pose alors de savoir si les **normes** sont des "*actes objectivants*". Sans poser le problème textuellement, Husserl affirme cependant que les **normes** sont fondées sur des **jugements de valeur**. C'est par l'intermédiaire de ces derniers, qui appartiennent à la catégorie des "*actes objectivants*", que les **normes** tombent sous les catégories de vérité ou de fausseté et qu'ainsi la "*logique des normes*" husserlienne est possible.

En réalité, dans les **Prolégomènes à la logique pure**, et notamment dans le paragraphe 14, Husserl englobe sous la dénomination générique de "*science nor-*

native" les thèses qu'à la suite de Georges Kalinowski on a pu regrouper sous l'expression de "*logique des normes*" - c'est d'ailleurs ce qu'indique le titre même que le fondateur de la phénoménologie donne au paragraphe 14 : "**Le concept de science normative. La norme ou principe, qui lui donne son unité**". Dans ce court passage qui occupe une place si importante dans l'histoire de la logique des normes, Husserl en effet prétend seulement avoir "*tiré au clair*" des "*jugements de forme normative*", avoir énuméré de façon complète "*les formes essentielles de propositions normatives générales*", avoir donné à "*toutes les formes de propositions normatives leur sens précis*" (1). Et, puisqu'aux "*formes essentielles de propositions normatives générales*" correspondent "*des formes de jugement de valeur*", Husserl écrit que "*toute proposition normative présuppose un certain genre d'évaluation*" (2). Sur la base de cette évaluation générale, à tout jugement normatif peut être associé un couple de prédicats de valeur pour la classe qui s'y rapporte". C'est par cette opération que "*toutes les formes de propositions normatives reçoivent alors leur sens précis*".

C'est pourquoi, la "*logique des normes*" husserlienne se stratifie elle aussi suivant les deux premiers niveaux de la **mathesis universalis** ou **analytique**. Au premier niveau, qui est celui de la "*morphologie pure des significations*", correspond ici ce que l'on pourrait appeler la "*morphologie pure des jugements normatifs*"; cette dernière est appelée à expulser les **idées confuses** du domaine normatif, à tracer une ligne de partage entre ce qui est normatif et ce qui ne l'est pas, car c'est bien là ce que vise Husserl lorsqu'il se propose de "*tirer au clair*" les normes, de les "*énumérer de façon complète*", de leur "*donner un sens précis*". Au second niveau, qui est celui de la "*théorie de la conséquence*" ou "*logique de la non-contradiction*", correspondrait la "*théorie de la conséquence normative*", la "*logique de la non-contradiction normative*"; elle vise à promouvoir les **idées claires**, à rattacher de façon logique l'ensemble des normes à la **norme fondamentale**. Quant au troisième niveau, qui serait celui de la "*doctrine formelle de la science normative*", de la "*théorie des formes possibles d'une théorie normative*", si Husserl n'en parle

pas, il appartiendra à certains de ses continuateurs d'en défricher les terres inconnues comme le fera notamment Jean-Louis Gardies.

Ainsi, la visée de Husserl étant d'élucider les normes, de les énumérer, de leur donner un sens précis, de les rattacher à la **norme fondamentale**, on comprend que la "*science normative*" telle qu'il la conçoit ait pour but de fonder les normes ou, comme le dit Carlos Cossio, de "*procurer des normes*" (3), ou encore, selon l'expression de Georges Kalinowski, d'énoncer des "*normes normalisantes rattachées à la norme fondamentale*" (4). D'ailleurs, sur ce point, Husserl, comme il le reconnaît lui-même au début du paragraphe 14, rejoint la conception traditionnelle héritée de l'Antiquité, d'après laquelle la **science normative** est une science ayant pour but de dicter ce qui doit être et s'opposant à la **science théorique** qui a pour but d'énoncer ce qui est (5). Les trois grandes "*sciences normatives*", la logique, l'éthique et l'esthétique ont pour but de dicter les règles du vrai, du bien et du beau, c'est-à-dire d'énoncer *des normes idéales selon lesquelles on juge la valeur de ce qui arrive* ; c'est pourquoi, selon la très forte expression de Windelband citée par Cossio, "*ces normes sont donc des règles de mise en accusation*" (6).

Nous savons que cette conception traditionnelle de la science normative comme science énonçant ce qui doit être, c'est-à-dire **dictant des normes**, a été, dans le domaine du droit, fortement dénoncée et rejetée par Hans Kelsen, qui lui substitue la conception opposée et strictement positiviste d'une science normative qui se borne à **étudier les normes**. Kelsen prolonge ici, dans le domaine normatif du droit, le mouvement qui tout au long du XIX^{ème} siècle (et après) a annexé au positivisme les "*sciences humaines*", en affirmant que ces dernières doivent se calquer sur les "*sciences de la nature*", en proclamant avec Emile Durkheim : "*il faut étudier les faits sociaux comme des choses*". De façon analogue, le projet de Kelsen est précisément d'étudier les normes comme des choses. D'où la distinction radicale - qui est au centre de la "*théorie pure du droit*" - celle de la **création du droit** et de la **science du droit**.

MATHEMATIQUE ou ONTOLOGIE FORMELLE	LOGIQUE ou APOPHANTIQUE FORMELLE
AXIOLOGIE FORMELLE "LOGIQUE DES VALEURS" étude de la valeur	"LOGIQUE DES NORMES" étude de la norme
1er NIVEAU (niveau des règles de formation)	Morphologie pure des jugements normatifs
2ème NIVEAU (niveau des règles de transformation)	Théorie de la conséquence normative Logique de la non-contradiction normative
3ème NIVEAU (niveau des règles auxquelles sont soumis les axiomes) "Doctrin formelle de la science"	Théorie des formes possibles d'une théorie normative

**LOGIQUE DES VALEURS
ET LOGIQUE DES NORMES
CHEZ HUSSERL**

La *création du droit* est réservée à l'autorité "*jurislative*" et à l'autorité juridictionnelle : la première crée les "*normes juridiques générales*", la seconde assure leur application en énonçant les "*normes juridiques individuelles*"; elle est l'oeuvre du "*jurislacteur*" (pour reprendre l'expression d'Haesaert) et du juriste-praticien. La "*science du droit*" se limite à étudier les normes juridiques telles qu'elles sont posées dans un système juridique donné - c'est en cela que réside sa "*pureté*" - elle est l'oeuvre du juriste-théoricien, du "*théoricien pur du droit*". A la distinction de la "*création du droit*" et de la "*science du droit*" correspond celle des "*normes juridiques*" et des "*propositions de droit*", des **Rechtsnormen** et des **Rechtssätze** - la "*création du droit*" visant à énoncer des "*normes juridiques*", tandis que la "*science juridique*" se limite à étudier les "*normes juridiques*" en s'exprimant par l'intermédiaire de "*propositions de droit*" (7).

L'éminent philosophe argentin du droit, Carlos Cossio, dénonce et rejette à son tour la conception kelsénienne de la "*science normative*", effectuant une sorte de retour à la conception traditionnelle et à la conception husserlienne, ou du moins édifiant à partir de ces dernières sa propre conception de la "*science normative*". En effet, entre la conception kelsénienne d'après laquelle la science normative **étudie les normes** et la conception husserlienne d'après laquelle la science normative **procure des normes**, Carlos Cossio ne cache pas sa préférence pour la conception de Husserl.

Cependant, malgré de nombreuses convergences avec la conception husserlienne, c'est encore une conception de la science normative différente de celle de Husserl et profondément originale qu'expose Carlos Cossio dans la "*théorie égologique*" dont il est l'auteur (8). C'est ainsi que si Cossio admet avec Husserl que toute norme présuppose un jugement de valeur, il rejette l'idée husserlienne selon laquelle chaque **science normative** repose sur une **science théorique** qui en est le fondement. En effet, Cossio reproche ici à Husserl de commettre une assimilation erronée entre **normes techniques** (qui relèvent du **poiên**, du "*faire*") et **normes juridiques morales** (qui relèvent du **pratein**,

de "l'agir"), car si les normes techniques peuvent légitimement se fonder sur une science théorique, il n'en va pas de même pour les normes juridiques et morales qui ne connaissent pas d'autre vérité que "celle du fait normatif lui-même", "la vérité du fait de la liberté" (9), qui appartient au législateur moral ou juridique, libre d'édicter les normes qu'il veut. C'est pourquoi G. Kalinowski peut souligner à cet égard que Cossio est "un volontariste en droit et en morale" (10).

Mais c'est surtout la conception kelsénienne de la science normative que le philosophe argentin du droit rejette le plus radicalement. Commentant cette conception, Carlos Cossio rappelle que, selon Kelsen, la "science du droit" qui est l'oeuvre du "juriste" ou "sage" a pour but de **connaître les normes**, elle procède de la "fonction de connaissance", tandis que la "création du droit" qui est l'oeuvre de "l'animateur" (Cossio emploie l'expression "el organo" que l'on pourrait également traduire "l'organe jurislatif et juridictionnel") a pour but de **procurer les normes**, elle procède de la "fonction de volonté". Or, selon Kelsen on ne peut assimiler la fonction du "juriste" à celle de "l'animateur", on ne peut superposer la "fonction de la connaissance" à la "fonction de la volonté".

C'est précisément cette idée que dénonce Carlos Cossio en y révélant une contradiction car, si pour édifier sa connaissance, le "juriste" se met à la place du juge, c'est bien parce que ce dernier élabore lui aussi une certaine forme de connaissance : "le juriste écrit en se mettant à la place du juge," remarque Cossio, "et on ne comprend pas comment le juriste pourrait constituer une connaissance si pour le faire il doit se mettre nécessairement à la place de celui pour qui on ne reconnaît pas que la connaissance soit essentielle" (11).

Carlos Cossio en effet ne cesse de souligner le **caractère cognitif de la norme** que la conception de la "science normative" comme science étudiant les normes ignore totalement. Car cette dernière conception laisse sans réponse un problème essentiel : celui de savoir ce qu'est véritablement la norme ; or, dès qu'on

aborde correctement ce problème, on ne peut que découvrir le caractère cognitif, conceptuel, de la norme qui est inséparable d'un jugement et s'exprime toujours dans une forme linguistique.

Sur ce point, Carlos Cossio se sépare radicalement de la conception kelsénienne et se rapproche beaucoup de la conception traditionnelle ainsi que de la conception husserlienne d'après laquelle *"le savoir juridique procure des normes ; c'est-à-dire que ce sont les juristes ou sages, plus que les animateurs, qui en réalité procurent des normes en raison de leur savoir"* (12). Mais, Carlos Cossio va encore beaucoup plus loin que la conception traditionnelle et que la conception husserlienne, car il pousse jusqu'à ses ultimes conséquences le caractère cognitif de la norme. C'est ce dernier qui est constitutif de la norme elle-même : *"la norme est connaissance et peut être véritable si effectivement le comportement concorde avec ce qui est mentionné par elle"* (13). Cossio ne cesse de rappeler que la norme est de la même nature que le concept, que la norme elle-même est une connaissance juridique. Car, si la *"science de la théorie"* s'efforce d'enfermer le monde dans ses concepts et dans ses équations, la *"science normative"* s'efforce d'enfermer *"l'agir humain"* (ou plutôt, chez Cossio, de l'ouvrir) par ses normes et les relations qui naissent entre elles.

Or, la norme étant déjà une connaissance juridique, il ne peut y avoir une connaissance juridique des normes, mais seulement une connaissance logique des normes, et il s'agit là d'une affirmation fondamentale de la *"thèse égologique"* (14). Cossio se situe ici aux antipodes de Kelsen : pour connaître le droit, la science juridique n'a pas à passer par l'intermédiaire de *"propositions de droit"*, elle connaît directement le droit par l'intermédiaire des *"normes juridiques"* qui sont l'instrument même de la connaissance du droit.

C'est pourquoi, comme le remarque Georges Kalinowski, dans la perspective de Cossio, *"la science juridique, laquelle est aussi bien la science du législateur et du juge que la science du juriste, se présente comme une science normative parce qu'elle énonce des normes juridiques, instrument de la connaissance de la conduite"*

juridique à laquelle se trouve identifié le droit. Entre la norme et le droit (conduite juridique) existe un rapport gnoséologique : la norme est le moyen de la connaissance du droit, le droit est pour la norme l'objet propre de la connaissance" (15). Ainsi, Cossio rejette-t-il la séculaire opposition de la "création du droit" et de la "science du droit", de la "technique juridique" et de la "science juridique" ainsi que l'opposition corrélatrice du "législateur" et du "jurisconsulte", du "juris-praticien" et du "juriste-théoricien", ou - selon ses propres termes - de "l'animateur" et du "juriste" ou "sage". Alors que cette vieille opposition, qui trouve d'ailleurs son aboutissement chez Kelsen, distingue deux niveaux : celui du **droit lui-même** et celui de la **science du droit**, Cossio distingue également deux niveaux, mais qui ne sont pas les mêmes que les précédents. Il fait tout d'abord remarquer que la conception traditionnelle a oublié un niveau plus fondamental, plus originaire que tous les autres : celui de la **conduite humaine**, et de la conduite humaine saisie par le droit, c'est-à-dire celui de la **conduite juridique**. Le second niveau que distingue Cossio englobe à lui seul les deux niveaux de la conception traditionnelle puisqu'il ne sépare pas le droit de la science du droit.

Enfin, la conception de Cossio peut facilement recevoir ici une illustration linguistique, même si elle se meut dans un univers pré-saussurien, dans un univers qui ignore la linguistique moderne - car la "théorie égologique" porte uniquement la marque de la phénoménologie et de l'existentialisme heideggerien. En effet, Carlos Cossio a bien compris que l'instrument normatif joue, dans le domaine du droit, le même rôle que l'instrument logico-conceptuel dans les autres domaines de la connaissance. Ce qui signifie que le droit est inséparable d'un langage, qu'il s'exprime toujours dans une forme linguistique. De même que le **langage ordinaire** et le **langage scientifique** réalisent - comme l'a bien montré Gilles-Gaston Granger - une structuration logico-conceptuelle de l'expérience, le **langage juridique** (qui englobe à la fois le **droit** et la **science du droit**) réalise une sorte de structuration juridico-conceptuelle de l'expérience. La phénoménologie, par sa pureté méthodologique, a su pré-

figurer, anticiper, nombre d'analyses que le développement ultérieur des sciences devait confirmer, corroborer ; ce n'est pas le moindre mérite de la "*théorie égo-logique*" de Cossio d'avoir joué ce rôle et de s'en être si bien acquitté dans le domaine du droit.

Mais, après avoir envisagé la conception de la "*science normative*" chez Husserl, Kelsen, Cossio, il nous reste à envisager celle de Georges Kalinowski lui-même, telle qu'il l'expose dans **Querelle de la science normative** (1969).

Quelle conception Georges Kalinowski se fait-il de la "*science normative*" ? (Question d'autant plus intéressante que Georges Kalinowski est non seulement un juriste et philosophe du droit (16), mais un logicien instruit des développements les plus récents de "*l'analyse du langage*", bénéficiant des derniers apports de la remarquable "*Ecole polonaise de logique*", et enfin l'un des créateurs de la "*logique des normes*"). Va-t-il admettre avec Kelsen que la science normative **étudie les normes**, ou avec Husserl qu'elle en **procure** ou qu'elle les **fonde**, ou avec Cossio qu'elle est la science qui **connaît au moyen des normes** ?

Notons tout d'abord que, selon Georges Kalinowski, la conception de Cossio, qui voit dans la science normative "*une science qui connaît au moyen des normes*", se ramène finalement à la conception générale illustrée par Husserl, d'après laquelle la science normative est "*une science qui procure ou qui fonde des normes*". A cet égard, dans la toute dernière partie de **Querelle de la science normative** (dans le dernier chapitre, à la fin du paragraphe 3 intitulé **Cossio contra Husserl et Kelsen**), Georges Kalinowski s'efforce de montrer que la différence entre les conceptions respectives de Husserl et de Cossio n'est pas une différence de nature mais une différence d'accent, Cossio soulignant d'avantage "*le caractère cognitif de la norme*" et mettant plus en lumière le véritable objet de la science normative qui est, selon lui, la connaissance de la conduite humaine (17). Ainsi, ce ne sont pas trois conceptions de la "*science normative*" qu'il faut retenir, mais seulement deux : d'une part celle qui voit en elle la **science qui étudie les normes**, d'autre part

celle qui la considère comme la **science qui procure des normes**.

Cependant, avant de se prononcer véritablement sur le problème qui fait l'objet de son ouvrage, Georges Kalinowski se réfère non seulement aux conceptions de Husserl, Kelsen et Cossio, mais il envisage également la position de Petrazychi et Lande - position d'autant plus intéressante que la "*science normative*" est selon eux à la fois une science qui étudie les normes et qui en procure.

Pour Petrazychi et Lande en effet, la science juridique - ou "*dogmatique juridique*" - est à la fois une **science qui a des normes pour objet** et une **science qui énonce des normes**, selon les expressions suggestives de Kalinowski, elle est à la fois une science "*normative*" et une science "*normatrice*" (18). En effet, pour eux - comme pour Cossio d'ailleurs - la science juridique règle elle-même la conduite de l'homme.

Or, Georges Kalinowski affirme que la science juridique - ou "*dogmatique juridique*" - est seulement une science "*normative*"; il rejette catégoriquement le fait qu'elle soit une science "*normatrice*". Il reproche en effet à Petrazychi et Lande de faire ici une confusion entre le "*langage du droit*" et le "*langage des juristes*". Par exemple, la norme : "*L'acheteur doit payer au vendeur le prix convenu*" est une norme édictée par le législateur, elle appartient au "*langage du droit*". En revanche, l'expression : "*Le Code Napoléon établit la norme : L'acheteur doit payer au vendeur le prix convenu*" n'est pas une norme mais une proposition portant sur une norme, c'est une "*proposition de droit*" qui ne règle rien, elle appartient au "*langage des juristes*" (19). Selon Georges Kalinowski, le grand tort ou la grande erreur de Petrazychi et Lande, ainsi que de nombreux "*juristes-dogmaticiens*", est de commettre une confusion dans les **niveaux du langage** : la "*norme juridique*" appartient au "*langage du droit*" qui est un "*langage-objet*", tandis que la "*proposition de droit*" appartient au "*langage des juristes*" qui est un "*métalangage*". C'est cette ignorance des différents "*niveaux du langage*" qui explique la confusion entre la fonction "*normatrice*" de la nor-

me et le caractère "normatif" de la proposition de droit, mais il est vrai, comme le souligne Georges Kalinowski, "que la distinction des degrés de langages est une acquisition récente de la logique contemporaine et plus précisément de la méta-logique (sémiotique)" (20). Notre auteur rejoint ainsi la distinction établie par Kelsen entre les "normes juridiques" (**Rechtsnormen**) et les "propositions de droit" (**Rechtssätze**), et, avec ce dernier, il pense que "la science normative ne règle rien", que "les propositions de droit ne prescrivent rien" (21).

Cependant, la distinction des différents degrés du langage, l'opposition de ce "*langage-objet*" qu'est le "*langage des juristes*" ne résout pas tous les problèmes et notamment ne suffit pas pour nier l'activité créatrice qui procède de l'**interprétation juridique**, pour nier le **caractère normateur** de la science du droit ou "*dogmatique juridique*". Georges Kalinowski, bien sûr, en a parfaitement conscience, c'est pourquoi il déclare vouloir aborder le problème "*dans toute son étendue, c'est-à-dire en tant que problème du caractère **normateur** de l'interprétation juridique*" (22) - et on se trouve bien ici au cœur de son ouvrage, au centre de la "*querelle de la science normative*". Notre auteur se livre alors à une minutieuse analyse dont nous allons essayer de cerner les grandes articulations afin de déterminer si nous pouvons l'accepter et la retenir.

Georges Kalinowski reconnaît en effet, d'une certaine façon, le caractère "normateur" de l'interprétation juridique : "*Si l'on veut être réaliste, écrit-il, force est d'admettre que l'interprétation des normes juridiques, tant pour les besoins de la théorie que de la pratique, est dans un certain sens création du droit*" (23). C'est en effet l'interprétation juridique progressivement édifiée et constamment précisée par la science du droit qui permet de résoudre en partie ou du moins d'aborder correctement ces grands problèmes typiquement juridiques que sont ceux de l'insuffisance ou de l'obscurité des normes, de leurs contradictions, des lacunes dans le droit. L'interprétation juridique permet en effet, comme le souligne Georges Kalinowski, "*d'infléchir le sens des normes édictées par le législateur*", de suppléer

"aux insuffisances de toutes sortes du législateur", de modifier le contenu de certaines normes, "d'écartier les normes existantes jugées inopportunes" et de les remplacer par d'autres jugées meilleures ; ainsi l'interprétation juridique permet de "supprimer les contradictions" de même qu'elle permet de combler les lacunes du droit en créant les normes qui font défaut (24).

L'interprétation juridique implique donc bel et bien une certaine création du droit : "On ne peut le nier. Le fait est patent" (25) reconnaît Georges Kalinowski. Cependant, l'éminent logicien du droit ne veut pas admettre pour autant que la science juridique édicte des normes ; selon lui, la science juridique ne fait qu'énoncer des propositions sur les normes. Et, pour asseoir son point de vue, il invoque à nouveau l'argument précédemment cité et issu de la distinction des différents niveaux du langage : l'interprétation juridique et la science du droit utilisent un métalangage, le "langage des juristes", et, pour bien souligner ce caractère, Georges Kalinowski va jusqu'à appeler la "proposition de droit" (la *Rechtssätze* de Kelsen) telle que "l'arti-a du code c signifie a' " une "**proposition métajuridique de caractère théorique**" (26).

L'objection consécutive à cet argument, notre auteur se la fait lui-même : "l'utilisation d'un métalangage ne change rien au fait que l'interprète modifie le droit, voire le crée, autrement dit exerce une fonction normatrice", et il reconnaît qu'une "telle remarque ne manquerait pas de justesse" (27).

En réalité, répond Georges Kalinowski, "le juriste théoricien ou praticien, qui, sous l'apparence de l'interprétation, crée du droit ... se prononce d'abord, même s'il n'en est pas conscient, sur l'existence (autrement dit sur la force obligatoire) et sur la teneur d'une norme non écrite (appartenant au droit qu'on qualifie à l'aide de diverses épithètes : **naturel, rationnel, intuitif, idéal, juste, etc.**)" (28). C'est pourquoi "il est évident que la science juridique, oeuvre de juriste-théoricien, ne contient pas des normes mais uniquement des propositions sur les normes" (29).

Cependant, Georges Kalinowski admet que le

"juriste-praticien" rejoint souvent le "juriste-théoricien". C'est ainsi que le juge est appelé à interpréter les normes, à choisir entre plusieurs normes celle qui est à appliquer : "*il tient alors, comme le professeur de droit, le langage des juristes*" (30). Toutefois, au stade essentiel de son activité, celui où il prononce la sentence, "*le juge énonce une norme en langage du droit*" (31) et par là, il se sépare du "juriste-théoricien", du "professeur de droit".

Ainsi Georges Kalinowski rejoint-il finalement le point de vue de Kelsen selon qui la "*science normative*" n'édicte pas de normes mais étudie les normes. Cependant, il adresse encore à Kelsen le même reproche qu'à Petrazychi et Lande (qui défendent pourtant une conception de la science normative quasiment opposée à celle de Kelsen), celui de confondre les différents niveaux du langage. En effet, le célèbre juriste autrichien "*a fait de sa science une science des normes juridiques valides*" (32), ce qui l'amène à énoncer de véritables "*normes juridiques*" alors qu'il voulait seulement énoncer des "*propositions de droit*". Sur ce point, Georges Kalinowski fait à Kelsen la même objection que lui faisait déjà Paul Amselek dans **Phénoménologie et théorie du droit** (L.G.D.J., 1964), et, comme ce dernier, il veut être plus rigoureux, plus kelsénien que Kelsen lui-même, en préconisant l'édification d'une science qui se limite strictement à l'étude des normes, qui soit vraiment une "*théorie pure des normes*" - mais alors que pour Paul Amselek cette "*pureté*" doit être conquise par une étude simultanément psychologique, historique et sociologique des normes, pour Georges Kalinowski cette "*pureté*" ne peut être atteinte que par une étude exclusivement logique des normes.

Voilà donc brièvement résumée la conception de Georges Kalinowski telle qu'elle peut être dégagée de **Querelle de la science normative**. Il nous reste à envisager un examen critique de cette conception afin de déterminer si nous pouvons la retenir ou non.

Notons tout d'abord que la distinction des différents niveaux du langage appliquée à l'étude du langage juridique, la distinction du "*langage du droit*" et du "*langage des juristes*" introduite par Georges Kalinowski a fait faire un progrès considérable à la science juridique. Nous savons que cette distinction fut certainement établie pour la première fois par B. Wroblewski en 1948, qu'elle fut soigneusement analysée par son fils, J. Wroblewski, et par K. Opalek en 1969, et qu'elle est également développée par Z. Ziembinski (33). Cette distinction permet en effet, comme le remarque G. Kalinowski, de résoudre "*maintes antinomies*" et d'éliminer nombre de "*confusions*" (34). D'ailleurs, dans le domaine de la "*logique de la théorie*", n'est-ce pas cette même distinction des différents "*niveaux du langage*" qui a permis à Bertrand Russell, en 1902, de répondre au paradoxe de "*l'ensemble de tous les ensembles qui ne se contiennent pas eux-mêmes*" en édifiant sa "*théorie des types ramifiée*" qui permit de faire sortir la pensée mathématique de la crise qu'elle traversait alors. Sur ce point, l'apport de Georges Kalinowski et des logiciens polonais du droit est incontestable.

Cependant, la première critique que nous ferons à l'éminent logicien du droit est de confondre, ou du moins de ne pas distinguer suffisamment, la "*science juridique*" de ces autres sciences que sont l' "*l'histoire du droit*", la "*psychologie du droit*", la "*sociologie du droit*", l' "*ethnologie du droit*". Cette critique, qui est essentielle car elle commande toutes les autres, nous pouvons également la faire à Paul Amssek, dans **Phénoménologie et théorie du droit** (L.G.D.J., 1964) commet exactement la même confusion. Certes, ces différentes disciplines, histoire, psychologie, sociologie, ethnologie du droit - que nous proposons pour plus de commodité de ranger sous la rubrique générale d' "**anthropologie du droit**" - sont des "*sciences juridiques*" au sens large du terme ; elles ont - ou semblent avoir - le même objet que la "*science juridique*" **stricto sensu** : l'étude du droit, l'étude des normes juridiques. C'est pourquoi elles énoncent des "*propositions du droit*" et non pas des "*normes juridiques*". Sur ce point d'ailleurs, Georges Kalinowski a raison, l' "*anthropologie du droit*"

est une science normative au sens où il l'entend, au sens de Kelsen (même si pour Kelsen la "*science juridique*" ou "*théorie pure du droit*" est aux antipodes de l' "*anthropologie juridique*") : elle est une science qui étudie les normes. Mais, là où Georges Kalinowski - et Paul Amselek - se fourvoient selon nous, c'est lorsqu'ils assimilent l' "*anthropologie juridique*" à la "*science juridique*" définie comme science de l'interprétation du droit ou "*dogmatique juridique*". En effet, l' "*anthropologie juridique*" étudie les normes juridiques, le droit, de l'extérieur, comme phénomène historique, social, psychologique ; elle est la science de l'idéologie du droit qu'elle a pour but généralement de dénoncer, en tous cas de révéler, dans la voie tracée par les "*philosophies du soupçon*" dont Paul Ricoeur a si bien dévoilé la mission, qu'il s'agisse du spinozisme, du nietzchéisme, du marxisme ou du freudisme (35) : dans la même perspective, l' "*anthropologie juridique*" est la "*science du soupçon*", son véritable objet n'est pas le phénomène juridique lui-même, mais le phénomène historique, social, psychologique s'emparant du droit. Ainsi, l' "*anthropologie juridique*" est-elle d'abord par essence une science historique, sociologique, psychologique, etc., et elle n'est une science "*juridique*" que par accident. Reprenant la distinction des Scolastiques chère à Georges Kalinowski (mais en la retournant un peu contre l'éminent logicien du droit), on pourrait dire que l'interprétation juridique - ou "*dogmatique juridique*" - est une science "*juridique*" **simpliciter**, tandis que l' "*anthropologie juridique*" est une science "*juridique*" **secundum quid**. En effet, la "*science juridique*" strictement définie est l'étude du langage juridique, l'étude de la forme linguistique dans laquelle se manifeste nécessairement le droit, l'étude de cet univers symbolique dans lequel il se déploie, de ce réseau "*logico-conceptuel*" que constitue le "*discours normatif*" qu'il met en oeuvre. La "*science juridique*" - ou "*dogmatique juridique*" - qui rejoint ainsi ce que nous appelons la "*sémiotique juridique*", envisage le droit en lui-même et pour lui-même puisqu'elle a pour objet l'étude de ces problèmes spécifiquement juridiques que sont les problèmes de l'interprétation du droit, de l'application du droit, ou de la création du droit - problèmes qui ne peuvent vraiment trouver

une réponse satisfaisante que dans le cadre où ils se situent, celui de l'**analyse du langage juridique**. C'est pourquoi, la "*science juridique*", strictement définie comme la science qui étudie le droit "*en lui-même et pour lui-même*", est radicalement opposée à l' "*anthropologie juridique*", qui n'étudiera jamais du droit que ce qui en lui n'est pas juridique.

Reconnaissons toutefois que si, au moins dans **Querelle de la science normative**, Georges Kalinowski assimile la "*science juridique*" à l' "*anthropologie juridique*", l'éminent logicien du droit n'a jamais prétendu que la première - au coeur de laquelle se trouve la "*logique des normes*" - devait s'évanouir dans la seconde. Or, nous savons que cette dernière position est précisément celle que défend Paul Amselek. L'auteur de **Méthodologie phénoménologique et théorie du droit**, voulant se montrer plus rigoureux, plus kelsénien que Kelsen lui-même, préconise en effet l'édification d'une science juridique purement descriptive qui écarte toute référence à l'existence des normes, c'est-à-dire à leur validité ; ces dernières, n'ayant plus leur véritable support intrinsèque - qui est l'organisation "*logico-normative*" du discours juridique - se trouvent ainsi suspendues uniquement à un substrat extrinsèque, celui des conditions "*anthropologiques*" de leur réalisation que seules il conviendrait d'étudier. C'est pourquoi, plus que contre Georges Kalinowski, c'est contre Paul Amselek que nous rejetons comme fondamentalement contraire à notre propre orientation toute "*anthropologie juridique*". Non seulement nous admettons, avec Carlos Cossio, que "*la répulsion du sociologisme de la part des juristes traduit un instinct certain de pureté méthodologique*" (36), mais nous ajoutons que cette attitude est la seule qui nous semble juridiquement correcte et défendable.

A cette confusion de la "*science juridique*" et de l' "*anthropologie juridique*", ou du moins à l'assimilation abusive de l'une à l'autre, est intimement liée une autre erreur que commet, selon nous, Georges Kalinowski : celle de considérer, dans la tradition kelsénienne, la science juridique uniquement comme une science **normative**, c'est-à-dire une science qui étudie les normes, et de lui récuser toute prétention à être une science **normatrice**, c'est-à-dire une science qui

édicte des normes. En suivant les grandes articulations de cette démonstration qui occupe une place centrale dans **Querelle de la science normative**, nous avons vu que l'éminent logicien du droit s'appuie sur la distinction des différents niveaux du langage, sur la distinction de ce "*langage-objet*" qu'est le "*langage du droit*" et de ce "*métalangage*" qu'est le "*langage des juristes*". Cependant, avec le soin et la rigueur qui lui sont habituels, Georges Kalinowski ne manque pas de se faire à lui-même l'objection essentielle : pour être un métalangage, le "*langage des juristes*" n'en énonce pas moins des normes, il n'en a pas moins un caractère normateur. A cette objection, Georges Kalinowski répond que le juriste-théoricien parle en se mettant à la place du juriste-praticien, du législateur ou du juge, mais qu'à la différence du "*langage du droit*" tenu par ces derniers, son langage, le "*langage des juristes*", n'a aucune **force obligatoire**, ne saurait donc énoncer aucune norme juridique, qu'il s'agisse de normes juridiques générales ou de normes juridiques individuelles (37).

Notons que cette réponse pose à son tour le grand problème des rapports du droit et de la sanction, le problème de la coercitivité du droit. Est-il de l'essence du droit d'être sanctionné par la force ? Un droit véritable ne peut-il être qu'un droit sanctionnateur, qu'un droit qui appelle la force ? Georges Kalinowski se range ici implicitement du côté des auteurs qui répondent affirmativement à cette question, tels que Carré de Malberg ou Kelsen, les doyens Roubier, Carbonnier ou Mazeaud. Kelsen, par exemple, définit le droit comme une "*technique de contrainte*"; selon le célèbre juriste autrichien, le droit répond au principe d'**efficacité** : il est de la nature des règles de droit d'être obéies, et elles ne peuvent l'être que si elles sont sanctionnées (38).

Or, sans entrer dans les détails et les dédales de cette querelle - qui, bien qu'étant éminemment juridique, est encore une autre querelle que celle de la science normative - rappelons brièvement la position de certains auteurs qui refusent de voir dans la sanction le critère de la règle de droit. C'est ainsi que le Doyen François Gény note que la sanction est seulement

un moyen extérieur au droit pour le faire respecter. Favre rappelle que "*le droit répugne à la coercition*" (39). Carlos Cossio, dans *Norma, derecho y filosofía* et dans *Ciencia del derecho y sociología jurídica*, dénonce la "*conception autoritaire*" de Kelsen, comme le fait également de son côté Paul Amselik dans *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. Simone Goyard-Fabre qui, dans son *Essai de critique phénoménologique du droit* (Klincksieck, 1972), poursuit la même dénonciation, écrit à juste titre : "*le droit, appelé par nature à frayer avec le fait, conserve une secrète nostalgie de l'idéal*" (40). Mais, c'est le Doyen Marty qui a répondu à ce problème par une formule qui semble être décisive : "*Une règle n'est pas une règle de droit parce qu'elle est sanctionnée, elle est sanctionnée parce qu'elle est une règle de droit*" (41).

Ainsi, on peut rétorquer à Georges Kalinowski que si le "*langage du droit*" n'est pas normateur parce qu'il est sanctionné, mais sanctionné parce qu'il est normateur, il en va exactement de même pour le "*langage des juristes*" : ce n'est pas le fait qu'il ne soit pas sanctionné qui lui enlèverait son caractère normateur, mais le fait qu'il ne soit pas normateur qui lui enlèverait la possibilité d'être sanctionné. Autrement dit, le caractère normateur d'une règle prédomine sur son caractère sanctionnateur ; si une règle est normatrice, toutes ses autres qualités lui sont données de surcroît, et notamment son aptitude à être sanctionnée - il en va ainsi pour le "*langage des juristes*" comme pour le "*langage du droit*". A cet égard, le "*juriste-théoricien*" a peut-être un rôle plus discret mais non moins efficace que le "*juriste-praticien*", car, à la différence du législateur ou du juge, il n'a pas à sa disposition la force publique, ni l'appareil administratif, ni la "*force exécutoire*", et ne peut invoquer que la seule valeur **théorique** - c'est-à-dire **juridique** - de son argumentation. Ainsi, le "*théoricien du droit*", le "*juriste-théoricien*" est-il plus fidèle à la vocation première du droit qui est de toujours avoir la force en horreur.

Et cependant, le "*langage des juristes*" ne manque pas lui-même, bien souvent, d'être sanctionné, mais au lieu de l'être directement par la force publique

administrative, il le sera par le "*langage du droit*" - ce qui confirme bien d'ailleurs sa nature méta-linguistique. C'est ainsi que Paul Amselek rappelle "*qu'il est fréquent que les tribunaux citent dans leur décision tel ou tel usage d'un auteur, de la même façon qu'ils citeraient tel ou tel texte législatif*" (42), et il renvoie à cette remarque de Pescatore : "*il n'est pas rare de voir les décisions judiciaires s'appuyer explicitement dans leurs motifs sur certains ouvrages doctrinaux*" (43). C'est ainsi qu'au début de sa **Théorie générale du droit**, le Doyen Paul Roubier souligne fortement que les **Principes généraux du droit** sont essentiellement de "*formation doctrinale*" et qu'ils pourvoient la pratique juridique de "*quantité de règles importantes*" (44). Or, à la suite d'une étude célèbre de Monsieur René Chapus, on sait que s'il est faux de prétendre que les "*Principes généraux du droit*" aient une **valeur législative, supra-législative ou para-constitutionnelle**, en revanche, constatés par le juge, ils s'imposent à l'Administration par leur **valeur supra-décrétale** (45). Enfin, il ne faut pas oublier que la doctrine est, à côté de la législation et de la jurisprudence des tribunaux, une véritable source du droit. Monsieur le Doyen Jean Carbonnier ne cesse de rappeler l'absolue nécessité de la théorie, et "*il place même, dit Monsieur Paul Amselek, "la théorie civiliste parmi les autorités en droit civil"*" (46).

Tous ces arguments ébranlent donc fortement la position de Monsieur Georges Kalinowski et de Hans Kelsen, selon laquelle la science juridique n'est pas "*normatrice*". Cependant, il est juste de reconnaître que ces arguments, en montrant que la sanction n'est pas le caractère fondamental, essentiel de la règle de droit, et en rappelant que la doctrine juridique est une véritable source du droit, n'apportent pas contre la thèse de Monsieur Georges Kalinowski et de Hans Kelsen des preuves, mais seulement des présomptions - ils ne font que répondre indirectement à la thèse de ces éminents juristes, ils n'abordent pas le problème de face, directement, en montrant que le "*langage des juristes*" peut être authentiquement normateur, c'est-à-dire qu'il peut énoncer véritablement des normes juridiques.

Or, ce dernier point - le caractère normateur

du "*langage des juristes*" - a été parfaitement établi par Zygmunt Ziembinski, et notamment dans un article concis mais fondamental : *Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement* (in A.P.D., tome XIX, 1974, *Le langage du droit*, p. 25-31). Dans ce texte en effet, l'auteur distingue plusieurs types d'énoncés que met en oeuvre le "*langage des juristes*" : les "*propositions descriptives*" concernant le contenu, la force obligatoire et les effets juridiques des normes, les "*énoncés évaluatifs*" concernant les normes juridiques, et enfin les "*normes concernant les normes*" (47).

Ce sont évidemment ces derniers énoncés qui nous intéressent ici. L'auteur peut les comparer aux "*normes de compétence législative*", qui attribuent une compétence législative à un sujet : ce sont des "*normes juridiques qui concernent des normes*", des "*normes de second degré*", des "*métanormes*" (48).

Quels sont, dans le "*langage des juristes*", les énoncés susceptibles de jouer le même rôle que les "*normes de compétence législative*", autrement dit, quels sont les énoncés susceptibles d'être des "*métanormes*" ? Il s'agit de ce que Zygmunt Ziembinski appelle les "*règles d'exégèse des lois*", qui se répartissent en règles d'interprétation juridique, en règles d'inférence et en règles de résolution des conflits de normes (49). Ces règles appartiennent-elles au "*langage des juristes*" ou au "*langage du droit*", sont-elles véritablement des "*métanormes*", ou ne sont-elles, selon l'expression de Georges Kalinowski, que des "*propositions méta-juridiques*" (5 0) ?

A cette question essentielle, Zygmunt Ziembinski répond clairement que ces règles *sont parfois formulées explicitement dans le texte de la loi. Mais d'habitude, ce sont seulement des règles qui sont acceptées par la doctrine juridique (académique ou officielle, surtout la doctrine judiciaire)*". Ces règles ont donc un "*caractère hybride*" : elles appartiennent parfois au "*langage du droit*", mais aussi - et peut-être le plus souvent - au "*langage des juristes*" (51).

C'est ainsi que l'on ne peut contester le caractère normateur, et même "*méta-normateur*", de ces règles de

formation éminemment doctrinale qui permettent de résoudre les conflits de normes, telles que les règles **lex posterior derogat priori** ou **speciala generalibus derogant**. A cet égard, dans leur ouvrage **Locutions latines et adages du droit français contemporain**, Messieurs Henri Roland et Laurent Boyer rappellent que les adages peuvent être considérés comme une "*coutume d'origine savante*" reçue ou révélée par la jurisprudence. Or, les **adages supra leges**, par exemple, jouent un rôle normateur au niveau le plus élevé, soit qu'ils fassent un obstacle à la loi : adages **ad inhibendum** tels que **Fraus omnia corrumpit**, soit qu'ils en limitent ou étendent le champ d'action : adages **ad minuendum** tels que **Poenalia sunt restringenda**, ou **ad augendum** tels que **Tu patere legem quem fecisti** (52). Comme le soulignent Henri Roland et Laurent Boyer, les adages **supra leges** recouvrent "*les principes les plus éminents du droit, il est unanimement admis que leur violation donne ouverture à un pourvoi en cassation*" (53).

Ainsi, contrairement à ce que pense Georges Kalinowski dans **Querelle de la science normative**, le caractère méta-linguistique du "*langage des juristes*" ne l'empêche pas d'énoncer des normes ; bien au contraire, c'est ce caractère méta-linguistique qui lui permet d'énoncer des normes supérieures aux autres, puisqu'il s'agit de "*métanormes*", de normes comparables aux normes "*de compétence législative*", suivant l'expression de Zygmunt Ziembinski, c'est-à-dire comparables aux "*normes constitutionnelles*" - comme le confirme leur parenté avec les "*principes généraux du droit*" ou les "*adages supra leges*". A cet égard, il ne serait pas exagéré de prétendre que le "*langage des juristes*" détient, dans certaines de ses manifestations, un véritable "*pouvoir constituant*". Certes, à la différence de la Constitution qui - parlant le "*langage du droit*" - exprime **toujours** le pouvoir constituant, le "*langage des juristes*" ne l'exprime que **dans certaines limites**, ceux où le "*langage du droit*" rencontre l'échec lorsqu'il se heurte aux problèmes de l'obscurité des textes, des conflits de normes ou des lacunes dans le droit. Mais, à la différence de la Constitution qui procède d'une souveraineté transcendante (autrefois divine, aujourd'hui populaire) le pouvoir constituant de la doctrine est immanent

à l'ordre juridique lui-même. S'il est vrai que les "*métanormes*" d'origine doctrinale sont des principes régulateurs, on pourrait dire que le "*pouvoir constituant*" de la doctrine n'est rien d'autre que l'ordre juridique lui-même accusant réception de sa propre limitation.

Cependant, il est juste de remarquer que ces "*métanormes*", à partir du moment où elles existent, c'est-à-dire où elles ont été énoncées et s'imposent par l'évidence de leurs raisons, appartiennent alors aussi au "*langage du droit*". C'est pourquoi Zygmunt Sieminski a pu souligner à juste titre leur "*caractère hybride*"; elles relèvent à la fois du "*langage des juristes*" et du "*langage du droit*", ces deux "*langages*" dessinant des ensembles sécants à l'intersection desquels se trouvent les "*métanormes*" d'origine doctrinale.

Ainsi, le "*langage des juristes*" contient-il à la fois des "*propositions méta-juridiques*" qui peuvent être des propositions descriptives du "*langage du droit*", et de véritables "*métanormes*" qui sont des propositions prescriptives au niveau le plus élevé. Le "*langage des juristes*" est lui aussi, comme le "*langage du droit*", un **langage mixte**, mi-descriptif, mi-normatif. Reprenant la distinction introduite par Jean-Louis Gardies entre "*système de normes*" et "*système normatif*" (54), on pourrait dire que le "*langage des juristes*" est lui aussi un "*système normatif*", à condition de préciser toutefois qu'il serait plutôt un "*système méta-normatif*".

Or, nous pouvons encore éclairer cette dernière idée à la lumière des recherches linguistiques et logiques de Sörensen (55). Nous savons en effet que ce dernier appelle :

- **niveau 0**, le monde extra-linguistique qui est celui des objets ;
- **niveau 1**, la langue ou système de signes qui renvoient aux objets ;
- **niveau 2**, la métalangue ou système de signes qui renvoie aux signes de niveau 1.

Transposée dans l'univers juridique, cette "*stratification*", qui rejoint en partie la "*théorie égologique*" de Cosio, devient la suivante : on peut alors appeler :

- **niveau 0**, le niveau de la conduite humaine non encore appréhendée par le droit ;
- **niveau 1**, le "*langage du droit*" ou "*système normatif*" (au sens de Gardies) qui renvoie à la conduite humaine ;
- **niveau 2**, le "*langage des juristes*" ou "*méta-langage du droit*" (ou encore "*système méta-normatif*") qui renvoie aux énoncés de niveau 1, c'est-à-dire aux normes juridiques.

Cependant, - et c'est là une particularité du langage juridique - de même que le "*langage des juristes*" s'édifie sur la matière, sur la base du "*langage du droit*", qui sert de **thème** à son élaboration, de même le "*langage du droit*" est constamment instruit et enrichi par le "*langage des juristes*". Dans le langage juridique, "*niveau 1*" et "*niveau 2*" sont en situation d'osmose. Il est parfois difficile de dire où finit le "*langage du droit*" et où commence le "*langage des juristes*", c'est-à-dire où finit le **droit** et où commence la **science du droit**, comme l'a fort bien vu Zygmunt Ziembinski : "*en dépit des apparences, il est parfois difficile de délimiter le droit et la science juridique*" (56).

Dès lors, la réponse au "*problème de la science normative*" est simple. Cette dernière, qui trouve sa plus parfaite expression dans la "*science juridique*", est à la fois une science qui "*étudie les normes*" et une science qui "*édicte des normes*", comme l'ont d'ailleurs clairement établi Petrazychi et Lande.

Ainsi, conformément à l'usage traditionnel du terme, il n'y a pas de science "*normative*" qui ne soit aussi "*normatrice*", en dépit des dénégations de certains positivistes - car, comme le souligne Lalande, les positivistes ont toujours eu peur du normatif, c'est-à-dire du "*normateur*" (57). C'est pourquoi, Kelsen voulant édifier une "*science normative*" qui ne soit pas "*normatrice*", qui soit pure de tout élément "*normateur*", ne pourra tenir ses promesses et élaborera une doctrine des normes juridiques valides, manquant à la fois, comme le dit Paul Amselek, à la "*pureté phénoménologique et descriptive de la science du droit*".

NOTES

- (1) E. Husserl, Recherches logiques, tome premier, Prolégomènes à la logique pure, traduit par H. Elie, P.U.F., 1959, p. 43-45.
- (2) E. Husserl, o. c., p. 44.
- (3) C. Cossio, article cité, p. 153 : "Husserl entend par **science normative** celle qui procure des normes".
- (4) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, L.G.D.J., 1969, p. 24.
- (5) E. Husserl, o. c., p. 41.
- (6) Windelband, Normes et lois naturelles, cité par C. Cossio, article cité, p. 153.
- (7) H. Kelsen, La théorie pure du droit, traduction Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962.
- (8) Les deux principaux ouvrages dans lesquels Carlos Cossio expose la "théorie égologique" sont : Norma, derecho y filosofia et Ciencia del derecho y sociologia juridica.
- (9) C. Cossio, article cité, p. 156.
- (10) G. Kalinowski, o. c., p. 39.
- (11) C. Cossio, article cité, p. 159.
- (12) C. Cossio, article cité, p. 158.
- (13) C. Cossio, article cité, p. 182.
- (14) C. Cossio, article cité, p. 186.
- (15) G. Kalinowski, Le problème de la vérité en morale et en droit, Lyon, Vitte, 1967, p. 126.
- (16) Dans l'introduction à ses Etudes de logique déontique (1953-1969), L.G.D.J., 1972, G. Kalinowski rappelle que c'est l'enseignement de la philosophie du droit, dans les Facultés polonaises de droit, qui, dès l'année universitaire 1948-1949, l'a amené à entreprendre ses recherches sur la logique des normes.

- (17) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, L.G.D.J., 1969 : "Pour ce qui est de la conception de la science normative que Cossio présente comme sienne, elle semble être identique à la conception husserlienne que le théoricien argentin du droit affecte cependant de rejeter. Nous ne voyons entre la science "prôcurant" des normes et la science connaissant au moyen de normes d'autres différences que celle de l'accent mis par le théoricien argentin du droit sur le fait que les normes que contient ou procure la science normative, constituent une connaissance de l'homme, ou plus précisément de son action", p. 150.
- (18) G. Kalinowski, o. c., p. 84. Expressions déjà employées par Paul Amselek dans Méthode phénoménologique et théorie du droit.
- (19) G. Kalinowski, o. c., p. 84-85.
- (20) G. Kalinowski, o. c., p. 83.
- (21) G. Kalinowski, o. c., p. 87 et 90.
- (22) G. Kalinowski, o. c., p. 106.
- (23) G. Kalinowski, o. c., p. 106.
- (24) G. Kalinowski, o. c., p. 107.
- (25) G. Kalinowski, o. c., p. 107.
- (26) G. Kalinowski, o. c., p. 107.
- (27) G. Kalinowski, o. c., p. 108.
- (28) G. Kalinowski, o. c., p. 108.
- (29) G. Kalinowski, o. c., p. 109.
- (30) G. Kalinowski, o. c., p. 111.
- (31) G. Kalinowski, o. c., p. 111.
- (32) G. Kalinowski, o. c., p. 96.
- (33) Z. Ziembinski, Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement, in A.P.D., tome XIX, 1974, p. 25-31.
- (34) G. Kalinowski, Querelle de la science normative, L.G.D.J., 1969, p. 83.
- (35) P. Ricoeur, De l'interprétation. Essai sur Freud, Le Seuil.
- (36) C. Cossio, La norme et l'impératif chez Husserl, in Mélanges en l'honneur du Doyen Paul Roubier, Dalloz, 1961, tome 1, p. 160.

- (37) G. Kalinowski, o. c., p. 108.
- (38) H. Kelsen, La théorie pure du droit, traduction Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 383.
- (39) Cité par S. Goyard-Fabre, Essai de critique phénoménologique du droit, Klincksieck, 1972, p. 256-257.
- (40) S. Goyard-Fabre, o. c., p. 258.
- (41) Cité par A. Brimo, Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état, A. Pedone, 1978.
- (42) P. Amselek, o. c., p. 406.
- (43) Cité par P. Amselek, o. c., p. 406.
- (44) P. Roubier, Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Paris, Sirey, 1946, p. 14.
- (45) R. Chapus, Recueil Dalloz, 1966, Chr., p. 99.
- (46) J. Carbonnier, Droit civil, tome 1, 1960, p. 111, cité par P. Amselek, o. c., p. 406.
- (47) Z. Ziembinski, article cité, p. 29.
- (48) Z. Ziembinski, article cité, p. 28-29.
- (49) Z. Ziembinski, article cité, p. 29-30.
- (50) Expression employée par G. Kalinowski, comme nous l'avons vu ci-dessus, pour désigner les "propositions du droit".
- (51) Z. Ziembinski, article cité, p. 30.
- (52) H. Roland et L. Boyer, Locutions latines et adages du droit français contemporain, tome 2, L'Hermès, Lyon 1978, p. 10.
- (53) H. Roland et L. Boyer, o. c., p. 12-14.
- (54) J.-L. Gardies, Système normatif et système de normes, in A.P.D., tome XIX, Le langage du droit, p. 75-88.
- (55) H.-J. Sørensen, Word-classes in modern English, 1958.
- (56) Z. Ziembinski, article cité, p. 31.
- (57) A. Lalande, La raison et les normes, Hachette, 2ème éd., 1948, p. 144.

ASPECTS SEMIOTIQUES DANS L'ETABLISSEMENT D'UN THESAURUS JURIDIQUE

Par

Ilio CALABRESI
Antonio CAMELLI
Luigi PARENTI

*Istituto per la documentazione giuridica
Consiglio nazionale delle ricerche - Florence*

Pour commencer à parler de la sémiotique juridique en rapport avec les actuelles applications des techniques informatiques dans le secteur du droit, il est nécessaire de remonter à l'Antiquité, quand le droit se ressentait, au moins dans ses premières phases de développement, de particulières habitudes sacrées, magiques et, plus généralement, folkloriques, coutumes qui, aujourd'hui, peuvent nous sembler une cause de confusion et, pour ainsi dire, de **contaminatio** entre des mondes "*culturels*" - dans un sens anthropologique, mais pas exclusivement - essentiellement différents.

De telles caractéristiques sacrées **lato sensu** avaient dans toute la vie sociale d'alors une importance qu'elles n'ont pas dans notre société. En outre, chez les peuples antiques, le respect de la tradition était beaucoup plus fort qu'il ne l'est aujourd'hui.

Si nous prenons en considération le droit romain classique, souche et source de la plupart des droits des états européens continentaux, nous pouvons remarquer comment, dans de nombreuses institutions (1), dont, d'ailleurs, nous avons hérité et le nom et, souvent, la substance, l'expérience juridique originelle se cristallise et reste dans ses manifestations gestuelles et rituelles, c'est-à-dire dans ses "*signes*", même quand ces signes n'avaient plus et ne pouvaient plus avoir leur sens primitif. Une des institutions les plus connues à cet égard et l'une des plus célèbres, pourrait-on dire,

est la **mancipatio per aes et libram** (un des **gesta per aes et libram**). Celle-ci, dans sa fonction d'instrument pour la vente et l'achat d'esclaves ou de terrains, avait, à une époque classique, comme élément formel **ad essentiam** le pesage effectif au moyen d'une balance de l'équivalent en bronze de la "*marchandise*" traitée (2). Elle conserva cette forme, même à une époque postérieure, quand la monnaie existait déjà et avait désormais une valeur fixe (3).

De même, dans l'ancien droit germanique, on peut rappeler parmi les coutumes matrimoniales celle où le mari recevait au moment des noces une épée et un gant ou une chlamyde pour signifier la puissance punitive et tout à la fois protectrice qu'il obtenait sur son épouse (4).

Ce sont là des exemples typiques, et on pourrait en donner bien d'autres sur l'emploi d'objets matériels comme "*signes*" représentatifs d'un contenu juridique.

Comme on le sait, des restes de ces anciennes "*manifestations gestuelles*" existent aussi dans le droit contemporain : il suffit de penser, pour le droit public, aux formules et aux gestes de serment des hautes charges de l'Etat, au geste de se lever et de s'asseoir pour voter ou pour le déroulement d'autres cérémonies solennelles, civiles ou religieuses, à certains gestes de salut obligatoires par exemple dans le système militaire, etc... ; pour le droit pénal militaire, aux modalités d'exécution de la sentence de condamnation à mort (par fusillade au dos ou à la poitrine), à la distinction entre le caractère infamant de la pendaison et le caractère "*respectueux*" de la fusillade, etc... ; pour le droit coutumier, à l'efficacité juridique de certains actes comme, dans la vente du bétail, la poignée de mains et la façon de donner le licou (5).

Toutefois, dans les phases antiques du droit déjà, le geste n'était plus l'unique "*signe*" rituel dans les actes juridiques, mais il était accompagné par la parole qui, à son tour, avait une forme rigide et immuable, et, pour cette raison, seulement avec la prononciation de formules déterminées l'acte assumait sa pleine validité effective ; il suffit de penser à la **stipulatio** romaine et au procès **per formulas**, mais aussi dans

les actes caractérisés par le geste il était nécessaire de prononcer des phrases rendues sacrées par la tradition (6).

Avec l'évolution sociale et juridique qui a caractérisé le passage du droit antique et moyenâgeux au droit contemporain, par l'intermédiaire du droit commun, de la législation statutaire et du droit canonique, le "signe" linguistique l'a peu à peu emporté sur la manifestation gestuelle, qui, par ailleurs, comme nous l'avons dit avant, n'a pas encore totalement disparu.

Même dans le droit contemporain et bien que la liberté des formes soit plus généralisée, il subsiste, en ce qui concerne la parole, une relation, certes atténuée, avec la solennité et le caractère sacré des formules antiques : pensons, par exemple, à la formule initiale des sentences des organes juridictionnels italiens qui dit : "*Au nom du peuple italien*", ou aux formules notariales de tous les pays, à la rigidité des actes administratifs et de leurs formulaires, au caractère péremptoire des formes de procès.

Cette évolution a comporté la multiplication des rapports juridiques et par conséquent, le continuel accroissement de lois, accords, contrats, sentences, recueils de coutumes et, en bref, de toutes les manifestations dans lesquelles s'exprime l'activité juridique. Une autre conséquence de cette évolution a été l'enrichissement constant du lexique et des structures du langage technique, ainsi que l'augmentation des inter-relations entre ce dernier et les autres langages techniques, et peut-être plus particulièrement entre le langage juridique et le langage commun (7).

L'expansion et la prolifération de la législation de l'Etat et des pouvoirs locaux produit un énorme corpus juridique, exprimé parfois dans un langage qui est souvent source d'incertitude sémantique. C'est en effet un lieu commun que de définir l'expression juridique comme vague, ambiguë, souvent complexe. Le langage juridique, de par sa nature, même s'il n'est pas strictement technique ou sectoriel, présente tout un lexique varié (synonymie) et ambigu (polysémie) qui peut créer une grave confusion chez l'utilisateur commun (8).

Par exemple, la **caccia** est souvent définie **attività venatoria**, de même que le **comune** peut être appelé **municipio**. De la même manière, un locataire ne sait pas s'il paie le **canone**, l'**affitto** ou la **locazione**, tout comme le simple citoyen pense qu'il doit payer la **multa** ou la **contravvenzione** et il entend parler, souvent avec une certaine gêne, de **sinistro** même s'il s'agit d'un accident peu grave.

Les mêmes problèmes d'interprétation courante se posent avec la polysémie : quand on parle d'**abbattimento**, on a immédiatement la confusion entre la démolition de ce qui est construit, l'abattage d'un animal et aussi la réduction d'un impôt. De façon analogue, **appalto**, dans de nombreux endroits, signifie aujourd'hui encore le débit de denrées de monopole, mais, comme on le sait, on définit aussi avec ce terme le type particulier de contrat ... *"col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro"* (9).

La multiplicité des normes et l'ambiguïté qui s'en suit font naître l'exigence de banques de données pour rassembler toute la documentation consultable par les scientifiques et les personnes travaillant dans le secteur du droit.

L'Institut pour la Documentation Juridique (IDG) du CNR a organisé et gère des archives électroniques comprenant actuellement des informations sur environ 100.000 articles tirés de plus de 300 revues allant de 1970 à aujourd'hui. On fournit les références bibliographiques et le résumé de chaque article. Le dépouillement des revues et la compilation des documents sont confiés à 13 centres, dont une partie est dirigée par des Instituts universitaires et l'autre directement par l'IDG. Le matériel ainsi obtenu est mémorisé sur ruban magnétique (10).

Toutefois, le but d'un système informatif automatique est celui de fournir, à une demande, toutes les informations pertinentes et rien que celles-ci ; on a donc besoin d'une part de retrouver tout ce qui est important (capacité de rappel) et d'exclure tout

ce qui n'est pas important (capacité de précision). Un système qui n'obtient pas ces résultats est dit, dans le premier cas, silencieux (faible capacité de rappel), et dans le deuxième cas bruyant (faible capacité de précision).

Les Thesaurus sont considérés comme les instruments les plus efficaces pour améliorer la qualité de la sélection des informations tant au niveau du rappel qu'à celui de la précision.

La nécessité de créer un thesaurus comme auxiliaire linguistique dans l'interrogation d'archives documentaires automatiques est due aux exigences pratiques de l'Institut qui, comme nous l'avons dit, se dédie depuis des années à la formation d'une banque de données de doctrine juridique. L'objectif principal du thesaurus juridique est de servir de support pour la banque de données, puisque, aujourd'hui, la production d'un thesaurus (comme organisation structurée de mots-clé) est considérée comme un pas naturel dans le développement des systèmes de documentation automatique. Par documentation nous voulons dire tout le secteur de récolte et de traitement des documents, de façon à ce que, à l'intérieur d'une masse d'informations potentielles, certaines données individuelles fournissent des réponses précises à des questions spécifiques.

Toutefois, notre thesaurus n'est pas considéré comme un thesaurus classique, c'est-à-dire un instrument ayant le double but d'indexer et de retrouver les documents lors de l'interrogation, mais, ayant déjà à notre disposition une base documentaire et un instrument qui nous permet la recherche sur le texte libre du document, ce que nous voulons réaliser, c'est un moyen supplémentaire pour garantir une plus grande précision dans la phase de recherche de l'information.

C'est pour ces motifs qu'il est nécessaire de réunir à un système de recherche automatique un instrument comme le thesaurus qui, étant réalisé à partir des relations entre les termes de la banque de données, devient un support très efficace pour les usagers d'un système de documentation automatique, qu'ils soient

spécialisés ou non, en améliorant la fonction de recherche de l'information.

La traduction complète des décisions prises au niveau de l'analyse linguistique converge vers l'utilisation du système STAIRS/VS - Thesaurus and Linguistic Integrated System (TLS), extension du système de recherche STRAIRS/VS (11).

Dans TLS, le terme "*Thesaurus*" n'indique pas le dictionnaire de la banque de données lié à ses documents, c'est-à-dire l'ensemble de toutes les paroles qui se présentent au moins une fois dans le texte des documents, mais un ensemble de termes reliés entre eux par des pointeurs, les liaisons étant déterminées par les relations définies entre les termes eux-mêmes. Tous les "*thesaurus*" ont en commun le fait que les relations sont définies par un nombre de descripteurs, dénommés "*entrées du thesaurus*" et chaque descripteur peut être en liaison avec un ou plusieurs co-descripteurs. Les relations sont basées principalement sur des considérations sémantiques dépendant de leur application particulière.

Les relations se définissent au moyen de leur nom, de leur identifieur et de leurs propriétés (symétrie, existence du contraire, transitivité, etc...).

Successivement, on écrit dans un format acceptable par les programmes de génération les relations entre les descripteurs et les co-descripteurs ; à partir de cet input et du tableau de définition des relations, les programmes sont en mesure de produire automatiquement toutes les autres relations qui forment la conséquence logique de leurs propriétés.

Un exemple : prenons R1, R2, R3 et R4, soit quatre relations déclarées au TLS avec les propriétés suivantes : R1 symétrique, R4 transitive, R2 et R3 antonymes. Soit a, b, c trois termes du "*thesaurus*". La figure suivante montre des cas de production automatique de neuf relations :

relations en input

a R1 b
a R2 b
(a R4 b) (b R4 c)

relations produites

b R1 a
b R3 a
a R4 c

NOTES

(1) Avec le mot "institution" nous entendons un ensemble des normes qui règlent un phénomène social.

(2) "119. Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio ; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QUIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRE ; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a uqo mancipio accipit quasi pretii loco.

120. Eo modo et seruiles et liberae personae mancipantur ; animalia quoque quae mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini ; item praedia tam urbana quam rustica quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari."

(GAI Institutionum, I, 119-120, dans Fontes iuris Romani antejustiniani, II, Auctores, par G. Baviera, Florence, 1968, p. 31).

(3) Voir Vincenzo Arangio-Ruis, Storia del diritto romano, VIIe éd., Naples, 1972, p. 9, 69, 76, 125 et **passim** ; Emilio Betti, Istituzioni di diritto romano, IIe éd., vol. Ier, Padoue, 1942, p. 118, 223 et **passim** ; vol. IIe, 1ère partie, Padoue, 1962, p. 29, 197 et suiv., **passim** ; Pasquale Voci, Istituzioni di diritto romano, IIIe éd., Milan, 1954, p. 219-221.

(4) Voir Antonio Pertile, Storia del diritto italiano, IIe éd., vol. IIIe, Storia del diritto privato, Turin, 1894, p. 297 et suiv. ; on transcrit la note 67 : "Form. ad Roth. 182 et Form. long. 16 (20). Conf. Grimm p. 167 et 431. Altrove il mundualdo cingeva la spada al fianco, **procinctus**. [Ailleurs le détenteur du **mund** ceignait l'épée au côté de l'époux, **procinctus**]. V. Zöpfl, § 81. 6-9. - Tac. 18. Munera non ad delicias muliebres quaesita, nec quibus nova nupta comatur ; sed boves et frenatum equum, et scutum cum framea gladioque. In haec munera uxor accipitur. Atque invicem ipsa armorum aliquid marito affert. Conf. form. ad Roth. 195 (§ seg. 14). V. anche Sohm. 65".

(5) Voir Istituto per la Documentazione Giuridica du Consiglio Nazionale delle Ricerche, Glossario delle consuetudini dall'Unità d'Italia

rédigé par Salvatore Tondo, vol. I, Florence, 1980, article **cavézza** (et les sources de l'ouvrage lui-même).

(6) Pour la **stipulatio** et le procès **per formulas**, v. V. Arangio-Ruiz, op. cit., p. 70, 139, 163 et 72 et suiv., 122 et suiv., respectivement, et **passim** ; voir aussi la formule de la **mancipatio** rapportée par Gaius (note 1).

(7) Sur ces aspects du langage juridique, v. Piero Fiorelli, Per un vocabolario giuridico italiano, dans Lingua Notra, VIII, 1947, p. 96-108.

(8) Pour une définition de langage juridique, v. David Mellinkoff, The language of the law, chap. IIe, p. 11-23, Boston, 1963. Sur des cas particuliers se référant au droit italien, v. Piero Fiorelli, La lingua giuridica dal De Luca al Buonaparte, dans Teori e pratiche linguistiche nell'Italia del Settecento, Bologne, p. 127-154.

(9) Voir le Codice civile italiano, 1942, art. 1655.

(10) Les archives peuvent être consultées par l'intermédiaire des réseaux de terminaux reliés au Centre électronique de la Cour de Cassation, au Centre électronique de la Chambre des députés et au CNUCE de Pise. L'interrogation se fait au moyen des systèmes d'information retrieval STAIRS - AQUARIUS (CNUCE et Chambre des députés) et ITALGIURE - FIND (Cour de Cassation). Voir B. Inghirami Jannucci, M. Ragona, G. Taddei-Elmi, L'Archivio "Dotrina et Dibattito giuridico" par l'Istituto per la Documentazione giuridica di Firenze, dans les Actes du IIe congrès de la Cour de Cassation sur le sujet : L'informatica giuridica al servizio del paese, Rome, 1978.

(11) Voir Storage and Information Retrieval System / Virtual Storage. Thesaurus and Linguistic Integrated System, IBM, 1976.

QUAND LES HOMMES POLITIQUES
PARLENT DE POLITIQUE :
remarques sur une enquête
à l'aide de l'ordinateur

Par

Antonio A. MARTINO

Gabriele BIANUCCI

I. Les études sur le langage ont caractérisé notre siècle et surtout l'après-guerre. Ce qui était nouveau, ce n'était pas le thème mais bien l'approche et les conséquences.

Dans le domaine de la logique politique, l'analyse du langage a beaucoup influencé la méthodologie et l'outil lexical des politologues (1) mais rarement le langage des hommes politiques a été utilisé par les politologues comme objet d'étude. La bibliographie est donc très réduite.

Sur le thème du langage politique italien, on rencontre des croyances très répandues qui se réfèrent plus ou moins à l'incompréhensibilité du langage politique, à son caractère mystificateur et à son aspect fumeux.

Wittgenstein (2) disait cependant qu'on ne peut séparer le langage de l'action et des contenus pratiques qui correspondent aux mots. Il est donc important et même crucial de considérer le but que l'on veut atteindre quand on parle. A la limite, on pourrait dire que le but est le signifié.

En mettant en évidence l'outil linguistique de l'homme politique, on pense que l'on pourra indiquer de nombreux éléments qui seront utiles pour l'étude de la politique. Grâce à cette idée, on a déterminé une série de critères, d'objectifs et de méthodologies

en vue d'une recherche complexe sur le langage politique. On en donne ici quelques éléments, en s'arrêtant sur les premiers résultats obtenus en matière d'analyse lexicale et à l'aide de l'ordinateur (3).

Cet article se propose de discuter brièvement certains résultats obtenus grâce à cette recherche concernant :

a) la recherche de termes politiques (mots caractéristiques du langage politique, suivant des critères que nous précisons mieux plus loin) ;

b) des considérations sur le degré de déchiffrement des discours des hommes politiques italiens obtenues en appliquant la formule élaborée par l'Américain Flesch (4) et adaptée par la suite à la langue italienne par Roberto Vacca (5) et suivant la comparaison entre le lexique utilisé par les hommes politiques italiens et le vocabulaire de base de la langue italienne faite par De Mauro, Gensini et Passaponti (6).

On a pris le matériel de la recherche ("*corpus*" formé de plus de 130 000 occurrences) des interventions des secrétaires politiques des trois principaux partis politiques italiens (De Mita, Berlinguer et Craxi) pendant les années 1980-1983 (7).

II. On doit faire précéder les résultats de cette recherche de quelques prémisses méthodologiques.

Utilisant une définition rapide, on entendra par langage politique, le langage employé par les hommes politiques (ou par ceux qui exercent leurs fonctions) quand ils font de la politique, c'est-à-dire quand ils exercent leurs fonctions.

Quel est donc le but de l'homme politique quand il parle (de politique) ? Si l'on utilise une simplification aristotélicienne, on peut dire que c'est celui de **convaincre**.

Dans sa caractérisation des types de discours, Morris avait indiqué le discours politique avec quoi on évalue et on prescrit (8), tout en remarquant que c'est aussi un discours qui tend à convaincre.

Son objectif principal fait que l'analyse du langage politique est caractérisé par ce but : le but constitue la clé pour comprendre le sens, pour donner un sens.

Les méthodes ou moyens pour arriver à convaincre peuvent être nombreux, mais ici l'analyse devrait glisser du langage au **moyen** et aux **moyens** de transmission (voix, banderole, images télévisées, couleurs, etc), chose que l'on ne fera pas.

L'usage informationnel du langage joue un rôle accessoire dans le langage politique.

L'homme politique ne doit pas nécessairement changer les "*croyances*" de l'auditoire, même si c'est sa plus grande aspiration, la plupart des fois, il lui suffit de faire changer le comportement pour obtenir le résultat voulu ; par exemple, pour une élection, il n'est pas nécessaire que tous les électeurs qui votent pour le parti X deviennent les partisans de celui-ci mais il est essentiel qu'ils votent pour lui (9).

Persuader et **convaincre** sont des expressions qui, selon le classement d'Austin (10) repris par Searle (11) dénotent des actes perlocutoires. Les actes perlocutoires sont des actes linguistiques qui ne visent pas tant à "*dire*" mais plutôt à "*faire faire*".

A l'effet illocutoire de l'acte linguistique qui fait que celui qui écoute comprend simplement l'énoncé de celui qui parle, se superpose l'effet **perlocutoire** qui vise à obtenir directement quelque chose de ce qui est dit, à savoir le **faire faire**.

D'après le classement aristotélicien des discours, les discours politiques forment les discours délibératifs (les discours ayant trait à l'utile) à côté des deux autres genres : le discours judiciaire et le discours épidiptyque.

Les discours politiques sont donc des discours d'évaluation. Le domaine qui nous intéresse est celui de l'argumentation, du probable, non pas celui du vrai mais du vraisemblable.

Chaque argumentation est développée en fonction d'un **auditoire**, d'un destinataire, puisque "*chaque argumentation vise en effet à l'adhésion des esprits et*

suppose donc l'existence d'un contact intellectuel" (12).

Dans le cas des discours politiques, il est probable que l'orateur s'adresse idéalement à un auditoire universel (qu'il cherche à convaincre) surtout quand il se trouve en réalité en face d'un auditoire hétérogène vis-à-vis duquel adhérer à certaines opinions acceptées par une seule partie de celui-ci signifie refuser les opinions d'une autre partie de l'auditoire.

Mais normalement cet auditoire universel et mythique est une hypostase créée par une certaine doctrine politique de l'Amérique du Nord. En général, l'homme politique sait à qui il s'adresse et de nombreuses fois, son destinataire réel n'est pas nécessairement le destinataire apparent.

A la lumière de ce que l'on a déjà dit, un discours politique pourra être obscur pour un certain **auditoire** (par exemple l'opinion publique) alors qu'en réalité, dans l'intention de l'orateur, celui-ci est destiné à un autre **auditoire** (par exemple les adversaires politiques).

L'accent mis sur celui qui reçoit le message, sur celui qui interprète le signe, de simple remarque, peut se transformer en formule heuristique en mesure d'effectuer une enquête productive sur certains aspects du langage politique. Il peut se révéler utile pour une enquête qui a pour but de fournir certaines réponses pour ce qui est par exemple du déchiffrement d'un discours politique grâce à un classement réalisé non plus sur la base des "*contenus*" mais qui privilégie l'aspect pragmatique de la communication pour tenir compte des caractéristiques formelles des discours mêmes et des réseaux d'expressions utilisés.

Il y a une partie du discours des hommes politiques qui ne parle pas des objets mais du langage même et on peut le définir comme métalangage. Par exemple, "*chaque fois que l'expéditeur et / ou le destinataire doivent vérifier s'ils utilisent le même code*" (13), et l'on pensera quel rôle joue, dans les argumentations politiques, la discussion non pas sur un code mais sur une unité de celui-ci, comme par exemple la signification des mots ou même d'un seul mot.

La communication politique représente un ensemble plus vaste qui le comprend. Le langage est encore l'aspect le plus voyant de la communication politique mais l'examiner signifie se mettre de plus en plus souvent en contact avec des aspects extra-linguistiques de la communication qui ont de l'importance et qui semblent, dans certaines circonstances, éclipser la communication linguistique.

On peut penser par exemple à la "*puissance*" de l'image dans la communication par la télévision où le parlé risque de jouer le rôle de support quand, selon l'optique de Mc Luhan (14), c'est le moyen lui-même qui devient message et le parlé qui fait fonction de contenu discrédité.

En tous cas, la communication linguistique variera en fonction du moyen adopté. La communication politique, le message, seront donc différents selon le moyen, non seulement par rapport aux contenus mais aussi par rapport aux modalités et aux choix lexicaux. Nous, nous ne nous occupons pas du moyen, qui pourrait faire à lui seul l'objet d'une autre recherche, mais seulement du langage (15).

III. Dans leur introduction au **Dictionnaire de Politique** (16), Bobbio, Matteucci et Pasquino affirment que le langage politique est particulièrement ambigu et que cette ambiguïté est due aussi bien à des mutations historiques qu'au fait que les mots employés proviennent souvent du langage commun et "*qu'ils en gardent la fluidité et l'incertitude des limites*" (17).

Les mots qui ont pris une signification technique, univoque et qui, théoriquement, ont perdu leur ambiguïté, sont, pour ces auteurs, souvent rendus à nouveau ambigus par la pratique quotidienne du langage de la lutte politique ; cela revient à dire que certains résultats positifs auxquels les sciences politiques auraient abouti en rendant le langage politique plus rigoureux sont par la suite rendus inutiles par les hommes politiques, qui ont besoin plutôt de termes flexibles, qui peuvent être modelés, "*qu'on peut rendre ambigu*", pour l'exercice de la politique de tous les jours et des stratégies respectives.

Nous pouvons donc distinguer non pas une mais plusieurs ambiguïtés. La première est due au caractère flou des termes du langage commun qui abondent dans le langage des hommes politiques. La seconde est en quelque sorte voulue, déterminée par les hommes politiques eux-mêmes quand l'imprécision objective du langage se transforme en choix subjectif, en un instrument qui se trouve dans les mains de ceux qui argumentent pour persuader. Une troisième enfin est due à l'utilisation peu technique du langage politique faite par les journalistes.

Le langage politique est composé essentiellement d'éléments du langage commun. Outre une sectorialité qui lui est propre et qu'il faudra mieux définir, il comprend beaucoup d'éléments d'autres langages sectoriels et spéciaux (18) dont les codes se croisent souvent avec celui du langage commun. Parmi les différentes sectorialités de l'italien contemporain déterminées par Beccaria (19), on peut mentionner les langages du sport, des sciences et des techniques, de l'économie, de la médecine qui fournissent chaque jour le sujet des argumentations des hommes politiques qui semblent presque suppléer à un manque relatif de terminologie en empruntant justement des mots et des locutions à d'autres terminologies.

C'est ainsi que l'opinion d'un homme politique sur la situation de son pays par exemple se transforme en **diagnostic**, en s'enrichissant de toute la valeur positive de cette terminologie et fournissant à l'opinion publique une nouvelle connotation de "*caractère scientifique*" en mesure de faire progresser son degré de persuasion.

Le langage militaire se rapproche de la métaphore de la lutte politique (par exemple, on parle d'affrontement direct ou même d'état de siège) tandis qu'on obéit encore au désir d'être "*scientifique*" dans le choix de termes physico-mathématiques, par exemple **polarisation** (de l'électorat), **spirale** (de la violence).

Dans notre pays, la sectorialité propre au langage politique (c'est-à-dire celle qui ne se sert pas de termes techniques d'autres sectorialités) est faite de mots et de locutions qui ont un contexte historique précis

et qui quelquefois peuvent passer de mode en l'espace de quelques années d'actualité politique (un exemple peut être "*les convergences parallèles*" de Moro).

Si nous élargissons cette perspective d'un point de vue spatial, nous nous apercevons que certains termes politiques ont un cadre institutionnel, c'est-à-dire qu'on ne peut les trouver que dans un certain cadre institutionnel. C'est le cas en italien du terme "*alternanza*" (alternance) en opposition à "*alternativa*" (alternative) - on en parlera plus longuement plus loin - inconnu de la réalité politico-institutionnelle d'autres pays, et même tellement inconnu qu'il pose même des problèmes de traduction en anglais et en français.

C'est une caractéristique que le langage politique partage avec le langage juridique et qui est encore plus évidente si l'on prend en considération les études pour la création de thesaurus techniques multilingues (20).

La référence au contexte nous semble être d'une très grande importance. Quand l'homme politique s'adresse par exemple aux camarades de son parti ou à des "*responsables de travaux*", il a recours plus souvent que dans d'autres contextes à des termes techniques et à des locutions ou à des éléments du jargon. Cela est caractéristique de ceux qui ne veulent pas tant exclure les autres de la communication mais surtout (et en particulier le cas du premier contexte) renforcer la solidarité et l'unité à l'intérieur d'un groupe, que ce soit un parti ou une fraction de celui-ci.

IV. Si le langage politique est un langage commun et technique, il faut savoir comment déterminer les termes politiques techniques.

On peut dire qu'un terme est technique et politique si :

- a) il a reçu une définition constructive dans une théorie politique précise ou s'il est un primitif de celle-ci ;
- b) il permet l'application de lois et de relations parti-

culières en théorie politique ;

c) pour qu'il ait un sens, il faut imaginer des théories politiques exprimées en termes qui admettent tout au plus une réductibilité à des termes politiques réductibles ;

d) grâce à leur définition ils sont reliés à d'autres termes politiques techniques (21).

Dictature est un **terme politique technique** car il appartient à la théorie politique et qu'il est premièrement politique. Par contre un terme comme **alternative** ne peut pas, quoique très fréquent dans le langage de nos hommes politiques, être toujours considéré comme un **terme politique technique** dans la mesure où c'est un terme qui a été employé dans le langage commun bien avant la redéfinition politique, c'est-à-dire que c'est le contexte qui nous indiquera si c'est oui ou non un **terme politique technique**.

Des termes comme **droite** et **gauche** ne peuvent pas être considérés comme des termes politiques techniques même si leur signification, dans un contexte donné, les présente comme sans équivoques.

C'est le contexte qui nous fait comprendre si celui qui parle veut indiquer un groupe de partis politiques ou la direction géographique.

Quand c'est un homme politique qui parle, le risque d'ambiguïté pour un terme comme **droite** et **gauche** est très faible. En face d'un terme comme **alternative**, le risque est plus grand, car certaines fois, il est employé dans sa signification politique technique et certaines autres avec une signification qui se rapproche beaucoup de celle du langage commun, c'est-à-dire celle d'alternance. C'est le syntagme qui résout l'ambiguïté. Par exemple, **alternative démocratique** est sans aucun doute un terme politique technique.

On peut maintenant essayer d'opérer une subdivision du langage politique en trois groupes de mots ou formes linguistiques :

a) **termes politiques techniques**, c'est-à-dire des termes qui ont eu une définition constitutive dans une théorie

politique précise ou qui sont des primitifs de celle-ci. Par exemple : **démocratie**.

b) **termes du langage commun utilisés avec un sens politique**, c'est-à-dire des termes qui tout en ayant une définition propre au langage commun ont eu une redéfinition politique constitutive. Par exemple : **alternative**.

c) **termes du langage commun**, ou des termes techniques d'autres langages.

Malgré ces définitions, on connaît de grosses difficultés en face de termes particuliers, mais cela est commun à n'importe quelle définition, qui aura toujours une zone d'appartenance évidente, une zone de nette exclusion et une zone de pénombre qui peut être réduite mais pas éliminée. On peut faire disparaître l'ambiguïté mais pas l'incertitude.

L'effort pour désincorporer les termes politiques techniques tend surtout à éviter la tentation de considérer n'importe quel terme pour la seule raison qu'il apparaît dans un contexte politique, politique technique.

V. Dans le domaine de la rhétorique, on peut définir l'auditoire comme *"l'ensemble de ceux sur qui l'orateur veut avoir de l'influence grâce à son argumentation"* (22). Quand l'orateur parle, il imagine, il *"construit"* un auditoire imaginaire et il développe son argumentation justement en fonction de cet auditoire. Il en résulte qu'une construction appropriée d'un auditoire est indispensable pour persuader et une connaissance mauvaise ou imprécise de l'auditoire peut porter aux conséquences opposées à celles que l'orateur souhaite.

Si l'on se réfère à la distinction entre démonstration et argumentation et même à leur opposition, on se rend compte que sur cette dernière et non pas sur la démonstration interviennent des facteurs psychiques et sociaux qu'il est impossible de négliger. L'homme politique qui argumente doit avant tout réaliser une série de conditions préalables capables de préparer le succès de son discours, il doit établir ce que Perelman et Olbrechts-Tyteca définissent *"le contrat intellectuel"* (23), c'est-à-dire susciter cet intérêt chez

ceux qui écoutent et sans lequel le but qu'on se fixe, c'est-à-dire la persuasion, ne peut être atteint.

L'adaptation de l'orateur à son auditoire advient à plusieurs niveaux et nous pensons que le choix du langage ne fait pas exception. Nous aurons donc plusieurs expressions et termes du langage commun qui seront facilement compréhensibles, par exemple au cours d'un appel télévisé aux électeurs.

La persuasion est directement liée à une action : comme on l'a déjà dit, le discours politique vise à "*faire faire*", il utilise des modalités linguistiques perlocutoires. Outre cette caractéristique, sans doute en sous-ordre mais avec une importance considérable, il en existe une autre : la communication orientée vers l'**identité**.

Pour "*faire faire*", l'homme politique doit préciser qui il est et qui sont ceux à qui il s'adresse. La distinction entre la communication orientée vers l'action et la communication orientée vers l'identité (24) est telle que dans toute communication, nous trouvons des éléments d'un type et des éléments de l'autre.

Dans les recherches sur le langage politique, on peut par exemple privilégier le "*contenu*" du discours dans son rapport avec l'idéologie donnant lieu à une classification qui permet de mettre en évidence les différences de partis et entre les partis.

Notre recherche au contraire concerne le langage des hommes politiques et prend en considération les différentes situations pragmatiques, le type de relations qui existent entre l'orateur et l'auditeur lui-même. Nous avons fait référence au **contexte**, c'est-à-dire à la "*situation de l'interaction linguistique*" (25), qui est formée d'une série de plusieurs facteurs.

La classification des discours politiques faites en fonction du **contexte**, que nous allons exposer par la suite, n'a pas un caractère exhaustif ; elle ne prétend pas englober tous les discours politiques, mais elle veut seulement être une modeste exploration dans le cadre d'un langage sectoriel.

En ce qui concerne le problème du "*moyen*" à travers lequel dans les différents contextes advient la

communication politique, nous avons dû obligatoirement uniformiser les données à examiner car le moyen n'est pas notre sujet de recherche. Nous avons réduit tous les discours à des textes écrits, et nous avons dû par la force des choses négliger des éléments comme les pauses, les tonalités expressives de l'orateur, pour nous limiter à l'analyse du lexique et de la syntaxe utilisés.

On s'est demandé quand et où les hommes politiques parlent de politique.

Dans ces contextes, non seulement les hommes politiques "*parlent*" de politique mais, comme on l'a déjà dit, "*ils font de la politique*", car on fait même fondamentalement de la politique avec les mots.

On a donc pu déterminer cinq contextes essentiels :

- a) le Parlement
- b) les interviewes à la presse
- c) les congrès de parti ; les comités centraux et les conseils nationaux
- d) les réunions
- e) les interventions à la télévision.

VI. La compréhensibilité d'un discours dépend de nombreux facteurs. Parmi eux, le degré de fréquence et de disponibilité des mots utilisés, la complexité de la structure syntaxique des phrases, l'aspect typographique, etc...

Le chercheur américain Rudolf Flesch a élaboré une formule pour calculer le "*coefficient de déchiffrement*" d'un texte écrit.

Flesch a fondé sa formule sur l'affirmation que la lecture d'un texte est d'autant plus difficile que les mots et les phrases du discours sont longs.

Cette affirmation n'a pas été démontrée, mais appliquée à la langue anglaise (26) ; elle a donné des résultats très valables au cours de différentes expériences pratiques aux Etats-Unis.

Le coefficient de déchiffrement de Flesch s'insère

dans toute une série d'enquêtes faites aux Etats-Unis entre 1930 et 1950 (et poursuivies jusqu'à aujourd'hui) qui visent à déterminer et à proposer un langage d'une compréhensibilité facile qui puisse être l'instrument d'une vaste communication.

En Italie, cette formule a été diffusée par Roberto Vacca, qui l'a modifiée afin de l'adapter à la langue italienne.

En effet la langue italienne contient des mots et des phrases qui sont plus longs que l'anglais.

Même les applications de la formule de Flesch relatives à notre langue donnent de bons résultats (27).

La formule applicable aux textes italiens est la suivante :

Coefficient de déchiffrement = $206 - p - 0,6 s$

à savoir :

p = nombre moyen des mots par phrase du texte examiné.

s = nombre moyen des syllabes tous les 100 mots du texte examiné.

206 et 0,6 = paramètres fixes (relatifs à la langue italienne).

En théorie, le coefficient peut prendre des valeurs qui varient de 206 (inexistence de mots et de phrases) à - n (longueur indéfinie de mots et de phrases).

Dans la pratique, le coefficient est construit pour varier de 0 à 100.

Plus la valeur du coefficient est élevée, plus le texte est déchiffirable.

La formule prévoit le mesurage des phrases et des syllabes des mots. L'exécution est simple mais longue, pénible et sujette à de nombreuses erreurs si elle n'est pas effectuée à l'aide de l'ordinateur. Grâce à ce dernier, nous avons pu surmonter des imprécisions dues à un calcul "manuellement" possible sur des échantillons réduits, comme Vacca l'avait déjà fait (28).

Une application de la formule de Flesch à l'aide

de l'ordinateur a été effectuée à l'Institut pour la Documentation Juridique du C.N.R. de Florence.

Il s'agissait de calculer les indices de compréhensibilité d'un fichier de résumés (abstracts) de quelque 110 000 articles juridiques.

A l'I.D.G. a été élaboré un programme d'instructions qui devaient être fournies à l'ordinateur pour le calcul des coefficients de déchiffrement selon Flesch. Ce travail a donné des résultats très intéressants (29).

Notre recherche a utilisé le programme d'instructions pour l'ordinateur élaboré à l'I.D.G.

Les adaptations au programme nécessaires pour appliquer la formule à nos textes politiques sont le fruit des collaborations de Carlo Biagioli, de l'Institut de Documentation Juridique, et de Eugenio Picchi, de l'Institut de Linguistique Computationnelle (30).

Nous avons regroupé les textes des hommes politiques enregistrés sur bande magnétique par "*contexte*", selon la subdivision déjà mentionnée, et nous avons introduit deux nouveaux sous-ensembles séparant les textes des comités centraux/conseils nationaux et des congrès de parti, ceux des conférences de presse télévisées et des appels télévisés aux électeurs.

Nous avons déterminé sept sous-ensembles ou contextes :

- a) le Parlement
- b) les interviewes à la presse
- c) les réunions
- d) les congrès de parti
- e) les comités centraux et les conseils nationaux
- f) les conférences de presse télévisées
- g) les appels télévisés aux électeurs.

L'hypothèse initiale, c'est-à-dire qu'en changeant l'*auditoire* (ici le contexte) change le "*langage politique*" dans notre cas d'analyse de la compréhensibilité signifie que, en changeant de contexte, on doit changer le degré de compréhensibilité des discours.

Les résultats du tableau A et du tableau I indiquent que l'hypothèse s'est vérifiée malgré toute la considération que l'on doit avoir pour ce qui est de

la crédibilité des démarches et des critères méthodologiques utilisés.

Se dessinent (voir tableau A) deux groupes de contextes :

a) les **interviewes à la presse**, les **conférences de presse télévisées**, les **appels télévisés aux électeurs** avec un coefficient de déchiffrement particulièrement bon, compris entre 50,64 et 57,39 (rappelons qu'en moyenne le coefficient varie de 0 à 100).

b) les **congrès**, le **Parlement**, les **com. cent./cons. n.**, les **réunions** avec un coefficient de déchiffrement plutôt bas, compris entre 35,63 et 39,60.

Nous avons ensuite calculé le coefficient à part en fonction de chaque orateur.

Chacun d'eux a des indices de déchiffrement différents en fonction du contexte, et pour chacun des trois leaders est confirmée la division des deux groupes de contextes, déjà mentionnée. Par contre, il n'y a pas de grosses différences entre les coefficients des trois leaders enregistrés dans le même contexte. On trouve le plus grand écart dans les **appels télévisés aux électeurs** (9,71) compris entre 56,57 pour De Mita et 48,86 pour Craxi.

TABLEAU A
Coefficients de déchiffrement selon Flesch

	De Mita	Berlinguer	Craxi	Moyenne
Int.presse	60,90	56,11	54,27	57,39
Conf.presse télév.	51,37	50,77	53,13	51,77
Appel télév.	56,57	48,48	46,86	50,64
Congrès	43,92	39,38	35,50	39,60
Parlement	33,60	37,92	39,57	37,10
c.c./c.n.	39,52	37,20	34,51	37,07
réunion	32,29	34,70	39,91	35,63
Moyenne	45,45	43,50	43,42	

Les trois leaders politiques présentent dans l'ensemble un indice moyen presque identique (45,45 pour De Mita, 43,50 pour Berlinguer et 43,42 pour Craxi).

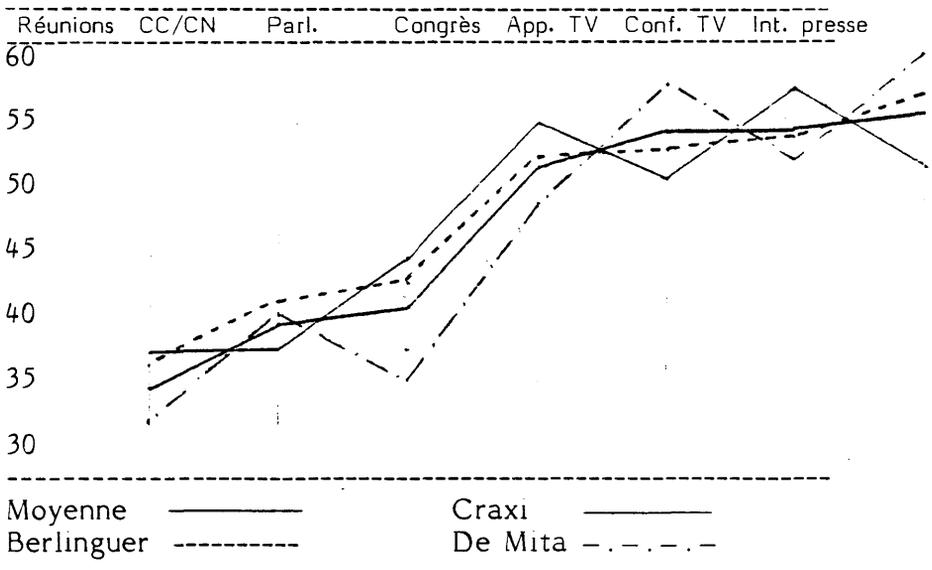
Le graphique du tableau n° 1 met en évidence les deux résultats les plus probants obtenus par les calculs de déchiffrement selon Flesch :

- 1) les indices de déchiffrement varient beaucoup en fonction du "contexte".
- 2) les indices de déchiffrement varient très peu en fonction de l'orateur.

Si l'on compare les coefficients des hommes politiques dans les différents contextes (voir tableau n° 1), on peut remarquer que De Mita est celui qui a les indices les plus différents d'entre eux.

En effet, ses coefficients ont une amplitude de 28,61 points (entre 60,90 pour les interviews à la presse et 32,39 pour les réunions) contre 21,41 pour Berlinguer et 19,76 pour Craxi.

TABLEAU N° 1
Coefficients de déchiffrement
des hommes politiques dans les contextes



Les coefficients calculés par homme politique dans les contextes considérés sont dans l'absolu dans la langue italienne bons, c'est-à-dire des indices qui ont une bonne compréhensibilité (31).

Cela diverge avec les accusations d'incompréhensibilité adressées aux hommes politiques mais aussi avec les résultats obtenus par Roberto Vacca sur des échantillons de 2 ou 300 mots de textes d'hommes politiques italiens (32).

VII. Pour évaluer le déchiffrement des textes politiques, nous avons ensuite suivi un autre critère fondé sur le degré de fréquence et sur la disponibilité des différents mots utilisés.

De Mauro, Gensini et Passaponti ont proposé (33) *"une liste de mots qui forment le vocabulaire de base de l'italien"* (34).

Les mots de ce vocabulaire sont au nombre de 6690 et renferment 2000 mots qui sont le plus utilisés (vocabulaire fondamental), 2937 mots d'un usage différent dont la compréhensibilité a été vérifiée sur des échantillons d'adolescents et d'adultes qui à l'école se sont arrêtés à la quatrième, et 1753 mots qui *"ont une plus grande disponibilité"*.

Pour ces derniers, De Mauro affirme qu' *"il s'agit des mots qu'il peut nous arriver de ne pas dire et encore moins de ne jamais écrire ou presque jamais, mais liés à des objets, des faits, des expériences bien connues de toutes les personnes adultes de la vie quotidienne"* (35).

Nous avons effectué une comparaison entre les textes politiques et *"le vocabulaire de base"*.

Cette comparaison a mis en évidence que de nombreux mots utilisés par les hommes politiques sont compris dans *"le vocabulaire de base"*, c'est-à-dire qu'ils sont dans l'ensemble compréhensibles par tous les Italiens qui ont fréquenté l'école obligatoire.

Elle a montré au contraire que de nombreux mots ne sont pas compris dans le vocabulaire et qu'ils sont donc *"d'une compréhension difficile"*.

L'ordinateur nous a en effet fourni la liste de toutes les formes linguistiques classées par ordre alphabétique avec leur fréquence respective ; nous avons dû surtout homogénéiser les données que l'ordinateur devait comparer.

D'un côté, nous avons le "*vocabulaire De Mauro*", classé par lemmes, de l'autre, le lexique des hommes politiques, classé par formes. L'homogénéisation s'est faite en transformant les lemmes du "*vocabulaire De Mauro*" dans les formes respectives, ou en répertoriant les lemmes (36).

Nous avons mesuré les pourcentages des formes et des occurrences des textes politiques présents dans le "*vocabulaire De Mauro*". Les résultats (exposés dans les tableaux B et C) confirment qu'il n'y a pas de différences importantes de compréhensibilité entre un orateur et l'autre (en moyenne sur 100 mots, 76,5 sont *compréhensibles*").

TABLEAU B

Pourcentages des mots employés par les hommes politiques et insérés dans le "*vocabulaire de base de la langue italienne*" (2^o phase-recherche "*automatique*").

Contexte	%
Appels TV	81,6
Conf. presse TV	78,3
C.C./C.N.	76,9
Int. presse	76,7
Réunions	76,5
Parlement	76,3
Congrès	76,1

TABLEAU C

Pourcentages des mots employés par les hommes politiques et insérés dans le "*vocabulaire de base de la langue italienne*" (2^o phase-recherche "*automatique*").

Homme politique	%
Berlinguer	77,1
Craxi	76,5
De Mita	76,1

Par contre, il y a des différences entre les contextes.

Quand ils parlent à la télévision, nos hommes politiques emploient un lexique qui est surtout à la portée du grand public. Dans les autres contextes, le pourcentage d'emploi du "*vocabulaire De Mauro*" est plus bas, mais on n'enregistre pas de différences importantes entre les deux contextes comme cela s'était vérifié pour le calcul des indices de Flesch.

Quand les hommes politiques parlent à la télévision, ils ont un bon niveau de compréhensibilité selon Flesch, et cette bonne compréhensibilité est confirmée par le fait que dans ces contextes, on utilise un lexique qui est facilement compréhensible pour un public plus vaste.

En général, nous avons vu que les pourcentages d'emploi du "*vocabulaire De Mauro*" sont plutôt élevés (en moyenne 75-76 mots sur 100 malgré toutes les réserves déjà mentionnées).

Ces pourcentages semblent très élevés pour un langage technique et technifié.

Les résultats obtenus invitent à élargir l'enquête à d'autres langages technifiés (par exemple le langage journalistique) ou techniques, pour effectuer des comparaisons utiles. Il n'est pas exclu que la poursuite de cette recherche puisse s'orienter dans ce sens.

VIII. Nous avons supposé que les termes politiques techniques caractérisent le lexique des hommes politiques et que c'est parmi ces termes que l'on peut chercher une différence "*culturelle*", "*philosophique*", ou si l'on veut entre les hommes politiques qui appartiennent à des zones différentes (et peut-être même entre des hommes politiques qui appartiennent à la même zone).

Il est temps maintenant de le vérifier avec les données que nous possédons.

Nous avons donc, en partant de la liste par ordre alphabétique, des formes linguistiques recherchées dans les données passées à l'ordinateur, dressé une liste de termes politiques techniques, en excluant ceux que l'on rencontre une seule fois (fréquence 1).

Cette liste, composée de 156 formes linguistiques (cf. tableau D) doit être brièvement commentée.

TABLEAU D

Termes politiques techniques divisés par homme politique (à l'exception des termes qui ont une fréquence 1).

FORME	Berlinguer	Craxi	De Mita	F
ABDIQUER	2	0	0	2
ALTERNANCE	2	3	10	15
ANARCHISTES	2	0	0	2
ANTI-COMMUNISME	0	0	2	2
ANTI-DEMOCRATES	2	0	0	2
ANTI-TERRORISTE	0	2	0	2
DE L'ASSEMBLEE	0	2	1	3
AUTO-DETERMINATION	1	1	0	2
BI-CAMERAL	1	2	0	3
BIPOLARISME	1	1	3	5

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
CANDIDAT	2	1	1	4
CANDIDATURE	3	1	2	6
CAPITALISME	8	1	2	11
CAPITALISTES (sub.mas.)	3	0	0	3
CAPITALISTE (adj.fém.)	4	0	0	4
CAPITALISTES (adj.fém.)	3	0	0	3
CAPITALISTES (adj.masc.)	8	0	0	8
CAPITALISTE (adj.masc.)	8	0	0	8
CENTRE GAUCHE	7	1	4	12
HABITANTS DE LA VILLE	0	0	3	3
CIToyENS	21	12	10	43
CIToyEN	2	2	2	6
CIVIQUE	0	0	1	1
REUNIONS	0	0	2	2
COMMUNISME	3	4	0	7
COMMUNISTE (masc.)	61	13	28	102
COMMUNISTES (fém.)	2	1	0	3
COMMUNISTES (masc.)	77	12	4	93
CONSERVATEUR	5	2	0	7
CONSERVATEURS	2	9	2	13
CONSERVATISME	2	0	0	2
CONSERVATRICE	2	5	1	8
CONSERVATRICES	4	0	1	5
CORPORATIVES	3	0	4	7
CORPORATIFS	0	1	1	2
CORPORATIVISMES	3	4	0	7
CORPORATIVISME	2	0	0	2
CONSTITUTIONNEL	6	13	3	22

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
CONSTITUTIONNELS	1	2	0	3
CONSTITUTION	9	8	51	22
DEMAGOGIE	1	1	0	2
DEMAGOGIQUE (masc.)	0	1	1	2
DEMAGOGIQUES (fém.)	0	3	0	3
DEMOCRATIQUE (fém.)	65	33	32	130
DEMOCRATIQUES (fém.)	27	15	7	49
DEMOCRATIQUES (masc.)	4	6	13	23
DEMOCRATIQUE (masc.)	25	19	28	72
DEMOCRATIE	32	39	65	136
DEMOCRATIES	0	4	0	4
DEMOCRATE-CHRETIENNE	4	2	3	9
DEMOCRATES-CHRETIENNES	2	0	2	4
DEMOCRATES-CHRETIENS	4	1	6	11
DEMOCRATE-CHRETIEN	10	2	9	21
DEPUTE	1	0	1	2
DICTATURE	2	3	0	5
DOMINANT	0	3	3	6
HEGEMONIE	0	3	0	3
ELUS	2	1	0	3
ELU	0	1	1	2
ELECTORAL	11	14	17	42
ELECTORAUX	4	12	6	22
ELECTORAT	0	3	1	4
ELECTEURS	3	19	3	25
ELECTRICES	2	1	1	4
ELECTION	3	0	3	6
ELECTIONS	18	15	10	43

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
FASCISME	2	1	0	3
FASCISTE	2	2	0	4
FEDERAUX	3	0	0	3
GOUVERNABILITE	15	17	5	37
GOUVERNANTS	2	1	0	3
GOUVERNER	7	1	9	17
GOUVERNEE	2	1	0	3
GOUVERNEMENTALE	9	5	1	15
GOUVERNEMENTAUX	8	0	0	8
GOUVERNE	3	1	1	5
GOUVERNEMENTS	33	12	8	53
GOUVERNEMENT	183	125	103	411
IMPERIALISME	3	0	0	3
IMPERIALISTES (fém.)	0	2	0	2
INGOUVERNABLES	0	0	2	2
INTEGRALISME	1	1	0	2
INTEGRALISTE	1	1	0	2
TRAVAILLISTES	0	3	0	3
LEADERSHIP	0	3	0	3
LEGITIME (fém.)	3	3	2	8
LEGITIMITE	1	3	0	4
LEGITIME (masc.)	2	0	3	5
LIBERAL	0	0	3	3
LIBERAL	4	2	3	9
LIBERAUX	1	3	4	8
MARXISME	2	0	1	3
MARXISTE	2	0	3	5
MAXIMALISME	0	0	2	2

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
MINISTERES	2	0	1	3
MINISTERE	4	0	4	8
MINISTRES	9	3	1	13
MINISTRE	4	6	3	13
PARLEMENTAIRE	8	13	12	33
PARLEMENTAIRES	15	5	4	24
PARLEMENT	24	18	12	54
PARTIS	150	33	90	273
PARTI	283	87	132	502
PENTAPARTITE	2	0	0	2
POLITIQUE (fém.)	188	117	138	443
POLITIQUES (fém.)	45	54	49	148
POLITIQUES (masc.)	33	22	18	73
POLITIQUE (masc.)	44	38	49	131
POLITICO-IDEOLOGIQUES	2	0	0	2
POLITOLOGUES	0	1	1	2
POST-COMMUNISTES	3	0	0	3
POUVOIR	59	20	68	147
POUVOIRS	11	15	3	29
PRESIDENT	31	25	16	72
PRESIDENCE	9	4	0	13
PRESIDENTIEL	1	1	0	2
INDIFFERENCE	0	1	2	3
REACTIONNAIRE (fém.)	2	0	2	4
REACTIONNAIRES (fém.)	3	1	0	4
REACTIONNAIRE (masc.)	3	0	0	3
REFERENDAIRES	0	2	0	2
REFERENDUM	6	0	0	6
REPUBLIQUE	15	12	5	32

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
REPUBLICAINE	1	7	1	9
REPUBLICAINS	1	3	5	9
REPUBLICAIN	6	1	2	9
REFORMISME	6	1	2	9
REFORMISTE (masc.)	4	4	1	9
REFORMISTES (fém.)	0	0	2	2
REFORMISTES (masc.)	0	4	1	5
REVOLUTIONNAIRES (masc.)	2	3	0	5
REVOLUTIONNAIRE (fém.)	4	1	0	5
REVOLUTIONNAIRES (fém.)	3	1	0	4
REVOLUTIONNAIRE (masc.)	6	2	0	8
REVOLUTION	7	3	2	12
SENAT	1	2	0	3
SENATEUR	2	0	5	7
MAIRE	5	0	4	9
SOCIO-DEMOCRATES (fém.)	4	0	0	4
SOCIO-DEMOCRATES (masc.)	8	4	4	16
SOCIO-DEMOCRATE	5	0	1	6
SOCIO-DEMOCRATIES	4	0	0	4
SOCIALISME	42	16	9	67
SOCIALISTE (masc.)	50	60	28	138
SOCIALISTES (fém.)	4	2	0	6
SOCIALISTES (masc.)	37	54	7	98
SOUVERAINETE	2	2	1	5
ETAT	64	47	22	133
TERRORISME	16	22	4	42
TERRORISTE (subs.masc.)	0	2	0	2

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
TERRORISTES (masc.)	10	6	0	16
TERRORISTES (fém.)	3	1	1	5
TERRORISTE (adj.masc.)	2	5	0	7
VOIX	7	0	2	9
VOTE	21	15	2	38

En effet, on trouve par exemple des termes comme **alternance** exclus du Dictionnaire de Politique de Bobbio, Matteucci et Pasquino. Pour le terme **alternance**, il s'agit d'un néologisme, lié uniquement à la réalité politique italienne qui connaît une structure extrême multi-partite qui se fonde sur le centre, inconnu de la réalité politique d'autres pays et qu'il est même impossible de traduire dans une langue étrangère.

On ne trouve pas par contre de termes techniques propres à des univers linguistiques contigus à l'univers politique. C'est le cas du terme sociologique technique **classe** qui figure pourtant dans le Dictionnaire mentionnée, malgré son haut degré d'ambiguïté.

Ce n'est pas sans incertitudes que nous avons inséré au contraire le lemme **capitalisme** dans toutes ses formes, car c'est un terme qui est partagé par le langage politique technique, par le langage économique et par le langage sociologique.

Nous avons inclus des termes techniques politiques et administratifs, comme **citoyen** ou **maire**.

Nous avons inclus le terme **terrorisme** dans la mesure où, même s'il est contigu au langage militaire, il a besoin d'une théorie de l'Etat pour être défini.

Nous n'avons pas inclus des termes comme **liberté** ou **égalité**, des termes qui sont très employés dans le langage politique mais des termes du langage commun qui peuvent être utilisés avec une connotation politique.

En effet, le mot **liberté** a une forte connotation élogieuse. Et donc il a été employé pour désigner

n'importe quelle action politique ou n'importe quelle institution qui puisse être considérée comme dotée de valeur... (37).

Dans cette liste ne figurent pas des termes politiques techniques qui correspondent à la définition donnée mais qui ne sont pas employés par les hommes politiques italiens dans les textes examinés (par exemple **monarchie**) ou employés une seule fois (par exemple **autarcie** ou **finlandisation**).

Nous avons élaboré une deuxième liste de **termes du langage commun utilisés avec une connotation politique** (tableau E).

Ce sont des termes qui ont une définition propre dans le langage commun et qui ont eu une redéfinition politique. C'est le cas du terme **alternative**.

TABLEAU E

Termes du langage commun utilisés avec une connotation politique (à l'exception de ceux qui ont une fréquence 1).

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
ALLIANCE	9	17	13	39
ALLIANCES	7	8	7	22
ALLIES	6	4	3	13
ALTERNATIVE	63	8	75	146
ALTERNATIVES	1	8	7	16
ALTERNATIFS	7	0	3	10
ALTERNATIF	0	1	5	6
BASE	35	21	9	65
BIPOLAIRE	0	3	1	4
CHAMBRE	4	5	1	10
CHAMBRES	10	0	0	10
CHANCELIER	1	0	0	1

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
CATHOLIQUE (fém.)	16	0	3	19
CATHOLIQUES (fém.)	5	0	0	5
CATHOLIQUES (masc.)	6	3	5	14
CATHOLIQUE (masc.)	0	2	4	6
CENTRALITE	1	1	7	9
CENTRE	7	12	10	29
CLASSE	37	12	15	64
CLASSES	8	7	1	16
DE CLASSE	0	0	2	2
DE CLASSES	0	0	2	2
DE FAVORITISME (sing.)	5	0	1	6
DE FAVORITISME (plur.)	4	2	0	6
COALITION	5	13	6	24
COALITIONS	0	2	0	2
CAMARADES (fém.)	2	1	0	3
CAMARADES (masc.)	40	22	0	62
CAMARADE (masc.)	17	10	0	27
CONFLITS	11	5	0	16
CONFLIT	3	6	1	10
AFFRONTEMENT	10	3	22	35
CONSERVATION	2	3	15	20
COURANT	4	3	2	9
COURANTS	11	5	8	24
DECRETS	4	0	0	4
DECRETS-LOI	2	0	0	2
DECRET	3	0	0	3
DECRET-LOI	2	0	0	2

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
DESTABILISANT	0	1	2	3
DESTABILISANTS	0	3	0	3
DESTABILISATION	0	3	2	5
DROITE	7	13	11	31
DROITES	0	2	0	2
DOMINATION	4	1	2	7
EGALITE	3	7	0	10
EGALITARISME	0	1	1	2
FEDERATION	8	2	0	10
FEDERATIONS	3	1	0	4
CONFIANCE	19	21	8	48
INDEPENDANT	0	2	1	3
INDEPENDANTS	2	0	0	2
INDEPENDANCE	9	9	1	19
INSTITUTIONNEL	2	7	11	20
INSTITUTIONNELS	7	9	6	22
INSTITUTION	2	0	2	4
INSTITUTIONS	34	23	62	119
LEADER	1	1	0	2
LEADERS	0	2	1	3
LIBERTE	19	20	44	83
MAJORITE	40	23	36	99
MAJORITES	2	1	5	8
MAJORITAIRE	2	1	0	3
MASSES	43	1	3	47
MILITANT	2	0	1	3
MILITANTS	11	0	1	12

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
MINORITE	7	2	3	12
MINORITES	3	3	1	7
MODERES	1	1	4	6
MODERE	0	1	4	5
MOUVEMENTS	32	2	5	39
MOUVEMENT	78	44	4	126
EXTREMISTES	0	2	1	3
OPPOSITION	31	7	28	66
OPPOSITIONS	0	1	1	2
PACIFISTE	1	2	0	3
PLURALISME	1	3	9	13
POPULAIRE	20	4	23	47
POPULAIRES	19	4	12	35
POPULARISME	0	0	3	3
PEUPLES	11	1	9	21
PEUPLE	24	11	9	44
PUISSANCE	2	3	1	6
PUISSANCES	4	1	1	6
PREAMBULE	8	0	1	9
PRESSION	5	7	0	12
PROLETAIRE (fém.)	3	0	0	3
PROLETARIAT	2	0	0	2
RADICAL	4	8	4	16
RADICAUX	3	2	1	6
REACTION	3	8	2	13
REGION	6	10	2	18
REGIONS	12	5	4	21

FORME	Berlinguer	Craxi	DeMita	F
RESTAURATION	1	2	1	4
GREVES	2	5	0	7
GREVE	0	8	0	8
SOIXANTE-HUIT	0	0	2	2
SECTAIRES (fém.)	2	0	0	2
SECTAIRE (masc.)	3	0	0	3
SECTARISME	0	2	0	2
DEFIANCE	2	4	2	8
GAUCHE	39	16	21	76
GAUCHES	11	1	0	12
SYSTEME	39	45	34	118
EGALITE	0	2	0	2

Dans le langage commun, un terme signifie alternance, dans la réalité politique italienne, il désigne un gouvernement de gauche (avec PCI et PSI) qui fasse alterner les gouvernements en présence de la Démocratie-chrétienne. C'est le cas de **base**, terme qui dans le langage commun signifie fondement, soutien, et qui, dans le langage des hommes politiques, peut signifier l'ensemble des inscrits d'un parti (base du parti). Nous avons dit "*peut*" signifier, car l'homme politique, en plus d'utiliser ce terme en se référant à la redéfinition politique, continue à l'employer aussi dans la définition du langage commun.

Dans le cas du terme **base**, le terme est surtout employé par les hommes politiques dans le "*corpus*" examiné dans cette dernière acception. L'ambiguïté est en général explicitée par le contexte où le terme est utilisé.

Dans certains cas, l'ambiguïté n'est pas tout à fait explicitée. Un exemple nous est fourni par l'emploi

du terme alternative. Quand c'est Berlinguer qui l'utilise, il n'y a aucun doute. Le secrétaire du PCI parle d'une ligne politique et stratégique, l'**alternative démocratique**.

De Mita, au contraire (qui l'homme politique qui utilise le plus le terme **alternative**) emploie **alternative démocratique** seulement dans deux occasions.

Très souvent l'emploi de ce terme par le secrétaire de la DC se réfère à la signification commune du terme alternance, qui est reliée à changement et renouveau, deux termes qui lui sont très chers. De Mita peut ainsi se faire le porte-parole, le leader de l'alternative, en affirmant que "*l'alternative signifie tenir compte des contradictions des demandes de changement*" et en parlant d' "*alternative comme compétition pour la solution des nouveaux problèmes*".

De Mita exploite la connotation émotive positive propre au terme alternative qui évoque la nouveauté et le changement. Il peut donc offrir la nouvelle DC issue de son secrétariat comme l'**alternative** (alternance) à la vieille DC.

Le contexte joue un rôle important dans l'emploi de ce terme. Il est en effet surtout utilisé dans les rapports aux congrès et aux C.C. ou Conseils nationaux.

Même dans ces contextes, Berlinguer en fait une utilisation politique technique (il se réfère à l'alternative démocratique) et De Mita un emploi plus tactique, proche de la signification commune (changement).

Nous avons ensuite dressé une liste des noms et des sigles (à l'exception des noms propres de personnes) les plus employés par les hommes politiques.

Parmi les sigles, il ya les noms des partis politiques. Ces noms, même si ce ne sont pas des termes politiques techniques, définissent les associations politiques les plus importantes.

Cette liste peut donner des indications sur les objets des argumentations politiques.

Par exemple, Berlinguer prononce 13 fois le mot comiso pour se référer au choix du gouvernement

d'installer les nouveaux missiles atomiques en Sicile (alors que Craxi et De Mita ne le font jamais) et pour mener à bien sa politique pacifiste.

Les nombreuses références à Forlani, Fanfani et Spadolini sont dues presque uniquement à la politique des gouvernements qu'il a dirigés et non pas aux personnalités politiques en tant que telles (ex. le gouvernement Forlani).

Parti est le terme politique technique le plus fréquent dans les textes examinés. Il y a l'exigence constante dans les discours de nos hommes politiques de se référer aux associations les plus importantes qui agissent pour la conquête du pouvoir.

L'emploi le plus fréquent de ce terme est lié aux différentes appellations des Partis (Parti communiste, Parti socialiste, Parti social-démocrate, etc...). C'est surtout dans les contextes "*internes*" au parti que l'orateur emploie ce terme pour indiquer son **propre** parti : "*le parti en a retiré une nouvelle vitalité*" (Craxi), "*faire sortir le parti d'une situation de stagnation*" (De Mita), "*les capacités de proposition du parti*" (Berlinguer).

Le terme **parti** présente une bonne distribution dans tous les contextes. Le contexte où il est relativement le moins employé est le contexte parlementaire.

Parmi les hommes politiques, Berlinguer est celui qui emploie le plus le terme **parti** (38). Il le fait surtout en se référant à son propre parti dans le but de l'identifier.

Il emploie beaucoup l'expression **parti communiste** de même qu'il parle du "*parti*" en se référant au sien.

Dans l'appel télévisé aux électeurs pris en considération, Berlinguer prononce 8 fois le terme parti, alors que Craxi et que De Mita ne le font jamais. Dans 7 circonstances, il se réfère au PCI et dans une au Parti d'Unité Proletaire (dont les candidats sont venus dans les listes communistes).

Le pluriel **partis**, quoique utilisé en général moins que **parti**, est très fréquent. Comme pour le terme **parti**, c'est Berlinguer qui l'utilise le plus et parmi

les contextes, c'est le Parlement où on le trouve le moins.

Le terme **politique** est très employé, aussi bien comme substantif que comme adjectif (au féminin et au masculin, singulier et pluriel).

En général le substantif est utilisé pour se référer à toutes les activités qui ont comme point de référence l'Etat, et surtout la politique économique, la politique intérieure et la politique étrangère.

On ne trouve jamais un usage extensif de ce terme (bien que fréquent dans l'italien contemporain) employé par ceux qui en général entendent la façon de mener les relations avec les autres (par exemple la société X a adopté une nouvelle politique promotionnelle). Dans le langage des hommes politiques italiens, la signification est uniquement celle du terme politique technique.

Les termes **gouvernement**, **pouvoir**, **démocratie**, **état**, sont les termes politiques techniques les plus utilisés après parti et politique.

Le terme **gouvernement** a un contexte privilégié où il est le plus employé, c'est le contexte parlementaire, c'est-à-dire le plus proche des choix gouvernementaux et du débat sur de tels choix. Le terme **gouvernement** a une fréquence plutôt élevée dans les interviews (à la presse et à la TV) alors qu'il est moins employé dans les contextes que nous avons déjà définis comme les contextes "*internes*" à un parti, c'est-à-dire les congrès, les comités centraux et les réunions.

L'acception dans laquelle est employé le terme **gouvernement** est celle qui correspond au cabinet anglais (cabinet), c'est-à-dire au Conseil des Ministres. C'est l'acception la plus commune dans la langue italienne contemporaine, où l'on n'entend pas par **gouvernement** l'ensemble des organes auxquels est confié l'exercice du pouvoir, mais seulement le cabinet.

Un emploi extensif de ce terme est très rare : De Mita parle en une occasion de "*gouvernement de la magistrature*", Craxi de "*gouvernement des régions*".

Les trois hommes politiques emploient le terme

gouvernement avec une fréquence équivalente (environ trois fois tous les 2000 mots prononcés) alors que l'emploi de ce terme est plus fréquent dans les questions des journalistes qui les interviewent.

De Mita est l'homme politique qui emploie le plus le terme **pouvoir**. Il utilise surtout le syntagme "*gestion du pouvoir*" et parle de "*positions alternatives dans la gestion du pouvoir*". De Mita évite le syntagme "*système de pouvoir*" (quand il le fait, il parle de "*ce qu'on appelle 'système de pouvoir'* ") qui est par contre caractéristique du langage des communistes.

En effet, Berlinguer emploie très souvent ce syntagme pour se référer à la D.C. Chez le secrétaire du P.C.I., le terme pouvoir "*bloc de pouvoir*", "*système de pouvoir*") est toujours lié à la D.C., identifiée comme parti qui, surtout depuis l'après-guerre à aujourd'hui, a exercé la pouvoir en Italie. Cette identification fait prendre dans le langage communiste une connotation négative au terme pouvoir.

Le terme **état** est surtout employé dans les discours qui sont faits dans un de ses organismes : le Parlement.

Plus fréquent qu'ailleurs, l'emploi du terme **état** est surtout utilisé pour se référer à des thèmes comme le terrorisme, la mafia, la camora, et en matière économique, au déficit public.

Le terme **démocratie** est surtout employé par De Mita (6 fois contre 32 pour Berlinguer et 39 pour Craxi), mais le secrétaire de la D.C. l'utilise surtout dans un contexte déterminé : le Parlement.

Berlinguer emploie à plusieurs occasions le syntagme **démocratie politique**, comme s'il voulait rapporter le terme politique technique employé dans le langage commun dans des contextes autres que celui de la politique, dans son contexte le plus juste.

L'emploi du terme **hégémonie** (39) appelle une remarque. Ce terme est presque uniquement utilisé par Craxi qui l'emploie dans l'acception propre à la culture marxiste.

Le secrétaire du P.S.I. ne se réfère pas en effet à la suprématie d'un état sur les autres mais aux rap-

ports entre les différents partis politiques.

Chez les auteurs marxistes, l'emploi de ce terme oscille entre la signification proche de **hégémonie** et de **domination** (et en soulignant l'aspect coercitif) et celle qui voit dans l'hégémonie "*la capacité de direction intellectuelle et morale en vertu de laquelle une classe dominante, ou qui aspire à la domination, parvient à s'affirmer comme guide légitime...*" (40), théorisée par Gramsci.

Mais Craxi parle surtout d' "*hégémonie démocrate-chrétienne*", d' "*hégémonie DC au gouvernement*", d' "*hégémonie communiste dans la gauche*" et la signification diffère de celle donnée par Gramsci mais aussi de la signification politique technique.

L'acception dans laquelle Craxi emploie ce terme est pratiquement celle du langage commun qui voit dans l'hégémonie tout simplement la suprématie et la direction.

Quels sont les termes techniques les plus employés par les hommes politiques italiens ?

Un indicateur particulièrement sûr est la liste des fréquences reportées dans les tableaux 3 et 4 en deux subdivisions distinctes : par "*contexte*" et par homme politique.

Il est possible d'obtenir quelque chose de plus fiable pour le mesurage de l' "*emploi*" d'un mot, tenant compte de la "*dispersion*" du mot lui-même (41).

Nous avons subdivisé le "*corpus*" des données traitées par ordinateur en 7 sous-ensembles (les "*contextes*").

Un mot apparaît, même de nombreuses fois, dans un seul de ces contextes, c'est-à-dire qu'il a une fréquence très grande dans ce contexte par rapport à son emploi moyen réel. La donnée qui nous est offerte par la fréquence totale est altérée.

Le coefficient de "*dispersion*" tient compte de ce facteur. L'indice varie de 0 à 1 ; il a la plus petite valeur quand le terme apparaît dans un seul sous-ensemble, la valeur la plus élevée quand la "*dispersion*" est la plus grande, c'est-à-dire quand le mot présente la même fréquence dans tous les sous-ensembles.

En multipliant la fréquence par l'indice de dispersion, on obtient l'indice d'emploi d'un mot. Plus cet indice est élevé, plus le mot est employé.

Dans la liste qui suit, nous avons reporté les 25 termes politiques les plus "*employés*" avec leurs coefficients d'emploi respectifs :

1. PARTI	446,25
2. POLITIQUE (subs.)	405,87
3. GOUVERNEMENT	332,50
4. PARTIS	241,89
5. POLITIQUES	425,95
6. POUVOIR	124,95
7. DEMOCRATIE	121,59
8. ETAT	119,70
9. SOCIALISTE	111,55
10. POLITIQUE (adj.)	100,63
11. DEMOCRATIQUE (fém.)	91,38
12. COMMUNISTES	67,91
13. COMMUNISTE	59,84
14. DEMOCRATIQUE (masc.)	59,08
15. SOCIALISME	58,28
16. SOCIALISTES	57,08
17. POLITIQUES	54,21
18. PARLEMENT	42,81
19. DEMOCRATIQUES (fém.)	41,47
20. PRESIDENT	38,27
21. CITOYENS	33,38
22. ELECTIONS	26,66
23. GOUVERNABILITE	25,32
24. PARLEMENTAIRE	24,89
25. TERRORISME	24,02

Nous avons vérifié si ces "*contextes*" (et lesquels) présentaient une quantité de termes politiques supérieure aux autres. De ce point de vue, il n'y a pas de grosse différence entre un "*contexte*" et l'autre.

Une exception de taille est constituée par le pourcentage (7 % environ) de termes politiques techniques qui figurent dans les appels télévisés aux électeurs alors que dans les autres contextes, ce pourcentage varie de 3 à 3,5 % environ (42).

Pour l'écart des pourcentages dans les appels télévisés, on doit apporter une réserve car l'échantillon de mots est quantitativement beaucoup plus réduit que dans les autres contextes.

Nous avons vérifié les pourcentages des termes politiques techniques employés par les différents hommes politiques. Il n'y a pas de grosse différence entre un homme politique et un autre (Berlinguer 3,64 %, De Mita 3,27 % et Craxi 3,01 %).

Il existe donc une importante uniformité quantitative des termes politiques techniques dans le langage politique pris en considération aussi bien dans la subdivision par contexte que dans celle par homme politique.

Certains termes techniques sont à l'évidence plus employés dans un contexte plutôt que dans un autre. C'est le cas du terme **gouvernement** dans les interventions au Parlement ou du terme **voix** dans les appels télévisés aux électeurs.

Tout aussi évident est le fait du Berlinguer utilise plus que ne le font Craxi et de Mita les termes **communiste** et **communistes**.

Dans la plupart des cas cependant, les termes politiques techniques présentent une bonne "*dispersion*", aussi bien par contexte que par homme politique.

Les termes politiques techniques mis en évidence constituent une sorte de fondement linguistique commun aux argumentations politiques dans l'Italie contemporaine.

NOTES

1. Nous citons entre autres : Laswell et Kaplan, Power and Society, New Haven and London, Yale University Press, 1950 (traduction italienne de M. Stoppino, Potere e societa' / Pouvoir et société, Milan, Etas Kompass, 1969). Citons aussi des mêmes auteurs un livre très important : The language of Politics : studies in quantitative semantics, G. W. Steward Publisher Inc. 1949, qui malheureusement n'a pas été repris.
2. Wittgestein, Ricerche filosofiche / Recherches philosophiques, Proposition n° 200.
3. Cette recherche, avec ses premiers résultats, a constitué le sujet essentiel du mémoire de maîtrise de G. Bianucci, et elle a été effectuée en collaboration avec l'Institut pour la Documentation Juridique (C.N.R.) de Florence, avec l'Institut de Linguistique Computationnelle (I.L.C.) de Pise et avec le Centre National Universitaire de Calcul Electronique de Pise.
4. Flesch, The art of plain talk, New York, Harper, 1946.
5. Vacca, "Tuttolibri", an IV, n° 30, 6/8/78, p. 3.
6. De Mauro, Guida all'uso delle parole / Guide pour l'utilisation des mots, Rome, Editori Riuniti, 1980, pp. 147-170.
7. On a inséré dans l'ordinateur les textes relatifs aux interventions suivantes :

PARLEMENT :

- 1/ Craxi, Séance à la Chambre des Députés du 16/1/1981.
- 2/ Craxi, Séance à la Chambre des Députés du 10/07/1981.
- 3/ De Mita, Séance à la Chambre des Députés du 14/02/1982.
- 4/ De Mita, Séance à la Chambre des Députés du 31/08/1982.
- 5/ Berlinguer, Séance à la Chambre des Députés du 23/10/1980.
- 6/ Berlinguer, Séance à la Chambre des Députés du 16/01/1981.

INTERVIEWS A LA PRESSE :

- 7/ Craxi, Interview à "La Repubblica" du 31/10/1981.
- 8/ Craxi, Interview à "La Stampa" du 7/09/1982.
- 9/ De Mita, Interview au "Messaggero" du 24/10/1982.
- 10/ De Mita, Interview à "La Repubblica" du 23/12/1982.
- 11/ Berlinguer, Interview à "La Repubblica" du 26/09/1980.

12/ Berlinguer, Interview au "Tirreno" du 26/09/1982.

REUNIONS :

13/ Craxi, Discours à Rome du 30/01/1983.

14/ De Mita, Discours à Viareggio du 12/09/1982.

15/ Berlinguer, Discours à Naples du 28/02/1982.

CONGRES DE PARTI :

16/ Craxi, Rapport du 42e Congrès du PSI, 1981.

17/ De Mita, Intervention au 15e Congrès de la DC, 1982.

18/ Berlinguer, Rapport du 16e Congrès du PCI, 1983.

COMITES CENTRAUX/CONSEILS NATIONAUX :

19/ Craxi, Rapport du C.C. du 22/04/1983.

20/ De Mita, Rapport du C.N. de la DC du 11/02/1983.

21/ Berlinguer, Rapport du C.C. du PCI du 14/04/1982.

CONFERENCES DE PRESSE TELEVISEES :

22/ Craxi, Conférence de presse du 24/02/1983.

23/ De Mita, Conférence de presse du 23/03/1983.

24/ Berlinguer, Conférence de presse du 17/03/1983.

APPELS AUX ELECTEURS TELEVISES :

25/ Craxi, 25/06/1983, RAI/ TV.

26/ De Mita, 25/06/1983, RAI/TV.

27/ Berlinguer, 25/06/1983, RAI/TV.

Dans presque tous les cas, on a opéré sur des textes intégraux et seulement dans trois cas, on a utilisé de larges extraits.

Les traitements électroniques de dépouillement ont été effectués auprès de l'I.L.C. (Institut de Linguistique Computationnelle du C.N.R.) de Pise, et réalisés sur les ordinateurs du C.N.U.C.E. (Centre National Universitaire de Calcul Electronique) de Pise. En particulier, l'analyse et la programmation ont été préparées par Remo Bindi (I.L.C.) ; la gestion des données et les traitements par Paola Orsolini (I.L.C.) ; les traitements statistiques pour le calcul du coefficient de déchiffrement de Flesch par Eugenio Picchi (I.L.C.) et Carlo Biagioli (I.D.G. - Institut pour la Documentation Juridique du C.N.R. - Florence).

La recherche ainsi réalisée a donné d'autres traitements significatifs dans le but d'éclaircir le langage des hommes politiques italiens.

On a en effet retiré de ce traitement :

- a) les listes, classées par ordre alphabétique et par ordre de fréquence d'utilisation, des formes linguistiques utilisées par chacun des trois hommes politiques et dans chaque catégorie de textes (Parlement, interviewes à la presse, etc...).
- b) un tableau, classé par ordre de fréquence d'utilisation pour chaque forme linguistique des trois hommes politiques accompagnée du calcul, pour chacune des formes, de l'indice correspondant de "dispersion" et de l'indice d' "emploi".
- c) un tableau classé par ordre alphabétique, qui compare la fréquence d'emploi de chaque forme linguistique dans les différentes catégories de textes au calcul correspondant des indices de "dispersion" et d' "emploi".
- d) une liste, classée par ordre alphabétique, de toutes les formes du corpus avec l'impression pour chacune des formes des mots qui la précèdent et la suivent immédiatement (liste des concordances).

D'autres traitements "manuels" ont permis d'autres "produits" tirés du premier traitement par ordinateur et qui ont été insérés dans la deuxième partie de cette recherche.

- 8. Morris C, Signs, language and behaviour, New York, Prentice Hall, 1946 (traduction italienne de Ceccato, Segni, linguaggio e comportamento / Signes, langage et comportement, Milan, Longanesi, 1963, p. 126.
- 9. Pour la différence essentielle entre persuasion sur les croyances et persuasion sur les comportements, voir C.L. Stevenson, Ethics and language, Yale University Press, Inc. New Haven, 1956, surtout le chap. V.
- 10. Austin, How to do things with words, Oxford University Press, 1962 (traduction italienne de Gentile et Sbisà, Quando dire è fare / Quand dire c'est faire, Turin, Mariette, 1974)
- 11. Searle, Speech Acts, London Cambridge University Press, 1969 (traduction italienne de Cordona, Atti linguistici / Actes linguistiques, Turin, Boringhieri, 1976).
- 12. Perelman, Olbrechts-Tyteca, Traité de l'argumentation : la Nouvelle Rhétorique, Paris, P.U.F., 1958 (traduction italienne de Schik et Mayer, Trattato dell'argomentazione, Turin, Einaudi, 1966, p. 16).
- 13. Jacobson, Essais de linguistique générale, Paris, Ed. de Minuit, 1963 (traduction italienne de Heilamm et Grassi depuis le texte original anglais, Saggi di linguistica generale, Milan Feltrinelli, 1972,

p. 189).

14. Mc Luhan, Understanding media, New York, Mc Graw Hill Co, 1964 (traduction italienne de Capriolo, Gli strumenti del comunicare / Les outils de la communication, Milan, Il Saggiatore, 1967).

15. D'une rare efficacité, le court article de G. Pasquino, "Cosi farà politica il video-partito", "L'Unità", Supplément du n° 298 du 18/12/1983, p. 10.

16. Bobbio, Matteucci, Pasquino, Dizionario di politica / Dictionnaire de politique, Turin, UTET, 1983, p. VII.

17. Idem.

18. G.L. Beccaria, "Linguaggio settoriali e lingua comune / Langues sectoriels et langue commune, in : AA. VV., I linguaggi settoriali in Italia / Les langages sectoriels en Italie, Milan, Bompiani, 1973, p. 7-53.

19. Idem.

20. Knapp, Legal thesauri, in : A.A. Martino (ed.) Deontic logic, computational linguistics and legal information systems, vol. II, North-Holland Publishing Company, Amsterdam - New York - Oxford, 1982, pp. 267-290.

21. Cf. A.A. Martino, Le definizioni legislative / Les définitions législatives, Turin, Giappichelli, 1975, pp. 42-43.

22. Perelman, Olbrechts-Tyteca, op. cit., p. 21.

23. Idem, p. 16.

24. Schlieben Lange, Linguistiche pragmatic, Stuttgart, Verlag, W. Kohlhammer, GmbH, 1975 (traduction italienne de De Simone, Linguistica pragmatica / Linguistique pragmatique, Il Mulino, Bologne, 1980, dont nous citons les p. 123 et suivantes).

25. Van Dijk T.A., Text and context. Exploration in the semantics and pragmatic of discourse, London, Longman Group, 1977 (traduction italienne de Collura, Testo e contesto / Texte et contexte, Il Mulino, Bologne, 1980, dont nous citons la p. 123).

26. Cf. Miller, Language and communication, New York, Mc Graw, Hill Book Co, 1951 (traduction italienne de Simone, Linguaggio e comunicazione / Langage et communication, Florence, La Nuova Italia, 1972, pp. 191-197).

27. Cf. par exemple :

De Mauro, "Indagine sull'italiano dei non lettori" / Enquête

sur l'italien des non-lecteurs, in : AA.VV., Il giornale e il non lettore / Le journal et le non-lecteur, Actes du Congrès du 15/17 juin 1979 organisé par Walter Tobagi, Florence, Sansoni, 1981, p. 19.

Les essais réalisés par l'I.D.G. confirment les affirmations de De Mauro.

28. Vacca, Smascheriamo gli illeggibili, in "Tuttolibri", n. 29, 29/07/1978, p. 3.

29. Mercatali, Ricci, Spinosa, "Un esperimento per il controllo automatico delle leggibilità dei documenti di un archivio elettronico di dati giuridici" / Une expérience pour le contrôle automatique des déchiffrements des documents d'un fichier électronique de données juridiques, in *Informatica e diritto*, an V, n. 2, avril-juin 1979.

30. Pour d'ultérieures précisions sur le programme d'instructions pour l'ordinateur, nous renvoyons à la publication déjà mentionnée faite par l'I.D.G.

31. Des recherches effectuées par Tullio De Mauro déterminent dans des valeurs 65/75 des coefficients de déchiffrement selon Flesch élevés (cf. De Mauro, "Indagine sull'italiano dei non lettori, in : AA.VV. Il giornale e il non lettore, op. cit., p. 19).

Cela est confirmé par des enquêtes que nous avons faites automatiquement (à l'aide de l'ordinateur) sur des extraits qui ont servi pour la rédaction du Lexique de fréquence de la langue italienne (cf. Bortolini, Tagliavini, Zampolli, Lessico di frequenza della lingua italiana / Lexique de fréquence de la langue italienne, Garzanti, 1972). Pour de plus amples renseignements sur les résultats de ces enquêtes, nous renvoyons à : Martino, Bianucci, Sull'odierno linguaggio politico italiano : primi risultati di un'analisi al computer / Sur le langage politique italien actuel : les premiers résultats d'une analyse à l'aide de l'ordinateur, en cours de publication auprès de l'I.D.G. de Florence).

32. Vacca a calculé les indices suivants pour les hommes politiques : Berlinguer 22, Fanfani 33, Andreotti 35 contre 70 pour Moravia et 57 pour Primo Levi, et il conclut que "les hommes politiques italiens s'efforcent de se faire comprendre beaucoup moins que les bons écrivains italiens et qu'ils le font très mal". Vacca, "Smascheriamo gli illeggibili", in : "Tuttolibri", n° 29, 29/07/78, p. 3.

33. De Mauro, Guida all'uso delle parole, op. cit., pp. 147-170.

34. Idem, p. 147.

35. Idem, p. 148.

36. Pour cette opération, on a utilisé des programmes et des fichiers, déjà présents à l'I.L.C. de Pise. Cette opération, effectuée plutôt rapidement, devra obligatoirement être soumise à un processus de révision qui pourrait modifier (mais pas d'une façon importante) les résultats exposés dans cette étude.
37. Bobbio, Matteucci, Pasquino, *op. cit.*, p. 616.
38. En moyenne, Berlinguer prononce le mot **parti** 5 fois tous les 1000 mots, De Mita 3,6, Craxi 2,1. Les mêmes remarques sont valables pour le pluriel **partis**.
39. Bobbio, Matteucci, Pasquino, Dizionario di politica, *op. cit.*, p. 371.
40. *Idem*, p. 372.
41. Pour les concepts de fréquence, dispersion, emploi, cf. Bortolini, Tagliavini et Zampolli, *op. cit.*, pp. 19-32.
42. Nous avons en effet enregistré les pourcentages suivants de termes politiques techniques : appels TV : 7,08 %, interviewes à la presse : 3,56 %, C.C./C.N. : 3,52 %, conférences de presse : 3,48 %, Parlement : 3,51 %, Congrès : 3,03 %, réunions : 2,92 %.

B I B L I O G R A P H I E

AA. VV.,

Retorica e scienze del linguaggio / Rhétorique et sciences du langage, Rome, Bulzoni, 1979.

"Laboratorio Politico", n° 4, Turin, Einaudi, 1982.

AUSTIN JOHN L.,

How to do things with words, Oxford University Press, 1962 (traduction italienne de Gentile et Sbisà', Quando dire è fare / Quand dire c'est faire, Turin, Marietti, 1974).

BARTHES ROLAND,

La retorica antica / L'ancienne rhétorique, Milan, Bompiani, 1972.

BECCARIA GIAN LUIGI (aux soins de),

I linguaggi settoriali in Italia / Les langages sectoriels en Italie, Milan, Bompiani, 1973.

BLUMLER & MC QUALL,

Television in politics : its uses and influence, London, Faber and Faber, 1968 (traduction italienne de Campelli, Televisione e politica / Télévision et politique, Turin, ERI, 1978).

BOBBIO, MATTEUCCI et PASQUINO,

Dizionario di politica / Dictionnaire de politique, Turin, U.T.E.T., 1983.

BORTOLINI, TAGLIAVINI et ZAMPOLLI,

Lessico di frequenza della lingua italiana contemporanea / Lexique de fréquence de la langue italienne contemporaine, Milan, Garzanti, 1972.

CALABRESE et MUCCI,

Guida alla semiotica / Guide à la sémiotique, Florence, Sansoni, 1975.

COPI IRVING M.,

Introduction to logic, New York, The MacMillan Co., 1961 (traduction italienne de Stringa, Introduzione alla logica / Introduction à la logique, Bologne, Il Mulino, 1969).

DAUDET et DEBBASCH,

Lexique de termes politiques, Paris, Dalloz, 1981.

DE MAURO TULLIO,

Guida all'uso delle parole / Guide à l'emploi des mots, Rome, Editori Riuniti, 1980.

ECO UMBERTO,

La struttura assente / La structure absente, Milan, Bompiani, 1968.

Trattato di semiotica generale / Traité de sémiotique générale, Milan, Bompiani, 1975.

FISHMAN JOSHUA A.,

The sociology of language. An interdisciplinary social science approach to language in society, Rowley, Mass., Newbury House Publ., 1972 (traduzione italiana di Gnerre, La sociologia del linguaggio / La sociologie du langage, Rome, Officina Edizioni, 1975).

FLESCH RUDOLPH,

The art of plain talk, New York, Harper, 1946.

GALLI DE' PARATESI NORA,

Semantica dell'eufemismo / Sémantique de l'euphémisme, Turin, Giappichelli, 1964.

JAKOBSON ROMAN,

Essais de linguistique générale, Paris, Ed. de Minuit, 1963 (traduzione italiana di Heilmann et Grassi, depuis l'édition originale anglaise, Saggi di linguistica generale, Milan, Feltrinelli, 1972, collection SC/10).

KLAUS GEORGE,

Sprache der Politik, Berlin, Veb Deutscher, 1971 (traduzione italiana di Derla, Il linguaggio dei politici / Le langage des hommes politiques, Milan, Feltrinelli, 1974).

LASWELL et KAPLAN,

Power and society, New Haven and London, Yale University Press, 1950 (traduzione italiana di Stoppino, Potere e società / Pouvoir et société, Milan, Etas Kompass, 1969).

The language of politics : studies in quantitative semantics, G.W. Stewart Publisher Inc., 1949.

MARTINO ANTONIO A.,

Le definizioni legislative / Les définitions législatives, Turin, Giappichelli, 1975.

"Osservazioni sulla definizione di dittatura" / Observations sur la définition de la dictature, Pavie, "Il Politico", 1979, XLIII, n° 2, pp. 273-294.

MC LUHAN MARSHALL,

Understanding Media, New York, Mc Graw Hill Book Co., 1964
(traduction italienne de Capriolo, Gli strumenti del comunicare /
Les instruments de la communication, Milan, Il Saggiatore, 1982.

The Gutenberg Galaxy. The making on typografic man, Toronto,
University of Toronto Press, 1962 (traduction italienne de Rizzo,
La galassia Gutemberg / La galaxie de Gutemberg, Rome, Arnan-
do, 1976).

MERCATALI, RICCI et SPINOSA,

"Un esperimento per il controllo automatico delle leggibilità
dei documenti di un archivio elettronico di dati giuridici" /
Une expérience pour le contrôle automatique des documents
d'un fichier électronique de données juridiques, in : "Informatica
e diritto, an V, n° 2, avril-juin 1979.

MILLER GEORGE A.,

Language and communication, New York, Prentice Hall, 1946
(traduction italienne de Ceccato, Segni, linguaggio e comporta-
mento / Signes, langage et comportement, Milan, Longanesi,
1963).

MORRIS CHARLES,

Signs, language and behaviour, New York, Prentice Hall, 1946
(traduction italienne de Ceccato, Segni, linguaggio e comporta-
mento, Milan, Longanesi, 1963, p. 126).

OPPENHEIM FELIX E.,

Dimensions of freedom, St. Martin's Press Co., 1961 (tradic-
tion italienne de Pasquinelli et Rossini, Dimensioni della libertà /
Dimensions de la liberté, Milan, Feltrinelli, 1964).

PACKARD VANCE,

The hidden persuaders, New York, David Mc Jay Co. Inc., 1958
(traduction italienne de Fruttero, I persuasori occulti, Turin,
Einaudi, 1980, ed. reprint).

PRELEMAN et OLBRECHTS-TYTECA,

Traité de l'argumentation, Paris, Presses Universitaires de France,
1958 (traduction italienne de Schick et Mayer, Trattato dell'
argomentazione, Turin, Einaudi, 1976, ed. reprint).

SARTORI GIOVANNI (aux soins de),

Antologia di scienza politica / Anthologie de sciences politi-
ques, Bologne, Il Mulino, 1971.

SCHLIEBEN LANGE BRIGITTE,

Linguistiche Pragmatic, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer GmbH,
1975 (traduction italienne de De Simone, Linguistica pragmatica /

Linguistique pragmatique, Bologne, Il Mulino, 1980).

SEABLE JOHN R.,

Speech acts. An essay in the philosophy of language, London, Cambridge University Press, 1960 (traduction italienne de Cardona, Atti linguistici / Actes linguistiques, Turin, Boringhieri, 1976).

VAN DIJK TEUN A.,

Text and context. Exploration in the semantics and pragmatic of discourse, London, Longman Group, 1977 (traduction italienne de Collura, Testo e contesto / Texte et contexte, Bologne, Il Mulino, 1980).

MATZLAWICK, DEAVIN et JACKSON,

Pragmatic of human communication. A study of interactional patterns, pathologies and paradoxes, 1967, New York, W.W. Norton & Co. Inc. (traduction italienne de Ferretti, Pragmatica della comunicazione umana / Pragmatique de la communication humaine, Rome, Astrolabio, 1981).

ZINGARELLI NICOLA (rédigé par),

Vocabolario della lingua italiana / Dictionnaire de la langue italienne, Bologne, Zanichelli, 1964.

SIGNS OF THE LAW

By
Anthony BECK

In putting forward a semiotics of law one is faced with two fundamental problems, one concerned with law and one with semiotics. The law problem is how to decide what part of the world is to count as legal and constitute the realm for which we are theorising. Major schools of legal theory differ as to whether the approach should for example be rule-based or court-based. One of the distinguishing marks of legal theories is precisely what area of observable reality is to count as legal and be analysed and characterised by legal theory. Nor is the semiotic problem any less fundamental. Here too we are faced at the outset with deciding what observable thing or area is to count as a sign or complex of signs. And of course even where semiotic theories agree more or less to take language as the subject matter for study there are many paradigms for the analysis of language signs.

Thus our starting point for the formation of a semiotic legal theory cannot be given by semiotics any more than it can by a readily definable area of legal phenomena.

However, when the elements of semiotics are brought into contact with the problems of legal theory there is an immediately obvious application for semiotics to a central element in modern law - the written legal rule source. Modern legal systems make crucial use of codes, statutes and reports of judicial decisions. There is an obvious application for the sophisticated semiotic analysis of signs in the written texts of legal sources of this kind. What is less obvious is that this analysis can provide the foundation for a profound and lucid understanding of many of the persisting problems of legal theory.

To isolate legal texts itself involves the theoretical problem of defining a legal text as well as the need to create a model for every legal text. The defining problem has a ready-made solution in the concept of law of H.L.A. Hart. For Hart law is a system of rules. The main defect of that concept is its failure to distinguish social behaviour classified as constituting a rule from written texts which constitute a rule. The relation between a pattern of behaviour and a written rule which is the basis of that behaviour is not one of identity nor is it unproblematic. Once we have separated the social pattern called having a rule from the piece of writing called a rule we shall at least have cleared the ground for our inquiry. One of the curious features of legal positivism is its failure to provide a theoretical picture of a legal rule which is readily identifiable with what lawyers normally handle as their legal rules : positivist theories talk of commands, rules and norms but when we look at statutes and codes and open the law reports we do not find any close correspondence between their contents and these atoms of legal theory.

So we have to go on to construct a model of a written legal rule which does correspond with the familiar reality of the law. We also have to investigate and clarify for theory the relation between legal texts and the social background. Without necessarily having to articulate a full or universal theory of society we do at least need sufficient social theory to locate legal text in society and bring out the connections. For part of the problem for a legal theory is precisely this matter of connection. Another curious feature of legal positivism is the reluctance to provide any theoretical account of human and social structure and behaviour which explains and illuminates what is observable in legal systems. For that reason, perhaps, positivist theories appear to occupy a strange middle ground between theories of an empirical kind and philosophical accounts of the ideal of law. Here we are simply concerned with putting forward a theory which identifies and explains legal texts in their social connections, and in doing so we will find we have solved some apparent mysteries and constructed a

general account of legal phenomena.

The theory is, shortly and simply, that legal rule texts are signs and must be understood as such. They are normative signs which is to say their meaning includes an apodeictic element. Crucial in the understanding of the legal sign is its social connection. To detach the sign from its context is to confuse the isolation of the signifier with an assumed detachability of the signified.

In looking for the connections of the sign no help can be found from the semiotics of ordinary language. Linguistic semiology generally only identifies the context of a sign within a text or by using the concept of inter-textuality, across other texts. In linguistic approaches the study of the signs merges into the study of discourse and the setting for the sign becomes identified as the mind of the interpreter - the question of context, in a word becomes noetic. While a frankly noetic context has some appeal, in that it is plainly true that a noetic account of interpretation is relevant and to a degree inevitable in semiotics, the persistent and intractable problem of noetics is the familiar one of finding a clear and uncontroversial account of subjective realms. In any case, where legal texts are concerned one is as much concerned with an empirical context as a noetic one. This is not to discount the noetic but to foreground the importance for legal theory of the material, historical social context of the legal rule.

To move away from noetics is not to slip into an easy path of empirical observation. The problem of the context of a written rule in our chosen sense is immediately and obviously one which is full of noetic questions. Clearly we are not concerned with the physical context in which the rule is created, be it a courtroom or a legislative chamber. Nor are we simply going to be satisfied with an accumulation of innumerable situations in which the rule is recognised by members of the group in question as being observed or not observed. Only a paradigm situation answers the theoretical demand for a single context for which we can identify the connections between it and the rule. It is the familiar sociological situation of having

to be satisfied with a model, but unlike most such cases there is a sense in which the nature of a model is appropriate for consideration of a rule. For rules are about models. It is, we shall discover, inherent in the nature of a rule to be connected with a model of the situation in which the rule logically applies.

In accepting the model of reality as the context of the rule noetics have returned. The return is to provide the link with an empirical context. For the kind of model in question is familiar from studies of the so-called social construction of reality. The text of a rule denotes the figuration to which the rules applies. This figuration or typification (Berger and Luckmann) is the socially interpreted version of the empirical reality in respect of which the rule makes sense. Members of the group understand the rule as applying to particular situations identified by the rule. If we divide a rule into two familiar parts, the protasis and the apodosis, then the protasis is a description or identification of a typification which is recognisable in historically arising situations.

So far this suggests a rather mechanical relation between the rule and its context, a purely logical one. This is not in fact the case. Part of a rule making sense lies not merely in it presenting a comprehensible means of identifying situations but also in it being possible to see the point of the apodosis also. To understand a rule, therefore, means both to be able to see how the rule applies and also, in the teleological sense, why it applies. To separate, as some have done, the logic of the rule from its purpose, is to misrepresent the essential notion of a rule as we use the term and normally understand it.

What, then is involved, in understanding the purpose of a rule ? We will insist that it is not enough to know that action is required. Understanding the logical entailment, so to speak, of the apodosis as well as the protasis is not sufficient to constitute the understanding of a rule. It must be borne in mind that whenever a rule is referred to, here, it is to a written text that reference is made. In the quite distinct sense of a social rule, it may for many purposes, at least pragmatically, be sufficient to treat understanding

the rule as equivalent to being able to perform the conduct required on appropriate occasions. With written rules understanding takes place in the discursive realm, as it were, and requires the grasping of the world and the word in a variety of directions.

Three elements are crucial (in addition to the purely physical background) in the situational context for establishing the purpose of the rule. First, there is the set of activities which generally take place in and around the situation where the rule applies. Just as rules require human conduct, so human conduct forms the background to the operation of rules. There is the conduct immediately preceding the moment at which the rule "*fits*" and take hold on the situation. There is also the activity affected by observing -or failing to observe - the rule. Depending upon the context, both in its individual historicity and also in its social structuring, the operation of the rule is a determining factor upon human behaviour.

Secondly, the values and interests of the people affected by the operation of the rule call to be considered. Human activity is not arbitrary or pointless. Generally the rule can be taken to be intended to and in fact to serve human needs and desires as those needs and desires are seen by the group in terms of their interests and values. Rules are made by groups in order to serve the group or some members of the group. As soon as the logical expression "*ought*" is met in a rule text the question arises for the interpreter even as member, indeed especially as member, "*why should I or anyone follow the rule ?*" To make sense of the rule means to have some notion of what it's for.

Finally, principles can be identified, particularly for legal rules, as verbal formulations, closely relevant to values and interests, but theoretically distinguishable, as elements of a distinctive class which are related to rules and an important part of their context. We have explored the relations between rules and principles elsewhere and for the purpose of this paper it may be enough to say that whereas a rule identifies a situation and refers to or interpellates a subject by reference to his connection with that situation, a principle

is a normative utterance which does not interpellate any specifiable subject. In the literature of legal theory a great deal has been said about rules and principles and the semiotic approach will illuminate their relations.

An example will help at this stage but before offering one it will be of assistance to consider not a rule within the theoretical approach - but a pre-theoretical sign. For it is because rules share the qualities of what we familiarly recognise as signs that it is enlightening to treat the obscure aspects of rules from the viewpoint of what we see clearly in the case of signs. The kind of sign we need to consider, as said above, is not taken from linguistics. We want something of the sort that we commonly and pre-theoretically would call a signal, like a railway signal or a road-traffic light. In the case of such traffic signals it is a perfectly straightforward matter to identify the activities, values and principles which constitute the context.

A traffic signal is situated amid traffic flowing in contrary directions. There is a constant danger of collision and injury to people and damage to vehicles. The people in the vehicles seek to travel to destinations in safety and with speed and free of any collision and damage. Safety, speed of travel and good relations with other vehicle users are all relevant values and are embodied in relevant principles. We do not find it difficult to treat the traffic signal as an object to be understood in relation to a rule or set of rules about stopping for red and proceeding on green. What is a little more difficult is to treat the text of a rule as itself **like** such a traffic-sign, situated amid the typifications thought appropriate and with them the activities, values and principles identified by the group as relevant to that situation.

Take for example a legal rule about stealing. The legal text identifies (by a set of definitions) the protasis of theft and also indicates the apodosis of punishment. To understand the rule requires initially setting it amid the typifications of owning and possessing things, and the activities of beneficial enjoyment of the things as well as the typified event of the interference by taking by another. The situation so typified

carries with it the values of secure enjoyment of things, the principles directed against stealing. In this context on habitually makes sense of the written rule-text. Thus theft from homes and shops sets up no problem of interpreting or applying the rule any more than, in our traffic example, does the case of a private car faced with a red light on a traffic signal. In both instances what we are treating as a signal may be said to be situated in its normal context, its intended application, giving non grounds for dispute among reasonable members of the group about whether or how the signal applies.

With the normal case may be contrasted the abnormal one, which is where the context is anything other than the paradigm case which seems to be such to a group member who understands the rule. Taking first our traffic signal, we could imagine an ambulance or a fire engine engaged in an emergency approaching the red light. Not only a new material element but a new set of values and principles enters the picture. These are in conflict with the values and principles of our paradigm. Now an interpretation and application of the rule about traffic signs must weigh the values of speed and safety of travel against the cost of delaying the emergency vehicle. It is as if the traffic sign has been plucked out of its normal coherent context and forced into a new problematic one. The answer to the question of applying the traffic sign rules in the new situations seems on one hand to be a logical matter about the words of the rule, but on the other the more complex and potentially controversial issue of identifying and weighing values and principles. So it is with legal rule texts. Neither the logical nor the contextual problems arise in the paradigm case : both sets of problems spring up in the abnormal case. This is not because values and principles were not relevant in the normal case, they were not problematic - because the understanding of the rule required taking them into account only where to do so was not problematic. This is not to exclude the possibility of a rule so strangely framed that it is never clear what paradigm case is relevant. It may be that such a rule always looks like a traffic light stuck in the middle of a garden, it makes no sense in that context.

For the purpose of this paper we will explore the value of the semiotic approach to legal texts in relation to two knotty problems of legal theory. The first is the analogy of legal rules and game rules. Then we will look at Mac Cormick's attempt to reduce Hart's "*internal aspect*" to cognition and volition.

Games rules and legal rules

Joseph Raz has insisted on distinguishing rules from practices. He also identifies the "*first order strength*" of a norm as depending on the strength of the values it serves, i.e. the kind of strength which is different from considerations of the validity of the norm. For Raz a norm is a reason in itself. We would argue that this is to confuse meaning with reason. For semiotic theory a sign can only have meaning, to formulate a sign is not necessarily to provide a reason even if the sign is normative in form. All we shall consider in this paper is the confusion into which Raz's approach leads him in demonstrating that rules of games "*cannot be defined as sets of rules or norms*". His reason for saying this, apparently, is that the rules of a game must be completed, in any explanation of the game, by the stipulation that the game is played to win. Accordingly in the case of games the values underlying the rules are dependent upon the rules themselves, and games are by definition unconnected with wider human values.

If Raz were correct it would be a mystery why anybody ever played a game. The truth is that human values of entertainment, competition, drama and the display of skill are indeed served by games and the values of the rule is the extent to which it serves those values.

An instructive comparison with understanding legal rules may be taken from the commonplace experience of making sense of the rule of a game. Everyone who has studied a game for the first time can perhaps remember trying to sort out the point of the rule as a means of comprehending it. One needs to have some notion of the normal context for the rule

and the interests and activities surrounding its application really to be said to understand the rule. Raz is wrong precisely because he tries to make an absolute separation between the rule and its values and to impose a hermetically sealed notion of games upon game rules. In fact rules of games are exactly like other rules so far as they are considered as rule texts. It is not that the values are less wide, they are merely considered less important.

What then can be said about the crucial matter of the normativeness of a rule, its "*oughtness*", which is the real crux - an approach to which Raz offers, by treating rules as reasons? The values of the semiotic approach will become clear when we consider MacCormick's approach to the vexed question of the "*internal aspect*" in H.L.A. Hart's concept of law.

The internal aspect : cognition and volition

MacCormick in considering the internal aspect is committed to a practice view of rules. Accordingly the internal aspect of a rule is an attitude to a pattern of social acting. Because it is a pattern he is talking about his discussion is caught by our analysis. For a pattern is not any particular actual circumstance. Nor is it the sum total of circumstances of any particular class. It is close enough to our concept of a typification (*supra*). Thus if we are talking about the rule that we cover our mouths when we yawn, that practice so considered is a typification, it is not the act of someone at a particular time and place actually covering their mouths while yawning, nor the totality of all such covering of mouths while yawning - it is a pattern. MacCormick argues that the internal aspect is necessary for the existence of a rule and that it comprehends elements of cognition and volition.

There need be no objection for the time being to his element of cognition. Whenever it is a practice or a text, clearly to understand "*it*" one must grasp what are the circumstances when conduct is conforming or not-conforming to the rule. Our objection is to the element of volition :

"The element of volition or will comprehends some wish or preference that the act, or abstention from acting, be done when the envisaged circumstances obtain." (MacCormick, p. 33)

This only makes sense, however, if we abandon the notion of pattern or typification. It is perfectly intelligible to talk about a wish that someone will do something on a specific historical occasion. It is intelligible if a bit unrealistic to contemplate wishing that everyone will always do some particular act in every case when the specified circumstances arise, intelligible but fatuous. It does not make sense in this context to talk about wishing for a typification or pattern.

What is more appropriately termed the subject of volition is the realm of values and interests. One can at least identify some sympathetic commitment to values, as indeed MacCormick acknowledges. In a specific case it does make sense to speak of volition in relation to the circumstances - the drivers at the cross-roads do wish to proceed and to do so safely. But so far as the sign is concerned, that is a matter of cognition only. Insofar as the cognition is discursive it may properly be said to involve the awareness of values, interests and principles which may indeed be the subject of volition. So it is with the text of the legal rule. To understand the rule is to be able to grasp what it is about and what it is for. Whether one obeys it or not is of course quite another matter.

We have been able to glance at two analytic discussions which are illuminated by semiotic legal theory. Implicit in semiotic theory is a reconsideration and critical illumination of all the major positions in analytic jurisprudence.

REFERENCES

P.L. Berger and T. Luckmann,

The social construction of reality, 1967, Allen Lane, The Penguin Press.

H.L.A. Hart,

The concept of law, 1961, Clarendon Press, Oxford.

Neil MacCormick,

H.L.A. Hart, 1981, Edward Arnold, London.

Joseph Raz,

Practical reason and norms, Hutchinson, 1975.

LA SEMIOLOGIE JURIDIQUE AU BRESIL

Par

Leonel Severo ROCHA

1. Le présent article cherche à aborder la question du développement des idées sémiologiques au Brésil et ses influences sur la théorie juridique, à partir de l'analyse des principales oeuvres produites actuellement dans le pays sur cette thématique.

2. L'essai de construction d'une science des signes juridiques, historiquement, dépend des avances et reculs de la constitution de la sémiologie même. Le projet d'élaboration d'une science des signes et ses influences sur la théorie juridique, nous l'avons analysé avec Luis Alberto Wart, dans le livre **O Direito e sua linguagem** (Le Droit et son Langage), deuxième version, et je me suis servi de quelques aspects déjà traités dans cette oeuvre.

La sémiologie, historiquement, a deux moments principaux : le premier a voulu dépasser l'instance pré-scientifique des réflexions sur les langages ; le deuxième s'est caractérisé par la tendance de projeter la science des signes dans l'ensemble des sciences humaines, visant à construire, à partir de la sémiologie, une unité méthodologique fondamentale pour ces secteurs du savoir.

Le mouvement initial, qui a voulu construire une science des signes dans le sens strict, a puisé ses origines dans les études des linguistes sur le langage naturel et des logico-mathématiciens à propos des langages artificiels formalisés. En même temps, mais de manière autonome, en Europe et aux Etats-Unis, le linguiste Ferdinand de Saussure et le logicien Charles Sanders Pierce ont suggéré la nécessité de construire une théorie générale des signes. Le premier l'a nommée

sémiologie et l'autre sémiotique. La sémiologie chercherait à étudier les lois et les concepts méthodologiques généraux qui pourraient être considérés valables pour tous les systèmes des signes. Ainsi ce serait une étude dirigée vers la détermination des catégories qui les ont fondés et vers les règles méthodologiques relatives à la constitution d'une science des signes.

Le deuxième mouvement s'est inspiré aussi de Saussure et a été nommé génériquement : structuralisme. Le structuralisme, à partir de l'idée que la connaissance est formée de structures interdépendantes, propose le discours comme l'axe méthodologique pour l'analyse structurale des sciences sociales. Dans cette ligne d'analyse, la sémiologie serait presque comme une science des sciences, une épistémologie des différents discours sur le monde.

L'analyse des signes, pour Saussure, permet des études multidisciplinaires, d'où sa préoccupation méthodologique fondamentale de déterminer des critères permettant l'autonomie et la pureté d'une science des signes. Dans ce sens, Saussure cherche à reconstruire sur le plan de la connaissance un système théorique qui explique le fonctionnement des différents types de signes. Son projet sémiologique se trouve orienté vers les divers langages naturels, mettant en évidence la fonction sociale du signe. Ainsi, la sémiologie nous donnerait les lois qui régissent les signes et leur nature. La condition minime pour l'analyse sémiologique se fonde sur la possibilité de constitution des unités signifiantes différenciables.

Dans la construction des différents systèmes de signes des langages naturels, Saussure choisit, comme modèle analytique, la linguistique (théorie des signes verbaux). La linguistique a chez Saussure deux fonctions : d'un côté, elle est vue comme une partie de la sémiologie, liée à un domaine plus vaste et définie dans l'ensemble des signes de la communication humaine ; de l'autre côté, elle est présentée selon l'axe autour duquel se forment des catégories analytiques translinguistiques, qui constituent un principe ordonnateur par référence à la compréhension des autres systèmes des signes. La linguistique, chez Saussure, occupe une fonction importante ; c'est grâce à ses catégories

analytiques que la constitution de la sémiologie devient possible. Saussure part des langages verbaux pour décrire des systèmes de signes distincts. Le privilège donné à la linguistique tient au fait que tout l'ensemble des signes non-linguistiques doit chercher les possibilités de sa systématisation à partir d'un langage naturel logiquement ordonné.

Nous pouvons observer, en allant plus loin que Saussure, qu'en réalité il y a seulement une linguistique des signes verbaux et une autre des signes non verbaux, la sémiologie étant une linguistique générale. Cependant, en tenant compte de la relation indissociable des signes avec la politique et la société, nous pouvons dire que la tentative d'élaborer une théorie générale des signes devient une fausse question, du fait qu'on la **détache** de la réalité des relations historiques. De cette manière, il serait peut-être plus intéressant de parler d'une théorie linguistique pour chaque système de signes qu'on veut analyser. Ce type d'analyse partielle, différente des conceptions de la théorie générale, aurait le mérite de mettre les questions de la signification à l'abri de tentatives fondées sur le **réductionisme** logique du conceptuel, **éloignant** la linguistique de son contexte formaliste originaire et empêchant toute perspective réductionniste d'étude du signe. Comme Barthes le signale, la sémiologie de Saussure se présente comme un langage sur les langages, c'est-à-dire comme un métalangage qui prend les différents langages comme son langage objet, se servant pour son analyse des catégories empruntées au propre niveau analysé. Ainsi, Saussure voit la sémiologie comme un niveau linguistique différent de celui des langages analysés et, dans ce sens, il s'éloigne radicalement de la matérialité sociale qui forme la signification. En effet, il faut analyser le signe à partir de la parole, en tant qu'énonciation, en situation, afin de pouvoir observer ses relations concrètes avec la politique et l'histoire.

Pierce, de son côté, souligne la fonction logique du signe pour la constitution de la sémiotique. Ainsi il arrive à dire que la logique, dans un sens plus large, est seulement l'autre nom de la sémiotique. La sémiotique serait, pour cette raison, une théorie générale

des signes, reconnue comme discipline dans la mesure où le processus d'abstraction produit des jugements nécessaires qui devraient être des caractères logiques des signes employés par la pratique scientifique. La sémiotique devrait renfermer, dans un calcul logique, l'ensemble des systèmes signifiants. Ainsi, au contraire de Saussure, préoccupé par le traitement scientifique des langages naturels, Pierce s'est tourné vers les pratiques linguistiques de la science.

Quoique Pierce ne nous ait pas laissé une oeuvre systématique, nous semble raisonnable l'opinion de Nagel, qui trouve des coïncidences entre les idées de Pierce et celles du Cercle de Vienne, opposé à tout transcendentalisme. Dans cette perspective, il y a une idée fondamentale du Cercle de Vienne qui a probablement été inspirée par Pierce : les conditions sémantiques de vérification comme critère de signification. Pour Pierce, une idée est toujours une représentation de certains effets sensibles. Avec Pierce, s'initie un projet sémiotique plus préoccupé de la correction logique et des rectifications successives des systématisations des différents discours de la science que du perfectionnement de la science même des signes. Nous avons, alors, une autre coïncidence entre Pierce et le néo-positivisme logique, qui donne à la sémiotique une fonction de dépendance par rapport aux langages de la science. Pour les membres du Cercle de Vienne, science et linguistique sont des termes en corrélation : les problèmes de la science dépendent de la construction d'un langage rigoureux permettant d'explicitier les données du monde. Dans cette perspective, le positivisme logique assume la rigueur du discours comme paradigme de la recherche scientifique. Il affirme encore qu'aucune proposition isolée ne donne une connaissance effective sur le monde. Cette information n'est significative que dans la mesure où elle reste intégrée dans un système. Par conséquent, on ne peut pas méconnaître les règles du fonctionnement du langage de la science, sous peine que notre connaissance soit obscurcie par certaines perplexités de nature strictement linguistique. Voilà pourquoi le Cercle de Vienne érige le langage en objet de son investigation et comme instance fondamentale de la problématique scientifique. Dans ce sens, la sémiotique est le niveau

d'axiomatisation des systèmes signifiants, placés comme modèles mathématiques de différents langages de la science. Son ambition principale serait celle de créer un modèle mathématique universel comme idéal épistémologique pour les sciences. Un modèle logiquement garanti contre les perversions des idéologies et de l'histoire.

De cette manière, tant la sémiologie que la sémiotique, malgré les différences dans la façon d'aborder les questions et, en partie, dans l'objet thématique, présentent des traits épistémologiques similaires : toutes les deux s'attachent à une conception d'objectivité extérieure à l'histoire et à la politique, et se soumettent aux impératifs de la systémativité. En réalité, les langages ne s'épuisent pas dans les informations transmises, car ils engendrent une série de résonances significatives qui ont leur origine dans les contradictions matérielles de la société. De ce point de vue, ces conceptions épistémologiques, comme le positivisme logique qui identifie la science avec le langage, à partir d'une attitude réductionniste qui pense le langage comme une structure textuelle auto-suffisante, en découvrant la signification à l'intérieur du système même créé et en oubliant les autres scènes significatives comme la production sociale des sens qui, en réalité, est antérieure au signifié textuel même. Cette conception axiomatisante de la sémiologie est liée, ainsi, à une philosophie scientifique qui obéit à une conception ontologique de la vérité. Et dans cette perspective, tout énoncé qui ne peut passer par le crible du critère sémantique de vérification manque de sens. Ainsi, par cette obsession pour la vérité, les fonctions persuasives et idéologiques des langages scientifiques sont marginalisées. La symbolique et la spécificité politique même des discours, dans cette optique, ne sont pas analysées.

Evidemment ces propositions axiomatisantes des langages ont été contestées par certains courants théoriques. Deux conceptions, qui ont cherché à souligner l'importance de l'analyse contextuelle pour l'explicitation du sens des signes, ont été la Philosophie du Langage Ordinaire (inspirée du deuxième Wittgenstein) et la Nouvelle Rhétorique. La Philosophie du Langage

Ordinaire a cherché à dénoncer les imprécisions significatives ayant leur origine tant dans la signification que dans les intentions des émetteurs et des récepteurs. Cependant, en résumant cette perspective, on peut dire qu'elle discute les incertitudes significatives à partir d'une proposition égocentrique, sans insinuer la nécessité de dépasser les dimensions discursives qui renferment les sujets et leur discours. Les Nouveaux Rhétoriques de leur côté, comme Perelman, quelques travaux de Barthes, Viehweg, etc..., retournent à Aristote pour récupérer la notion de "*topica*". Les "*topoi*" sont des points de vue généralement acceptés, qui agissent comme des éléments calibreurs des processus argumentatifs. Dans ce sens, les discours tenus pour vrais ne sont pas plus que des articulations topiques qui produisent l'effet de la vérité. Le discours de la science serait ainsi éminemment persuasif. Cependant, malgré ses avantages par rapport aux conceptions axiomatisantes des signes, la Nouvelle Rhétorique, bien qu'elle discute quelquefois le problème de l'idéologie, ainsi que la Philosophie du Langage Ordinaire, ne dépasse pas un certain sens psychologue d'analyse des signes.

C'est en raison des déficiences existantes dans ces conceptions (arbitrairement inventoriées et résumées par nous au détriment de tant d'autres ayant pour critère sélectif le fait que les conceptions linguistiques sont celles qui ont influencé le plus l'analyse juridique) que nous avons proposé une nouvelle conception de la sémiologie (sémiologie politique ou du pouvoir) tournée vers l'analyse des rapports de la signification avec l'idéologie et l'histoire. La sémiologie du pouvoir a comme objet la critique des discours juridiques à partir de ses relations sociales matérielles, cherchant à démystifier les différentes pratiques des discours du droit et des savoirs qui les légitiment. La sémiologie politique, pour l'instant, n'est qu'un désir, mais nous croyons qu'avec le développement des futurs travaux, elle donnera des résultats positifs. La sémiologie politique, évidemment, n'a pas comme but la formulation d'une connaissance systématique des langages juridiques, mais elle veut plutôt démontrer la nécessité d'analyses fragmentées des

signes de la loi. On peut dire que, pour le moment, les études de sémiologie politique ont utilisé comme objet privilégié exactement les conceptions sémiologiques dominantes dans le milieu juridique, à la recherche des questions que celles-ci nous forcent à ne pas prendre pour thème. Ainsi, la sémiologie politique, dans cette phase initiale, se configure comme une tentative de travailler les questions traditionnellement mises de côté par la sémiologie juridique, principalement la problématique du désir et du pouvoir.

3. La sémiologie juridique est presque inexistante au Brésil. Les études juridiques, sémiologiques, théoriques, ou appliquées sont extrêmement rares dans les milieux intellectuels du pays. Ce n'est que très récemment, à partir de la décennie des années 70, qu'on a commencé, de manière encore aujourd'hui insuffisante, à parler de sémiologie juridique. Cette divulgation de la possibilité de mener des analyses relativement systématisées sur les signes juridiques a été occasionnée par trois types fondamentaux d'influences :

- a) la développement des études de la logique juridique,
- b) la Nouvelle Rhétorique et
- c) l'Ecole analytique de Buenos Aires.

Cependant, avant d'approfondir un peu plus les observations sur ces trois principales sources des études sémiologiques au Brésil, nous voulons examiner brièvement la problématique de l'herméneutique juridique suivant son développement dans la dogmatique juridique nationale.

Au Brésil, bien que les études sémiologiques du droit soient très récentes, la question de l'interprétation a une relative tradition. En effet, il y a une conduite méthodologique interprétative dominante dans l'herméneutique dogmatique, tournée surtout vers le problème de l'application (interprétation) de la loi par les juges, où l'acte interprétatif est vu comme une action isolée du juge. Dans cette perspective, l'interprétation de la loi est considérée comme un syllogisme où il incombe au juge d'adapter le fait normatif au contenu significatif préexistant dans le cadre générateur des sens de la loi. La loi a toujours,

dans cette optique, un sens précis ; le juge doit seulement l'appliquer dans des cas concrets. Il est important de souligner que dans cette optique l'herméneutique qui défend la dénotation pure des signes de la loi, que le juge soit formaliste (obéissant au sens strict de la loi) ou partisan des conceptions d'équité sociale (non légaliste), on accepte toujours la thèse de la parfaite intégration désignative - significative des mots de la loi. Ce qui fait que, quand un juge n'est pas d'accord avec le sens d'une loi déterminée, il doit le nier expressément, risquant de voir son option significative différente réformée par les tribunaux. Ce que nous voulons affirmer, c'est que dans ce biais interprétatif il reste aux juges peu d'options interprétatives autonomes. Autrement dit, il n'y a pas un instrument sémiologique propre à être utilisé par les juges dans ses interprétations, ce qui rend difficile l'emploi efficace de l'arsenal argumentatif du droit dans les pratiques judiciaires. Cette conception herméneutique a été imposée comme conduite hégémonique dans le monde judiciaire brésilien par l'oeuvre de Carlos Maximiliano, qui défendait l'interprétation rigoureuse des lois. Dans ce sens, il faut rappeler l'affirmation lapidaire de Pimenta Bueno : *"les lois ne servent que par leur exacte et rigoureuse application"*. Ainsi, dans la ligne herméneutique brésilienne, *"interpréter la loi c'est déterminer son sens objectif, en fixant ses conséquences"*.

Il est évident que, suivant le contexte historique analysé, il y a des variations politiques dans la doctrine juridique brésilienne. Ainsi nous avons, par exemple, dans l'Empire (1822-1889) une ligne juridique doctrinale jusnaturaliste (qui a été critiquée par les positivistes, comme Texeira Freitas et Tobias Barreto) ; à l'époque de la proclamation de la république (le 15 novembre 1889), il y a eu une recherche d'uniformisation de l'interprétation, pendant l'époque de Floriano Peixoto, sous des modèles bien rigides ; mais ce qui l'a emporté dans la vieille république (1889-1930), c'est le caractère libéral dans l'application de la loi. Ce que nous voulons souligner à partir de ce rapide exemple de variation doctrinale dans la conduite interprétative, c'est que, malgré les différentes sources

doctrinales en honneur au cours de l'histoire nationale, il n'y a pas eu une étude vraiment sémiologique de cette problématique. Il y a eu, naturellement, des discussions sur les différentes méthodes interprétatives à choisir, surtout entre les positivistes et les jusnaturalistes, mais il n'y a pas eu d'analyse plus intéressante à propos de la spécificité des signes de la loi : malgré toute divergence doctrinale et politique qui est survenue, on a considéré le langage juridique comme un langage formé par une rationalité intrinsèque.

Une heureuse exception, dans ce contexte, a été le débat entre Ruy Barbosa et Clovis Beviláqua, pendant les discussions du projet du Code civil brésilien (1916). A cette occasion, Ruy Barbosa a démontré largement la nécessité d'une préoccupation plus grande avec les signes, qui iront constituer la structure linguistique normative. Ruy Barbosa, à partir de plusieurs exemples dans sa fameuse "Réplique", a prouvé que l'option pour un signe erroné pourrait engendrer des chaînes associatives inattendues lors de l'interprétation de la loi.

Sûrement, cette position de Ruy Barbosa n'est pas très différente de celle de Carlos Maximiliano ; mais c'est quand même la première manifestation d'un débat sur le signifié des mots de la loi. Nous voulons aussi remarquer que le désir de Barbosa et de Maximiliano d'obtenir des signes juridiques avec une dénotation pure est impossible. C'est justement par la capacité de redéfinition en de constantes interprétations que la loi possède son sens d' "*universalité*" dans un Etat déterminé. Si la loi avait toujours la même relation paradigmatique associative, elle ne pourrait pas renfermer l'infinité de situations existantes dans le quotidien du judiciaire. L' "*universalité*" de la loi peut être affirmée paradoxalement justement quand on voit la non-universalité de sa signification syntaxique mais sa capacité de redéfinition pragmatique. Nous profitons de l'occasion pour rappeler aussi que l'interprétation de la loi dépasse la personne du juge, si bien qu'on doit tenir compte dans une analyse sémiotique du langage juridique, en plus du personnage du juge, des facteurs idéologiques, institutionnels et poli-

tiques qui forment la signification juridique : ceci nous amène à considérer d'autres "topos" significatifs importants pour la production du sens de la loi, comme la doctrine et l'enseignement du droit.

4. De cette manière, on se rend compte facilement de l'inexistence d'études plus sophistiquées des mots de la loi dans l'histoire du droit brésilien. C'est seulement, comme nous l'avons déjà remarqué, à partir des dernières années que, de manière un peu déficiente, on a commencé à parler de sémiologie au Brésil. Ces études, qui ne sont pas encore arrivées à influencer la praxis brésilienne du judiciaire de façon systématique, ont puisé leur origine, comme nous l'avons souligné, dans trois sources principales.

La première de ces sources, c'est la logique juridique. Les études de logique juridique, ayant pour origine surtout les travaux de Von Wright (*An essay in modal logic*, 1951) et ceux de Georges Kalinowski (*Etudes de logique déontique*, 1972 ; *Introduction à la logique juridique*, 1965), ont été introduites au Brésil par quelques juristes, comme le Professeur Lourival Vilanova (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, 1977 : *Les structures logiques et le système du droit positif*, 1977). Le Professeur Lourival Vilanova souligne la nécessité de mener des études linguistiques du droit afin de trouver ses formes logiques. D'après Vilanova, bien qu'il n'existe pas de parallélisme logico-grammatical, bien que les formes linguistiques ne traduisent pas les formes logiques, comme le rappelle Husserl (*Recherches logiques*), les investigations logiques prennent le fait du langage comme point d'appui, si ce n'est comme but thématique, pour arriver à son objet propre. L'expérience du langage est le point de départ pour l'expérience des structures logiques (*Structures logiques et systèmes du droit*, 1977, p. 2). Dans ce sens, Vilanova (tout en observant que la logique est seulement un des niveaux possibles d'analyse du droit - car pour cet auteur qui se dit influencé par Miguel Reale, le droit possède aussi des niveaux axiologiques) s'associe aux thèses qui identifient science et langage, comme l'a fait le Cercle de Vienne.

La deuxième source des études sémiologiques du droit au Brésil a été la Nouvelle Rhétorique. La Nouvelle Rhétorique - relecture de "*topika*" d'Aristote accomplie par Theodor Viehwg et développée au milieu d'une théorie de la décision par Niklas Luhmann - a été introduite principalement par le Professeur Tercio Sampaio Ferraz Junior (**Direito, retórica e comunicação**, 1973 ; **A ciência do direito**, 1977 ; **Droit, rhétorique et communication**, 1973 ; **La science du droit**, 1977). Le Professeur Ferraz Junior, après avoir analysé les concepts néopositivistes de science, finit par proposer un nouveau champ désignatif pour le signe science du droit, en arrivant à la conclusion qu'il est inadapté à l'intérieur du paradigme positiviste dominant. La science du droit, pour cet auteur, aurait comme objet le problème de la décidabilité. La science du droit serait une activité qui utiliserait les différents modèles théoriques du droit (analytique, herméneutique et empirique) combinés, ayant comme critère de base sa fonction heuristique, visant le problème de la décidabilité (et non celui d'une décision concrète). "*Mais comme la décidabilité est un problème et pas une solution, une question ouverte et pas un critère fermé, dominée par des apories comme celles de la justice, de l'utilité, de la certitude, de la légitimité, de l'efficacité, de la légalité, etc..., l'architecture juridique (combinaire de modèles), elle dépend de la manière de poser les problèmes*" (**A ciência do direito**, 1977, p. 108 : **La Science du droit**). Dans cette perspective, pour Ferraz Junior, le caractère persuasif, rhétorique du discours juridique, centré surtout au niveau pragmatique de la sémiologie, est d'une très grande importance pour la définition de la science du droit.

La troisième source des études sémiologiques que nous voudrions traiter, c'est celle qui a été engendrée sous l'influence de l'Ecole analytique de Buenos Aires. Cette Ecole, comme on le sait, a essayé de projeter au maximum les contributions du néopositivisme logique sur le droit. Cela a été fait principalement à partir de l'analyse de la **Théorie pure du droit** de Hans Kelsen. Avec l'épuisement de la problématique du Cercle de Vienne pour les études du droit, en raison de son omission des aspects historiques et politiques du droit, l'Ecole analytique de Buenos Aires

s'est partagée en plusieurs tendances : d'un côté, les juristes qui tiennent à maintenir la tradition néo-positiviste dans l'analyse du droit ; de l'autre côté, les juristes qui, peu à peu, principalement à partir des études de la Philosophie du langage ordinaire et de l'épistémologie française moderne (Bachelard, Foucault, ...) ont commencé à soulever les problèmes politiques du langage juridique. Ce sont les juristes de ce deuxième courant (dissident) de l'Ecole analytique qui ont apporté au Brésil le débat sur la sémiologie du droit. En particulier, nous aimerions citer l'oeuvre du Professeur Luis Alberto Warat (**El deretto y su lenguaje**, 1976 ; **Mitos e teorias na interpretação da lei**, 1979 ; **Le droit et son langage**, 1976 ; **Mythes et théories de l'interprétation de la loi**, 1979), qui a beaucoup contribué à la diffusion des idées juridico-sémiologiques au Brésil, créant aussi, dans le doctorat en droit de l'Université fédérale de Santa Catarina, une chaire de "*Théorie de l'argumentation juridique*".

5. Pour terminer ce rapide récit du développement de la sémiologie au Brésil, je voudrais signaler que, même si presque rien n'a encore été fait - il n'y a pratiquement pas d'analyse du judiciaire - il existe un grand potentiel analytique des langages juridiques à partir de la sémiologie. Une telle démarche devient encore plus féconde, à notre avis, si elle prend pour point de départ la sémiologie politique, qui peut apporter une grande contribution méthodologique en conciliant les études sémiologiques avec la politique et l'histoire. Pour le moment, la sémiologie juridique est seulement un nom propre, une stipulation formée par de profondes incertitudes désignatives, mais nous croyons que désormais elle pourra devenir un autre nom pour le signe critique.

TROIS TYPES DE REGLES DANS LE DROIT (*)

Par
Pr. Dr. Gregorio ROBLES

Palma de Mallorca

Dans un livre récent (1), je fais la comparaison entre les règles du droit et les règles des jeux. Cette comparaison peut paraître surprenante car c'est plus normal de comparer le droit avec la morale, les coutumes, l'économie, la politique ou la religion. On pourrait penser que ma comparaison se soustrait à ce qui est habituel dans la théorie du droit, et, effectivement, c'est comme cela, si on excuse quelques références réalisées par d'autres auteurs qui appartiennent surtout au domaine de la théorie analytique anglosaxonne. Outre que ces auteurs font une référence tangente et brève, mon point de vue se différencie radicalement du point de vue de ces auteurs, parce que ces opinions accentuent la nature essentiellement différente des règles des jeux contre celles du droit ; pour moi, il n'y a pas de différence du point de vue logique-linguistique, et, selon mon opinion, c'est le seul point de vue exact pour analyser les règles, ses types et ses relations. Cela ne veut pas dire naturellement que je pense que le droit est un jeu, cela ne signifie pas non plus que, partant d'autres perspectives, comme celles qui sont dirigées vers les études anthropologiques, historiques, sociologiques ou psychologiques, ma comparaison n'aurait aucune finalité. C'est simplement une question que je ne me suis pas posée et que, consciemment, j'ai voulu exclure de mes observations. La même chose se passe avec la perspective axiologique, dans laquelle on ne peut pas comparer, même de loin, le droit avec les jeux. Le plus intéressant de la comparaison est situé, comme je voudrais continuer à expliquer, en ce que nous introduisant à travers la méthode logique-linguistique, nous serons

(*) Version française due à Virginia Martínez Bretones de "Tres tipos de reglas en el Derecho", Cáceres Enrique y Tamayo, Rolando (Eds.) **Conceptos dogmáticos y teoría jurídica**. México, UNAM, 1986.

capable de mieux comprendre la structure formelle du droit, au moins en ce qui concerne les types de règles et les relations que ces règles ont entre elles-mêmes.

Un jeu peut être étudié à partir de plusieurs points de vue : causalistique ou génétique, stratégique, téléologique et linguistique. Le point de vue génétique met en question les causes qui ont fait naître le jeu et qui font que, dans l'actualité, ce jeu se pratique ; de la même façon il examine les effets produits sur les personnes, de la part des spectateurs et aussi de la part des joueurs, et en observant l'homme en tant qu'individu et également les groupes humains, grands ou petits, en extension ou en importance. Ces causes et ces effets peuvent être des genres les plus divers : sociaux, historiques, psychiques, culturels, etc..., et cela donne lieu naturellement à divers types d'investigation : sociologie, histoire, psychologie, anthropologie, etc... Mais étudier les causes et les effets de quelque chose, ce n'est pas étudier la chose en elle-même.

Le point de vue stratégique met en question ce qu'il faut faire dans le jeu, dans le but d'avoir réussi, c'est-à-dire d'avoir gagné. Ici, on rencontre la "*théorie des jeux*"; c'est une application des mathématiques à la stratégie des décisions et que l'on applique aux jeux sérieux comme l'économie. Aussi ce point de vue suppose l'existence antérieure du jeu, car la stratégie peut être à peine décidée, si l'on ne connaît pas les règles qui constituent le jeu et qui rendent possible les coups concrets.

Le point de vue téléologique ou finaliste met en question le problème de la finalité, pas celui du jeu, mais celui des hommes qui y participent, parce que ce sont seulement eux qui ont une finalité. Il n'existe pas une finalité objective et transcendante du jeu, mais plus une pluralité des finalités de la part des participants, bien qu'en plusieurs occasions elles peuvent être similaires. On ne peut pas dire que le but de gagner est une finalité objective du jeu, mais peut-être des joueurs, et malgré tout, cela n'est pas

nécessaire, car, lorsque les règles du jeu ont été respectées, l'existence d'une ou d'autres finalités est tout-à-fait égale. D'autre part, il existe la difficulté insurmontable de connaître les intentions véritables des participants. Celui qui joue avec son fils au jeu d'échecs avec l'intention de l'habituer à ce jeu et, de ce fait, qui le laisse parfois gagner, joue tout de même réellement, parce qu'il fait le mouvement des pions en accord avec les règles du jeu d'échecs. Son intention est indifférente à la décision de jouer à un jeu déterminé, dans ce cas les échecs, ou non. Et finalement, le point de vue linguistique conçoit le jeu comme un texte, produit d'une convention parmi les hommes qui s'accordent à orienter leur conduite à l'aide d'un texte déjà créé ou bien avec un texte qu'ils ont eux-mêmes créé par la pratique. C'est égal que le texte soit écrit ou non. L'important, c'est de comprendre que l'on ne peut pas jouer si l'on ne connaît pas le texte. Celui-ci, évidemment, s'exprime et se concrétise dans les règles du jeu. Si nous demandons à quelqu'un de nous expliquer en quoi consiste un jeu déterminé, notre interlocuteur nous dira simplement les règles du jeu, son contenu. La définition d'un jeu est seulement possible par l'énumération de ses règles. Ce qu'est un jeu et en quoi il consiste, la réponse ne nous est procurée ni par l'explication génétique, stratégique et finaliste. Tout au contraire, chacune de ces perspectives suppose, par avance, l'existence du texte, c'est-à-dire des règles.

A côté de la question de savoir ce qu'est un jeu déterminé, il y en a une autre : se demander ce qu'est le jeu en général. La première question se concentre sur les contenus concrets des règles d'un jeu déterminé, tandis que la seconde ne peut pas être répondue par la donnée des contenus concrets du jeu, mais par l'étude de la forme linguistique des règles qui "*in genere*" composent le jeu. C'est la différence entre la sémantique et la syntaxe. L'analyse de la syntaxe peut être également appelée analyse logique-linguistique, parce qu'elle essaye de comprendre les formes logiques du langage.

Tout ce que nous avons dit est parfaitement appli-

cable au droit, en relation avec lequel on peut utiliser les points de vue méthodiques mentionnés. Et de la même façon, si nous voulons savoir ce qu'est un ordre juridique, nous devons faire abstraction, premièrement des causes qui l'ont motivé ou qui le motivent et des effets qu'il produit, deuxièmement de la stratégie des sujets qui agissent, et troisièmement des finalités transcendantes qu'ils poursuivent. Cela ne veut pas dire que ces points de vue n'auraient pas d'importance. Tout au contraire, il faut dire catégoriquement que, dans leur mission, ils ne sont pas seulement irremplaçables, mais absolument nécessaires pour une compréhension intégrale du phénomène. Le problème posé est d'une autre nature, car il ne s'agit pas de comprendre la pluridimension phénoménique qui est en rapport avec le droit, mais de définir le droit en présentant sa structure autonome. C'est la même chose que dans le cas du jeu.

Un ordre juridique déterminé est un texte que l'on ne peut penser d'une autre façon. Avec le mot texte, il ne s'agit ni du texte légal ni du texte écrit. Le mot texte signifie ici moyen de communication entre les hommes. Le droit est un texte, c'est-à-dire moyen de communication entre les hommes, dont la fonction immanente est de constituer et de régler l'action. En tant que texte, c'est toujours exprimable par le langage oral et écrit. Dans ce sens, il est clair que le droit créé par la coutume est également un texte. Un ordre juridique déterminé est un texte déterminé, c'est-à-dire un ensemble d'expressions linguistiques, que nous appellerons règles et qui sont dotées d'une signification spéciale.

Nous appelons règle une expression linguistique qui, à cause de son caractère vectoriel, est faite pour orienter ou diriger directement ou indirectement l'action.

De la même façon que dans le jeu, nous pouvons nous poser la question sur un ordre juridique particulier et sur le droit en général. Dans le premier cas, nous nous posons le problème de l'étude et de l'exposé du sens des règles concrètes qui configurent un ordre juridique, pendant que, dans le second cas, la signi-

fication des expressions linguistiques d'un texte n'est pas importante, mais beaucoup plus la forme logique-linguistique de ces expressions et sa combinaison dans l'ensemble qui constitue les structures basiques des textes particuliers des ordres juridiques concrets. C'est évidemment la différence entre la tâche méthodique de la dogmatique juridique et celle de la théorie générale du droit. Si, comme il a été dit, c'est évident qu'il est impossible de "*définir*" un ordre juridique particulier sans tenir compte de ces règles et, en introduisant des facteurs extralinguistiques, on peut affirmer encore plus raisonnablement que le concept de droit peut être seulement détaché par l'analyse formelle ou logique-linguistique, laquelle renonce à tout élément particulier pour atteindre exclusivement à ce qui est général.

Chaque essai de définir le droit, en considérant le conglomérat des causes qui le produisent ou des effets que lui-même produit, ou bien la stratégie des individus ou groupes humains qui se comportent en relation avec lui, ou les buts que ces mêmes personnes poursuivent, est condamné à échouer, parce que tous ces points de vue supposent l'existence antérieure de l'ordre juridique. Son objet n'est pas cet ordre, mais quelque chose en relation avec lui.

Le droit peut seulement être défini lorsqu'une convention entre les hommes est constatée. Et l'on ne peut se mettre d'accord qu'à travers le langage, de ce fait la convention, qui constitue le droit, doit avoir aussi nécessairement la nature linguistique. La convention est langage. Nous devons préciser maintenant ce que veut dire ici le mot convention.

Par convention il faut entendre la création arbitraire (en comprenant ce dernier mot dans son sens logique et non dans son sens axiologique) d'un "*être*". Également dans le cas des jeux comme dans celui du droit, l'être créé a une fonction immanente, qui consiste à régler et à diriger l'action. L'être créé est un être pratique. Si nous appelons l'être "*domaine ontique*", le résultat de la convention est un domaine ontique-pratique. La convention peut être produite, en réalité,

par le résultat d'une décision personnelle ou pluri-personnelle, par un ensemble de décisions rationnellement planifiées et par la spontanéité de coutumes. La façon de la création de la convention est indifférente à sa forme immanente. La convention déjà convenue doit être totalement séparée de la convention dans son aspect dynamique ou convention "*in fieri*". C'est la convention déjà terminée et consumée, le langage, c'est-à-dire le texte ; et le moyen d'expression de ce dernier est égal. Ce n'est pas nécessaire qu'il soit langage écrit. La règle produite des formes coutumières est règle, parce qu'elle est, en tant que règle, exprimée et exprimable par le langage. Le texte qui exprime le domaine se forme par des expressions linguistiques et son sens peut seulement se comprendre en rapport avec l'ensemble du texte. Parce que la fonction immanente du système est de diriger ou d'orienter l'action, les expressions auront évidemment la même fonction immanente. Nous appellerons ces expressions règles. Aussi bien le système que les règles qui le composent sont le résultat de la construction herméneutique sur le matériel "*brut*" du texte, qui exprime le domaine.

Ici nous ne nous occuperons pas du problème de la construction herméneutique. Mais on peut souligner que la théorie générale du droit peut seulement être accomplie quand on opère avec des modèles idéaux, grâce auxquels il devient possible de comprendre d'une façon juste le texte "*brut*", dans lequel se manifeste un ordre juridique précis. La théorie générale du droit est logiquement antérieure à la dogmatique juridique car elle donne à celle-ci le schéma formel, que la dogmatique juridique doit remplir avec des significations concrètes de textes juridiques.

Les règles conservent seulement leur sens lorsqu'elles sont ensemble et forment le système, et d'autre part ce dernier ne peut être compris que seulement comme un ensemble de règles. Une règle est, par conséquent, une proposition pratique, c'est-à-dire qui doit directement ou indirectement diriger ou orienter l'action, et elle appartient à un système propositionnel qui exprime, herméneutiquement construit, le texte

"brut", qui correspond à un domaine ontique-pratique. Une règle séparée du système n'est plus une règle, elle devient autre chose, comme par exemple une demande, un conseil, un ordre, etc... Ce qui différencie une règle juridique d'une règle morale, d'une règle de jeu ou d'autres types de règles est son appartenance au système juridique.

Avec tout ce qui a été dit précédemment, nous pouvons entrer plus facilement dans notre thème. Pour cela, il faut comprendre, de façon approximative, quels sont les éléments de tous les domaines ontiques-pratiques, pour voir ensuite quel rôle les règles jouent dans ceux-ci. Dans tout domaine ontique-pratique, il y a certains éléments, sans lesquels l'action est impossible. L'action est le point central du domaine, parce que celui-ci a été créé précisément pour constituer (dans le sens de créer) et diriger l'action. Ces éléments **nécessaires**, qui apparaissent dans chaque domaine ontique-pratique, sont : l'espace, où l'action doit avoir lieu, le temps, pendant lequel l'action doit se produire, les sujets de l'action, les compétences respectives de ceux-ci, et les procédures qui expriment l'action. Ici, je ne veux pas m'étendre à analyser chacun de ces éléments, mais je voudrais souligner quelques aspects, qui sont importants pour comprendre le problème des règles.

Les quatre éléments cités, c'est-à-dire l'espace, le temps, les sujets et les compétences, constituent les éléments nécessaires de caractère statique, tandis que la procédure est l'élément nécessaire de caractère dynamique. Les éléments nécessaires statiques ne concernent pas l'action directement, mais indirectement. C'est impossible de réaliser une action qui appartient au domaine quand les mouvements correspondants sont réalisés en dehors de l'espace et du temps établis, ou par d'autres sujets que ceux fixés antérieurement, ou en dehors de toute compétence.

Les éléments nécessaires, qui concernent seulement indirectement l'action, sont les conditions préalables de celle-ci, et de ce fait peuvent être également conditions de l'action. Ils forment la structure ontique du

domaine. Par conséquent, les éléments nécessaires statiques du domaine peuvent être aussi appelés conditions de l'action ou conditions préalables ou conditions ontiques, ou simplement éléments ontiques du domaine.

Au sujet de la procédure, il nous intéresse de souligner deux aspects. En premier, son caractère nécessaire. Nous ne pouvons pas jouer à un certain jeu si nous ne le faisons pas dans le cadre des éléments ontiques et en utilisant une procédure déterminée. La même chose a lieu dans le droit. Afin qu'une action soit "*juridique*", c'est-à-dire appartenant au domaine ontique-pratique qui est le droit, nous devons utiliser nécessairement une procédure déterminée. Toute action concrète, appartenant à un domaine déterminé ontique-pratique, est une réalisation in actu d'une procédure générique. Néanmoins, la procédure générique n'est que l'action générique, établie conventionnellement par les créateurs du domaine. La procédure doit être obligatoirement présente dans la réalisation de l'action, parce qu'elle n'est rien d'autre que l'action générique. Cette caractéristique, je l'appelle le caractère omniprésent de la procédure. L'idée habituelle, qui relie étroitement la procédure avec le comportement des organes juridiques, doit être réprouvée comme une manière limitée.

Ceci est relié avec le deuxième aspect que je veux ici souligner. La procédure est l'élément nécessaire de caractère dynamique du domaine. Ce caractère consiste en ce que l'action, considérée en elle-même, mais qui n'est pas encore réalisée, est l'action générique. Brièvement : la procédure est l'action. La forme d'expression habituelle d'après laquelle l'agent obtient, par la procédure, l'action comme résultat, est fautive, parce qu'elle confond l'action avec le résultat en lui-même, l'action in fieri avec l'action déjà terminée et exécutée. Dans le sens strict, il faut appeler le procès dynamique l'action, et non son résultat qui est seulement le résultat de l'action.

Les éléments nécessaires du domaine ontique-pratique sont de deux types : "*statique et dynamique*", en ce que la caractéristique des deux est l'expression

de la nécessité conventionnellement établie. Ils ne sont par conséquent ni la manifestation de la nécessité naturelle ou causale, ni la nécessité logique. La nécessité conventionnelle est celle qui a son origine dans la convention.

Un domaine ontique-pratique peut être constitué exclusivement par des éléments nécessaires. Ainsi, il y a certains jeux dans lesquels sont établis le cadre de l'espace et du temps, les sujets, les compétences et les procédures. Dans le jeu des échecs, par exemple, ces éléments créent l'être du jeu considéré en lui-même. Les devoirs ont ici seulement un sens en rapport avec le jeu, à l'occasion de celui-ci, mais directement, ils n'ont rien à voir avec la propre action du jeu mais seulement avec le comportement moral ou quasi-moral de respecter l'adversaire, de ne pas faire de bruits pour le distraire, etc...

Dans le droit, les choses sont très différentes, car nous savons que, dans tout ordre juridique, il y a des comportements qui sont obligatoires et des comportements qui sont violations, des actions licites et illicites. Le devoir n'appartient pas au monde de la nécessité mais dans le cadre de la possibilité. Donc tout ordre juridique se caractérise en ce qu'il est un domaine ontique-pratique, dans lequel, à côté des éléments nécessaires de caractère statique et dynamique, des éléments possibles sont établis sous la forme de la déonticité.

Tous les éléments ici décrits peuvent se trouver dans les règles et ses divers types. Comme le domaine est le résultat de la convention, c'est-à-dire langage, ces éléments ne peuvent être créés que seulement par certaines expressions linguistiques.

Le système juridique est un système de règles de nature linguistique différente, cela est évidemment le reflet des divers éléments qui le composent. Il est nécessaire de souligner l'hétérogénéité des règles qui composent l'ordre juridique que nous ne devons pas seulement comprendre en rapport avec sa fonction différente à l'intérieur du système, parce que ce critère est insuffisant si on le considère tout seul, c'est-à-dire

si on ne l'incorpore pas et si on ne lui donne pas un sens par l'investigation des manières différentes d'expressions des règles. Comme celles-ci ne sont qu'expressions linguistiques, il faut évidemment souligner leur fonctionnalité hétérogénique dans les types des propositions qui expriment leur vraie signification. Dans le schéma proposé dans mon livre, je fais l'analyse linguistique des règles sans oublier leur fonctionnalité immanente dans le domaine. La fonction immanente des règles se reflète dans sa forme linguistique.

Examinons maintenant les trois types des règles mentionnées précédemment : règles ontiques, règles de la procédure ou techniques conventionnelles, et règles déontiques ou normes.

Les règles ontiques sont celles qui créent les éléments ontiques du système, c'est-à-dire l'espace, le temps, les sujets et les compétences. Leur force vertorielle vient de ce que, par elles, le créateur ou les créateurs du domaine engendrent les éléments nécessaires de caractère statique de l'être nouveau. Elles s'expriment ou sont exprimées par le verbe **être**. Cela signifie que leur vrai sens, obtenu par la reconstruction de leur sens correct, doit être et peut être exprimé avec le verbe être, bien que, dans le langage du créateur (le pouvoir constitutif, législatif, etc...), c'est-à-dire le texte "*brut*", cela n'est pas pareil.

Dans la règle ontique, le verbe être n'a aucun caractère descriptif et qualificatif. Il ne décrit ni ne qualifie quelque chose, parce que la description ou la qualification supposent l'existence antérieure de ce qui est décrit ou qualifié. C'est aussi la raison pour laquelle la règle ontique n'est comparable ni avec la définition, ni avec l'acte de désignation du nom des choses. Toutes ces opérations supposent l'existence antérieure de l'objet en référence quel qu'il soit. La règle ontique n'a pas de référence à une réalité antérieure, elle crée elle-même la réalité.

Dans tout système juridique, les règles ontiques sont :

- a) les règles qui délimitent l'espace du domaine

et structurent intérieurement, comme par exemple celles qui établissent les frontières dans l'espace, des états, état fédéral, régions, provinces, villes municipales ou d'autres démarcations territoriales. Ainsi les règles qui créent la capitale de l'état et les différentes capitales des différentes circonscriptions territoriales, comme aussi celles qui font référence à la localisation dans l'espace des personnes (domicile), des institutions, etc...

b) les règles qui délimitent les cadres temporels de l'action, parmi lesquelles il faut remarquer les règles déroгатives ; celles-ci sont un type spécifique des règles ontiques, parce qu'elles ne sont pas dirigées directement à régler l'action, mais elles se limitent à signaler autoritairement la fin de la validité temporelle d'une autre règle ou d'un ensemble de règles.

c) les règles qui établissent autoritairement **qui** sont les sujets de l'action juridique, c'est-à-dire les sujets du droit. Aussi bien les institutions que les personnes doivent être considérées comme sujets, en comprenant ce mot dans sa signification la plus large, qui équivaut au sujet de l'action juridique. Les règles qui établissent les sujets, également celles qui limitent le cadre espace-temps de l'action, sont seulement exprimables par le verbe être car elles indiquent qui sont les sujets du droit.

d) en dernier, toutes les règles qui créent les domaines matériels de la capacité d'action des sujets du droit, c'est-à-dire leurs compétences respectives. Le mot compétence doit être également compris dans sa signification la plus large, comme domaine de l'action potentielle des sujets respectifs. Jusqu'ici la différence entre compétence et capacité d'exécuter, dans ce contexte, n'a pas de sens parce qu'être compétent ne veut pas dire autre chose qu'être capable de réaliser des actions déterminées, et avoir la capacité d'exécuter peut se traduire par être le titulaire d'une compétence déterminée. De la même façon, la notion de droit subjectif, sur laquelle il y a souvent polémique, a ici sa place, parce que, avec cette expression, nous nous tournons simplement vers une concrétisation

déterminée de la compétence d'un sujet du droit.

Dans ce groupe de règles sont comprises celles qui fixent la majorité, celles qui établissent la capacité pénale ou autres types de capacité, comme par exemple celle de pouvoir se marier ou de faire certaines affaires juridiques, et également les règles qui délimitent la capacité générale, en nous montrant les incapacités. Et en dernier, il faut mettre les règles qui délimitent les compétences des institutions, aussi bien privées que publiques.

Voyons le second type de règles : les techniques conventionnelles ou de la procédure. Ce type de règles était inconnu de la théorie du droit jusqu'à mon travail "*Norme et règle technique*" (2). Dans la conception traditionnelle, on considère règle technique celle qui établit les moyens nécessaires pour atteindre un but déterminé, et nous devons tenir compte que, aussi bien le moyen que le but sont des moyens naturels. La règle technique ainsi considérée n'est rien d'autre qu'une conversion de la loi causale correspondante. Si celle-ci nous dit que la chaleur (cause) produit la dilatation du métal (effet), la règle technique se formule de la façon suivante : si quelqu'un veut que la dilatation d'un métal se produise, il a à le chauffer. Ce "*avoir à*" signifie que la règle technique n'est pas une loi descriptive, comme la loi causale, mais prescriptive, parce qu'elle est dirigée vers quelqu'un qui veut librement l'obtention des buts déterminés. Et en plus, le verbe **avoir à** se différencie du verbe *devoir* en ce que le premier est l'expression d'une nécessité indispensable et le second implique la possibilité de la violation. Si le sujet ne s'en tient pas à la règle technique, il ne la viole pas en réalité : seulement il n'arrive pas au but qu'il s'est proposé. On ne peut pas dire : parce que je n'ai pas approché le métal à la chaleur, j'ai violé la règle technique qui prescrit que, si je veux dilater le métal, je dois le chauffer.

Cette règle, liée avec la loi causale, je l'ai appelée règle technique-causale dans le but de la différencier des autres types de règles techniques, c'est-à-dire les règles techniques-conventionnelles et les règles

techniques-logiques. De la même façon, comme la règle technique-causale est une règle de l'action qui exprime une liaison nécessaire entre le moyen et le but, c'est la même chose dans les deux autres types de règles techniques. La règle technique-logique établit les étapes de la procédure de caractère logique, qui sont nécessaires pour parvenir à un raisonnement correct (naturellement dans une logique dont on suppose l'idonéité).

D'autre part, la règle technique-conventionnelle nous dit comment il faut agir nécessairement pour que l'action appartienne à un domaine ontique-pratique. Par exemple : les règles du jeu d'échecs qui nous disent **comment** il **faut** déplacer les pions. Si quelqu'un veut déplacer le fou, il **faut** le faire nécessairement en diagonale. Il ne peut pas le faire d'une autre manière. S'il ne le fait pas de cette façon, il ne viole rien, mais il ne joue pas au jeu d'échecs (une violation supposerait la réalisation d'une action illicite du jeu mais qui reste encore une action du jeu).

Dans le droit, les règles de la procédure sont des règles techniques-conventionnelles ; elles nous disent comment le sujet doit agir afin que son action soit désignée action "*juridique*". S'il ne le fait pas comme cela, son action n'est rien au point de vue du droit. Précisément, comme il n'y a aucun raisonnement correct si l'on ne tient pas compte de la règle logique, et comme l'effet physique désiré ne se produit pas si la cause n'est pas réalisée, aucune action qui appartient au domaine ne peut avoir lieu si l'on n'agit pas comme la règle conventionnelle l'exige. L'action aurait eu lieu si l'agent avait agi en accord avec la procédure. Il faut souligner énergiquement que, dans le domaine ontique-pratique, toute action est exprimable par une procédure, de telle façon qu'il faut écarter l'idée que la procédure s'attache seulement aux institutions juridiques. La procédure, au contraire, se manifeste comme "*omniprésente*" : une action est seulement juridique si elle exécute la réalisation concrète d'une procédure. C'est égal que l'action soit réalisée par une institution juridique ou par d'autres types d'institutions ou par un simple citoyen. Si quelqu'un

veut se marier, il doit remplir certaines formalités et réaliser certains actes. La même chose est valable si un étudiant veut s'immatriculer à la faculté de droit, ou si quelqu'un veut acheter des cigarettes. La procédure peut être plus ou moins rigoureuse, elle peut être plus ou moins flexible pour le sujet de l'action, mais elle existe toujours comme exigence inéluctable. Si elle n'existe pas, dans un cas déterminé, en relation avec certains mouvements, il faut dire alors que ces mouvements déterminés ne constituent pas une action juridique, c'est-à-dire que, dans le cadre ontique-juridique qui est le droit, ils ne peuvent pas être considérés. Ce sera un ensemble de mouvements indifférents du point de vue juridique.

Par conséquent, toutes les règles qui montrent ce que le sujet du droit doit faire pour réaliser une action juridique, quelle que soit la façon, sont des règles de la procédure de caractère conventionnel, c'est-à-dire des règles techniques-conventionnelles.

Les règles techniques-conventionnelles ou règles de la procédure sont des règles nécessaires, parce qu'elles-mêmes créent l'action générique qui est l'élément dynamique du système. Ces règles montrent les conditions préalables, qui sont nécessaires pour que l'ensemble des mouvements réalisés par l'agent puisse être qualifié comme action appartenant au domaine. Elles sont tournées vers la personne libre qui se propose la réalisation d'une telle action.

Les règles de la procédure sont des règles directes de l'action parce qu'elles exigent un comportement direct de l'agent. Cette exigence a un caractère "nécessaire" et pour cela inéluctable, à la condition que le sujet veuille réaliser une action du domaine. Linguistiquement, on les exprime avec le verbe **avoir** à qui se différencie du verbe devoir, parce qu'il n'accepte pas l'idée de la violation. Celui qui ne réalise pas le mouvement exigé par la règle de la procédure, ou cela dit d'une façon plus large, celui qui n'accomplit pas les conditions nécessaires établies par elle, ne viole rien, précisément parce que son action n'appartient pas au domaine.

Afin qu'une action soit qualifiée comme action juridique illicite, il est évident premièrement qu'elle doit être une action juridique, c'est-à-dire une action qui appartient au domaine ontique-pratique qui est le droit. Dans ce sens, le délit est une action juridique parce que c'est une action qui n'est pas indifférente au domaine. Au contraire, celui-ci considère l'action de telle façon que, par d'autres règles, il impose le devoir, à une autre institution, d'ordonner une sanction au sujet imputable, et à une autre institution, le devoir de réaliser un comportement dont le contenu est l'imposition effective de la sanction.

La règle de la procédure peut être appuyée par une règle déontique, c'est-à-dire par un devoir, par exemple quand il existe, dans un ordre juridique déterminé, une norme, qui impose à une institution le devoir d'accomplir les règles de la procédure. Dans ce cas, il est nécessaire de différencier clairement la norme, qui exprime le devoir, et le contenu de celui-ci, qui est évidemment une règle technique-conventionnelle. L'institution doit remplir de telles conditions. La règle qui exprime ces conditions doit se différencier de celle qui exprime le devoir.

Mais pas toujours n'est appuyée la règle de la procédure par une norme. Quand l'ordre juridique détermine seulement les conditions nécessaires afin que l'action d'un sujet appartienne au domaine, mais n'impose pas, par une règle déontique ou norme, le devoir de réaliser cette action, on peut dire alors que la règle de la procédure est indépendante de devoir.

La règle de la procédure ressemble à la règle déontique, qui sont toutes deux des règles nécessaires, parce qu'elles expriment une nécessité dont le caractère, dans le premier cas, est dynamique, et dans le second cas, statique. L'union de ces deux types de règles constitue la base du droit, parce que, sans règle ontique ou de la procédure, l'action du domaine juridique est impossible. Elles se différencient entre elles en ce que les règles ontiques sont des règles indirectes de l'action et les règles de la procédure sont des règles directes parce qu'elles sont tournées

directement vers le sujet de l'action pour lui imposer un certain comportement.

Les règles techniques ne peuvent pas être violées, mais pourtant non accomplies, ou mieux dit : "*non réalisées*". La non réalisation de la règle technique produit comme conséquence que ce qu'on doit en principe attendre, à savoir que l'action du domaine qui aurait lieu, en réalité ne se produit pas. Nous sommes alors devant la nullité juridique : l'action est nulle. La nullité n'est pas une sanction mais la conséquence de la non réalisation des conditions, qui sont exigées comme nécessaires.

En dernier, à côté des règles ontiques et des règles techniques conventionnelles ou de la procédure, il y a dans le droit des règles déontiques ou normes. Nous appelons règles déontiques celles qui expriment **devoir**. Le **devoir** met absolument de côté la nécessité mais suppose la possibilité parce qu'elle implique aussi bien le pouvoir de réaliser la conduite exigée que de pouvoir ne pas la réaliser. La preuve, nous la trouvons dans le fait que les actions licites aussi bien qu'illicites appartiennent au domaine. En rapport avec un devoir juridique, la conduite conforme et celle non conforme sont, malgré leur relation contraire au devoir, des conduites juridiques qui appartiennent au même domaine, le droit.

A la différence des règles ontiques et des règles de la procédure, les règles déontiques ne sont pas nécessaires, parce qu'elles n'expriment pas une nécessité. Mais elles ont en commun avec les règles de la procédure qu'elles sont des règles directes de l'action, qui se tournent immédiatement vers le destinataire, en exigeant de lui un comportement. L'action exigée par une règle déontique est la conduite.

La norme est simplement l'expression linguistique du devoir ou, cela dit plus précisément, la norme est le devoir même, exprimé linguistiquement. Ce n'est pas essentiel à la norme, qu'elle prévoit une sanction ou un acte coercitif. L'essentiel de la norme est seulement le devoir parce que norme et devoir sont la même chose. Que la coercition ne soit pas essentielle

à la norme prouve l'existence des domaines pratiques, comme la morale, dans laquelle il est exclu l'usage de la force. D'autre part, dans l'ordre juridique, nous nous trouvons très souvent devant des devoirs qui ne sont pas reliés avec des sanctions. Malgré tout, ces devoirs sont **juridiques**, parce qu'ils appartiennent au système qui est le droit. Le critère de caractère juridique d'une norme n'est pas son rapport avec une sanction, mais son appartenance au domaine d'un droit positif déterminé, engendré, comme nous l'avons vu, par la convention.

Considérées isolément, les normes ne montrent en elles-mêmes aucune remarque qui puisse caractériser leur nature juridique, morale, sociale, etc... La structure de la norme est toujours la même : chaque norme est l'expression linguistique d'un devoir conditionné. En réalité, dire devoir "*conditionné*" est la même chose que dire simplement devoir, parce qu'un devoir non conditionné est impensable. La conditionnalité du devoir doit au moins faire référence à la remarque personnelle du destinataire et à l'existence de l'objet du devoir. Par exemple, la prescription : "*tu dois aimer ton prochain*" suppose premièrement l'acceptation, de la part du destinataire, d'une autorité qui a dicté la prescription (Jésus, conscience personnelle, etc...), et d'autre part, l'existence du prochain. Cette prescription ne devrait pas être exactement formulée dans une forme catégorique, à savoir : si tu acceptes la morale évangélique comme obligatoire (ou bien, si tu acceptes la voix de la conscience comme la voix de ton devoir) et s'il existe un prochain, tu dois l'aimer. On pourrait dire que le prochain existe toujours, mais cela ne serait pas une objection exacte, pour reconnaître le caractère conditionnel du commandement. Chaque norme est hypothétique.

Et de cette façon, chaque norme juridique est hypothétique. Le problème est de savoir comment l'ordre juridique articule ses règles déontiques et à quel endroit il correspond dans la structure générale de la sanction. Nous voyons que chaque ordre juridique prévoit des sanctions et que la coercition est une de ses caractéristiques. Mais il faut souligner que,

ni les règles ontiques, ni celles de la procédure ne sont des règles coercitives, parce que l'imposition d'une sanction est complètement étrangère à leur nature. En rapport avec les règles ontiques, parce qu'elles ne sont pas règles de l'action et pour cela ne sont pas susceptibles d'être accomplies ou non accomplies, d'être réalisées ou non réalisées, et en rapport avec les règles techniques conventionnelles parce qu'elles sont inviolables, l'effet de leur non-accomplissement est la non-obtention du résultat que l'on aurait eu dans le cas où le sujet se serait comporté conformément à la règle. Cela signifie simplement la nullité. Par conséquent, la coercition du droit peut se comprendre seulement en rapport avec les règles déontiques, parce que des sanctions peuvent être seulement imposées au sujet qui viole la règle et que le sujet peut seulement exister lorsqu'il y a des règles qui établissent des devoirs. Sans devoir, il n'y a pas de violation, et sans violation il n'y a pas de sanction.

Mais dans le droit, toutes les règles qui expriment des devoirs ne sont pas toujours liées avec des sanctions. Dans chaque ordre juridique, il y a des prescriptions qui le prouvent. Et d'autre part, il est impossible de lier tous les devoirs avec des sanctions, tout au moins en rapport aux institutions suprêmes de décisions, dont les devoirs juridiques ne sont pas renforcés par des sanctions. Ici existe une impossibilité logique.

Toute cette problématique nous amène à la question de la structure de la norme juridique. On pense que la norme juridique "*complète*" est exprimable par l'union entre une supposition de fait et une conséquence juridique ou sanction, par une union de devoir ou devoir être. C'est cette forme-ci : si H est, C doit être, où H est la supposition des faits et C la conséquence juridique. Cette formulation est très simplifiée et nous conduit à des problèmes difficiles en vue de la distinction entre norme "*complète*" et "*incomplète*". Nous voulons laisser ce problème de côté (3), afin de nous concentrer sur la complexité qui enveloppe cette formule simplifiée.

Sous cette formule se cachent en effet trois règles

déontiques différentes :

- (N1) la norme du comportement
- (N2) la norme des décisions
- (N3) la norme d'exécution

La norme du comportement est celle qui exprime un devoir pour certains sujets du droit, lesquels n'ont aucune qualité d'institutions, ils sont simplement citoyens. La norme de comportement peut être exprimée par une formule hypothétique : si certains citoyens remplissent certaines conditions, alors ils doivent réaliser un certain comportement.

La norme de décision n'est pas tournée vers le citoyen mais vers l'institution à laquelle elle impose le devoir de décider. La décision, objet du devoir de l'institution, peut être reliée avec la norme de comportement dirigée vers le citoyen. Dans ce cas, elle supposera la violation de celle-ci, et s'exprimera comme le devoir d'ordonner, dans certaines conditions, une sanction déterminée contre le sujet violateur.

Mais il peut se passer également que la norme de décisions ne soit pas du tout liée avec la norme de comportement, comme par exemple lorsqu'une institution doit décider ce que d'autres institutions ou certains citoyens doivent faire dans certaines circonstances. La norme des décisions n'est, par conséquent, pas nécessairement liée avec la norme de comportement. En même temps, cette dernière peut, en certaines occasions, ne pas être renforcée par une norme de décisions, par exemple quand le législateur, pour des raisons qu'il juge opportunes, a imposé un devoir de comportement sans avoir prévu un mécanisme de décisions postérieures.

La norme d'exécution est celle qui exprime le devoir de l'institution d'exécution et dont le contenu est l'exécution de l'ordre par la norme de décision. L'action qui doit réaliser l'institution d'exécution peut être une sanction quoique la notion d'exécution, dans la sanction, ne soit pas épuisée.

Dans la majorité des cas, l'ordre juridique articule ses règles déontiques de telle façon que les trois

types signalés sont liés entre eux-mêmes. La caractéristique de la coercition se réduit alors au fait que, dans chaque ordre juridique, il existe une grande quantité de normes, qui appartiennent au type que j'appelle "*norme d'exécution*". Le contenu se concrétise à ordonner à une institution un comportement qui consiste à l'exercice de l'action. La notion d'exécution n'est pas épuisée dans celle de la coercition, également celle-ci n'est pas épuisée dans celle de la sanction. Seulement parce qu'il y a dans l'ordre juridique des normes d'exécution, dont la fonction est l'exercice de la force, nous disons que le droit, à la différence d'autres systèmes de règles qui, comme la morale, n'ont pas ce type de normes, est un ordre coercitif.

Je considère comme normes déontiques celles appelées habituellement "*normes permissives*", les normes interprétatives et les règles admonitives.

Toute norme "*permissive*" est l'expression d'un devoir formulé de manière indirecte, c'est-à-dire en rapport avec les sujets vers lesquels la permission n'est pas dirigée. Et aussi, nous devons tenir compte que l'action juridique indifférente, c'est-à-dire celle qui n'est pas la réalisation d'une procédure juridique, n'est pas une action juridique, et c'est pourquoi elle n'est pas "*permise*". Ce qui est, juridiquement, indifférent est en dehors du droit.

Les règles interprétatives sont des règles déontiques, dirigées à orienter l'activité intellectuelle qui consiste dans l'interprétation et qui accompagne tout procès de décisions. Comme règles interprétatives, on peut considérer les types suivants :

- a) les définitions légales ainsi nommées,
- b) les règles qui indiquent le sens d'un mot ou d'une expression,
- c) celles qui prescrivent certaines méthodes herméneutiques et
- d) celles qui établissent la prohibition de certaines formes d'interprétation.

En résumé, le droit, du point de vue formel ou logique-linguistique, est un système de règles de trois types différents : règles ontiques, techniques-conventionnelles ou de la procédure, déontiques ou normes, lesquelles, de nouveau, peuvent être de trois sortes : normes de comportements, normes de décisions, et normes d'exécution. Les règles ontiques s'expriment avec le verbe **être** et sa fonction immanente est de créer les éléments ontiques du système. Les règles de la procédure sont expression du **avoir à** conventionnel, qui constitue la procédure, qui est l'action. Et en dernier, les règles déontiques ou normes sont celles qui expriment un **devoir**.

NOTES

(1) Gregorio Robles, Las reglas del derecho y las reglas de los juegos, Palma de Mallorca, 1984.

(2) Gregorio Robles, Norma y regla técnica. Actas del Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata, 1982. Aussi dans : Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1982. Maintenant comme supplément I dans : Las reglas del derecho y las reglas de los juegos, op. cit. s.

(3) Consulter ma critique à Kelsen, dans Epistemología y Derecho, Ed. Piramide, Madrid, 1982, p. 133-137.

CONSIDERATIONS SUR LA SEMIOTIQUE
JURIDIQUE :
LE POINT DE VUE SOCIOLOGIQUE

Par

Domenico CARZO

Università di Messina

Je désire avant tout remercier Monsieur le Professeur Atias pour l'excellente organisation de ce colloque ; je remercie aussi mes collègues qui ont contribué à la réalisation du volume "*Semiotics, Law and Social Science*"; enfin je remercie particulièrement mon ami, Monsieur le Professeur Bernard Jackson, qui a fort bien présenté chacun des essais paraissant dans le livre cité.

Ma tâche, ici, comme me l'a suggéré mon ami Monsieur le Professeur Carrion-Wam, est seulement de proposer quelques idées à la discussion.

C'est donc ce que je ferai brièvement, de manière à ne pas prendre de temps au débat.

On sait que la sémiotique est considérée par F. de Saussure - mais pas seulement par lui - comme une branche de la psychologie ou de la sociologie (1), bien qu' "*il soit une grave erreur de ne pas cueillir les caractères qui n'appartiennent qu'aux systèmes sémiotiques en général*" (2), en "*réduisant*" en conséquence l'analyse au simple point de vue sociologique (sociologos).

En tant que sociologue, donc, je me sens en droit de raisonner sur les buts, les méthodes et les perspectives qui font l'objet de ce colloque : la Sémiotique

Juridique. Bien que je sois sociologue (avec un background sémiotique et linguistique), il me faut toutefois admettre que ce n'est pas la sémiotique qui fait part de la sociologie, mais bien le contraire : ce serait la sociologie, [en tant que "*science qui étudie (...) les fondements, les phénomènes essentiels, les processus récurrents de structuration et de déstructuration, les manifestations typiques de la vie dans la société et leurs transformations, les conditionnements que les rapports et les relations sociales exercent sur la formation et sur l'action des individus*" (3)], ce serait la sociologie, donc, qui devrait recourir à des méthodes sémiotiques pour interpréter l'interaction sociale qui, on le sait, peut avoir lieu soit en recourant à l'usage d'un langage verbal, soit en recourant à des schémas de comportement "*non verbaux*" (4) (j'emploie cette expression bien que je sois d'accord sur les critiques exprimées par Monsieur Sébéok à son sujet (5)).

Cela ne signifie pas réduire l'étude de la société à l'étude de simples rapports d'interaction (symbolique et de signes) en marginalisant par conséquent les phénomènes et les processus liés au pouvoir, à l'économie, aux groupes et aux classes sociales. Au contraire, cela signifie mettre l'accent sur le fait que, sans comportements sous forme de symboles ou de signes, on ne pourrait pas développer de comportements plus complexes tels que ceux justement qui sont liés à la sphère du droit ; mais aussi on ne pourrait pas développer en conséquence de méta-théories sur ces phénomènes.

Je crois qu'il est nécessaire de souligner que chaque processus sémiotique ne se limite pas au simple échange de messages (de signes) entre individus. Cela signifierait avoir une vision abstraite de tout le processus de **semiosis**. Considérer, en effet, le moment de l'échange de signes (de messages) comme seul moment appartenant au processus sémiotique équivaudrait à réduire l'économie simplement à l'échange de marchandises dans un marché donné. Il faut considérer dans le processus économique comme dans le processus sémiotique deux autres moments fondamentaux qui sont généralement passés sous silence : le moment de la production

des signes et le moment de leur consommation, moments que l'on pose généralement et abstraitement en amont et en aval du moment central de l'échange. La sémiotique donc - comme l'économie - doit considérer la communication dans sa totalité de production - échange - consommation comme un processus d' "*interaction*" en le situant dans une perspective macro-sociologique.

Mais arrivons à notre sujet : la sémiotique juridique. Il est essentiel - à mon point de vue - de **ne pas** considérer le "*phénomène juridique*" comme un simple échange de signes (ou de messages) à contenu juridique (mais ici il faudrait ouvrir une grosse parenthèse pour établir la signification de l'expression "*contenu juridique*" que je viens d'employer : je laisse à d'autres - s'ils le croient opportun - la charge d'en parler). Ce serait trop réductif. Il ne vaudrait pas la peine de se déranger pour organiser un colloque ayant pour sujet la "*sémiotique juridique*". Il faut souligner en effet qu'à travers l'échange de messages verbaux et/ou comportementaux on échange **aussi** d'autres "*choses*" qui sont constitutives du phénomène comme par exemple les "*biens*" ou les "*services*". Mais tout cela - c'est-à-dire l'échange global et à divers niveaux qui s'actualise lors de l'échange de messages juridiques - ne peut être analysé que si l'on fait recours à une théorie (justement la sémiotique) qui tienne compte du processus de production - échange - consommation des signes.

Ainsi par exemple on peut parler de **consommation** de messages juridiques quant on analyse l'emploi des normes de la part des sujets qui en font usage. Généralement les sociologues et les anthropologues du droit font recours justement à ce genre d'analyse pour comprendre les manifestations ou les changements qui ont lieu dans le cadre de la société. On peut en parler aussi à propos des enquêtes qu'ils font pour établir la connaissance que les sujets ont d'une certaine loi (les soi-disantes recherches Kol - **Knowledge Opinion about Law**). D'autre part, on peut parler de **production** de messages juridiques. En ce cas, on peut analyser le moment législatif du point de vue des sujets qui sont chargés de cette fonction ; ce sont en général les philosophes et les sociologues de la politique, mais

aussi les juristes en général, qui étudient ce moment. Cependant, comme un philosophe et économiste du siècle passé nous le suggère impérativement, il faut affirmer qu'il ne peut exister de **production** sans **consommation**. "*La production - dit Marx - produit non seulement un objet pour le sujet, mais aussi un sujet pour l'objet*". Elle produit donc "*la consommation (1) en lui créant le matériau, (2) en déterminant la modalité de consommation, (3) en produisant comme besoin du consommateur les produits qu'elle a situés à l'origine comme objets*" (7).

On peut finalement parler d'échange de messages juridiques, mais en tenant compte que l'échange est un moment très important - seulement un moment - de tout le processus qui va de la production à la consommation. Naturellement, il y a aussi un échange de "*messages juridiques*" non seulement entre producteurs institutionnalisés (le législateur) et consommateurs (le citoyen), mais aussi entre les consommateurs eux-mêmes (c'est-à-dire les citoyens), comme par exemple le contrat, ou entre producteurs (par ex. l'Assemblée constituante et le législateur).

De tels messages peuvent revêtir la forme de simples comportements. Tout cela confirme la thèse que le processus production-échange-consommation est formé de moments mis en corrélation entre eux et qu'on ne peut séparer analytiquement que par **abstraction**.

En reprenant l'analogie entre la sémiotique et l'économie, nous pouvons affirmer que, comme il existe une **production de marchandises moyennant de la marchandise** (Cfr Sraffa), (par exemple la production d'un paquet de cigarettes moyennant une autre marchandise : le travail humain ; ou encore : la production d'une machine qui se fait par l'usage d'une autre machine qui contient - ou incorpore - la force-travail humaine), ainsi il existe aussi une production de messages à travers d'autres messages, comme par exemple les produits esthétiques qui se fondent sur une **Weltanschauung** concomitante (littérature vs texte ; soit sur le plan extra-textuel qu'intra-textuel). En outre,

on peut dire qu'il existe une production de normes au moyen d'autres normes comme par exemple les "*circulaires ministérielles*" qui sont organisées et produites par les lois (les lois écrites à l'endroit de la constitution, etc...).

Ce que je viens de dire peut servir à donner l'idée, **d'un certain point de vue**, du cadre dans lequel se sont acheminés quelques-uns des essais insérés dans le volume **Semiotics, Law and Social Science**. Je désire souligner un autre aspect qui a été ébauché, bien qu'en passant, dans quelques essais : le problème du mensonge.

Eco a affirmé que "*chaque fois que l'on a un processus de communication ou de signification existe la possibilité de mentir*" (8). Le mensonge, donc, serait inné au processus de **semiosis** ! Mais souvent les agents savent déjà, et donc acceptent, un certain degré de mensonge dans leurs interactions : il semble même que le processus de socialisation puisse servir aussi pour faire comprendre au sujet interprétant quelles sont les **réelles** intentions du sujet agent (en allant au-delà des déclarations verbales de ce dernier, en donnant donc plus d'importance au contexte dans lequel se développe le message ou la série de messages). Par conséquent, la tâche fondamentale du sujet interprétant semble être justement la décodification non seulement du message verbal (qui peut avoir lieu en utilisant les règles de la sémantique), mais aussi en situant le message, son émetteur et son interprète dans un contexte bien défini. Tout cela arrive presque généralement chaque fois que l'on a une interaction communicative ou significative.

Dans le cas de messages "*préceptifs*" s'instaure le même processus : le destinataire de la communication ne veut pas savoir si ce que l'émetteur veut lui communiquer est vrai ou faux, mais il voudrait savoir **pourquoi** l'émetteur dit cette chose-là : il veut savoir quelles sont les motivations (latentes) pour lesquelles l'émetteur émet un message "*préceptif*". Dans le meilleur des cas sa recherche sur les réelles motivations (latentes) de l'émetteur se conclura (1) ou avec la vérification de la "*validité*" intra et inter-textuelle (c'est-à-dire

une validité qui a sa raison d'être dans la sémantique de l'énoncé et du contexte dans lequel il se situe). Je voudrais rappeler à ce propos F. de Saussure sur le concept de "valeur" ; (2) ou avec la vérification formelle du pouvoir : "*l'émetteur dit x parce qu'il a le droit de le faire en tant qu'émetteur*". Donc, souvent, le récepteur analyse les messages selon leur "valeur" "objective" (c'est-à-dire d'un point de vue sémantique) et ne considère pas tout le processus de **semiosis** dont le message fait part, et qui comme tel **revêt un caractère social**. En d'autres mots, chaque message est le résultat d'une certaine **pratique sociale** qui peut être cachée par l'emploi pseudo-objectif (quasi objectif) du "*message juridique*". On peut dire donc que le mensonge est présent dans chaque message à contenu juridique et qu'il concerne l'Idéologie qui se reflète dans la pratique sociale et qui souvent est sous-entendue : **son lieu (le lieu du mensonge) est le lieu du pouvoir et la tâche de la sémiotique juridique est celle de le démystifier**. Le passage du juridique au social, ici, est évident. Le point de vue que l'on choisit pour l'analyse est certainement de fondamentale importance : un point de vue lié à une perspective interne à l'appareil normatif ou un point de vue lié à une perspective externe à l'appareil normatif, plus proche, en somme, à la société dans son ensemble.

Pour ce qui me regarde, en tant que sociologue, je crois que l'étude des phénomènes juridiques d'un point de vue interne est extrêmement réductive, sinon impossible ; je crois même qu'il est indispensable pour l'étude critique du droit de déplacer l'attention par exemple sur la "*fonction*" du "*système juridique*" dans le cadre de la plus vaste vie sociale. Mais on sait que le droit, et donc le "*système juridique*", a été longtemps défini comme un moment pour réguler le conflit social. Au contraire, il faudrait commencer à l'imaginer comme un **indice** pour mesurer le conflit qui existe dans la société ; en ce sens, la sémiotique juridique aurait, entre autres, la tâche de décodifier et donc de rendre manifeste le niveau de conflictualité.

NOTES

- (1) F. de Saussure, Introduction au deuxième cours de linguistique générale (1908-1909), Droz, Genève (trad. it. Ubaldini, Roma, 1970, p. 38).
- (2) D'Arco S. Avalle, L'ontologia del segno in Saussure, Giappichelli, Torino 1973, p. 4.
- (3) L. Gallino, Dizionario di Sociologia, UTET, Torino 1978, p. 635.
- (4) Th.A. Sebeok, Contributions to the Doctrine of Signs (trad. it. Feltrinelli, Milano 1977, p. 150).
- (5) Th.A. Sebeok, Ibidem, p. 15.
- (6) K. Marx, Introduzione a Per la critica dell'economia politica, Editori Riuniti, Roma 1956, p. 180.
- (7) K. Marx, Ivi.
- (8) U. Eco, Trattato di semiotica generale, Bompiani, Milano 1975, p. 17.

LES "MANCHETTES" D'UN COLLOQUE

Par

Pierre GILMAN

*Conseiller juridique dans une entreprise
de presse (Belgique)*

Un romancier français de ce siècle, Paul Morand, est l'auteur d'un livre intitulé **L'homme pressé**.

Je suis un homme pressé, chaque jour. J'exerce la fonction de conseiller juridique dans une entreprise de presse belge, et chacun d'entre vous peut pressentir le malheur de travailler dans un journal : le temps ne nous attend pas.

Ainsi exercé à la vitesse, je n'empêcherai pas que notre Colloque soit bouclé à l'heure prévue.

Je voudrais simplement vous livrer quelques réflexions, forcément réductrices, un peu à la manière dont un journal compose sa "*Une*" (sa première page), c'est-à-dire en donnant à lire, en peu de mots composés en gros caractères, ce que l'on trouvera développé à l'intérieur du journal, dans des colonnes remplies de mots imprimés en petits caractères.

Quelles sont donc, à mes yeux, les "*manchettes*" de notre Colloque ?

Première manchette :

"La sémiotique juridique... ? Connais pas !"

Derrière cette annonce volontairement polémique, sinon même provocatrice, je voudrais suggérer en premier lieu, et plus paisiblement, ceci : qu'il n'y aurait pas, aujourd'hui, une sémiotique juridique, parce qu'il n'y aurait pas une sémiotique "*tout court*".

En d'autres termes, c'est-à-dire en plus de mots : s'il y a, aujourd'hui, plusieurs sémiotiques - c'est-à-dire : autour d'un même nom, plusieurs projets scien-

tifiques incluant des appareils épistémologiques, méthodologiques, conceptuels et, au niveau des "*résultats*", plusieurs rentabilités produites par la mise à l'épreuve de ces appareils -, alors il ne peut y avoir que plusieurs sémiotiques juridiques, en tant que celles-ci revendiqueraient comme étant leur objet possible, le droit, et prétendraient à la connaissance, à l'intelligibilité de cet objet par tel savoir et tel savoir-faire scientifique nouveau.

Pourquoi n'y a-t-il pas une mais plusieurs sémiotiques ?

Cela tient sans doute à ce que la sémiotique (c'est-à-dire le projet scientifique heuristique caché derrière ce nom) est "*écrasé*", tantôt par la linguistique, tantôt par la logique ou la mathématique, pour ne prendre ici que les deux ascendances les plus repérables dans l'histoire et la fortune de ce mot.

Mais on pourrait parler aussi d'autres ascendances, plus récentes et - c'est mon sentiment - de plus en plus imperméables les unes aux autres : autrement dit, plus résolues à prétendre occuper seules toute la place. Ainsi, par exemple, la théorie de l'information ou l'analyse dite automatique des discours.

Ces diverses ascendances - par ceux-là même qui s'en autorisent pour parler de "*leur*" sémiotique -, ces diverses ascendances ne peuvent pas être oubliées, suspendues, gommées, ou encore désavouées. Et j'emprunte ici à dessein au texte du code civil qui parle de la filiation, ce verbe "*désavouer*", indicatif d'un enjeu qui pourrait être traduit trivialement, grossièrement : "*Rien à voir ! Je n'ai rien à voir avec celui-là, avec ceux-là*". Connaître ici les ascendances, les pères, aide à identifier les enfants, les descendances.

Deuxième manchette :

"La sémiotique... ? Connais pas !"

Derrière cette annonce plus courte que la première, je voudrais suggérer ce qui suit - et qui pourrait être développé dans une autre page intérieure du journal de ce Colloque.

Quelle que soit la sémiotique prise en compte, et quelles que soient les sémiotiques ensemble considérées, celui ou celle d'entre nous qui recevrait chez lui (lui : épistémologiste, anthropologue, philosophe, sociologue, politologue du droit) - mais je devrais dire : qui consentirait à recevoir ; et ce n'est pas le cas de tous, ici, me semble-t-il - un ou des sémioticiens, celui-là, celle-là ferait bien d'ouvrir alors "*franchement*" sa porte (plus crûment dit : sa cellule de certitudes) à cet autre, l'étranger, le sémioticien, qui vient à lui comme il se rend chez d'autres (chez l'historien, l'architecte, le plasticien, le troubadour, l'homme du cirque, l'analyste psychanalyste et, depuis notre Colloque, le boursier).

Autrement dit : il n'y aura pas de sémiotique juridique un jour guidée, maîtrisée par nous (nous : sociétaires, membres à titres divers d'une société de discours, qu'entre nous nous qualifions, entre autres, sur le mode génitif : "*discours du droit*" ou, sur le mode explicatif : "*discours sur le droit*"), si nous ne nous laissons pas séduire par un objet de connaissance nouveau qui ne nous appartient pas : le droit regardé comme un système sémiotique.

Bref : il faut consentir à nous abandonner, au moins provisoirement, à la sémiotique "*tout court*", en ce que celle-ci nous saisit - nous et nos faire, nos savoir-faire - comme des sujets et des faire parmi d'autres sujets et d'autres faire.

C'est le grand mérite de Roque Carrion-Wam, dans son étude parue dans le recueil de Jackson et Carzo, de s'être d'abord "*abandonné*", c'est-à-dire d'avoir exposé les sémiotiques (tout court) possibles, que celles-ci aient ensuite ou non trouvé à s'éprouver, jusqu'à aujourd'hui, du côté où nous nous tenons tous, c'est-à-dire du côté du droit.

Troisième manchette :
"Ça parle. Qui parle ?"

Cette question à connotation psychanalytique, en réalité, n'invite à se chercher ici aucune ascendance du côté de la psychanalyse.

Seulement par emprunt au questionnement psychanalytique, je voudrais indiquer, pour ce qui nous concerne, qu'à la différence des discours littéraires (oraux ou écrits) au sujet desquels la question de leur(s) auteur(s) peut être mise à l'abri, c'est-à-dire laissée de côté, nous, sociétaires du droit, posons en général, et d'emblée, qu'une sémiotique juridique (qui reste à fonder) inclurait prioritairement dans son objet les discours textuels produits par les instances législatives, jurisprudentielles, voire doctrinales.

Autrement dit, nous pouvons paraître nous en remettre un peu rapidement à l'institution qui "*porte*" les discours du droit, ou nous désigner entre nous, ou désigner à d'autres, les corpus privilégiés, voire pour certains d'entre nous, exclusifs, à partir desquels fonder, et sur lesquels éprouver un nouveau savoir-faire scientifique identifiable sous les mots "*sémiotique juridique*".

C'est l'endroit où reconnaître que les recherches de Landowski et Hammad illustrent ce que nous devons admettre de la part de sémioticiens "*généralistes*" : à savoir, dans le cas d'espèce, que ceux-ci ne se laissent pas prendre à notre piège institutionnel ou sociétaire (que l'on pourrait traduire : hors de ce qui est dit, écrit par telles instances, pas de discours juridique).

En sens inverse, une recherche, même inconfortable, légère ou frivole en dehors des discours juridiques entendus entre nous comme discours dominants - et je parle ici du voyage ludique de Robles à l'intérieur d'un objet de connaissance très singulier : le jeu - m'apparaît comme non pas la recherche d'un transfige inconscient, mais comme celle d'un sociétaire du droit, curieux de sortir de l'institution qui nous interpelle, et nous interpelle trop exclusivement sans doute.

Ainsi encore, tout le terrain - à peu près inexploré par la recherche sémiotique - du fonctionnement, comme systèmes sémiolinguistiques, des groupes économiques, depuis le plus petit jusqu'au plus grand, dans lesquels l'argent s'échange contre un travail, tous groupes eux aussi producteurs de normes dans le sens d'une règle assortie de la menace d'une sanction.

Ainsi encore, les espaces grand ouverts du " *n o n - droit* " : par exemple, l'état de non-droit établi au Pérou par le mouvement du "*Sendero Luminoso*". Un état de non-droit, mais qui, pourtant, tient tous les discours du droit et sur le droit...

Quatrième manchette :
"Des affaires à suivre"

Quelles que soient leurs ascendances et ... leur fortune, les sémiotiques "*tout court*" que nous pouvons identifier aujourd'hui ne sont pas des mobiles immobiles.

Quelle que soit aujourd'hui - et celle-ci ne peut être empreinte que d'une modestie bien entendue - notre ambition : tenir un langage nouveau sur le droit, il ne faudrait pas que nous inclinant à rester entre nous, cette ambition cesse (trop tôt !) de nous maintenir gourmands de sémiotique "*tout court*", une fois comblé un certain appétit et dépassé une certaine "*mode*" (ou les effets de celle-ci sur certains d'entre nous, bien ou mal compris après coup).

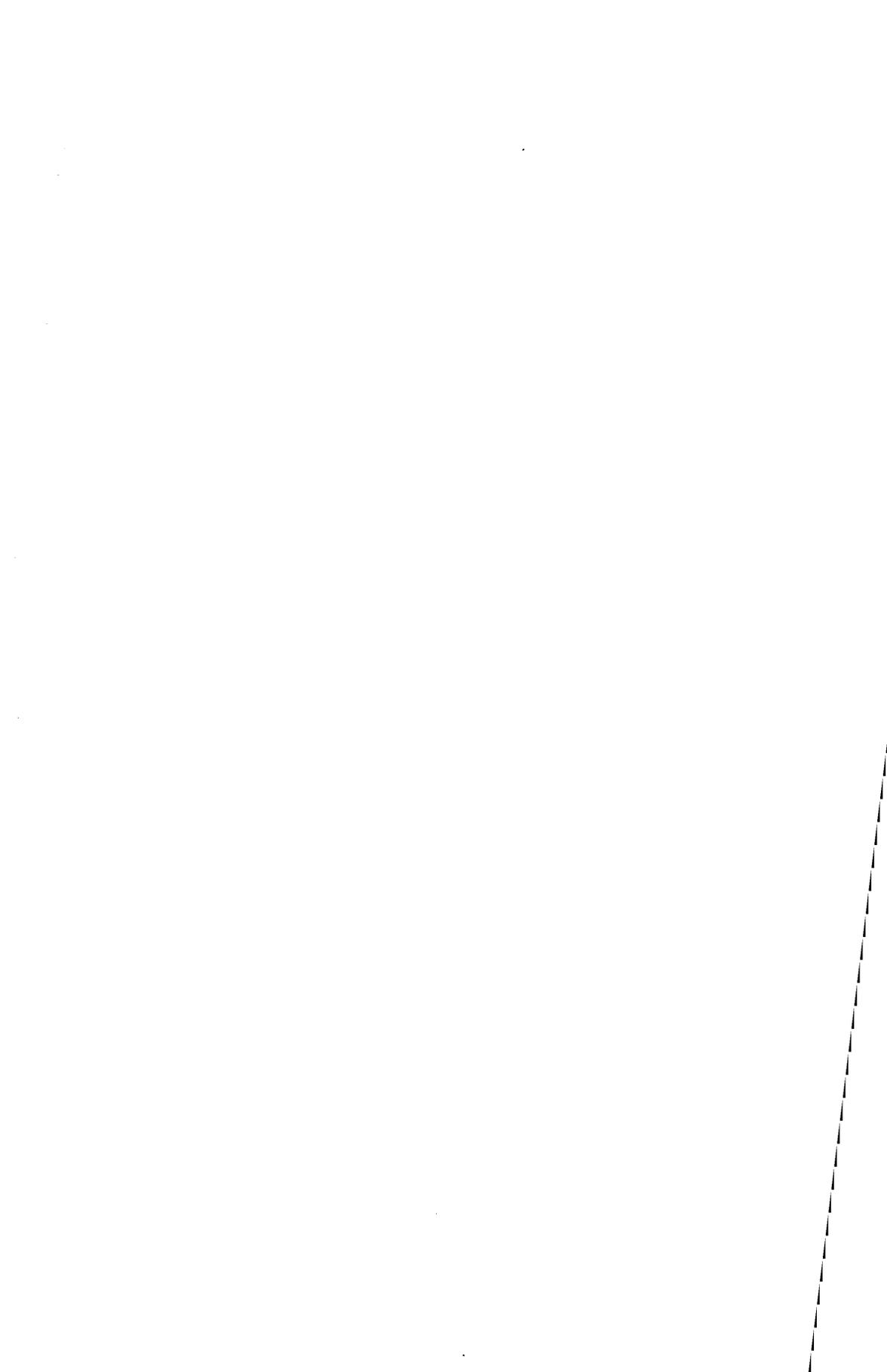
Finalement, et traduisant sans doute son scepticisme, voire une déception, Arnaud nous a indiqué, à peu près en ces mots, ce qui doit nous requérir durablement : "*Non ! Ne parlons pas de cela. Notre préoccupation, c'est la sémiotique. Je suis venu à ce Colloque pour entendre parler (de) la sémiotique*".

Puissions-nous apprendre à prendre la mesure de la sémiotique et, nous retournant ensuite vers notre objet d'inquiétude (le droit), contenir toute tentation, à le regarder "*autrement*" d'un nouveau prophétisme.

R. R. J. 1986
Pages 371 à 386

ACTUALITÉS DOCTRINALES

INFORMATIONS



ACTUALITES DOCTRINALES

Par
Christian ATIAS

- I -

Jean-Louis Bergel, **Théorie générale du droit**, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1985, 367 pages. - La présentation de cet ouvrage dans la **revue de la recherche** pourrait se limiter à un hommage assez vague. Il suffirait de le replacer dans la prestigieuse lignée à laquelle il appartient de droit ; il suffirait de dire : voici une théorie générale actuelle du droit ! Ce serait l'occasion de se réjouir de voir renouer le fil de ces grandes théories générales dont la dernière publiée en France avait été - sous ce titre au moins - celle de Paul Roubier. Il suffit de consulter la table des matières pour constater que ce livre ne se contente pas de profiter d'une tradition ; s'il y puise, c'est pour un nouvel envol, une nouvelle réflexion. La théorie des sources du droit est reprise, mais enrichie, affinée et nuancée. De même, les rapports du droit et du temps sont étudiés de manière nouvelle, comme les concepts et catégories ou raisonnements juridiques. Cet ouvrage est destiné aux étudiants, qui apprécieront sa clarté ; mais c'est à tous les juristes qu'il s'adresse lorsqu'il plaide pour une réflexion juridique approfondie. La documentation fournie est particulièrement complète et riche. Il faudrait pouvoir évoquer tous les points traités dans cet ouvrage, qui sera une référence, pour en révéler l'apport. L'auteur ne fait pas seulement le point des principales conceptions en présence ; il pose un jalon, un repère. Tous ceux qui se donnent pour tâche de transmettre ce qu'ils ont pu recueillir de la tradition juridique française y seront aidés par ce livre de grande qualité.

Son premier mérite est de rappeler clairement ce qu'est une théorie générale du droit et d'en démontrer la nécessité. Le droit est d'abord étudié comme phénomène ; ses fondements et son environnement

sont successivement examinés. Après avoir passé en revue les acquis sur ces deux points, l'auteur nous livre son apport propre, nuancé, éclairant, nourri des réflexions philosophiques antérieures, mais aussi de l'expérience du raisonnement juridique tel qu'il est effectivement pratiqué quotidiennement à la chaire, dans les prêtoires, dans les études de notaire, ... La même observation vaut pour l'étude des sources du droit. La présentation est apparemment la plus respectueuse qui soit des habitudes ; ni les enseignants, ni les étudiants ne seront **a priori** heurtés. Et pourtant, ils seront conduits par la main vers des approfondissements, des découvertes. Non seulement, l'informatique juridique que l'auteur connaît particulièrement bien trouve sa place ; mais l'accent est mis sur les interactions et affinités entre les diverses sources du droit. Cette démarche tend à assouplir, à affiner la théorie habituelle et l'enrichit notablement. Les principes généraux du droit sont également traités de manière approfondie, ce qui est une façon complémentaire de nuancer la théorie des sources du droit. C'est d'une manière particulièrement élégante et heureuse qu'est étudié l'environnement du droit : le droit et le temps, le droit et l'espace, le droit et les faits sociaux. Le lecteur peut ne pas partager toutes les opinions émises ; il est aidé à se forger sa propre position, à retrouver ses convictions profondes ; il est guidé sans être contraint, éclairé sans être aveuglé, informé sans être déformé. Cet ouvrage n'est certainement pas neutre ; et pourtant, il réussit à laisser le lecteur maître de ses opinions, même de celles qu'il n'aurait pas eues sans lire cette belle théorie générale. Avec beaucoup de discrétion et, en même temps de fermeté, l'ouvrage expose les thèses et argumente pour en révéler les mérites et les limites.

Vient ensuite la mise en oeuvre du droit. Au titre de ses instruments, sont décrits les institutions, les concepts et catégories et le langage juridiques. C'est un aspect qui, dans les précédentes théories générales, n'avait pas pris une telle importance. Une réflexion clairement présentée donne, au juriste, un bien agréable sentiment ; à chaque page, il se sent découvert, percé à jour. Il ne se connaissait pas toujours ainsi ; il se reconnaît toujours. Il se reconnaît en particulier

dans des passages où un heureux équilibre a été trouvé par l'auteur entre les genres auxquels appartient le juridique et sa spécificité. Il faut encore ajouter que l'ouvrage livre de très utiles typologies qui faciliteront la tâche de l'enseignant, de l'étudiant, comme de celui qui entame et poursuit une recherche de docteur notamment. Dans la réflexion sur l'application du droit, de très belles pages sur *"la lettre et l'esprit"* (principes d'interprétation des textes et principes d'appréciation des comportements) mettent l'accent sur ce qui est propre au droit, sur ce dialogue incessant entre sécurité et justice, entre précision et souplesse, entre sévérité et indulgence, entre espèce et généralité. C'est donc sans surprise que le lecteur découvre ensuite une habile présentation du raisonnement juridique. A nouveau, l'élaboration d'une typologie introduit à la réflexion sur le particularisme. Une place de choix est réservée à l'argumentation. L'ouvrage se termine sur deux chapitres consacrés au fait et au procès ; l'importance donnée à cet aspect de la mise en oeuvre du droit mérite d'être soulignée. Ici se retrouve le réalisme de cet ouvrage dont les mérites - on l'a vu - sont grands et nombreux.

Le talent de l'auteur a été de concilier de multiples exigences en respectant chacune d'elles. S'il a voulu donner une idée de ce qu'est le droit, le juriste, le juridique, il doit être félicité, sa réussite est complète. S'il a voulu donner envie d'étudier le droit, son but est atteint. S'il a voulu provoquer à la réflexion juridique, il a encore droit à notre reconnaissance pour tout ce qu'il nous apporte. S'il a voulu enrichir et renouveler les enseignements de présentation générale du droit, son succès est également certain. Il a fait davantage : il a donné une synthèse actuelle des réflexions théoriques et philosophiques sur le droit, considérablement enrichie par sa connaissance et sa maîtrise du raisonnement juridique dans ses aspects pratiques et théoriques.

- II -

G. Cas et D. Ferrier, **Traité de droit de la consommation**, Paris, P.U.F., 1986, 592 pages. - S'il fallait évoquer d'un mot l'impression que laisse la lecture de ce bel et grand ouvrage, c'est celui d'**harmonie** qui conviendrait le mieux. Signalons d'abord une harmonie peu commune entre la qualité du contenu et la qualité de la présentation matérielle ; si le texte est intéressant et riche, il est mis en valeur par une typographie et une mise en page particulièrement réussies. Il faut ensuite relever l'harmonie entre le style des auteurs et leur sujet ; une plume alerte, une langue claire rendent aussi agréable la lecture des passages les plus descriptifs que celle des développements de réflexion, de synthèse ou d'approfondissement. L'harmonie, c'est encore le trait qui ressort du ton adopté ; il ne faudrait pas le dire neutre - car l'opinion des auteurs n'est pas cachée -, mais il est ce ton qui convient pour exposer, tout en incitant à la réflexion approfondie. Harmonieux est aussi l'équilibre qui a été trouvé entre les aspects théoriques et pratiques. Il faut y insister, car c'est peut-être à cet égard que la réussite est la plus totale ; ce traité est, à la fois, théorique et pratique. Entendons qu'il contient toutes les informations nécessaires pour guider ceux qui ont besoin de connaître les détails les plus précis du droit de la consommation, ceux qui ont à en appliquer les règles ; entendons aussi qu'il réalise la synthèse nécessaire, qu'il donne les clés indispensables, qu'il révèle les inspirations fondamentales, qu'il aide à comprendre, qu'il définit les concepts et pose les principes.

Cette harmonie de fond qui suppose une intelligence des tendances les plus profondes, des évolutions, des réalités et des règles, se révèle nettement dans la composition du plan de l'ouvrage. Imaginer une telle présentation supposait une vaste culture juridique,

c'est-à-dire une connaissance approfondie de tout ce qui peut contribuer à la recherche des meilleures solutions de droit ; les auteurs de cette oeuvre d'importance en font preuve de manière éclatante. Le plan adopté, aussi bien dans ses divisions principales que dans ses distinctions de détail, permet de tout étudier, mais surtout de trouver une place pour chaque question sans la dissocier de ce qui est susceptible d'expliquer les solutions adoptées. Voici une véritable théorie générale du droit de la consommation ! Ses caractères sont étudiés avant que ne soient exposées ses finalités. Le lecteur ne peut qu'admirer le talent avec lequel l'esprit de synthèse qui est ici esprit de finesse, et non de système, a permis aux auteurs de regrouper des règles et des mesures volontiers considérées comme ponctuelles, voire disjointes, en quatre développements : les caractères institutionnel et collectif du droit de la consommation d'une part, et l'adaptation de l'activité économique aux exigences sociales, puis l'équilibrage des contrats de consommation d'autre part. Ce traité de la consommation continue la belle tradition française des grands traités juridiques. Il innove en présentant la théorie d'ensemble d'une matière qui y paraissait rebelle. Il prépare aussi le renouvellement de la théorie des obligations. C'est dire que cette oeuvre s'inscrit dans la lignée de nos plus belles réussites doctrinales. C'est aux grands traités de Baudry-Lacantinerie, de Beudant ou de Planiol et Ripert qu'il fait songer.

- III -

Paul Amselek (sous la direction de), **Théorie des actes de langage, éthique et droit**, ouvrage publié avec le concours du C.N.R.S., Paris, P.U.F., 1986, 252 pages. Il pourrait paraître superflu de présenter cet ouvrage et d'en souligner l'importance ; la liste des auteurs est, en soi, une carte de visite impressionnante. Le mérite revient à Monsieur le Professeur Paul Amselek d'avoir réuni de si prestigieuses et talentueuses signatures sur un thème aussi difficile et intéressant. Après avoir présenté la théorie des actes de langage (J. Bouveresse, F. Recanatı sur Austin et J. Jayez sur "règles et conventions dans les actes de langage"), l'ouvrage envisage successivement ses rapports avec l'éthique et avec le droit. Sur le premier thème, Monsieur le Professeur Francis Jacques traite de "*l'analyse des principes moraux avant Austin*" et Monsieur le Professeur Paul Ricoeur nous invite à réfléchir sur les implications de la théorie des actes de langage pour la théorie générale de l'éthique. Il aboutit à "*trois conclusions positives (qui) s'ordonnent selon un ordre décroissant de plausibilité*".

"L'idée d'une médiation opérée entre les principes moraux et la sphère pratique par le pouvoir que chacun a de s'obliger librement me paraît avoir une très grande plausibilité ; vient ensuite, avec une force convaincante moindre, l'idée non plus seulement d'une **sub-somption** de l'obligation de soi par soi sous le principe de justice, mais celle d'une relation **réci-proque** entre le principe de justice et le pouvoir que chacun a de s'obliger librement - relation réciproque qui donne sens à l'idée d'autonomie au sens kantien d'une loi de la liberté. Enfin, si l'on veut rester dans la tradition contractualiste, à la fois contre l'utilitarisme et contre l'intuitionnisme moral, on peut voir dans

la force illocutionnaire des actes de langage hautement communicationnels tels que la promesse, le **schème** même de l'idée de contrat originaire hypothétique. Cette dernière fonction est à la fois la plus intéressante au point de vue philosophique mais la plus controversée." (p. 105).

Les propos introductifs de Monsieur le Professeur Jacques Bouveresse avaient déjà insisté sur les rapports, notamment antinomiques, entre la **Théorie pure du droit** de Hans Kelsen et la théorie des actes de langage. Il rappelle notamment que la conception kelsénienne "repose tout entière sur la dichotomie radicale du fait et du droit, de la loi naturelle et de la norme, de la nécessité qui résulte d'une contrainte de type causal (**müssen**) et de l'obligation qui résulte d'une norme (**sollen**), du point de vue **explicatif** des sciences de la réalité naturelle et du point de vue **normatif** de disciplines comme la logique, la grammaire, l'esthétique, l'éthique et la science juridique, une dichotomie qui a pour fondement ultime ce qu'il appelle la "disparité complète de l'être (**Sein**) et du devoir-être (**Sollen**)" " (p. 9).

Monsieur le Professeur Paul Amselek revient sur cette relation difficile ; il montre que Kelsen occulte certains phénomènes et révèle que "la théorie des actes et de la pragmatique du langage devrait ... ramener (les philosophes du droit) des sphères absconses et désincarnées dans lesquelles se situent couramment leurs analyses vers des horizons plus concrets, plus réels, plus terre à terre" (p. 129). L'auteur consacre également une longue et pénétrante étude aux approfondissements éclairants que la philosophie du droit pourrait apporter à la théorie des actes de langage. C'est également une présentation générale que donne Monsieur Grzegorzcyk sur la réception et l'influence de cette théorie dans le monde du droit. Deux contributions plus spécialisées abordent la théorie des actes juridiques (Messieurs les Professeurs D. Neil MacCormick et Z. Bantowski) et celle de l'interprétation juridique (Monsieur le Professeur M. Van de Kerchove). La réflexion finale de Monsieur le Doyen Gérard Cornu porte sur les difficultés du dialogue interdisciplinaire entre

les théories, "ces bastides de mots et de concepts agglomérés" (p. 249). Reprenant le thème de la positivité, l'auteur souligne que "en droit, l'acte de langage devient, positivement, acte de législation, acte de justice, acte d'engagement" (p. 250). Quant à la pratique du droit, c'est sa dualité entre l'écrit et l'oral qui est notable. Il faut alors se demander "comment ... l'effet performatif a pu se communiquer à un signe linguistique non sonore, à un énoncé non prononcé, non dit et non entendu, mais seulement écrit et lu" (p. 252). Et d'insister sur "le passage à l'acte" ; car "c'est la charte intellectuelle que recèle le mot - au coeur du signifié - qui est performative" (*ibidem*).

- IV -

Alain SERIAUX : Les successions. Les libéralités,
Paris, P.U.F., 1986, coll. Droit fon-
damental dirigée par Monsieur le Profes-
seur Stéphane Rials, Série : droit
civil, 383 pages.

Il faut sans doute une certaine prétention pour s'autoriser à porter une appréciation péremptoire sur l'oeuvre d'autrui ; mais il y a des circonstances où le silence est faiblesse. Devant un tel livre, il n'est pas permis de conserver le ton détaché qui sied au genre de la bibliographie. Après tout, pourquoi ne pas dire ce que suggère la lecture de cet ouvrage ? Un véritable événement vient de se produire dans la doctrine civiliste française. Ce n'est pas seulement un talent qui se confirme ; c'est peut-être une ère nouvelle qui s'ouvre en renouant avec les plus belles réussites de notre production juridique.

Voici d'abord un manuel aux qualités didactiques exemplaires ! Ceux qui ont à étudier pour la première fois le droit des successions et des libéralités, ceux qui ont à approfondir leurs connaissances en cette matière difficile, ceux qui ont à l'enseigner, ceux qui ont à y effectuer des recherches apprécieront cet instrument de travail particulièrement bien documenté, riche et clair, ce guide sûr, cette présentation élémentaire c'est-à-dire approfondie, cet exposé du droit positif enchâssé dans une réflexion de premier ordre. Le seul reproche à faire à l'auteur, c'est de n'avoir pas eu pitié des pauvres malheureux qui peinent à expliquer le droit civil ; ses lecteurs auront pris de bien mauvaises habitudes et supporteront mal de devoir lire d'autres ouvrages que les siens. L'ennui avec un tel talent, c'est qu'il vous engage à écrire et à écrire encore ; les lecteurs vont en redemander.

Voici ensuite la révélation d'un renouvellement de la doctrine juridique française ! Il ne s'agit pas de rompre avec les acquis antérieurs ; l'auteur y puise avec bonheur et sait s'en inspirer résolument. Le renouvellement dont nous parlons est plus subtil, plus profond et permanent aussi ; il évoque celui que Planiol apporta en 1899. Il en a la discrétion et la force. Il tient à des nuances, à des particularités de présentation et de réflexion critique. C'est dire qu'il ne se laisse pas décrire aisément ; ce n'est certes pas une raison pour en méconnaître l'importance.

La première partie du livre est consacrée à la relation successorale et la deuxième au règlement successoral. L'étude de la relation successorale porte successivement sur la détermination des héritiers, héritiers virtuels, héritiers appelés, puis sur l'héritage envisagé comme patrimoine du défunt d'abord, des héritiers ensuite. Quant au règlement successoral, il suppose l'appréhension et la distribution de la succession. Attention à ce plan ! C'est un piège. Son élégance et sa clarté sont telles qu'elles pourraient bien masquer le fond. Cet ordre d'exposition annonce déjà la tentative de renouvellement doctrinal à laquelle le plus bel avenir est promis. Ce que cette oeuvre apporte, c'est une synthèse d'un genre particulier ; c'est un équilibre parfait entre l'exposition et la réflexion, entre l'abstrait et le concret, entre la théorie et la pratique. C'est une véritable juris-prudence comme il est si difficile d'en élaborer une. Il y faut un certain ton, une densité de style, une puissance de réflexion, une affinité avec le droit positif et une fermeté de conviction que n'exclut pas l'indispensable bienveillance dans la critique. Il y faut du souffle et de l'inspiration. Que sais-je encore ?

Comment révéler, en quelques mots, de telles qualités ? La tâche est impossible. Il y faudrait le même talent ; il faudrait savoir retrouver cet équilibre délicat qui ne s'invente pas, mais que certains savent découvrir dans la fréquentation assidue des lois, de la jurisprudence et des meilleures oeuvres doctrinales, ainsi que dans une vigilante attention portée à la réalité. Il faudrait pouvoir citer chaque page et maints développements pour en commenter la richesse, pour souligner la rigueur de l'analyse, pour louer le sens des principes et celui du concret. Prenons un exemple que sa brièveté rend plus significatif encore. A la page 231, l'auteur

étudie les effets de la renonciation sur l'étendue de la quotité disponible. La construction est admirable ; chaque mot porte une pensée qui va à son terme, en respectant le droit positif, pourtant critiqué, pourtant enrichi et dépassé. C'est, en premier lieu, l'exposé des solutions consacrées. C'est, en deuxième lieu, son explication. C'est, en troisième lieu, une appréciation sur le raisonnement habituellement effectué. C'est, en dernier lieu, une solution de remplacement qui est proposée : *"Il vaudrait mieux dire ouvertement que la consolidation de la réserve au décès, quel que soit le nombre ultérieur de réservataires, est une règle de faveur pour les héritiers"*. Seraient encore à présenter les admirables synthèses que ce livre multiplie (n. 103, p. 196 et s. : le droit des libéralités entre époux) ou encore le non moins admirable développement consacré à la saisine héréditaire (n. 137, p. 264).

Devant une telle réussite, devant tant de qualités, devant un tel apport, il n'y a qu'à dire son admiration et à attendre la prochaine leçon que nous donnera cet auteur dont il est permis de dire, dès maintenant, que la science juridique française le célèbrera comme l'un des grands. Devant une telle réussite, devant tant de qualités, devant un tel apport, il n'y a qu'à se réjouir et à se promettre de nombreuses heures d'un passionnant travail en compagnie des oeuvres du professeur Alain Sériaux.

INFORMATIONS

Le **Bulletin des Thèses**, mensuel international d'information sur la recherche universitaire, fait régulièrement, en une trentaine de pages, le point sur les thèses et travaux de recherche les plus récents en Sciences de l'Homme.

Ces thèses sont commentées par les chercheurs eux-mêmes, sous la forme d'articles mettant l'accent sur les conclusions essentielles et apports originaux des travaux.

L'objectif du **Bulletin des Thèses** est de présenter les tout derniers résultats de la recherche universitaire en France et dans le monde.

Cette publication est destinée aux spécialistes des disciplines concernées : Chercheurs du C.N.R.S., Universitaires, membres des cabinets-conseils, Services d'études des entreprises, banques et administrations, praticiens des groupements professionnels et politiques, des organisations internationales, entre autres. Elle est diffusée tant en France qu'à l'étranger : Belgique, Suisse, Canada, notamment.

Le **Bulletin des Thèses** s'adresse plus particulièrement à vous.

En effet, spécialement conçu pour faciliter la documentation des chercheurs, il permet de saisir en quelques lignes l'essentiel d'une recherche de haut niveau. En quatre pages au plus, l'auteur de la recherche présente lui-même les points les plus intéressants et les spécificités méthodologiques de ses travaux. Il souligne les nouvelles perspectives de recherche ouvertes par son étude. Une **bibliographie commentée** complète l'article. De plus, dans chaque numéro, un répertoire **actualisé** recense les références de tous les thèmes traités. Ainsi, chaque mois, près de 30 articles répartis en 6 **séries** vous présentent des travaux en Sciences Sociales et Humaines, Droit, Economie, Histoire, Science Politique, Lettres.

Un outil aussi complet vous intéressera.

Par ailleurs, le **Bulletin des Thèses**, dont les colonnes sont ouvertes aux spécialistes, vous intéressera aussi à ce titre. Nous serons heureux d'accueillir vos articles : analyses théoriques et recherches récentes, critiques de thèses et d'ouvrages, etc. Le cas échéant, les textes de vos éventuels étudiants en Doctorat seront également publiés, selon les modalités que vous voudrez bien trouver dans la notice ci-jointe.

L'ensemble de cette conception, la spécialisation des auteurs, leur diversité, et l'ampleur du champ couvert, font du **Bulletin des Thèses** une publication d'un genre unique, l'instrument idéal pour une documentation précise, exhaustive et rapide sur les progrès de la recherche.

Vous n'y resterez probablement pas indifférent.

J'espère donc vous compter prochainement parmi nos abonnés.

En vous remerciant de me retourner bientôt votre formulaire d'abonnement, je vous prie, Madame, Monsieur, d'agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Le Secrétaire Général,
Guy TCHIBOZO

ADMINISTRATION, CORRESPONDANCE, ABONNEMENTS : Le **Bulletin des Thèses** - Société d'Etudes et d'Information sur la Recherche (SEIREC) - 61, rue Meslay - 75003 PARIS - Tél. 42 71 82 12 poste 32 - **PERMANENCE** : lundi et vendredi, de 11 h à 13 h.

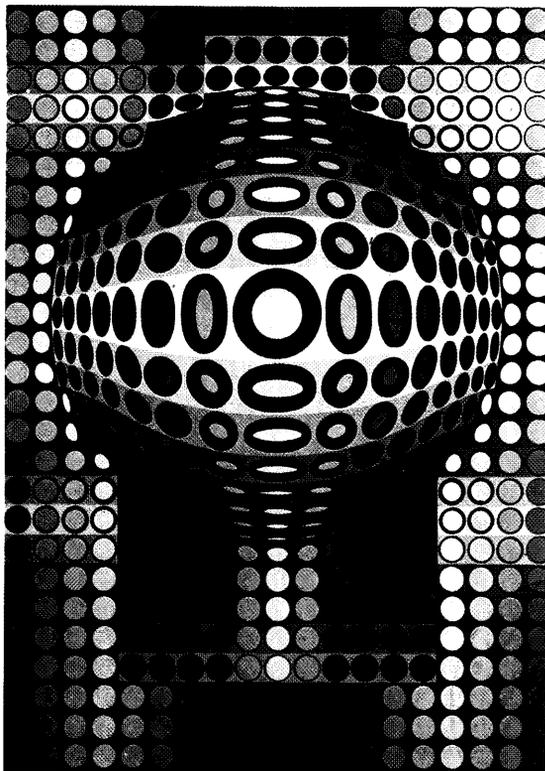
Dépôt Légal - 3ème Trimestre 1986





N° ISSN 0249-8731

DROIT PROSPECTIF



A voir notamment :

M. le Professeur Jean-Louis BERGEL :

LA RELATIVITÉ DU DROIT ?

M. le Doyen Yves MADIOT :

DÉRÈGLEMENTATION ET LIBERTÉ

TABLE RONDE DU CLUB ÉPISTÉMOLOGIE DE LA FACULTÉ DE DROIT D'AIX
à l'occasion du centenaire de la naissance de Gaston BACHELARD

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1986 - 3.



La Direction de la Revue de la Recherche 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.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF

1986 - 3

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

Abréviation de référence : R. R. J.

COMITÉ 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 à 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. 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 TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

❖ - ❖ - ❖

Rédacteur en Chef : C. ATIAS

Secrétaire de Rédaction : M. GARCIN

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Président	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Président	L. FAVOREU	M. le Professeur	C. MOULY

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1986

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 240 F

Abonnement étranger : 300 F
Numéro (France) : 80 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'UNIVERSITÉ
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE

Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

<i>EDITORIAL</i> par C. ATIAS	9
<i>ACTUALITES DOCTRINALES</i>	
- M. le Professeur J.-L. BERGEL, La relativité du droit	13
- M. le Doyen Y. MADIOT, Déréglementation et liberté	23
- M. O. LALIGANT, La double fonction du maintien de l'usage du nom des époux divorcés	29
- M. A. LECA, Essai sur la pensée politique de Caton l'Ancien	99
- Melle G. KOUBI, (sur un rapport entre) Droit et Religion à propos du statut de la femme juive	117
<i>ETUDES</i>	
- M. C.A. CHENU, Responsabilités civile et pénale. Une incompréhension culturelle fondamentale	147
<i>PHILOSOPHIE DU DROIT</i>	
- M. le Professeur Dr O.A. GHIRARDI, Philosophie de l'argent	153
- M. le Professeur D.F. SCHELTENS, Les droits de l'homme : individualisme et marxisme. "La question juive" de Marx .	169
<i>EPISTEMOLOGIE</i>	
- 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	179
+ M. le Professeur J.-L. LE MOIGNE	181
+ M. Michel RIBON, Bachelard ou : pour une révolution copernicienne de l'imagination	185
+ M. le Professeur J. HURWIC, Bachelard et la physique moderne	199
+ M. le Doyen J.-Cl. MAIRE, Réel et vérité en chimie ...	201
+ M. P. CHANIER, Réexamen d'une épistémologie	207
+ M. J.-Ph. RAVOUX, Le droit de rêver ou le devoir de ne pas dissiper Bachelard	217
+ M. P. BELTRAME, Bachelard : le savant et l'artiste ...	233
+ M. A.-J. ARNAUD, La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit. Eléments d'une démystification..	241
+ Bibliothèque municipale de Marseille : Gaston BACHELARD (Catalogue 1984)	245

ACTUALITES BIBLIOGRAPHIQUES

- Compte rendu de l'ouvrage "La formation des normes en Droit international du développement
par : P.S. AGATE 253
- Compte rendu de l'ouvrage : J.-M. Trigeaud "Humanisme de la liberté et philosophie de la justice".
par : C. ATIAS 265

EDITORIAL

par

Christian ATIAS

Professeur à la Faculté de Droit et Science Politique d'Aix-Marseille

Il y a dix ans, un groupe d'étudiants aixois créait la REVUE DE DROIT PROSPECTIF ; un rapide succès venait récompenser leurs efforts et donner corps à une initiative inhabituelle en France. Il y a plus de cinq ans, un groupe de professeurs aixois reprenait l'entreprise dont l'avenir était menacé par la dispersion de ses fondateurs : ainsi apparaissait la REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE-DROIT PROSPECTIF, revue de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, subventionnée par l'U.E.R. de recherches juridiques de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille. L'objectif assigné à cette nouvelle formule était d'offrir aux facultés de droit françaises un organe d'expression particulièrement ouvert et souple. Loin de tout esprit de système, de tout programme arrêté, de toute idée préconçue, il s'agissait de rendre compte de la diversité des activités universitaires d'enseignement et de recherche, de la diversité des opinions, de la diversité des tendances ; il s'agissait de faire de l'ouvrage "une ample comédie à cent actes divers et dont la scène est l'Université dans des domaines juridiques et politiques", comme aurait pu dire La Fontaine. L'ambition certainement démesurée, le rêve, étaient qu'un jour, une Faculté puisse dire, devant cette revue : "Je suis moi-même la matière de mon livre... Je veux qu'on m'y voie en ma façon simple, naturelle et ordinaire, sans contention et artificielle". Qu'il soit seulement permis de ne pas emprunter aussi à Montaigne le prétexte de "la commodité particulière" de quelques amis des facultés de droit, car il faut espérer que ne les ayant pas perdues, ils n'auront pas à y "retrouver aucuns traits de mes conditions et humeurs".

Le résultat est-il à la mesure de nos espoirs ? La fidélité de nos abonnés pourrait nous le faire croire ; mais nous savons bien avoir à travailler sans relâche à l'amélioration de ce qui n'est encore qu'une ébauche. Ce qui est sûr, c'est que nous nous sommes efforcés de traduire l'extrême diversité qui règne dans les facultés françaises ; nous avons délibérément pris le parti de ne pas construire des numéros dotés d'un fil conducteur apparent. Nous avons suivi le hasard des envois de contributions intéressantes, de l'actualité doctrinale, de la tenue des colloques. Ainsi le droit positif a-t-il eu sa part ! Les tendances dominantes de son évolution et certains points précis ont été étudiés. C'est dans ce domaine que nous souhaitons renforcer la revue dans les années à venir, sans doute avec l'aide des meilleurs étudiants aixois. La théorie a eu également sa part et continuera de l'avoir ; la théorie générale du droit, l'anthropologie juridique, la philosophie du droit et l'épistémologie juridique, l'histoire du droit sont fortement représentées dans presque tous les numéros de la revue. Le Centre de Philosophie du Droit (Institut Portalis) de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille et le Club d'Épistémologie ont contribué efficacement au maintien de cette

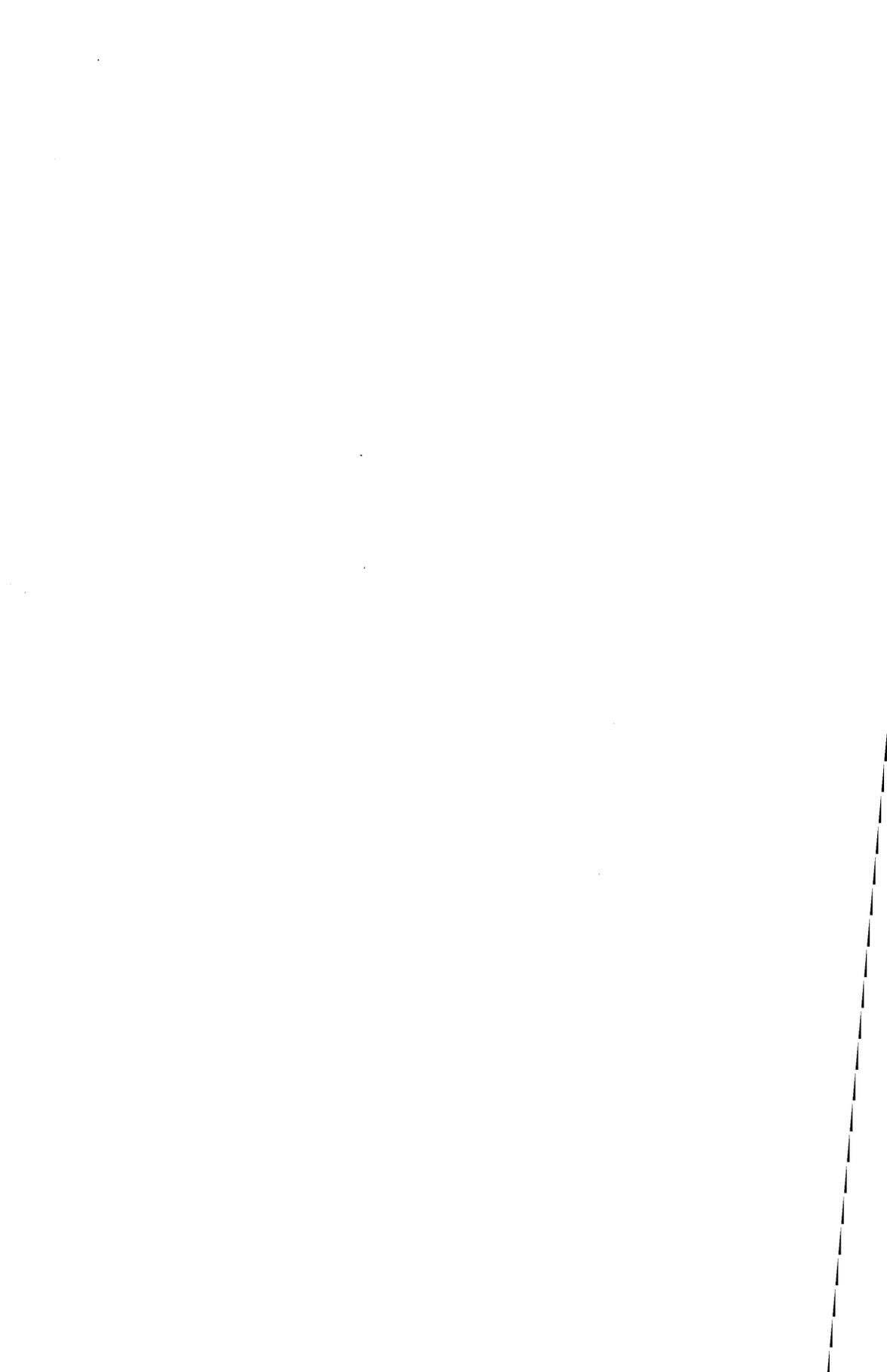
tonalité particulière de l'entreprise. Encore n'y a-t-il là aucune exclusivité ! C'est seulement un aspect du travail des facultés juridiques et politiques dont il fallait rendre compte ; les efforts poursuivis à Aix-en-Provence, sous forme notamment de conférences, de séminaires et de colloques, ou encore d'enseignements réguliers, ont permis de donner une grande importance à ce genre de réflexions. Il faut s'en réjouir puisque les facultés de droit s'y reflètent en essayant de prendre aussi quelque recul et de réfléchir sur elles-mêmes, comme c'est le cas dans bien d'autres pays (Etats-Unis, Canada, notamment où des colloques sont régulièrement consacrés à l'enseignement du droit). Les conseils donnés aux étudiants ne nous ont pas tellement éloignés de cette sorte de préoccupation. De même, nous sommes-nous efforcés de présenter certains ouvrages récemment parus ; sur ce point également, un renforcement serait nécessaire.

L'essentiel demeure puisque la REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE-DROIT PROSPECTIF poursuit son oeuvre en cherchant sans cesse à se perfectionner. Puisse-t-elle traduire encore longtemps cette diversité spontanée qui est la vie des facultés de droit ! Il n'est pas tout à fait indifférent que nos maisons conservent ainsi la liberté de s'exprimer sous la forme brève d'une chronique d'humeur ou d'enthousiasme, sous la forme ramassée d'une synthèse théorique ou de l'annonce d'une recherche, sous la forme développée d'une longue analyse du droit positif ou d'une réflexion théorique approfondie ; il n'est donc pas tout à fait indifférent que la REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE-DROIT PROSPECTIF demeure à leur disposition.

Christian ATIAS

R. R. J. 1986
Pages 11 à 143

ACTUALITES
DOCTRINALES



LA RELATIVITE DU DROIT ? (*)

Par

Jean-Louis BERGEL

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

On a coutume de dire, pour définir et caractériser le Droit, qu'il est relatif dans le temps et dans l'espace, autrement dit qu'il est essentiellement variable selon les pays et les époques.

On invoque alors la fameuse pensée de Pascal : "Plaisante justice qu'une rivière borne, vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà". On songe à Montesquieu et à sa théorie des climats.

Il est bien vrai que le droit français de 1986 est, à bien des égards, différent de celui de l'époque napoléonienne, a fortiori de l'Ancien droit ou du droit romain. Il est bien vrai aussi que le droit canadien, le droit chinois, le droit tanzanien, le droit soviétique, le droit anglais, le droit français... sont très différents les uns des autres. D'ailleurs, pourrait-il en être autrement ? Le droit d'aînesse ou la puissance du seigneur féodal seraient-ils encore concevables dans la France de 1986 ? Inversement, la responsabilité des dommages nucléaires était-elle imaginable en 1804 ? Concevrait-on la législation sur les économies de chauffage en Afrique noire ? Peut-on avoir un même droit de la famille en Inde et en Allemagne, une même réglementation des eaux au Sahel et en Suisse ?

Nul ne doute, donc, que l'immobilité et l'uniformité du Droit seraient néfastes, ni que sa relativité soit une absolue nécessité. Il serait absurde et vain de contester la relativité des droits positifs.

Mais cette relativité n'est-elle pas exagérée et est-elle aussi fondamentale qu'on le pense souvent ?

Pour les positivistes, la relativité est une nécessité et l'un des traits dominants de tout système juridique car le Droit n'est que l'expression de la volonté de l'Etat, voire de ses dirigeants, ou le produit prédéterminé des faits sociaux, selon les doctrines considérées. Les tenants du droit naturel, au contraire, déduisent de l'idée de justice la permanence et l'universalité de certaines institutions pour éluder le postulat de la relativité du Droit.

Face à de tels désaccords, il faut tenter d'apprécier la valeur de l'idée si répandue que le Droit est essentiellement relatif dans le temps (1) et dans l'espace (2).

On se bornera ici à de simples impressions secrétées par des années de contact avec le Droit, en s'abstenant délibérément de toute référence précise à la doctrine consacrée à ce sujet.

(*) Conférence faite aux étudiants du Centre de Philosophie du Droit d'Aix-Marseille le 11 décembre 1985.

I - RELATIVITE DANS LE TEMPS ?

Il faut d'abord observer combien le Droit fut longtemps d'une grande permanence. Il avait certainement moins évolué de l'époque romaine à la Révolution française que dans les quarante dernières années, de la dernière guerre à nos jours. Il est marqué à notre époque par des évolutions accélérées dues aux changements sociaux, économiques et technologiques de notre temps. Ripert écrivait que nous connaissons désormais des ères de vingt ans : ère de l'aviation, ère de l'électricité... Il faut ajouter : ère de l'atome, de l'espace, de l'informatique... Inévitablement, le système social et juridique est bousculé par les profondes mutations qui accompagnent des phénomènes d'une telle ampleur.

On observe cependant, fondamentalement (A) et techniquement (B) une incontestable continuité du Droit.

A - La continuité fondamentale du droit :

La continuité du Droit n'est pas une immobilité ; elle exprime à la fois sa profonde permanence et sa constante mutabilité. Il faut, en effet, souligner que le Droit subit sans cesse une évolution (a), mais sans révolution (b).

a) L'évolution du Droit procède, selon Ripert, de la constante tension entre les "forces de conservation" et des "forces de changement".

Le Droit est, en soi, une entreprise de stabilisation des rapports sociaux: il représente une tentative de protection de l'état social qu'il régit. On dit souvent que les juristes sont des "conservateurs" parce qu'ils ont le souci naturel de conserver aux situations juridiques le régime sous lequel elles ont été établies. Il faut toujours éviter "le procès de Kafka" dont les règles sont inconnues des intéressés : c'est une question de sécurité juridique élémentaire. En outre, on ne peut nier le poids des habitudes ou des avantages acquis et la crainte des innovations qui incitent à maintenir l'ordre établi. Le sentiment de permanence de la morale sociale et de certaines structures renforcent enfin le goût de la stabilité. On a longtemps pensé que le mariage ou la propriété privée étaient des institutions inhérentes à toute organisation sociale et que le Droit ne pouvait qu'assurer leur protection...

Il est toutefois indispensable d'admettre l'évolution du Droit.

L'idée de sécurité juridique ne peut suffire à éluder la nécessité de tenir compte des réalités sociales nouvelles. A quoi rimerait un Droit qui conserverait encore l'incapacité de la femme mariée et ignorerait son rôle dans la société actuelle ou qui ne connaîtrait que les conventions individuelles et omettrait les syndicats et les rapports collectifs de travail. Il y aurait alors de telles antinomies entre le Droit et les faits que le Droit ne servirait plus à rien et que les faits se produiraient sans lois. On subirait à la fois l'anarchie sociale et l'ineffectivité du Droit.

On sait qu'à l'aube de ce siècle, Gény s'est demandé si le Droit est "donné" ou "construit". Sans entrer ici dans ce débat, on ne peut que constater combien le Droit évolue avec les transformations sociales. L'évolution du droit de la famille, depuis moins de cinquante ans, le montre avec éclat: la consécration de la capacité juridique de la femme mariée, de son pouvoir de co-direction de la famille à travers l'autorité parentale, la réforme des régimes matrimoniaux et de l'administration légale... en témoignent. Les importants changements du droit de la filiation, la reconnaissance de la famille naturelle, le nouveau régime du divorce, la reconnaissance progressive de

l'union libre sont encore, qu'on le regrette ou que l'on s'en réjouisse, d'incontestables manifestations des évolutions convergentes de la société et du Droit. A d'autres égards, on observe la mutation profonde, de nos jours et dans nos sociétés, de la protection sociale des individus : l'avènement de la sécurité sociale, des allocations familiales, de l'indemnisation du chômage, des régimes de retraite... traduisent une autre idée de la dignité de l'Homme et du rôle de la collectivité.

L'idée même de Justice s'en trouve affectée. La justice sociale l'emporte sur la justice individuelle. La justice distributive repousse la justice commutative.

Pourtant, cette profonde évolution s'opère généralement sans révolution.

b) L'absence de révolution juridique

Selon Monsieur le Doyen Vedel, "il n'y a jamais de révolution absolue. Toute révolution est à la fois une rupture avec la tradition et une utilisation de cette tradition". Cette observation mérite réflexion.

On observe, en effet, que si le Droit a beaucoup évolué, c'est toujours à l'ombre de quelques grandes institutions dont la permanence est remarquable. Elle démontre l'extrême plasticité des principaux instruments du Droit dont la flexibilité permet d'accueillir dans le système juridique existant les réalités nouvelles.

Les notions d'état et de pouvoir ont abrité les régimes les plus divers, des monarchies absolues aux "démocraties populaires", des dictatures les plus marquées aux systèmes les plus parlementaires. Le concept de pouvoir n'est pas inconnu du droit privé qui l'utilise dans le droit de l'entreprise comme dans le droit de la famille, par exemple. La famille, justement, a pu absorber aussi bien les structures rigides et hiérarchisées de jadis que l'organisation plus égalitaire et la large autonomie individuelle qui s'y exprime aujourd'hui, dans notre Droit.

Le concept de propriété, centré principalement sur la propriété foncière, a pu se dématérialiser pour accueillir les propriétés incorporelles et les monopoles d'exploitation les plus divers : propriété littéraire et artistique, propriété industrielle, clientèle... Il s'est même adapté à l'idée de propriété collective et aux multiples limitations imposées au nom de l'utilité publique. Quant au contrat, expression privilégiée de l'effet créateur de la volonté, il abrite désormais les conventions collectives, les contrats types, les contrats d'adhésion... ; l'autonomie de la volonté, conciliée avec des nouvelles exigences de l'ordre public, survit malgré l'avènement du droit de la consommation; bref, la vieille notion de contrat, renouvelée par les aspects modernes des relations économiques, sociales et juridiques survit, se transforme et même se renforce : le contrat n'est-il pas un des instruments essentiels de l'action des pouvoirs publics ? Enfin, la responsabilité civile, en perpétuelle mutation, a absorbé de nombreux risques nouveaux, tels ceux de la circulation et les dommages d'origine nucléaire, grâce à l'émergence de nouveaux mécanismes.

Les grandes révolutions qu'a connues l'Histoire sont plus des révolutions politiques que des révolutions juridiques.

Elles s'expriment par un changement brutal des hommes au Pouvoir, voire par des modifications du Régime. Le changement des institutions, quant à lui, s'il est souvent profond, n'est généralement que partiel. Il affecte les

structures politiques, économiques, sociales... Selon les cas, mais il ne bouleverse pas tout. La Révolution française de 1789, au delà des convulsions qui l'ont marquée, a finalement secrété un droit libéral, individualiste et bourgeois mais largement inspiré de l'Ancien Droit et empreint des principes, des techniques et des concepts traditionnels. La Révolution soviétique de 1917 a substitué une autocratie à une autre, bousculé les rapports socio-économiques, consacré un nouvel ordre politique et juridique. Elle n'est pas pour autant parvenue à abolir complètement des institutions aussi fondamentales que la famille ou le contrat... Le Droit soviétique n'ignore pas les grands principes politiques, juridiques et moraux "reconnus par les nations civilisées". Même si la reconnaissance formelle des principes généraux du Droit ne préjuge pas nécessairement de leur strict respect dans la pratique, cela paraît néanmoins significatif.

On observe, en outre, que la remise en cause des institutions juridiques n'est, en fin de compte, qu'assez superficielle et passagère. Les mentalités, les structures sociales et le système juridique résistent en profondeur. Un système juridique ne digère pas facilement les corps étrangers. Il s'y produit, a posteriori, des phénomènes de rejet.

Il faut que le Droit soit compatible avec les aspirations des peuples et l'opinion publique pour que le corps social ne le rejette pas. Sinon, faute de pénétrer dans l'ordre juridique réel, il reste lettre-morte et perd toute effectivité. Le Droit ne peut se détacher de la vie, si séduisant soit-il pour l'esprit ou idéologie, sous peine d'être méconnu et violé. Mustapha Kemal n'a pu parvenir, dans les années 1920, à substituer, en Turquie, le code civil suisse au Coran... La révolution soviétique de 1917 n'a pu abolir définitivement et totalement la propriété : elle n'a fait que restaurer la propriété collective connue, jadis, des sociétés primitives, sans effacer toutes les manifestations de la propriété privée.

Certes, on ne saurait nier l'existence des révolutions ou des périodes de crise au cours desquelles les valeurs sociales, les institutions et l'ordre juridique existant sont remis en cause par la guerre civile ou étrangère ou des changements politiques brutaux. La sécurité juridique, les libertés, la Justice, les principes les plus fondamentaux s'en trouvent souvent gravement affectés. Ce sont les heures sombres dans lesquelles la régression du Droit permet les pires abus, les atteintes les plus graves à la dignité, voire la vie de l'Homme et les exactions les plus atroces. Mais les régimes les plus barbares ont vite besoin de se parer d'une légitimité et d'une respectabilité, au moins apparentes, pour échapper à la réprobation générale qui menace leur existence même. Ils sont dès lors conduits à restaurer l'ordre juridique. Même si celui-ci n'est, au départ, que de façade, il finit bien par triompher : le sursaut des peuples et les exigences de leurs aspirations, les pressions extérieures finissent, tôt ou tard, par l'imposer.

On observe surtout les effets inhérents à la solidarité intrinsèque de tout système juridique. L'ordre juridique est un système organisé, formé de multiples sous-systèmes et d'une infinité d'éléments interdépendants les uns des autres dont les interactions assurent la cohérence, si bien que les modifications ou les évolutions susceptibles d'intervenir ne peuvent affecter l'identité et la permanence de l'ensemble. On ne peut pas toucher à la propriété sans toucher au contrat, à la famille, aux mécanismes économiques, au droit des successions, au droit rural, au droit commercial, au droit judiciaire... Il est vain de réformer une institution en négligeant ses implications ou d'introduire dans un système juridique des éléments qui lui sont étrangers et que, faute de pouvoir les digérer, il ne pourra que rejeter.

On comprend alors aisément que les couches profondes du droit ressurgissent, même sous l'écume des révolutions. La révolution soviétique de 1917 ne date que de 70 ans, ce qui est fort peu dans l'histoire des civilisations. Les droits socialistes ne sont d'ailleurs pas parvenus à effacer vraiment le contrat ou même la propriété. Il arrive ainsi que la végétation superficielle soit atteinte sans que les racines le soient...

Les révolutions, figurées sur la trajectoire de l'Histoire, sont alors souvent de simples convulsions passagères plus que de véritables fractures. Les règles de droit ne peuvent d'ailleurs pas se succéder brutalement, au gré des circonstances, sans ordre et sans "raccord entre elles". Il leur faut un dispositif d'insertion dans l'ensemble cohérent et homogène qu'est le système juridique, faute de quoi elles se contrediraient et créeraient l'insécurité.

La "continuité" du Droit n'est donc pas seulement fondamentale ; elle est aussi technique.

B - La continuité technique du droit

C' est, en effet, le système juridique lui-même qui organise la succession des règles de droit. Il le fait progressivement, avant l'intervention de réformes expresses (a) puis délibérément, lors de leur édicition (b).

a) La gestation de règles nouvelles

L'édiction de nouvelles dispositions est souvent préparée par la jurisprudence, la doctrine et la pratique. Ce sont alors le juge et le "monde juridique" qui façonnent le droit positif et dessinent ses futures expressions.

Sans aborder ici le problème épineux de la création du droit par le juge, on ne peut qu'observer combien par son rôle d'interprétation et d'application des règles de droit, il contribue à son adaptation et son évolution. S'il préfigure et inspire souvent l'intervention du législateur, il lui arrive aussi d'en provoquer la condamnation quand une loi vient briser la jurisprudence établie. Le juge français s'est vu reconnaître officiellement un rôle de proposition dans les rapports annuels de la Cour de cassation. La jurisprudence forge donc souvent le droit et participe à sa gestation ; même dans les systèmes de droit écrit, elle ne se borne pas à l'appliquer.

Quant à la doctrine, bien qu'elle n'ait pas de force obligatoire en droit français, elle exerce souvent une influence essentielle sur l'évolution du droit et, par ses critiques ou ses suggestions, participe à sa mutation.

La pratique, enfin, par ses usages, ses innovations, ses réticences, suscite de nouvelles dispositions ou peut dépouiller le droit en vigueur de toute efficacité.

Il suffit ici d'observer que le Droit est matière vivante et qu'il ne cesse de se transformer, mais que sa transformation, souvent imperceptible dans l'arsenal des textes, peut s'opérer sans rupture brutale et procède ainsi de sa "continuité". En revanche, lorsque des textes différents se succèdent, leur succession doit être expressément organisée.

b) Le droit transitoire

Dès qu'intervient une loi nouvelle, il faut en effet déterminer les conditions dans lesquelles elles se substituera à la loi antérieure. La date de son entrée en vigueur ne suffit pas à régler les conflits de lois dans le temps: il faut aussi savoir si les situations en cours lors de l'entrée en vigueur de

la loi nouvelle lui seront soumises ou resteront régies par la loi ancienne. Nombre de lois actuelles comportent leurs propres dispositions transitoires. Mais il arrive aussi que le législateur se soit abstenu d'organiser la transition entre le droit antérieur et les dispositions nouvelles ou ne l'ait fait qu'incomplètement. Le système juridique comporte alors des mécanismes généraux de règlements des conflits de lois. La loi nouvelle étant présumée meilleure, l'opportunité, les exigences du progrès social et, peut-être, le principe d'égalité des citoyens devant la loi impliqueraient que des nouveaux textes régissent toutes les situations en cours, tandis que le respect de la sécurité juridique implique que les situations constituées sous l'empire de la loi ancienne y restent soumises, afin de ne pas méconnaître les prévisions légitimes des intéressés. Les systèmes conservateurs ou libéraux privilégient plutôt le principe de la non-rétroactivité de la loi pour préserver la volonté et les droits acquis des individus. Inversement, les systèmes plus autoritaires font prévaloir largement les nouveaux textes. Il faut pourtant s'abstenir de toute présentation schématique ou systématique en ce domaine. Il est rare qu'un système opte délibérément et exclusivement pour l'application rétroactive ou la non-rétroactivité absolue de la loi. On ne peut déceler que des tendances. Des solutions monolithiques seraient irréalistes et aucun système ne peut se contenter d'une réponse unique. En France, les travaux du doyen Roubier ont conduit à des principes satisfaisants.

Dominé par le principe de la non-rétroactivité de la loi, le règlement des conflits de lois dans le temps repose sur la double distinction des situations contractuelles et extra-contractuelles et des textes supplétifs et d'ordre public. Si, en principe, la loi nouvelle ne peut remettre en cause la constitution ni les effets passés des situations juridiques qui lui sont antérieures, elle peut néanmoins régir leurs effets futurs et s'appliquer immédiatement aux situations en cours lors de son entrée en vigueur. Toutefois, les contrats, procédant de la volonté des parties, restent soumis à la loi sous l'empire de laquelle elles se sont déterminées, sauf si l'ordre public ou un statut légal sont en cause. Ces principes ne sont d'ailleurs pas intangibles : la loi civile peut expressément se déclarer rétroactive ou, sous prétexte d'être interprétative, le devenir ; la loi pénale à laquelle les principes fondamentaux interdisent toute rétroactivité, n'exclut pourtant pas la "rétroactivité in mitius". Tous ces mécanismes sont trop connus pour devoir être développés ici. Mais leur évocation démontre que le système juridique s'est doté de mécanismes de transitions capables d'absorber ses propres mutations et de garantir les conditions de sa continuité.

Le droit s'efforce aussi de ménager des transitions entre les divers ordres juridiques et d'atténuer les conséquences de sa "relativité dans l'espace", jusqu'à l'estomper.

II - RELATIVITE DANS L'ESPACE ?

Il est classique d'invoquer la territorialité des systèmes juridiques, leur juxtaposition et leur relativité. Il y a là une réalité dont nul ne saurait disconvenir. Mais cette relativité est-elle aussi nette qu'on le pense souvent ? Derrière les diversités superficielles, n'y a-t-il pas, en profondeur, une certaine unité des systèmes juridiques ? Si le concept de souveraineté nationale implique un phénomène de parcellisation du droit, il existe en dépit de ce mouvement de dissociation (A), des mouvements de coordination (B) des ordres juridiques.

A - Le mouvement de dissociation des ordres juridiques

La diversification du Droit en ordres juridiques nationaux est un phénomène assez récent. Il y eut longtemps, au moins à l'échelle du monde européen et méditerranéen, une grande unité du droit. L'empreinte du droit romain et, pour d'importantes matières, du droit canonique y a été renforcée par l'utilisation commune du latin. Plus tard, l'exemple des codifications napoléoniennes fut exporté, au delà de l'Europe, sur d'autres continents. Avec le développement de la colonisation, les systèmes juridiques européens se sont répandus dans le monde. On a pu observer, dès lors, une sorte d'universalité fondamentale du Droit inspirée par l'essor, au delà de leurs berceaux naturels, des systèmes de droit écrit ou de common law.

La dissociation contemporaine des ordres juridiques est liée à l'éclatement récent des souverainetés nationales, libérées de l'empreinte commune que constituaient jadis les traditions romaines et chrétiennes, une certaine homogénéité des régimes politiques et l'influence des religions. Mais la territorialité du droit (a) n'exclut pas des constantes (b).

a) La territorialité du Droit

La territorialité des ordres juridiques, c'est-à-dire la limitation du domaine d'application des règles qui les composent à un espace géographique, tient d'abord au changement des données sociologiques, économiques, culturelles, politiques, naturelles... selon les latitudes et les sociétés. L'influence des traditions populaires, de l'histoire, des moeurs, de la religion, des conditions géographiques et climatiques, du type de société considérée... sur les systèmes juridiques, souvent mise en évidence, n'est pas contestable.

De Machiavel à Hobbes, Hegel, Ihering ou, plus récemment, Kelsen, on trouve, dans la pensée juridique, des écoles pour lesquelles il n'existe pas de métaphysique juridique, ni d'idée immuable et universelle du juste. Pour certains positivistes, le droit s'identifie à la loi et à la volonté de l'Etat qui en serait la source unique. Même si l'on ne souscrit pas à cette thèse, on ne peut nier le rôle de l'Etat dans l'élaboration et l'application du droit. Or, l'Etat a pour attribut essentiel sa souveraineté qui ne peut être soumise à des ingérences extérieures mais qui se limite à un territoire déterminé, si bien que l'ordre juridique qui en dépend est lui-même confiné dans ses frontières. Ainsi, toute souveraineté nationale implique que l'Etat légifère et fasse respecter ses règles sur son territoire mais ne puisse les imposer que dans les limites de celui-ci. S'il existe alors, dans le monde, une multiplicité de systèmes juridiques différents juxtaposés, l'ampleur et l'objet de ces différences sont très variables d'un système à l'autre.

Dans certains cas, c'est l'esprit même du droit qui change : il s'agit d'une société libérale ou d'une société dirigiste, d'un système individualiste ou collectiviste ; la propriété privée y est consacrée et proscrite... Il arrive aussi que ce soient les sources du droit qui diffèrent : on oppose alors le pays de droit écrit et les pays du common law. Mais, très souvent, il n'existe, entre les ordres juridiques, que des différences de droit substantiel. Tantôt, elles affectent des règles de fond, le droit de la famille, par exemple, très lointain dans les sociétés islamiques de ce qu'il est dans les pays de tradition judéo-chrétienne. Tantôt, elles ne concernent que des règles techniques comme la publicité foncière, l'organisation juridictionnelle...

Mais, au-delà de ces différences, on observe entre les divers systèmes juridiques de nombreuses constantes que mettent en lumière l'étude fondamen-

tale des droits positifs et l'analyse des structures de la pensée juridique.

b) Les constantes du Droit

L'apport du droit comparé est ici essentiel. Il exerce dans la science juridique une fonction normative, en inspirant la création continue du droit grâce aux apports de l'expérience d'autrui ; par sa fonction documentaire, il alimente la connaissance des systèmes étrangers.

On observe alors qu'en dépit de leur apparente diversité, il existe, entre les systèmes juridiques, un certain nombre d'affinités permettant de les regrouper en grandes familles de droits. On a coutume de distinguer les systèmes de droit écrit et les systèmes de common law, les systèmes libéraux et les systèmes collectivistes ou autoritaires, les systèmes laïcs et les systèmes religieux... Mais, au delà de ces clivages, on observe des points de convergence entre des systèmes théoriquement opposés, dès que l'on change de critère de distinction. Ainsi, selon les sources du droit, on oppose les systèmes anglo-saxons et les systèmes "romano-germaniques" mais on assimile les droits d'Europe occidentale et ceux de l'Est, tandis que, par les critères idéologiques, on rapproche les droits anglo-saxons et les droits d'Europe occidentale pour les opposer à ceux des pays de l'Est.

Au delà de ces ressemblances et de ces différences, il y a, semble-t-il, une grande unité fondamentale de la science juridique. Tout système juridique doit répondre à un certain nombre de problèmes communs à toutes les sociétés. Les grands choix offerts pour les régler paraissent assez constants. Roubier les avait énoncés par la fameuse trilogie : Justice, Sécurité, Progrès social. Enfin, les divers systèmes ont recours à de mêmes instruments, tels que le pouvoir, le juge, la sanction, la responsabilité, l'accord de volontés, le formalisme, les droits, les obligations...

A partir de ce fonds commun, chaque système juridique construit un droit positif qui lui est propre. L'originalité des rapports sociaux qu'il doit régir, les choix idéologiques ou techniques qu'il opère, l'usage particulier qu'il fait des divers instruments juridiques en marquant la spécificité. On conçoit mal un législateur faisant un choix délibéré et tout à fait exclusif de la sécurité au détriment de la justice ou un système conservateur au point d'éluider toute idée de progrès ou d'évolution, de même qu'on n'imagine guère un ordre juridique sacrifiant toute idée de justice ou reniant tous ses acquis. Entre des impératifs, des principes ou des finalités opposés, tous les compromis sont possibles. Un système juridique manifeste plutôt des tendances, des dominantes ou des sourdines, que des choix délibérément tranchés. Ce sont, pour la globalité d'un système comme dans des matières particulières, les divers points d'équilibre possibles qui distinguent les systèmes juridiques les uns des autres, selon les pays et les époques. Mais la contingence des situations de droit et des solutions juridiques ne doit pas masquer la profonde unité de structures fondamentales de la pensée juridique. Celles-ci transparaissent peu dans les domaines très techniques et spécialisés mais elles dominent l'ensemble des systèmes juridiques.

De même que par des mélanges différents, on obtient, à partir des mêmes couleurs de base, une multitude de teintes différentes, c'est par les diverses conjonctions de composants juridiques analogues que l'on parvient à des institutions, des règles et des solutions différentes. Il faut alors tenter de résorber ces différences préjudiciables au règlement des situations internationales. A notre époque de multiplication des échanges, on observe d'importants mouvements de coordination de ordres juridiques.

B - Les mouvements de coordination des ordres juridiques

Il apparaît nécessaire de recourir à des techniques de coordination entre les différents systèmes juridiques chaque fois qu'il faut résoudre des questions de droit ressortissant des législations de deux ou plusieurs pays. La méthode la plus efficace serait évidemment l'unification législative (a) ; mais, à défaut d'y parvenir, il faut tenter de résoudre les conflits de lois (b).

a) L'unification législative

Il serait tout à fait illusoire de songer à une unification générale du droit dans le monde ; il existe d'irréductibles divergences sur la conception même du droit et le respect légitime et nécessaire des souverainetés nationales interdit d'imposer à un Etat des règles auxquelles il n'a pas consenti. Les tentatives d'unification limitée à des pays dotés de profondes affinités ou d'une volonté commune n'aboutissent qu'en se cantonnant à des matières bien déterminées. Ce sont alors des traités internationaux de portée très variable, traités-contrats ou traités normatifs, qui permettent cette harmonisation du droit par déjà les frontières des pays intéressés.

Il peut s'agir de conventions instituant de véritables organisations supranationales comme l'O.N.U., ou des juridictions, telle la Cour permanente de justice internationale de La Haye, dont les pouvoirs et la compétence sont fixés par les traités eux-mêmes. Dans d'autres cas, les pays signataires établissent de véritables lois supranationales destinées à s'appliquer, dans leurs domaines respectifs, à la place des dispositions nationales qu'elles évincent : le droit des transports internationaux connaît bien des conventions de ce type. On trouve également des lois uniformes, telle la convention de Genève de 1930, en matière d'effets de commerce, par lesquelles chaque Etat contractant s'oblige à substituer à ses textes nationaux des dispositions nouvelles imposées par la convention internationale. C'est ainsi qu'est intervenu, en France, le Décret-loi du 30 octobre 1935 sur le chèque, par exemple. Ces techniques contribuent bien, dès lors, à l'unification, en certaines matières, des divers droits nationaux concernés. Mais la portée des traités est encore accrue par les multiples développements et prolongements qu'ils permettent, lorsqu'ils organisent de véritables transferts de compétences au profit d'organes supranationaux, communs aux Etats signataires. Le droit des communautés européennes illustre tout spécialement ce type d'entreprise dont il montre l'importance. L'effet unificateur des "directives", des "règlements", des "décisions", voire des "recommandations" ou des "avis", émanant des organes communautaires est considérable et transforme, en de nombreux domaines, le paysage juridique européen et les droits internes des pays intéressés.

Toutefois, on ne peut nier les difficultés de toute entreprise d'unification législative, ni méconnaître la multitude et l'immensité des domaines dans lesquels existent des conflits de lois nationales différentes. Il faut alors ponctuellement régler ces conflits par des méthodes appropriées.

b) Le règlement des conflits de loi

Pour déterminer la loi applicable aux situations de droit privé comportant des éléments d'extranéité, le droit international privé comporte un certain nombre de règles de conflit. Ces règles sont souvent très complexes et doivent être appliquées à des situations, elles-mêmes souvent complexes. Il s'agira, par exemple, de connaître la loi devant régir le divorce entre deux époux, l'un français et l'autre anglais, mariés au Brésil et domiciliés aux Etats-Unis,

alors que l'un d'eux réside en Italie... Il faut en outre observer que nombre de règles régissant les conflits de lois dans un pays ne sont pas reconnues dans les autres et que le droit international privé ne comporte donc pas de solutions universelles ni absolues.

En droit français, les règles de conflit de lois ont été principalement dégagées par la jurisprudence, surtout à partir des dispositions très sommaires de l'article 3 du code civil. Elles s'appuient sur une distinction tripartite entre le "statut réel", le "statut personnel" et "la loi d'autonomie". Il faut simplement souligner aussi le rôle de la volonté en matière contractuelle puisque les parties peuvent choisir la localisation de leur contrat dans l'espace et déterminer elles-mêmes, indirectement voire directement, la loi à laquelle il sera soumis.

En droit public et en droit pénal, les exigences de l'intérêt général et les prérogatives de la puissance publique justifient le "principe de territorialité des lois" selon lequel les textes ont vocation à régir toutes les situations concernées qui interviennent sur le territoire national.

On ne saurait ici explorer davantage les arcanes du droit international. Il suffit de prendre conscience de son rôle de coordination des divers ordres juridiques, quand il devient nécessaire de résorber leurs différences.

CONCLUSION

La nécessité même du droit international tient à la diversité des ordres juridiques. Il ne saurait être sérieusement question de contester la relativité des droits dans le temps ni dans l'espace. Mais elle est trop souvent exagérée et énoncée de façon si péremptoire qu'elle finit par occulter la continuité et la généralité des structures du Droit. Ces réflexions, dénués de toute prétention encyclopédique ont seulement pour objet de dénoncer, à bâtons rompus, les abus que l'on fait parfois de l'idée de relativité du droit. La formation de nos étudiants et les principes mêmes de la "science juridique" risqueraient, à défaut de quelques mises au point, d'en être affectés. On oublierait alors qu'au delà de la simple connaissance des solutions actuelles de notre droit positif, il'y a le Droit lui-même et qu'il ne peut s'abstraire de ses fondements, ni s'affranchir de la nécessaire cohérence de tout système juridique.

La relativité du droit exprime la contingence et la territorialité des couches superficielles du droit qui se manifeste généralement au niveau de ses règles techniques. Mais cela ne doit pas dissimuler la permanence et l'universalité des éléments fondamentaux du système juridique qui dominent tout le Droit et la méthodologie de son élaboration, comme de sa mise en oeuvre.

La relativité du droit est une réalité ; mais elle n'est, si l'on peut ainsi s'exprimer, qu'une "relativité relative".

DEREGLEMENTATION ET LIBERTE (*)

Par

Monsieur le Doyen Yves MADIOT
Professeur à l'Université de Poitiers

La dérèglementation est un thème qui, aujourd'hui, est incontestablement à la mode et qui retient l'attention des juristes, des économistes, du gouvernement et de la classe politique. C'est dire qu'il ne s'agit pas seulement d'un thème d'étude propre à charmer les théoriciens mais d'un problème qui présente, à l'évidence, des implications politiques, économiques et d'ordre social.

Si ce problème a fait l'objet d'études en France dans plusieurs universités, on doit aussi constater que ce n'est pas un thème spécifiquement français. Sans doute porté par la vague libérale, on remarque sa présence dans plusieurs Etats politiquement libéraux et ayant un degré de développement économique comparable à la France. C'est le cas de la Grande-Bretagne et de la République fédérale d'Allemagne. La Norvège, de son côté, a réalisé une intéressante expérience de dérèglementation s'apparentant à une entreprise "d'assainissement juridique" : après avoir répertorié, par des moyens informatiques, plus de 30 000 règlements, 16 000 furent abrogés. Aux Pays-Bas, la commission "Van der Grinten" et la commission "Geelhoed" ont fait des propositions de dérèglementation à la demande du gouvernement. Mais c'est peut-être aux Etats-Unis que le mouvement a connu et connaît sa plus grande ampleur, le "reaganisme juridique" venant ainsi confronter le "reaganisme politique". Après les travaux de la commission "Bush", une dérèglementation, au moins partielle, a été engagée dans le domaine des transports. En France même, le stade théorique est dépassé depuis l'installation de la commission "Danon" dont la mission est de rechercher les possibilités de dérèglementation dans deux secteurs particulièrement sensibles : celui de l'urbanisme et celui des marchés de travaux publics.

Il s'agit donc d'un mouvement de très grande amplitude dont les manifestations sont diverses dans de nombreux Etats. Mais, au-delà de cette diversité, à travers les expériences et les applications tentées, on observe la permanence d'un objectif essentiel : celui d'un accroissement de l'espace de liberté des personnes, des personnes physiques comme des personnes morales (c'est-à-dire, principalement, des particuliers et des entreprises). Et cet objectif apparaît quelle que soit la signification donnée à la dérèglementation. Mais une dérèglementation "sauvage" risquerait d'entraîner des effets néfastes et préjudiciables à la liberté. Une politique prudente s'impose donc afin de réduire les maux nés de l'excès de réglementation.

I - La première signification, et aussi la plus "instinctive", consiste

* Communication à la table ronde sur "la dérèglementation", organisée par le Centre d'Analyse Juridique de l'Université de Corse, le 31 janvier 1986.

en une suppression de textes. Cette forme de dérèglementation s'explique par une réaction contre la sur-réglementation de l'Etat-providence. L'Etat interventionniste a, en effet, produit une multitude de règles juridiques, production renforcée par le mouvement de socialisation et d'effacement de la responsabilité individuelle. Le besoin de sécurité, éprouvé par les personnes et les groupes, a entraîné la multiplication, souvent à la demande des intéressés eux-mêmes, de statuts et de réglementations diverses. Ces demandes étaient d'autant plus écoutées qu'elles répondaient à une idéologie interventionniste qui imprégnait la haute fonction publique, l'Etat étant considéré comme une puissance organisatrice du bien commun. Cette solution semblait d'ailleurs inéluctable : les sociologues (américains notamment : White, par exemple) ne décrivaient-ils pas la marche de la société vers la constitution de vastes groupes publics et privés, l'individu devenant l'homme de l'organisation ? La liberté individuelle s'en trouve, ainsi, extrêmement réduite. On peut ajouter que la multiplication des normes juridiques s'est accompagnée d'une profonde altération de leur qualité : des textes mal rédigés, fréquemment modifiés et privés de toute homogénéité (l'un des derniers exemples étant la réforme partielle de la sous-traitance et la modification de la réglementation sur les ascenseurs dans la loi du 6 janvier 1986 portant diverses simplifications administratives en matière d'urbanisme) entraînent une évidente instabilité des rapports juridiques. Supprimer des textes devrait donc aboutir à desserrer le carcan législatif et réglementaire et à restituer aux individus et aux entreprises une liberté d'action qu'ils ont perdue. Pour reprendre un vocabulaire cher aux enseignants des libertés publiques, la dérèglementation doit permettre de faire revivre la liberté-autonomie qui s'est progressivement effacée pour laisser la place à la conception de la liberté -droit de créance de l'individu sur la société.

Dans un second sens, la dérèglementation correspondrait au souci d'assurer une meilleure coordination, celle-ci se manifestant aussi bien au sein et entre les collectivités publiques qu'entre ces dernières et, de façon générale, le secteur privé. Le problème est alors d'obtenir la meilleure adéquation possible entre le but poursuivi et les moyens employés. On peut voir ici une application originale mais délicate d'un principe jurisprudentiel bien connu des spécialistes de droit administratif : le principe de proportionnalité ou le bilan coûts-avantages. En d'autres termes, la dérèglementation s'analyse comme une adaptation et une simplification de la réglementation, une volonté de contrôler sa nécessité. Cette orientation débouche d'ailleurs sur un problème difficile : celui de la détermination, aussi exacte que possible, du coût d'une réglementation. Il s'agit d'analyser, avant l'adoption d'une nouvelle règle, ses effets probables sur la réglementation antérieure, les charges nouvelles imposées aux collectivités publiques et aux personnes privées ainsi que ses incidences économiques et fiscales. C'est la voie qui a été choisie par les Pays-Bas (Voir Jef M.M. Maeijer : la dérèglementation aux Pays-Bas : idées générales, in la dérèglementation. Travaux de la Faculté de Droit de Poitiers. P.U.F. 1986) : le ministère de la justice a été chargé d'une fonction de coordination et tout projet de loi doit être accompagné d'une "feuille explicative" rassemblant un certain nombre de questions et permettant de juger du caractère nécessaire du projet. Une telle procédure, dont l'utilité est manifeste, risque aussi de ralentir le mécanisme, déjà lent, de la prise de décisions.

Une troisième signification a été recherchée dans le couple "dérègle-

mentation-décentralisation". Il s'agit, dans cette voie, de désengager l'Etat en renforçant les pouvoirs et les compétences des collectivités territoriales (régions, départements, et communes) et de certains établissements publics (groupements de collectivités territoriales). Cette orientation apparaît assez limitée car elle ne met en cause que des collectivités publiques. Mais elle permet d'étendre le champ d'application du principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales. Toutefois, il semble bien qu'il y ait très peu de rapports entre décentralisation et dérèglementation. L'étude faite sur ce sujet par le professeur Jean-François Lachaume (voir ouvrage précité sur la dérèglementation) est très éclairante et le plan suivi par l'auteur suffit à rendre compte de ses conclusions : il démontre, dans la première partie, que "la décentralisation s'est opérée sans dérèglementation" et, dans la seconde partie, que "la décentralisation risque d'accroître la réglementation". Il n'y a certes pas opposition entre les deux notions mais il est évident que la dérèglementation n'accompagne pas nécessairement la décentralisation.

La privatisation, en revanche, peut être plus riche de perspectives. Après une tendance de longue durée à la publicisation, le retour au droit privé doit (devrait ?) s'accompagner d'une dérèglementation. L'aspect le plus caractéristique de ce mouvement consiste dans la dénationalisation qui s'analyse, pour ses partisans, en une promotion de la liberté économique, confisquée par le secteur public industriel et commercial.

Enfin, un cinquième sens de la dérèglementation est à rechercher dans la contractualisation des rapports juridiques. Le développement du procédé contractuel a été souvent mis en valeur et il n'est guère douteux, dans une première approche, que le contrat s'est, dans de très nombreux domaines, substitué à la réglementation. L'administration "par voie contractuelle" est vite devenue un mode normal et habituel d'administration. Il en est résulté un progrès de la liberté contractuelle et du principe de l'autonomie de la volonté. Il n'est, toutefois, pas certain que la contractualisation ait entraîné, en parallèle, une dérèglementation. On note, en premier lieu, que certains contrats ne sont que des actes administratifs unilatéraux "camouflés" sous un habillage contractuel : le Conseil d'Etat l'a admis pour les contrats de programme ou les contrats fiscaux (que l'on a appelée, plus justement par la suite, agréments fiscaux). En second lieu, certains contrats ont un contenu réglementaire et d'autres un contenu prédéterminé : dans tous les cas, les atteintes à la liberté contractuelle sont effectives. En troisième lieu, dans de nombreuses hypothèses, on peut hésiter sur la nature contractuelle des actes baptisés "contrats". L'un des derniers exemples est fourni par les contrats de plan qui, pourtant, "sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles" : la force juridique des engagements souscrits par les parties semble bien hésitante. Enfin, si dérèglementer signifie moins de droit, la dérèglementation ne découle pas de la contractualisation. C'est un autre droit dont il s'agit mais le transfert s'est opéré à volume juridique constant.

Quel que soit le sens retenu, cette brève analyse montre que c'est une recherche d'une plus grande liberté qui transparait derrière le mouvement en faveur de la dérèglementation : libertés individuelles et collectives, liberté économique ou autonomie de l'individu.

C'est, d'ailleurs, bien ainsi que le mouvement s'est intégré dans le débat politique français (voir Jacques Gerstlé. La dérèglementation dans le débat politique français in ouvrage précité sur la dérèglementation).

Pour l'U.D.F. et le R.P.R., la dérèglementation est un moyen devant permettre un désengagement de l'État. Dans les positions soutenues, on perçoit nettement l'influence des thèses de F.A. Hayek pour lequel le droit de la liberté doit se substituer à la loi du législateur. Le parti socialiste est, apparemment, divisé sur ce thème. Les courants les plus favorables à la dérèglementation ne sont pas partisans de "moins d'Etat" mais d'un "Etat plus efficace" qui doit laisser au marché les missions qui sont les siennes. C'est ce qui apparaît bien dans un article de M. Strauss-Kahn, secrétaire national du parti socialiste (Le Monde du 10 novembre 1984): "Aussi convient-il de redéfinir le partage des rôles entre l'Etat et le marché. A l'Etat de fixer les règles du jeu et de lutter contre les rigidités issues de décennies de corporatisme ; à l'Etat de neutraliser les risques sociaux et industriels ; à l'Etat de ménager l'acceptation sociale des mutations économiques : au marché de se saisir des opportunités pour les transformer en réalités ; au marché d'accepter la concurrence pour améliorer la qualité et faire baisser les prix ; au marché de rémunérer équitablement les talents et de couronner les innovations réussies".

L'ampleur du mouvement en faveur de la dérèglementation et la permanence de l'objectif poursuivi ne peuvent manquer d'impressionner. Mais s'agit-il d'un simple slogan politique ou d'une réalité qui s'impose au corps social ? Cette question, à vrai dire, n'a pas encore reçu de solution certaine. Mais le lien entre dérèglementation et liberté peut être mis en doute.

II - Existe-t-il un rapport entre dérèglementation et liberté ou entre réglementation et absence de liberté ? C'est une question que, à en croire les partisans de la dérèglementation, on ne devrait même pas poser, tant la réponse est évidente. Elle mérite pourtant de l'être car la destruction de pans entiers de la législation risque d'être préjudiciable aux libertés.

Les textes, dans ce domaine, ne nous sont pas d'un très grand secours. On en mentionnera néanmoins deux, de force constitutionnelle, mais dont la valeur explicative, pour notre problème, est limitée. Les défenseurs de la dérèglementation peuvent s'appuyer sur l'art. 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : "Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas". Les adversaires, en revanche, peuvent souligner les dangers de la dérèglementation en invoquant l'art. 34 de la constitution de 1958 et plus particulièrement la disposition qui précise que "la loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques". Ces deux textes ont en commun de garantir la liberté par la loi mais le premier le fait de façon négative (toute activité non défendue par la loi est libre et moins il y a de lois, plus il y a de liberté) alors que le second le fait de façon positive (la loi définissant les conditions de la liberté).

L'art. 5 de la Déclaration permet également de rappeler un élément tout à fait essentiel pour le régime des libertés publiques. C'est la réglementation qui délimite les zones de liberté dans lesquelles les individus peuvent exercer leurs activités. Ne serait-ce que pour cette raison, la réglementation constitue une nécessité. Elle correspond, ainsi interprétée, au régime répressif, traditionnellement opposé au régime préventif et considéré comme le plus libéral. Le libéralisme du régime répressif peut, certes, être contesté. Mais, dans ce cadre, l'administré n'est pas soumis

à un système d'autorisation préalable.

On peut ajouter que la réglementation est, souvent, une protection de la liberté. A cet égard, la célèbre formule du père Lacordaire n'a pas perdu son actualité : "Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit". Les réglementations du travail, de l'urbanisme ou de la fonction publique territoriale constituent autant de garanties pour les libertés de ceux qui ne disposent pas d'une force économique suffisante et qui ne sauraient se protéger contre les abus.

A ce titre, d'ailleurs, une réglementation est fréquemment demandée (quand elle n'est pas exigée !) par les individus et les groupes. Faut-il croire qu'ils s'adonnent à un "masochisme réglementaire" qui les conduirait à supprimer, eux-mêmes, leurs libertés ? En agissant ainsi, ils ont le sentiment (réel ou imaginaire, peu importe) de protéger et de garantir leur activité et leur liberté.

Le mal viendrait alors de l'excès de réglementation. Un tel constat ne nous fait guère progresser car il suscite une série de questions qui restent sans réponses. A partir de quel seuil y-a-t-il excès ? Cet excès est-il quantifiable ? Une comparaison serait sans doute intéressante à mener avec la situation des Etats en voie de développement qui vivent dans un régime de "sous-réglementation". Bien que l'idée soit banale, nous ne devons pas oublier que "l'état de droit" suppose un certain volume de droit, un minimum de réglementation permettant de contenir et de réduire l'arbitraire propre à l'exercice du pouvoir. Les règles juridiques, souvent ressenties comme des contraintes et des entraves dans l'action par les responsables politiques et administratifs ainsi que par les citoyens, sont aussi des garanties dont on aurait bien tort de se dégager sans une réflexion préalable approfondie sur leur fondement et leur portée.

III - Il n'en reste pas moins que l'excès de réglementation est un fait, même s'il n'est pas mesurable. C'est un sentiment largement partagé (voir : Jean Carboneau). L'inflation des lois. Revue des sciences morales et politiques. 1982 p. 691) et les français, dans un sondage réalisé en septembre 1983, attribuent leurs ennuis avec la bureaucratie d'une part aux lois et règlements (pour 28 %) et d'autre part à la manière dont ces textes sont appliqués par les fonctionnaires (pour 56 %). Le problème est donc réel et ne doit pas être sous-estimé, notamment par les conséquences qu'il entraîne.

On constate, en premier lieu, que le développement de la réglementation se réalise de manière totalement anarchique et que des atteintes graves sont portées aux règles gouvernant la hiérarchie des règles juridiques. Ces atteintes proviennent assez souvent d'une forme particulière de réglementation qui a très largement dépassé les frontières qui devaient être les siennes : elle regroupe les arrêtés, circulaires, lettres-circulaires, instructions, directives, notes, voire même "telex". On peut ajouter les 17 000 (nombre moyen actuel) réponses à des questions écrites posées par les parlementaires : ces réponses contribuent à former la "doctrine administrative" et donc à alimenter un aspect particulier et original de la réglementation. Ce foisonnement normatif crée une situation malsaine. Ces textes et cette doctrine interprètent les actes législatifs et réglementaires, en modifiant le sens ou en suspendent (totalement ou partiellement) l'application.

En second lieu, l'excès de réglementation rend difficile l'application des normes juridiques. Les textes connaissent de très fréquentes modifications (la loi de juillet 1983 sur les agglomérations nouvelles est modifiée au rythme d'une fois par semestre et bien d'autres exemples pourraient être pris). Dans certains secteurs, le maquis réglementaire devient tellement touffu et complexe que les objectifs pour lesquels les textes avaient été adoptés, ne peuvent plus être atteints. L'exemple des aides aux entreprises est, à cet égard, très caractéristique : leur multiplicité, la diversité de leur régime, leur impact économique amènent à se poser la question de la nécessité de leur maintien.

Une telle situation crée, en troisième lieu, des risques d'arbitrage dans l'application des décisions et des dangers d'inégalités entre les citoyens. Les règles juridiques doivent, parmi d'autres, remplir deux conditions essentielles : la clarté et la simplicité. A défaut, les citoyens ne connaissent plus leurs droits et ignorent leurs obligations.

Enfin, la sur-réglementation constitue un frein au développement économique. L'idée a été souvent énoncée et elle n'est guère contestable. Les atteintes aux libertés économiques et à l'autonomie individuelle ne sont pas compatibles avec le progrès des initiatives. Dans des domaines tels que les créations d'entreprises et l'aménagement du territoire, ce sont là des données essentielles.

* *
*

L'excès de réglementation peut aboutir à un affaiblissement de l'état de droit. Mais il serait erroné de croire que le développement des libertés est lié à la déréglementation. Simplement, il s'est créé, depuis quelques décennies, une situation qui appelle des mesures de déréglementation. Moins d'Etat, moins de droit : cette formule peut être facteur de progrès, à condition qu'elle ne soit pas le prétexte pour réactiver des valeurs sociales du XIXe siècle et pour remettre en cause les conceptions de la liberté qui se sont incarnées dans la Déclaration de 1789 et le préambule de la constitution de 1946. Il faut savoir, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, jusqu'où ne pas aller trop loin.

LA DOUBLE FONCTION DU MAINTIEN DE L'USAGE DU NOM DES EPOUX DIVORCES

Par

Olivier LALIGANT

Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Mode d'identification des personnes physiques, le nom a une importance qu'il n'est pas besoin de souligner, quoique sociologiquement variable puisqu'il est des noms connus, voire célèbres, et d'autres qui ne le sont pas. Mais toujours, pour chacun de nous comme pour la société, il est à la fois "ce qui évoque et ce qui perpétue" (1).

Aussi le nom est-il traditionnellement et normalement "assurance de filiation et indice de mariage" (2). Mais, à bien scruter les textes, tous relativement récents, il apparaît qu'il joue ou qu'il peut jouer un tout autre rôle. La démonstration en a été faite brillamment en matière de filiation, et il serait oiseux d'y revenir (3). Mais, en matière de divorce, cette démonstration mérite, aujourd'hui, d'être reprise et poursuivie, car s'il est vrai que depuis la réforme de 1975 le nom n'a pas non plus conservé, en cette matière, sa fonction traditionnelle, il est tout aussi vrai que la fonction qu'il peut être amené à remplir désormais n'est pas toujours la même, la rupture du lien matrimonial se répercutant en effet sur des intérêts dont les particuliers, aujourd'hui plus qu'hier et en raison de l'évolution de nos moeurs et de nos mentalités, désirent et demandent de plus en plus de tenir compte.

Auparavant, c'est-à-dire sous l'emprise de la loi du 6 février 1893 (4), qui avait ajouté à l'a. 299 du Code civil un deuxième alinéa aux termes duquel "par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son

(1) M. Gobert, "Le nom ou la redécouverte d'un masque", J.C.P.1980.2966, n° 3.

(2) Ibid., n° 4.

(3) V. à ce propos l'article précité de Madame Michelle Gobert, Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales de Paris.

(4) La question du nom des époux divorcés n'avait en effet été ni résolue par la loi du 27 juillet 1884, qui rétablit, le divorce, ni par celle du 28 avril 1886, qui en régla la procédure. De là des controverses et des divergences sérieuses tant en doctrine qu'en jurisprudence (v. par ex. Trib. civ. de Lyon, 4 mars 1886 et Trib. civ. de Die, 12 août 1886, D.P. 1889.2.9. et, d'autre part, Trib. civ. de Toulouse, 18 mai 1886, Cour d'Alger, 29 décembre 1886 et Cour de Nîmes, 8 août 1887, D.P. 1889.2.9.). Et c'est pour y mettre fin qu'à l'occasion de la loi du 6 février 1893, fut complété l'a. 299 du Code civil.

nom", le principe était qu'un époux divorcé, qu'il s'agisse du mari ou de la femme, ne pouvait continuer à user du nom de son ex-conjoint (5). A ce principe, toutefois, quelques tempéraments avaient été apportés au fil des années. La Cour de cassation, en 1924, avait en effet admis la licéité d'un "accord" à ce sujet (6). Mais cet "accord", que l'on ne pouvait considérer que comme un acte de "pure courtoisie" (7) restait en conséquence toujours révocable (8), ainsi que devait le souligner nettement et d'une manière tout à fait générale la Cour suprême par un arrêt du 13 octobre 1964 (9). Postérieurement, certaines juridictions du fond, sensibles aux difficultés et aux conséquences parfois extrêmement dommageables qui pouvaient en résulter, avaient néanmoins audacieusement considéré que le tribunal qui prononce le divorce peut, en certains cas, autoriser la femme à continuer à porter le nom de son ancien époux (10), mais sans véritablement donner de base légale à leurs décisions (11) ou, dans le meilleur des

(5) En application de ce texte, la jurisprudence a donc interdit à l'épouse divorcée de faire emploi du nom patronymique de son ex-conjoint dans la littérature, les arts, le commerce, l'industrie et, d'une manière générale, dans toute profession ou toute activité quelconque : v. not. à ce propos Trib. civ. de la Seine 15 décembre 1897, 2^e espèce, D.P. 1898.2.496 ; Trib. civ. de la Seine 19 novembre 1907, G.P. 1907.2.637 ; Trib. civ. de la Seine 22 décembre 1923, S.1928.2.25. La justification de cette application stricte du texte de 1893 réside, comme le montrent bien les Travaux préparatoires, dans le souci de protéger l'honorabilité de l'ex-mari dont le nom, à défaut d'une telle protection, aurait pu se trouver mêlé à une faillite ou, si son ancienne épouse était une femme de théâtre, à des "aventures (...) peut-être encore moralement plus redoutables et plus troublantes que celle de la faillite" (Trib. civ. de la Seine 19 novembre 1907, aff. préc., G.P. 1907.2.637).

(6) Cass. civ. 20 février 1924, D. 1924.1.19 ; S. 1924.1.335 ; Rev. crit. de légis. et de juris. 1926, 11 et s., note Savatier.

(7) H. Desbois, observ. sur Paris 7 janvier 1959, Rev. trim. dr. civ. 1959, 72 et Grenoble 3 mai 1950, D. 1950, 606.

(8) Cf. not. Paris 4 juillet 1956, D. 1956, 668 et Paris 7 janvier 1959, 58. Comp. Paris 24 mars 1944, 98 (décision relative à une interdiction survenue à la suite d'une séparation de corps).

(9) Cass. civ. 13 octobre 1964, D. 1965, 209, note J. Foulon-Piganiol, J.C.P. 1964.II.13891, note R.L. ; G.P. 1964.2.401 ; Rép. Defrenois 1964, art. 28632 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, observ. H. Desbois, 333.

(10) Tgi. de Paris 8 mai 1970, D.S. 1970, somm., 192 et Rev. trim. dr. civ. 1971, 121, observ. R. Nerson ; Bordeaux 14 juin 1973, D.S. 1974, 166, note H. Souleau, et Rev. trim. dr. civ. 1974, 406, observ. R. Nerson. Comp. Paris 20 décembre 1969 (D.S. 1970, 194, concl. Lecouturier, et Rev. trim. dr. civ. 1970, 341, observ. R. Nerson), décision assez voisine puisqu'elle concerne l'acquisition du "pseudonyme", et qui affirme que l'usage du pseudonyme du mari, porté par la femme pendant de nombreuses années tant dans le cadre professionnel que hors du cadre professionnel, a créé au profit de celle-ci un droit sur ce pseudonyme, qui subsiste donc après le divorce et qui ne peut alors lui être retiré par le mari.

(11) Ainsi en déclarant que la femme qui a fait une longue carrière de soliste de concert sous le nom de son époux et qui a acquis dans cette carrière une notoriété incontestable, doit être autorisée, à porter après le divorce le nom de son ancien époux, le Tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement du 8 mai 1970 (aff. préc.) a-t-il sans nul doute adopté une solution équitable, mais dont le fondement juridique, c'est le moins qu'on puisse dire, n'apparaît pas.

cas, en recourant à un fondement juridique d'une nature propre à susciter quelques doutes et, de toute façon, d'une portée assez limitée (12).

Aussi devenait-il indispensable de réorganiser la matière, et c'est ce qu'a fait le législateur avec la loi du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce. Certes, le principe demeure qu'à la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom (a. 264 al. 1 C. civ.), et si la formule employée par le législateur ne paraît pas à l'abri de toute critique - il eut sans doute été plus exact et plus précis de dire qu'à la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom patronymique de son ex-conjoint - la pensée qu'elle exprime ne laisse en revanche aucune place au doute : elle signifie que la femme cesse d'avoir la faculté de porter le nom de son ex-mari et celui-ci de pouvoir joindre à son nom celui de son ancienne épouse, comme cela arrive parfois. Toutefois, et d'une manière assez inattendue après cette symétrie, a été légalement prévu le maintien, au profit de la seule épouse divorcée, de l'usage du nom de son ex-mari, soit de plein droit (a. 264 al. 2 C. civ.), soit sous condition d'un accord entre les époux ou d'une autorisation accordée par justice (a. 264 al. 2 C. civ.). Ainsi le législateur moderne, ne prenant en compte que l'usage le plus répandu - celui qui veut que la femme mariée porte le nom de son mari - s'est-il contenté d'assortir le principe traditionnel, rappelé par l'a. 264 al. 1 C. civ., d'un certain nombre d'exceptions qui permettent à la femme, et à elle seule, de conserver plus facilement qu'autrefois l'usage du nom patronymique de son ex-conjoint.

Ainsi, aujourd'hui, n'est-il plus toujours vrai que le nom soit "indice de mariage", puisque des alinéas 2 et 3 de l'a. 264 C. civ., il résulte qu'une femme peut porter le nom d'un homme auquel ne la lie plus aucun lien matrimonial, et cela dès qu'un intérêt particulier s'y attache, soit parce que grâce à ce subterfuge est suggérée, à son profit ou à celui des enfants, une autre structure familiale traditionnelle : celle qui existe après le décès du mari ou du père, soit parce que, grâce à ce moyen, est assurée la pérennité de la notoriété acquise par elle durant le mariage dans sa vie professionnelle ou dans une activité créatrice... Et même dans cette

(12) Ainsi en considération des faits de l'espèce, la Cour de Bordeaux, le 14 juin 1973, a-t-elle considéré, en ce qui concerne le nom de l'ex-mari, qu'il s'agissait, "d'une part d'une véritable enseigne commerciale, détachée du nom patronymique et devenue un élément de fonds de commerce" et "d'autre part d'une marque de fabrique constituant à la fois un support publicitaire et un élément du patrimoine" (Bordeaux 14 juin 1973, aff. préc., D.S. 1974, 166). Mais, contrairement à ce qui a parfois été affirmé, ce n'était pas la première fois qu'une juridiction recourait à la notion de fonds de commerce et de marque de fabrique pour autoriser une femme divorcée à continuer d'exercer sa profession de commerçante et d'artisan sous une dénomination qui, à l'origine était le nom patronymique de son époux, puisque la même Cour de Bordeaux avait déjà utilisé ce fondement dans une affaire tranchée par elle au début du siècle (cf. Bordeaux 3 décembre 1906, D.P. 1907.2.73 ; v. également Trib. civ. de la Seine 2 novembre 1895, D.P. 1896.1.152). Mais on peut concevoir quelques hésitations sur l'exactitude juridique de la solution de la Cour de Bordeaux, car si l'on se rapporte aux faits à l'origine de l'arrêt cassé par la Cour suprême le 13 octobre 1964 (aff. préc.) - et bien que la question du nom commercial, il est vrai, n'ait pas été soulevé par le pourvoi - il s'agissait précisément d'une utilisation commerciale du nom de l'ex-mari par une femme divorcée et à laquelle, d'après les termes mêmes de l'arrêt de la Cour de cassation, le mari pouvait toujours mettre un terme, "ad nutum". Ce qui aurait été impossible s'il s'était agi d'un droit entré dans le patrimoine de son épouse.

dernière hypothèse, c'est-à-dire dans le cas de notoriété acquise dans le cadre d'une activité créatrice durant le mariage, deux textes législatifs, dont l'un est tout récent mais pas l'autre : la loi du 3 juillet 1985, relative aux droits des artistes-interprètes, et la loi du 11 mars 1957, relative à la propriété littéraire et artistique, sont également susceptibles de fournir, si l'on y prend garde, un fondement au maintien du nom de celui des époux, la femme, bien sûr, mais aussi le mari, qui aurait utilisé pendant le mariage le nom de son conjoint. En effet, l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957, qui dispose notamment que l'auteur jouit du droit au respect de son nom et de sa qualité, et l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985, qui dispose notamment aussi que l'artiste-interprète a le droit au respect de son nom et de sa qualité, sont des dispositions propres, l'une comme l'autre, à venir soutenir et élargir la tendance législative de 1975 et à offrir de surcroît, en des matières bien particulières, le complément d'un régime juridique spécifique et plus adapté que le régime découlant des règles du droit du divorce.

Ainsi, et contrairement à ce que pourrait laisser croire l'extrême généralité des termes des deux derniers alinéas de l'a. 264 du Code civil, la finalité de l'intérêt qui pousse un époux divorcé à vouloir maintenir à son profit l'usage du nom de son ex-conjoint est-elle loin d'être indifférente... A bien y regarder, en effet, ce maintien s'explique tantôt par le souci de suggérer une situation juridique toute différente, le divorce bien que rétabli depuis un siècle étant encore semble-t-il à dissimuler, au moins pour les femmes, et tantôt par le souci de ne pas priver du bénéfice d'une notoriété acquise durant le mariage sous une dénomination différente, soit dans le cadre d'une activité créatrice, qu'il s'agisse de celle de l'auteur (13) ou de celle de l'interprète (14), et sans qu'elle soit professionnelle ou pas, soit dans le cadre d'une activité professionnelle quelconque.

Selon la finalité de l'intérêt en cause, il semble donc bien que la législation contemporaine permette d'assigner au maintien du nom des époux divorcés deux fonctions distinctes, voire même différentes : tantôt une sorte de rôle de masque (15), car par son intermédiaire est suggérée une structure familiale fictive ; tantôt une sorte de rôle d'emblème (16), car par son intermédiaire est perpétuée une notoriété individuelle véritable... C'est ce qu'il convient donc de vérifier en examinant tour à tour "Le nom-masque, ou la fonction d'évocation" (I) et "Le nom-emblème", ou la fonction de perpétuation" (II).

I. - Le nom-masque, ou la fonction d'évocation.

Aucune autre époque n'a semble-t-il été plus soucieuse que la nôtre de placer le mari et la femme sur un pied d'égalité. Et cependant, alors que l'ancienne loi soumettait les époux divorcés à une même règle, la

(13) Au sens qu'a ce terme dans la loi du 11 mars 1957.

(14) Au sens qu'a ce terme dans la loi du 3 juillet 1985.

(15) Et il est frappant qu'ici se conjuguent les trois fonctions principales du masque : dissimuler l'apparence des choses ... créer une réalité différente ... protéger ...

(16) Se conjuguent ici aussi les deux fonctions principales de l'ensemble : concrétiser quelque chose d'inreprésentable ... signaler l'existence ...

loi nouvelle, aux alinéas 2 et 3 de l'a. 264 C. civ., déroge à cette égalité en concédant à l'un d'eux - la femme - un avantage sans précédent (17) et sans contrepartie aucune (18). La raison profonde (19) en est peut-être dans le rôle de masque que joue précisément ici le nom - le divorce étant encore, de nos jours, à dissimuler pour de nombreuses femmes (20) - et qui est sans doute ce à quoi le législateur a essentiellement pensé comme tendraient à le confirmer le fait que ces dispositions ne concernent que la femme, ainsi que les conditions mêmes du maintien de l'usage du nom. En effet, en contrepartie d'un divorce beaucoup plus largement ouvert, et dont le principe peut tantôt être imposé (21), tantôt accepté (22) ou encouru (23), l'obtention du maintien de l'usage du nom sera plus ou moins aisée. C'est ce qu'il convient de vérifier en examinant successivement : "maintien de l'usage du nom et divorce imposé" (A) et "maintien de l'usage du nom et divorce accepté ou encouru" (B).

A. - Maintien de l'usage du nom et divorce imposé.

En cas de divorce pour rupture de la vie commune, que ce soit pour séparation de fait ou pour altération des facultés mentales, l'a. 264 al. 2 C. civ., donne à "la femme le droit de conserver l'usage du nom du mari lorsque le divorce a été demandé par celui-ci". Ainsi le législateur moderne n'accorde-t-il cette faveur qu'à la femme seule, et encore uniquement lorsque celle-ci n'a pas pris l'initiative du divorce pour rupture de la vie

(17) Dans le même sens, v. not. A. Breton et J.-Cl. Groslière, Encycl. Dalloz, Rép. de dr. civ., Divorce, n° 1264 ; R. Lindon et Ph. Bertin, "Divorce 76", éd. Litec, 1976, n° 316, p. 94 ; A. Breton, "Le nom de l'épouse divorcée", Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 17 ; Cl. Colombet, Jac. Foyer, D. Huet-Weiller et Cath. Labrusse-Riou, "Dictionnaire juridique : Divorce", Dalloz, 1984, p. 309.

(18) Comme le dit avec humour M. le Premier Avocat général Lindon : "il y a une chose qui, en droit, n'a pas cessé d'appartenir au mari, et celle-là la femme va pouvoir s'en emparer, c'est le nom !" (art. préc., n° 316, p. 94. V. également M. H. Caillavet, J.O., Déb. Sénat, p. 1591).

(19) Contra A. Breton, qui considère que cette disparité tient en réalité à ce que "cette législation n'intéresse et n'a jamais intéressé que la femme" (art. préc., p. 17 in fine). Pourtant le cas du mari qui a ajouté à son nom celui de sa femme n'est pas tellement rare et il y a d'ailleurs été fait allusion au Sénat (J.O., Déb. Sénat, p. 1591 et 1592). De plus le législateur l'a expressément envisagé à l'a. 300 C. civ. relatif aux conséquences de la séparation de corps à l'égard du nom.

(20) Ce que ne contredit nullement le fait que les femmes, aujourd'hui, prennent plus souvent l'initiative du divorce qu'avant...

(21) Imposé, car dans le divorce pour rupture de la vie commune, le consentement du défendeur au divorce est indifférent, et que la plupart du temps il se refuse à l'idée même du divorce.

(22) Accepté, car dans le divorce sur demande conjointe comme dans le divorce sur double aveu, le consentement au principe du divorce est requis, par hypothèse même.

(23) Encouru, car si le divorce pour faute se passe de l'acceptation du défendeur, l'existence même de sa faute interdit de considérer que le divorce lui est à proprement parler imposé. Il est en effet plutôt mérité ou encouru.

commune. Eu égard à la nature juridique de ce divorce, qui est un divorce à la charge de celui qui le demande, le maintien du nom ne pouvait effectivement pas être accordé à la femme lorsque celle-ci recourait à cette procédure. Par l'intermédiaire de son maintien, le législateur a en effet voulu que la femme puisse "dissimuler la situation véritable" (24), situation à laquelle elle se refuse (25) ou pourrait se refuser (26), puisque le divorce pour rupture de la vie commune est par essence un divorce imposé (27). Ainsi le maintien de l'usage du nom de l'ancien époux apparaît comme l'une des charges que le législateur a réservées à ce divorce "pour se donner bonne conscience et comme en guise de compensation de l'avoir admis" (28). En réalité, comme l'a remarquablement résumé le Professeur Michelle Gobert, "revanche sinistre pour les femmes abandonnées ; cadeau sans signification réelle pour celles dont les facultés mentales sont altérées de façon irréversible" (29). Cela dit, il reste à préciser les conditions auxquelles est subordonné le maintien de l'usage du nom et à déterminer le régime du droit d'usage ainsi accordé à la femme.

a) Conditions du maintien de l'usage du nom de l'ancien mari.

En cas de divorce pour rupture de la vie commune, les conditions à ce que la femme puisse continuer à user du nom patronymique de son ancien époux sont au nombre de deux.

La première, à laquelle nous avons déjà fait allusion, est que l'initiative de la procédure de divorce ait été le fait du mari. Ainsi la Cour de Toulouse, dans un arrêt du 6 janvier 1977, a-t-elle dû rappeler à la femme demanderesse sur le fondement de l'a. 237 C. civ., qu'elle ne pouvait prétendre au bénéfice de l'a. 264 al. 2 C. civ., puisque le divorce pour rupture de la vie commune avait été demandé par elle (30).

La seconde condition est que le divorce pour rupture de la vie commune ait été "prononcé", et non pas "demandé", comme pourrait le faire croire une lecture formelle de l'a. 264 al. 2 C. civ. Ainsi le bénéfice de cette disposition est-il exclu lorsque la femme, défenderesse sur une demande en divorce pour rupture de la vie commune, a usé de la faculté qui lui est ouverte à l'a. 241 al. 2 C. civ. de demander que le divorce soit

(24) M. Gobert, *chron. préc.*, J.C.P. 1980.I.2960, n° 20.

(25) Comme il en va le plus souvent dans le cas de la séparation de fait prévue à l'a. 237 C. civ.

(26) Comme il en va nécessairement dans le cas de l'altération des facultés mentales prévue à l'a. 238 C. civ.

(27) Et non, comme on l'a dit parfois, un divorce répudiation, car il faudrait alors que la cause réside seulement dans la volonté de celui qui peut l'obtenir. Et ce n'est pas le cas, car la cause, dans le divorce pour rupture de la vie commune, est l'existence de faits antinomiques au mariage. Ce qui est en effet exigé du demandeur, c'est qu'il démontre au juge qu'il doit être mis fin au mariage parce que celui-ci n'est plus vécu comme tel.

(28) M. Gobert, *chron. préc.* J.C.P. 1980.I.2966, n° 10.

(29) *Ibid.*, n° 10, note 32.

(30) Toulouse 6 janvier 1977, décision citée par R. Nerson et Jacquelin Rubellin-Devichi, *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 618, mais dont nous avouons n'avoir pu retrouver la trace.

fondé sur les torts de son conjoint. Et c'est ce qu'a dû rappeler la Cour de Paris, dans un arrêt du 25 avril 1978 (31), par lequel elle infirma un jugement du Tribunal de grande instance de Pontoise qui avait à tort estimé que l'admission de la demande reconventionnelle pour faute n'avait pas pour effet de substituer le divorce pour faute au divorce pour rupture de la vie commune et en avait tiré, entre autres conséquences, que l'a. 264 al. 2 C. civ. était applicable et conférait donc à la femme le droit de conserver l'usage du nom de son mari. Mais il va sans dire qu'il doit s'agir d'un divorce "prononcé" dans les cas prévus aux a. 237 et 238 C. civ. Et pourtant la Cour d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 13 juin 1979 (32), après avoir précisé que la conversion de la séparation de corps en divorce ne peut, même pour l'époux innocent, être assimilée à un divorce pour rupture de la vie commune, a dû souligner qu'en la cause l'a. 264 al. 2 C. civ. ne pouvait en conséquence recevoir application.

Lorsque les conditions nécessaires à l'application de l'a. 264 C. civ. sont remplies la femme se trouve fondée à continuer d'user du nom patronymique de son ancien époux de plein droit, c'est-à-dire par le seul effet de la loi et sans que rien n'ait à être prononcé. Elle n'a donc rien à demander à personne : ni à son ancien époux, qui n'a pas à l'autoriser, ni au tribunal, qui n'a rien à décider, constater (33) ou mentionner (34), et cela parce que la femme n'a pas à solliciter ce qui est pour elle un droit. Bien mieux, l'application de l'a. 264 al. 2 C. civ. n'est exposée ni à une opposition du mari ou de sa famille, ni à une interdiction judiciaire (35), et cela pour les mêmes raisons. Ainsi, quelles que soient les circonstances, la femme se trouve investie d'un véritable droit subjectif sur le nom de son ancien mari, droit subjectif d'ordre extrapatrimonial dont il convient maintenant, en l'état du silence de la loi, d'essayer de déterminer le régime juridique.

b) Régime du droit d'usage sur le nom de l'ancien mari.

Aux termes de l'a. 264 al. 2 C. civ., la femme a le droit de "conserver" l'usage du nom du mari. Le terme même de "conserver" indique donc que, dans la pensée du législateur, il ne s'agit pas d'un droit nouveau pour la femme, mais bien d'un droit qu'elle avait déjà pendant la durée

(31) Paris 25 avril 1978, D.S. 1978, I.R., 138, observ. A. Bénabent ; D.S. 1979, 35, note J. Massip ; Defrenois 1978, p. 1211, note J. Massip.

(32) Aix-en-Provence 13 juin 1979, D.S. 1981, I.R., 271, observ. A. Bénabent.

(33) Dans les premiers temps de l'application de la loi du 11 juillet 1975, un certain nombre de décisions ont du en effet dire à la femme qu'elle n'avait pas à demander au tribunal ce qui était un droit pour elle et tout au plus qu'il pouvait lui en être donné acte (cf. Tgi de Paris 12 novembre et 25 novembre 1976, J.C.P. 1976.II.16513 bis, observ. R. Lindon).

(34) Pour les mêmes raisons, il n'est en effet nul besoin que, même si la femme en fait la demande, le tribunal fasse mention expresse d'une prérogative qui lui est reconnue de plein droit (cf. Tgi de Toulouse 6 janvier 1977, cité par R. Lindon dans "L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune", J.C.P. 1977.II.2865., Annexe III).

(35) Ultérieurement, s'il est établi qu'elle en mesure, il pourra lui être ordonné de mettre un terme à cet abus de droit, voire même être décidé la révocation judiciaire du droit d'usage. Mais c'est là une toute autre question.

du mariage (36). D'où cette conséquence que le droit dont bénéficie la femme n'est ici nullement attributif du nom patronymique, mais qu'il lui conserve seulement l'usage du nom de son ancien mari. Mais, en ce qui concerne son régime juridique du moins, peut-on en conclure avec M. le Conseiller Breton "que le divorce pour rupture de la vie commune prononcé à la demande du mari ne change rien, absolument rien, au droit que la femme avait sur le nom de son mari" (37) ? C'est ce qu'il convient de voir en examinant tout d'abord le domaine d'application de ce droit d'usage, ses caractères et ses limites, puis l'extinction de ce droit d'usage.

I. - Domaine d'application, caractères et limites du droit d'usage. - La loi étant muette et la jurisprudence ici inexistante, il convient d'envisager ces questions en premier lieu, car, toutes trois, elles correspondent aux effets de la situation juridique créée.

Pour ce qui est du domaine d'application du droit d'usage maintenu au profit de la femme par l'a. 264 al. 2 C. civ. - et dans la perspective qui est ici la nôtre, c'est-à-dire celle du nom masque - celui-ci est très général puisqu'il permet à la femme de se désigner, dans la vie courante, par le nom de son ancien époux dans tous les rapports avec les autres personnes, sans qu'il importe donc de distinguer selon qu'il s'agit de rapports familiaux, mondains ou de tout autre type de rapport de même nature (38).

Par ailleurs, le droit d'usage étant un droit subjectif (39), c'est-à-dire un droit accordé par le droit objectif aux particuliers en vue d'assurer la protection d'intérêts d'ordre privé, on doit en tirer cette conséquence qu'il confère à la femme la faculté (40) d'exercer ou de ne pas exercer son droit, c'est-à-dire de se désigner ou de ne pas se désigner par le nom

(36) V. not. à ce propos la prise de position très nette de M. le Doyen Carbonnier : "Bien qu'une opinion répandue ne veuille voir là qu'une convenance mondaine, sans force juridique, il paraît préférable d'admettre que le mariage emporte de plano attribution du patronyme du mari à la femme en vertu d'une véritable règle de droit coutumier, implicitement consacrée par les textes qui lui ont apporté des limites (la l. du 6 février 1893 dans les a. 299 al. 2 et 311 al. 1 ; puis la l. du 11 juillet 1975 dans les a. 264 et 300)", in *Droit civil*, Tome I : Introduction, Les personnes, coll. Thémis, P.U.F., 15^e éd., 1984, n° 55, p. 275. En faveur de l'identité du nom, dans le cas visé à l'a. 264 al. 2 C. civ., v. not., A. Breton, art. préc., p. 24.

(37) A. Breton, art. préc., p. 25.

(38) Pour les rapports professionnels ou à caractère artistique, v. infra, II^e Partie.

(39) Sur la notion de droit subjectif, au sens où ce terme est ici entendu, v. not. P. Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", Coll. Philosophie du droit, Dalloz, 1963, n° 3, p. 22 à 31, n° 8, p. 60 à 67, et tout particulièrement n° 18 et 19, p. 128 à 138 ; P. Kayser, "Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques", Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 2 à 8, p. 448 à 454 ; O. Laigant, "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome CLXXVI, L.G.D.J., 1983, n° 75 et 76, p. 231 à 250. Comp. R. Nerson, "Les droits extrapatrimoniaux", Lyon, 1939, n° 149 à 163, p. 301 à 345.

(40) Sur la distinction des droits et des facultés, v. not. P. Roubier, op. cit., n° 21, p. 159 et s.

de son ancien époux (41). C'est là, en effet, une caractéristique que l'on retrouve en principe chez tous les droits subjectifs (42) et qui résulte de la notion même de droit subjectif (43). En effet, les droits subjectifs étant reconnus aux particuliers pour leur permettre de poursuivre la réalisation de fins personnelles, il est logique que leur titulaire soit en principe juge de cet exercice, d'autant plus qu'ici il ne s'agit que d'un droit d'usage sur le nom et que, surtout, le maintien de ce droit est automatique, la volonté de l'épouse n'y ayant aucune part. Mais ce droit d'usage étant également un droit subjectif extrapatrimonial, c'est-à-dire un droit dont la finalité est d'assurer la protection d'intérêts principalement (44) intellectuels ou moraux (45) - en l'espèce, l'intérêt moral qu'a l'épouse divorcée à pouvoir continuer à se désigner par le nom de son ancien conjoint - on doit en tirer la double conséquence, d'une part que la femme ne peut disposer de son vivant (46), en ce sens qu'elle ne peut ni le céder (47),

(41) Contra A. Bénabent, qui estime que l'usage doit être ininterrompu. En effet, selon lui, "il semble que si la femme puisse conserver le nom marital, mais qu'elle ne puisse pas, si elle l'a abandonné un certain temps, reprendre cet usage postérieurement" (A. Bénabent, Jurisclasseur civil, Divorce, art. 263-64, Fasc. 55, n° 49). Mais cet auteur ne nous en dit pas la raison. L'opinion précitée n'est d'ailleurs pas reprise dans son ouvrage "Droit civil : la famille", éd. Litec Droit, 1982, n° 332, p. 233.

(42) V. not. en ce sens P. Kayser, art. préc., n° 6, p. 451 à 453, et n° 27, p. 475.

(43) Pour la définition du droit subjectif, v. not. P. Kayser, art. préc., n° 2 à 8, p. 448 à 454, et tout particulièrement n° 8, p. 454.

(44) Principalement, car il est rarissime de rencontrer des droits subjectifs, extrapatrimoniaux ou patrimoniaux, "purs", la raison en étant que la réalité n'offre pratiquement jamais de situation "pure" ou "simple". En effet, les droits subjectifs extrapatrimoniaux, par exemple, s'ils ont pour fin principale de protéger les intérêts intellectuels ou moraux des personnes sont également susceptibles d'assurer, mais alors de façon indirecte, la protection de leurs intérêts pécuniaires (sur cette importante précision, v. not. P. Kayser, art. préc., n° 8, p. 454, et n° 29, p. 483-484).

(45) Sur la question de la finalité des droits subjectifs extrapatrimoniaux, dits encore droits de la personnalité, v. not. P. Kayser, art. préc., n° 6 à 8, p. 451 à 454 ; O. Laligant, op. cit., n° 76, p. 239 à 250. Les expressions "droits subjectifs extrapatrimoniaux" et "droits de la personnalité" sont toujours utilisées ici comme des synonymes, car nous estimons à la suite du Doyen Roubier (op. cit., n° 2, p. 9 et s., notamment) que les autres prérogatives ou situations qui assurent, dans le cadre du droit des personnes, la protection d'intérêts extrapatrimoniaux, doivent plutôt s'analyser comme des prérogatives ou des situations de type objectif, sans qu'il importe d'ailleurs de distinguer selon qu'il s'agit de devoirs ou de pouvoirs, et non comme des droits subjectifs proprement dits.

(46) Sur l'indisponibilité entre vifs des droits subjectifs extrapatrimoniaux, ou droits de la personnalité, v. not. R. Nerson, op. cit., n° 182 et s., p. 394 et s. ; P. Kayser, art. préc., n° 37, p. 493 ; O. Laligant, op. cit., n° 76, p. 239 à 248. Sur la portée de ce caractère dans la distinction entre situations objectives et droits subjectifs proprement dits, v. en outre P. Roubier, op. cit., n° 52, p. 426 et s.

(47) Bien que l'on emploie assez souvent en cette matière le terme d'inaliénabilité (v. par ex. P. Kayser, art. préc., n° 37, p. 493), nous préférons, à la suite du Doyen Roubier (op. cit., n° 52, p. 440, note 1) réserver ce terme aux droits dont l'objet est corporel et utiliser pour les prérogatives dont l'objet est incorporel le terme d'incessibilité.

ni y renoncer (48), ni même s'engager à l'exercer ou ne pas l'exercer (49), et cela parce qu'il est de règle en droit français que le titulaire d'un droit de la personnalité ne peut disposer d'un mode de protection de ses intérêts moraux (50), et, d'autre part, que ce droit d'usage est imprescriptible, en ce sens qu'il ne peut s'éteindre par non usage (51), ce qui se conçoit aisément dès que l'on se souvient que c'est une caractéristique fondamentale des droits subjectifs que de conférer à leur titulaire la faculté d'user ou de ne pas user des pouvoirs qu'il tient de son droit.

Mais à ce droit d'usage, il est une limite, qui résulte de la règle jurisprudentielle selon laquelle tout exercice d'une prérogative juridique, lorsqu'il est abusif, n'est plus conforme au droit (52). Il s'agit donc d'une limite interne, puisque c'est dans le droit lui-même que réside sa propre limite. Par limite interne, on entend en effet une limite qui, bien que n'ayant pas été prévue lors de la création du droit, tient à l'esprit dans lequel le titulaire du droit en a usé (53), car toute prérogative juridique n'est reconnue qu'en considération d'une certaine finalité (54). En outre, affirmer qu'abuser d'un droit, c'est user des pouvoirs qu'il confère d'une manière qui n'est pas conforme à la finalité de ce droit offre déjà, selon nous, une indication précieuse pour la détermination, en chaque cas, du contenu de l'abus du droit. En effet, le droit d'usage visé à l'a. 264 al. 2 C. civ. ayant principalement pour fin, lorsque le nom marital est utilisé comme une sorte de masque, d'assurer la protection de l'intérêt moral qu'a la femme à pouvoir se désigner par le nom de son ancien mari pour dissimuler son état de femme divorcée et suggérer une structure familiale fictive, celle qui existe après le décès du mari, il est possible d'en déduire, en considération du fait que le mari est malgré tout bien vivant, qu'il y aurait

(48) Par renonciation, nous entendons ici l'acte qui peut s'analyser comme la forme unilatérale de l'acte abdicatif (cf. not. à ce propos P. Roubier, op. cit., n° 18, p. 129 in fine, et surtout n° 52, p. 430 et s. ; P. Kayser, art. préc., n° 37, p. 493 ; O. Laligant, op. cit., n° 76, p. 245 à 247).

(49) Pour le sens et les limites de cette expression, v. O. Laligant, op. cit., n° 76, p. 247-248.

(50) V. not. à ce propos P. Kayser, art. préc., n° 37, p. 493 à 495 ; O. Laligant, op. cit., n° 76, p. 239-240.

(51) Sur la question de l'imprescriptibilité des droits de la personnalité, v. not. R. Nerson, op. cit., n° 195, p. 431 et s. ; P. Kayser, art. préc., n° 38, p. 495 ; O. Laligant, op. cit., n° 81, p. 258.

(52) L'exercice des prérogatives reconnues aux particuliers par le droit objectif risquerait d'aboutir à des conséquences iniques si cet exercice n'était assorti d'aucun contrôle. Et l'instrument majeur de ce contrôle est la théorie de l'abus des droits. Mais son maniement est difficile car les questions soulevées ne sont pas seulement d'ordre théorique, mais aussi d'ordre subjectif, ainsi que la morale et l'ordre social, étant en effet en cause (v. not. à ce sujet P. Roubier, op. cit., n° 38, p. 326 et s. ; J. Ghestin et G. Goubeaux, "Traité de droit civil", Tome I, "Introduction générale", L.G.D.J., 1977, n° 693, p. 575 et s.) ainsi que A. Pirovano, "La fonction sociale des droits : réflexion sur le destin des théories de Josserand", D.S. 1972, chron. XIII, p. 67 et s.

(53) V. not. à ce propos P. Roubier, op. cit., n° 38, p. 332, ainsi que J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n° 697, p. 579-580, n° 707, p. 591, et n° 720, p. 601.

(54) V. not. à ce propos P. Roubier, op. cit., n° 18 et s., p. 127 et s. ; J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n° 692 et s., p. 574 et s.

abus du droit, non seulement si elle compromettrait l'honorabilité du nom de son ancien époux par son "inconduite" (55) ou des activités "de mauvais aloi" (56), mais également si elle faisait croire de manière inexacte qu'elle était patronnée par son ancien mari dans ses activités artistiques, scientifiques ou politiques (57), par exemple. Mais se pose alors la question, ô combien délicate, de savoir quelle peut bien être la sanction de l'abus du droit dans de telles circonstances. La rare doctrine sur le sujet est assez hésitante (58) ou ne se prononce pas véritablement (59). Seul M. le Professeur Bénabent prend nettement et clairement parti. Pour lui, l'ancien

(55) Paris 24 mars 1944 (D.A. 1944, 98) où il fut affirmé que le mari, même pendant le mariage, peut interdire à sa femme l'usage de son nom et que cette possibilité existe a fortiori lorsque, les liens du mariage se trouvant relâchés par une séparation de corps, le comportement de la femme risque d'en compromettre l'honorabilité. Pour M. le Conseiller Breton, cette décision est critiquable, car, dit-il, "ne sont pas moins à plaindre ceux dont le père, le fils ou le frère, ou peut-être même un inconnu homonyme, avilit ou ridiculise le nom dans les mêmes conditions" et "cependant dans ce dernier cas un individu ne peut rien contre les autres légitimes porteurs de son nom patronymique" (art. préc., in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 25). Dans le cadre d'un mariage, même relâché par une séparation de corps, la remarque n'est pas sans pertinence, encore que l'on puisse faire observer qu'il y a une différence : si l'on ne peut rien faire, c'est que les personnes en question sont titulaires du droit au nom dans son ensemble, alors que la femme n'a qu'un droit d'usage sur un nom qui n'est pas le sien et qu'il lui est toujours loisible, pour une telle utilisation, de se servir de son propre patronyme. Mais, en tout cas, pour ce qui est du maintien de l'usage du nom prévu à l'a. 264 al. 2 C. civ., le comportement de la femme nous paraît pouvoir être aisément qualifié d'abus du droit. Le contexte même de ce cas de maintien invite en effet à plus d'exigence :

(56) Dans le même sens Tribunal de grande instance de Paris 10 février 1981 (D.S. 1981, 443), mais concernant une hypothèse autre que celle visée à l'a. 264 al. 2 C. civ. Pour l'analyse de cette espèce, v. infra, II^e Partie, A.

(57) Comp. avec l'ordonnance de référé rendue par le Président du Tribunal de grande instance de Saint-Etienne le 2 mars 1970 (D.S. 1970, Somm., 7 ; J.C.P. 1970.II.16377, note P.L. ; Rev. trim. dr. civ. 1970, 343, observ. R. Nerson), qui interdit à la femme du député-maire de Saint-Etienne, M. Durafour, d'utiliser pendant la durée de la campagne électorale le nom de son mari auquel, le point est important, elle avait adjoint le qualificatif de "maresse" (alors qu'ils étaient en instance de divorce), et cela afin de faire croire aux électeurs que sa candidature était soutenue par son mari, dont celle-ci se disait par ailleurs "l'associée" pour les oeuvres sociales et de charité. Certes, ce n'était pas un abus de se présenter aux élections sous son nom de femme mariée, puisque la procédure de divorce était seulement en cours. Mais ce qui était un abus de droit, c'était notamment d'user du titre de "maresse", car l'instance en divorce lui imposait une vie séparée de son mari et que cette qualification suscitait par ailleurs l'image d'un foyer uni que Madame Durafour voulait ainsi faire naître dans l'esprit des électeurs.

(58) Ainsi M. Massip déclare : l'ex-mari "pourrait toutefois, nous semble-t-il, conformément aux principes généraux, faire interdire à son ex-épouse le port de son nom en invoquant l'usage abusif que celle-ci pourrait faire de son droit" (Massip, "La réforme du divorce", n^o 162, p. 200). De même, MM. Weill et Terré se bornent à déclarer que "l'on a soutenu que l'ex-mari peut faire interdire l'usage de son nom si ultérieurement son ex-épouse venait à en faire un usage abusif ou préjudiciable" (op. cit., n^o 45, p. 55), en faisant d'ailleurs référence à l'ouvrage de M. Massip.

(59) Ainsi M. Breton qui, s'il admet que le droit visé à l'a. 264 al. 2 C. civ. "est susceptible d'abus", car, dit-il, "on ne voit pas pourquoi le droit pour l'épouse d'user du nom de son mari échapperait aux principes généraux concernant l'abus des droits (art. préc., p. 25), ne nous dit pas quelle peut en être la sanction.

mari peut demander "la cessation de l'utilisation abusive, mais cela seulement et certainement pas la suppression totale du droit reconnu à la femme de porter son nom". En effet, ajoute-t-il, "les juges n'ont certainement pas le pouvoir d'ordonner cette suppression totale, qui apparaîtrait comme une sanction" (60). A l'appui de son argumentation, M. Bénabent cite M. le Conseiller Breton, qui observe que le droit de conserver le nom est identique à celui de le porter durant le mariage (61) et il en tire la conclusion que pour M. Breton le nom dont la femme bénéficie en vertu de l'a. 264 al. 2 C. civ. ne peut être supprimé. Mais nous avouons qu'il nous est très difficile d'adhérer à cette interprétation, car M. le Conseiller Breton, analysant à ce propos l'ordonnance prise en référé le 2 mars 1970 par le Président du Tribunal de grande instance de Saint-Etienne (62), déclare que cette décision, réserve faite de sa motivation critiquable, est bien rendue (63). Or, justement, cette décision ordonne l'interdiction du port du nom lui-même - il est vrai pour le seul temps de la campagne électorale - et non point la cessation de l'utilisation abusive. Mais, il y a plus car les choses ne s'arrêtent pas là. En effet, M. Bénabent cite également en faveur de son argumentation une décision de la Cour de cassation du 12 juillet 1972 - aboutissement, précisément, du litige sur lequel avait statué en référé le 2 mars 1970 le Président du Tribunal de grande instance de Saint-Etienne - cassant un arrêt de la Cour de Lyon du 2 juin 1971 qui, après avoir prononcé le divorce entre les époux Durafour aux torts de la femme, avait interdit à celle-ci de porter le nom de Durafour et avait en outre prescrit l'exécution provisoire de cette mesure, car, déclarent les magistrats de la Cour suprême "aucune exécution provisoire ne peut être ordonnée quant aux dispositions qui dépendent seulement de la décision définitive sur le bien ou le mal fondé de ces actions ; qu'il en est ainsi de la disposition faisant défense à la femme de porter le nom de son mari, laquelle ne peut intervenir que comme conséquence de la décision prononçant le divorce" (64). Ce qui est donc censuré, c'est d'avoir prescrit l'exécution provisoire, et non l'interdiction de porter le nom du mari, sanction que, nous semble-t-il, la Cour de cassation reprend au contraire à son compte. D'ailleurs il avait déjà été admis, par la Cour de cassation elle-même, dans un arrêt du 26 juillet 1948, que le jugement qui prononce la séparation de corps ne peut ordonner l'exécution provisoire de sa décision relativement au nom de la femme, car "la disposition faisant défense à la femme, d'une façon générale et absolue, de porter le nom de son mari ne peut intervenir que comme conséquence de la décision prononçant la séparation de corps" (65). Cet arrêt invite donc à penser, contrairement à l'opinion soutenue par M. le Professeur Bénabent que les juges ont bien le pouvoir d'interdire à la femme l'usage du nom de son mari lorsque celle-ci en fait un usage abusif, à cette nuance près que cette interdiction ne peut jouer qu'après que la décision prononçant la séparation de corps, ou a fortiori le divorce, ne soit devenue irrévocable. A cela, on répondra

(60) A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n° 52.

(61) A. Breton, art. préc., p. 24 et 25 in fine.

(62) Cf. supra, note 57.

(63) A. Breton, art. préc., p. 25.

(64) Civ. 12 juillet 1972, Bull. civ. II, n° 216.

(65) Civ. 26 juillet 1948, D. 1948, 566, et Rev. trim. dr. civ. 1949, observ. P. Raynaud.

peut-être qu'il s'agit du droit antérieur et que la loi du 11 juillet 1975 a bien changé les choses. Est-ce si sûr ? L'a. 300 du Code civil, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 11 juillet 1975, après avoir précisé que la femme séparée de corps conserve l'usage du nom de son mari, dispose en effet que le jugement de séparation de corps, ou un jugement postérieur, pourra toutefois le lui interdire (66). Mais si la révocation judiciaire du droit d'usage de la femme sur le nom de son mari est possible lorsque le lien matrimonial se trouve seulement relâché, ne doit-on pas en conclure que, a fortiori, cette révocation judiciaire est possible une fois que le lien matrimonial a été rompu par le divorce ? Et cela d'autant plus que l'on peut considérer que le droit d'usage sur le nom du mari, prévu au profit de la femme par l'a. 264 al. 2 C. civ. n'est pas un droit nouveau pour elle, mais bel et bien le même que celui dont elle disposait durant le mariage, comme autorise à l'affirmer la rédaction de cette disposition. En conclusion, on peut selon nous affirmer que la sanction de l'abus du droit d'usage visé à l'a. 264 al. 2 C. civ. peut être, selon la gravité des circonstances, soit l'interdiction de poursuivre l'utilisation abusive, soit la suppression totale du droit d'usage lui-même (67). Mais parler de la révocation judiciaire du droit d'usage, c'est déjà parler de son extinction...

II. - L'extinction du droit d'usage visé à l'a. 264 al. 2 C. civ. - Si l'on peut admettre que ce droit court le risque d'être éteint en cas d'utilisation abusive et s'il est évident que ce droit s'éteint aussi au décès de l'épouse divorcée qui en est titulaire - et cela en raison même de la finalité de ce droit, car qu'est-ce qui fonde la transmission à cause de mort d'un droit sinon le fait que l'intérêt que ce droit protège survit au décès du titulaire du droit - la réponse est en revanche beaucoup moins évidente, à première vue, en cas de remariage ou de concubinage notoire de celle-ci.

En doctrine, il est souvent affirmé que la femme, en cas de remariage, perd automatiquement tout droit d'usage sur le nom de son ancien mari (68). Certes lorsque l'utilisation du nom de l'ancien mari s'est trouvée limitée à la vie courante, c'est-à-dire à l'existence ménagère, familiale et mondaine, il est naturel que le droit d'usage visé à l'a. 264 al. 2 C. civ. s'éteigne avec le remariage de celle qui en est titulaire, et cela moins en raison du droit commun, comme il est fréquemment affirmé, qu'en raison de la fonction même de ce droit qui est essentiellement, dans la perspective qui est ici la nôtre, de permettre à la femme de continuer à se désigner par le nom de son ancien époux pour masquer son état de femme divorcée et suggérer une autre structure familiale traditionnelle, mais tout à fait fictive : celle qui existe après le décès du mari. En revanche, comme

(66) Et il ajoute même : "dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit au mari de le porter.

(67) Lesquelles pourront, bien évidemment, être assorties d'une astreinte, ainsi que, par ailleurs, d'une condamnation à des dommages-intérêts si l'ex-mari a en outre demandé sur le fondement de l'a. 1382 C. civ. réparation du dommage, le plus souvent moral, par lui subi.

(68) V. not., pour ce qui est du droit d'usage visé à l'a. 264 al. 2 C. civ., A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Fasc. 55, n° 50, et MM. A. Weill et Fr. Terré, op. cit., n° 45, p. 55, note 3, et p. 57.

nous le verrons plus loin, lorsque l'utilisation du nom de l'ancien mari s'est trouvée étendue à des rapports professionnels ou à des activités créatrices (69), la réponse nous paraît devoir être toute autre, car alors la fonction du nom n'est plus d'être un masque, mais un emblème.

Reste l'hypothèse du concubinage notoire, qui n'a d'ailleurs été envisagée, semble-t-il, que par M. le Professeur Bénabent. Pour celui-ci, il serait raisonnable d'admettre qu'en cas de concubinage notoire, la femme perd le droit de porter le nom de son ancien époux ou que du moins, même si elle ne le perd pas de plein droit, l'ex-mari peut alors demander qu'elle cesse cet usage (70). Mais sur quelle base ? Le Professeur Bénabent ne nous le dit pas, précisément. Or, dès que l'on se souvient que le droit d'usage visé à l'a. 264 al. 2 C. civ. n'est pas un droit nouveau pour la femme, mais un droit qu'elle avait déjà pendant la durée du mariage (71), une réponse toute différente se dégage. Admettrait-on en effet que, pendant le mariage, le concubinage notoire de l'épouse entraîne par son seul effet et sans formalité aucune l'extinction du droit d'usage qu'elle possède sur le nom de son mari ? Nous ne le croyons pas. Pour la même raison, on ne saurait donc admettre que le concubinage de la femme divorcée entraîne de plein droit l'extinction du droit d'usage qui lui est reconnu sur le nom de son ancien époux dans l'hypothèse visée à l'a. 264 al. 2 C. civ. Pas plus d'ailleurs qu'on ne saurait admettre que la veuve perd de plein droit, en cas de concubinage notoire, le droit d'usage que lui reconnaît la coutume sur le nom de son mari défunt. A législation paradoxale, conséquences paradoxales ! Mais pourrait-on, en revanche, considérer avec M. Bénabent que le mari pourrait demander, en un tel cas, qu'elle cesse d'user de son nom ? Nous ne le pensons pas non plus, car où est la différence ? Par ailleurs, on ne saurait soutenir qu'il y a abus de droit, car le concubinage, même notoire, ne saurait à notre avis être mis sur le même rang que "l'inconduite" ou "les activités de mauvais aloi" précédemment rencontrées (72). Ainsi, selon nous, le doute n'est pas permis : le concubinage notoire de la femme à laquelle a été imposé un divorce pour rupture de la vie commune ne lui fait pas perdre le droit d'usage sur le nom de son ancien époux que le législateur, à l'a. 264 al. 2 C. civ., a maintenu à son seul profit "pour se donner bonne conscience et comme en guise de compensation" (73) d'avoir admis ce genre de divorce.

B. - Maintien de l'usage du nom et divorce accepté ou encouru.

"Dans les autres cas", déclare l'a. 264 al. 3 C. civ., "la femme pourra conserver l'usage du nom du mari, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants". Si l'on prend le terme "cas" au sens qui est le sien dans la loi du 11 juillet 1975, il semblerait donc que par "autres cas", il faut entendre le divorce sur demande conjointe,

(69) V. infra, II^e Partie, respectivement B et A (et en ce qui concerne les activités créatrices, peu importe que celles-ci aient ou non un caractère professionnel).

(70) A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Fasc. 55, n^o 50 in fine.

(71) V. not. dans le même sens A. Breton, art. préc., p. 24-25.

(72) Comp. supra, b : Paris 24 mars 1944, D.A. 1944, 98, et Tribunal de grande instance de Paris 10 février 1981, D.S. 1981, 443.

(73) M. Gobert, chron. préc., J.C.P. 1980.I.2966, n^o 10.

le divorce qu'il convient plus justement d'appeler, comme le souligne le Doyen Carbonnier (74), le divorce sur double aveu et le divorce pour faute (75). Mais une telle interprétation conduit à un résultat inéquitable puisque la femme qui a demandé le divorce pour rupture de la vie commune, dont nous venons de voir qu'elle ne peut prétendre au maintien du nom prévu à l'a. 264 al. 2 C. civ. (76), ne pourrait pas non plus prétendre au maintien du nom du mari visé à l'a. 264 al. 3 C. civ. Aussi semble-t-il plus juste et plus logique aussi, de prendre le terme "cas" au sens plus général d'"hypothèse" et de considérer que l'a. 264 al. 3 C. civ. s'applique à toutes les hypothèses autres que celle visée à l'a. 264 al. 2 C. civ. (77). Cette interprétation, que rien ne semble interdire (78), aurait en outre l'avantage de réduire le caractère inégalitaire qui marque l'a. 264 al. 3 C. civ., puisque cette disposition, elle aussi, ne concerne que la femme, rien n'ayant été en effet prévu pour le mari qui voudrait continuer à user du nom de son ancienne épouse. Cette limitation fait d'ailleurs apparaître que la fonction véritable du maintien du nom est bien, ici encore, de jouer une sorte de rôle de masque. Par son intermédiaire, le législateur a en effet voulu que la femme ait la possibilité de dissimuler son état de femme divorcée et de suggérer une autre structure familiale, celle qui existe après le décès du mari (79), qu'elle ait au demeurant accepté le principe même du divorce (80) ou que par son comportement elle ait encouru son prononcé (81). Mais, quelle que soit l'hypothèse, le maintien à son profit de l'usage du nom de son ancien mari apparaît toujours comme une faveur consentie - à la différence donc de l'hypothèse précédente où il apparaît comme une compensation offerte - et c'est pourquoi son maintien, toujours éventuel, reste subordonné, soit à la bonne volonté du mari (a), soit à une décision judiciaire (b).

a) Le maintien conventionnel de l'usage du nom de l'ancien mari.

Que le mari puisse autoriser sa femme à continuer à user de son nom après le divorce n'est pas nouveau. Dès 1924, en effet, la Cour de

(74) J. Carbonnier, "Droit civil", Tome 2, 12^e éd., 1983, n° 51, p. 149, et n° 59, p. 184-185.

(75) V. notamment en ce sens M. Brazier, pour qui le domaine d'application de l'a. 264 al. 3 C. civ. s'étend seulement "aux autres cas que le divorce pour rupture de la vie commune" (Le nouveau droit du divorce, éd., April, Versailles, 1976, n° 181, p. 110).

(76) Cf. *supr.*, A, a.

(77) En faveur de cette extension du domaine d'application de l'a. 264 al. 3 C. civ., v. notamment A. Breton et J.-Cl. Groslière, art. préc., *Encycl. Dalloz, Divorce*, n° 1269 ; A. Bénabent, art. préc., *Jurisclasseur Civil, Divorce*, Fasc. 55, n° 46 et n° 70 ; J. Massip, *op. cit.*, n° 172 ; A. Breton, art. préc., *Etudes offertes à René Rodière*, p. 24 (avec toutefois des hésitations, tenant à la lettre même du texte).

(78) Rien ne permet de dire, en effet, que les dispositions de l'a. 264 al. 3 C. civ. sont d'ordre public et, par ailleurs, l'esprit libéral, à l'égard de la femme, dont procède l'a. 264 C. civ. justifie semble-t-il l'analogie.

(79) Ou, s'il y a maintien de l'usage du nom de l'ancien époux en considération de l'intérêt des enfants, celle qui existe après le décès du père.

(80) C'est-à-dire divorce sur demande conjointe, divorce sur double aveu et, a fortiori, divorce pour rupture de la vie commune demandé à l'initiative de la femme.

(81) C'est-à-dire divorce pour faute.

de cassation en avait admis la possibilité (82). Mais cet accord n'était considéré que comme un acte de "pure courtoisie" (83). Ce qui, en revanche, est nouveau, c'est que le législateur voit dans cet accord un pacte entre époux, qui peut prendre place non seulement en cas de divorce sur demande conjointe, dans la convention qui règle les effets du divorce, mais également en cas de divorce sur double aveu, de divorce pour faute et même de divorce pour rupture de la vie commune à l'initiative de la femme, si les époux peuvent s'entendre sur ce point (84). Dans tous les cas, il ne s'agit donc nullement d'une autorisation unilatérale précaire, que le mari peut librement révoquer, mais d'un accord entré dans le champ contractuel. Malheureusement la loi n'a rien précisé et de nombreuses incertitudes subsistent donc. Aussi convient-il d'essayer non seulement de préciser les conditions auxquelles est subordonné ici le maintien du nom de l'ancien mari, mais également et surtout de déterminer le régime juridique du droit d'usage ainsi conventionnellement reconnu à la femme. Ce que nous allons examiner séparément.

I. - Les conditions du maintien conventionnel, au profit de la femme divorcée, de l'usage du nom de son ancien mari. - Quelles sont les conditions de fond de l'accord ? Quelle est la forme de l'accord ? Telles sont les deux questions qui se posent.

1°) Les conditions de fond de l'accord. - La première, dont l'existence est indiscutable, est que le titulaire du nom, c'est-à-dire le mari, et l'usager, c'est-à-dire son épouse, conviennent du maintien de l'usage du nom marital. Si le mari est capable, il est donc seul habilité à donner cet accord, les membres de sa famille par le sang n'ayant en effet ni à y intervenir, ni à s'y opposer (85), et cela bien que le droit au nom soit également un droit de famille. Le mari peut ainsi concéder seul l'usage d'un nom dont il n'a pas l'exclusivité (86). Mais si le mari est incapable, et notamment si la femme a demandé le divorce pour rupture de la vie commune sur le fondement de l'a. 238 C. civ., c'est-à-dire pour altération des facultés mentales, il semble que cet accord puisse être donné par les organes de représentation, mais en considérant, ainsi que le suggère M. le Professeur Bénabent, "qu'il y a là un acte assez grave pour exiger que le tuteur obtienne l'accord du conseil de la famille" (87).

La seconde de ces conditions, dont l'existence est beaucoup plus incertaine, est que la femme justifie d'un intérêt particulier au maintien de l'usage du nom de son ancien mari. En effet, la dernière proposition de l'a. 264 al. 3 C. civ. - "si elle (la femme) justifie qu'un intérêt particulier

(82) Cf. supra, introduction.

(83) H. Desbois, observ. sur Paris 7 janvier 1959, Rev. trim. dr. civ. 1959, 302.

(84) Bien que la loi ne le spécifie pas, il semble qu'on pourrait ici admettre, ainsi que le suggère M. le Doyen Cornu, "qu'un arrangement parallèle pourrait (...) permettre au mari de conserver l'usage du nom de sa femme" (op. cit., tome I, p. 245) au cas où il l'aurait joint au sien.

(85) Ainsi l'accord s'impose-t-il aux membres de la famille de l'époux qui a donné son accord pour l'usage de son nom : cf. T.G.I. de Paris 10 février 1981, D.S. 1981, 443.

(86) MM. Lindon et Bertin (op. cit., n° 313 à 316), ainsi que M. Brazier (op. cit., n° 181, p. 110), s'en inquiètent, sans doute un peu exagérément. p. 110), s'en inquiètent, sans doute un peu exagérément.

(87) A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Fasc. 55, n° 56.

s'y attache pour elle-même ou pour les enfants - peut grammaticalement s'appliquer, soit au maintien conventionnel et au maintien judiciaire, soit au seul maintien judiciaire. Personnellement, nous penchons pour la seconde interprétation, car il nous semble que la loi a simplement voulu, en ce qui concerne le maintien conventionnel, consacrer la pratique antérieure, et que, par ailleurs et surtout, il s'agit ici d'une de ces dispositions incitatives qui constituent un mode nouveau d'intervention du législateur, du moins en droit privé. En effet, "sorte de nappe intermédiaire entre l'impératif et le facultatif, l'incitatif apparaît comme un procédé de législation spécifique" qui "peut être transposé avec profit en droit privé, et en particulier dans le domaine du droit de la famille où il est souhaitable que des accords de règlement amiable, autrement dit des pactes de famille, prennent le pas sur les procédures contentieuses (88). Ainsi peut-on considérer, avec la rare doctrine existant en la matière, que l'accord du mari peut être donné pour n'importe quel motif et sans qu'ait donc à être indiquée et justifiée l'existence de tel ou tel intérêt particulier (89). Mais il sera malgré tout prudent, au plan de l'exécution de l'accord et non au plan de sa formation, de préciser quel intérêt particulier s'y attache, et cela afin d'éviter d'éventuelles discussions ultérieures sur la portée exacte du droit d'usage ainsi conventionnellement reconnu (90).

2°) La forme de l'accord. - La précaution la plus élémentaire, si l'on veut éviter des difficultés de preuve, sera toutefois de faire en sorte que l'accord se trouve constaté par écrit. En cas de divorce sur demande conjointe, il sera donc judicieux que la convention entre époux règle cette question (91), puisqu'une fois l'homologation obtenue, l'accord sera devenu par le fait même un pacte homologué avec toutes les conséquences que cela comporte. Dans les autres cas, il sera prudent que les époux demandent expressément par voie de conclusions réciproques qu'il leur soit donné acte de leur accord dans le jugement de divorce. Et s'ils ne règlent cette question, comme ils le peuvent (92), que postérieurement au prononcé du divorce, il sera sage qu'ils constatent cet accord par écrit en précisant le domaine et la durée de l'usage, ou mieux encore qu'ils fassent entériner cet accord par le tribunal en le saisissant à cette fin d'une requête conjointe (93).

(88) A. Chapelle, "Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale", Rev. trim. dr. civ. 1984, n° 14, p. 422.

(89) V. not. en ce sens M. Brazier, op. cit., p. 109 ; R. Lindon et Ph. Bertin, op. cit., n° 310, p. 95 ; A. Cornu, op. cit., tome II, p. 456 ; A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Fasc. 55, n° 56 ; V. également D. Huet-Weiller, "Le nouveau droit du divorce en Allemagne et en France", Travaux de l'Institut de droit comparé, L.G.D.J., 1979, p. 54, ainsi que J. Massip, "Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux", D.S. 1979, chron. 117, n° 10 ; Comp. A. Breton, art. préc., p. 20, ainsi que A. Breton et J.-Cl. Groslière, art. préc., Encycl. Dalloz, Divorce, n° 1274, qui sont beaucoup plus réticents.

(90) Contra A. Breton, pour qui exprimer les motifs qui ont déterminés les époux "pourrait être à l'origine de difficiles contestations ultérieures" (art. préc., p. 20).

(91) Il résulte d'une enquête de M. le Président Massip qu'une telle précaution est relativement fréquente dans ce type de divorce : environ 30 à 35 % des cas (v. à ce propos J. Massip, "Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux", D. S. 1979, chron. XVIII, n° 10).

(92) V. not. dans le même sens A. Breton, art. préc., p. 21 ; A. Breton et J.-Cl. Groslière, art. préc., Encycl. Dalloz, Divorce, n° 1274.

(93) V. à ce propos l'espèce tranchée par la Cour de Paris le 9 mars 1979, D.S. 1979, 471.

Mais à défaut d'écrit, un accord simplement verbal peut-il être efficace ? M. le Professeur Bénabent se prononce pour l'affirmative, car, dit-il, "il n'est pas certain que l'accord constitue une véritable convention" et, même s'il y a bien là une convention dont l'a. 1341 C. civ. exige qu'elle soit prouvée par écrit, "l'impossibilité morale d'exiger un écrit semble tout à fait admissible (94). Mais nous hésitons à le suivre dans ce raisonnement, car, précisément, l'accord nous paraît devoir s'analyser comme une convention, il est vrai particulière (95), et que, par ailleurs, nous ne voyons pas quelle impossibilité morale d'exiger un écrit peut exister en la matière, et cela d'autant que la disharmonie, qui est telle entre les époux qu'ils en sont à divorcer, ne caractérise pas les situations dans lesquelles est habituellement invoquée l'impossibilité morale à se procurer un écrit.

II. - Régime du droit d'usage conventionnellement maintenu au profit de la femme divorcée. - Ici encore, le terme "conserver" utilisé par le législateur, indique bien que, dans sa pensée, il ne s'agit pas d'un droit nouveau pour la femme, mais d'un droit qu'elle avait déjà pendant le mariage (96). D'où il résulte de la même manière que le droit conventionnellement reconnu à la femme n'est nullement attributif du nom patronymique, mais qu'il lui confère seulement l'usage du nom de son ancien mari. Mais parce qu'il s'agit d'un maintien conventionnel, il est évident que les époux, s'ils y pensent, ont la latitude, très relative, cela va sans dire, de donner au régime de ce droit, quant au domaine et quant à la durée notamment, les traits qu'ils désirent. Ainsi se pose de toute façon le problème de la détermination, d'une part, du domaine d'application de ce droit d'usage, de ses caractères et de ses limites, et, d'autre part, de l'extinction de ce droit d'usage.

1°) Domaine d'application, caractères et limites du droit d'usage conventionnellement maintenu à l'égard de l'épouse divorcée. - L'examen de la jurisprudence se révèle nettement plus instructif et plus riche ici que précédemment.

Pour ce qui est du domaine d'application de ce droit d'usage, tout dépend de la question de savoir s'il a été ou non conventionnellement déterminé. S'il ne l'a pas été, il faut selon nous admettre que les époux ont implicitement considéré qu'il s'étend à tous les rapports de la femme avec les autres personnes, c'est-à-dire, dans la perspective qui est ici la nôtre : celle du nom-masque, à tous les rapports de la vie courante, familiaux comme mondains (97). S'il l'a été, comme la sagesse le recommande,

(94) A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Fasc. 55, n° 58.

(95) En effet, comme l'a bien montré M. Chapelle, "bien que le choix des mots ait une importance et que le langage du droit ne soit pas neutre, la réalité désignée (par l'expression "pacte de famille") est identique, et simple : il s'agit de conventions réglant des rapports familiaux" (art. préc., n° 2, p. 413).

(96) V. not. en ce sens A. Breton, art. préc., p. 29.

(97) Pour l'usage du nom conventionnellement maintenu, soit dans le cadre d'activités créatrices, soit dans le cadre d'activités professionnelles, v. infra, II^e Partie, respectivement, A et B.

il s'étendra à ce qui a été conventionnellement prévu, rien n'interdisant aux époux de le limiter à certains aspects de la vie de la femme, ceux-ci considérant en effet que si la femme et les enfants mineurs vivant avec elle ont intérêt à être connus sous le même nom, il n'en ira plus de même une fois que ceux-ci auront atteint leur majorité ou achevé leur scolarité, et qu'en conséquence le droit d'usage étant devenu sans objet, celui-ci devra s'éteindre.

Par ailleurs, ce droit d'usage étant un droit subjectif, c'est-à-dire un droit accordé par le droit objectif aux particuliers en vue d'assurer la protection d'intérêts d'ordre privé, on doit en tirer cette conséquence qu'il confère à la femme la faculté d'exercer ou de ne pas exercer son droit, c'est-à-dire de se désigner ou de ne pas se désigner par le nom de son ancien époux. Puisqu'elle a demandé que ce droit d'usage lui soit conventionnellement accordé, il est évident que, dans la plupart des cas, elle choisira d'en user. Mais ce droit d'usage étant également un droit subjectif extrapatrimonial, c'est-à-dire ayant pour fin d'assurer la protection d'intérêts principalement intellectuels ou moraux - ici l'intérêt moral qu'a l'épouse divorcée à pouvoir continuer à se désigner par le nom de son ancien mari - on doit en tirer cette double conséquence que la femme ne peut disposer de son droit de son vivant, en ce sens qu'elle ne peut ni le céder, ni y renoncer unilatéralement (98), ni même s'engager à l'exercer ou à ne pas l'exercer, car c'est une règle de principe en droit français que le titulaire d'un droit de la personnalité ne peut disposer d'un mode de protection de ses intérêts moraux (99).

Mais à ce droit, il est une limite, qui résulte de la règle jurisprudentielle selon laquelle tout exercice d'une prérogative juridique, lorsqu'il est abusif, n'est plus conforme au droit. Il s'agit, comme nous l'avons déjà souligné, d'une limite interne, puisque c'est dans la prérogative elle-même que réside sa propre limite. On entend en effet par limite interne une limite qui, bien que n'ayant pas été prévue lors de la création du droit, tient à l'esprit dans lequel le titulaire du droit en a usé, car toute prérogative juridique n'est reconnue qu'en considération d'une certaine finalité. En outre, affirmer qu'abuser d'un droit c'est user des pouvoirs qu'il confère d'une manière qui n'est pas conforme à la finalité de ce droit offre déjà, nous l'avons dit, une indication précieuse pour la détermination en chaque cas, c'est-à-dire pour chaque prérogative, du contenu de l'abus de droit. Or le droit d'usage conventionnellement accordé sur le fondement de l'a. 264 al. 3 C. civ. ayant principalement pour fonction, lorsqu'il joue une sorte de rôle de masque, d'assurer la protection de l'intérêt moral qu'a la femme à pouvoir se désigner par le nom de son ancien mari pour dissimuler son état de femme divorcée et suggérer une autre structure familiale traditionnelle, mais purement fictive, celle qui existe après le décès du mari (100), il est possible d'en déduire qu'il y aurait abus

(98) *Contra* A. Breton et J.-Cl. Groslière (art. préc., *Encycl. Dalloz*, divorce, n° 1277). De plus, puisqu'il s'agit de convention, la renonciation, au sens d'acte abdicatif, demanderait, selon nous, l'accord des deux parties. *Contra*, v. A. Breton et J.-Cl. Groslière, qui estiment que la femme peut y renoncer unilatéralement (art. préc., *Encycl. Dalloz*, Divorce, n° 1277).

(99) V. not. à ce propos P. Kayser, art. préc., n° 37, p. 493 à 495, ainsi que O. Laigant, *op. cit.*, n° 76, p. 239-240.

(100) Ou, si l'usage du nom avait été maintenu en considération du seul intérêt des enfants, celle qui existe après le décès du père.

de droit, non seulement si la femme faisait accroire qu'elle était toujours patronnée par son ancien mari dans ses activités politiques (101), par exemple, mais également si elle compromettait l'honorabilité du nom de son ancien époux soit "par son in conduite, ses aventures et une publicité malséante" (102), soit par des fréquentations et des occupations "de mauvais aloi", c'est-à-dire scandaleuses, contraires aux bonnes mœurs ou prohibées par la loi (103). En effet, comme devait le déclarer excellemment le Tribunal de grande instance de Paris dans un jugement du 10 février 1981 (104), dans une affaire qui ne nous intéresse pas vraiment ici (105), "au même titre qu'au respect de sa vie privée, de sa réputation ou de son image, chacun a le droit de voir assurée la protection du nom dont il est titulaire et de s'opposer à ce qu'un tiers, non seulement se l'approprie indûment, mais encore, fût-il exceptionnellement autorisé à en user, en fasse une utilisation telle qu'il porte atteinte à la réputation du nom et, partant, à la personnalité de son titulaire" (106). Ce qui nous amène à la question de savoir quelle peut être, d'une façon générale, la sanction de l'abus dans l'usage du droit pour la femme de se désigner par le nom de son ex-mari conventionnellement maintenu à son profit en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. ? En cette hypothèse, rien n'interdit qu'il soit sanctionné par l'interdiction faite à la femme de porter le nom de son ex-mari, autrement dit qu'il soit sanctionné par la révocation judiciaire de son droit d'usage. En effet, le droit d'usage conventionnellement maintenu au profit de la femme en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. étant le même que le droit d'usage dont celle-ci bénéficie pendant le mariage, la révocation judiciaire de ce droit d'usage s'harmonise non seulement avec "la force obligatoire des conventions en général et de l'autorisation de porter le nom du mari en particulier" (107), mais également avec les règles applicables en matière

(101) Comp., sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une instance en divorce pour faute, T.G.I. de Saint-Etienne, Réf., 2 mars 1970, aff. préc., (J.C.P. II.16377, note P.L. et Rev. trim. dr. civ. 1970, observ. R. Nerson), puis dans le cadre du prononcé du divorce pour faute, Civ. 12 juillet 1972, aff. préc. (Bull. civ. II, n° 216). Pour l'analyse de cette jurisprudence, v. supra, A.

(102) Comp., sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une séparation de corps, Paris 24 mars 1944, D.A. 1944, 48.

(103) Comp. A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Fasc. 55, n° 52.

(104) En effet, bien que le divorce ait été obtenu sur demande conjointe des époux et que dans la convention définitive, il ait été porté de manière expresse, mais sans précision aucune quant au domaine et quant à la durée, que l'épouse conserverait l'usage du nom du mari à la suite du divorce, la femme ne se servait du nom de son ex-conjoint que dans le cadre de ses activités de journaliste et d'écrivain. Nom qu'elle avait au demeurant mêlé à diverses reprises à une évocation complaisante et tapageuse de la vie des criminels de droit commun. Ce qui lui avait valu, outre un beau succès de scandale, une inculpation du chef de complicité, d'apologie des crimes, de meurtres et vols qualifiés, ainsi qu'un placement sous contrôle judiciaire ... Ainsi, dans cette affaire, le nom joue-t-il, en fait, un rôle d'emblème, et un rôle de masque !

(105) Pour l'analyse de cette affaire, v. infra, II^e Partie, A, a.

(106) T.G.I. de Paris 10 février 1981, aff. de Wangen, D.S. 1981, 445, 2^e colonne.

(107) R. Nerson et Jacquelin Rubellin-Devichi, observ. sur T.G.I. de Paris 10 février 1981, aff. préc., rev. trim. dr. civ. 1981, 627.

de séparation de corps, puisque, ainsi que nous l'avons déjà souligné (108), le jugement de séparation de corps, ou un jugement postérieur, peut interdire à la femme séparée l'usage du nom de son mari (109). Mais rien n'interdit que la sanction de l'abus du droit soit limitée à la seule interdiction de mal en user, c'est-à-dire à la cessation de l'utilisation abusive, laquelle pourrait d'ailleurs être utilement assortie d'une astreinte, ainsi que, d'autre part, d'une condamnation à des dommages-intérêts si le mari et sa famille, comme dans l'espèce tranchée par le Tribunal de grande instance de Paris, aient en outre demandé, sur le fondement de l'a. 1382 C. civ., réparation du dommage moral qui leur avait été ainsi causé. En conclusion, on peut selon nous affirmer que la sanction de l'exercice abusif du droit d'usage conventionnellement maintenu au profit de la femme en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. peut être, selon les circonstances, soit l'interdiction de poursuivre l'utilisation abusive, soit la suppression totale du droit d'usage lui-même par révocation judiciaire (110), auxquelles pourraient le cas échéant s'ajouter une astreinte et une condamnation à des dommages-intérêts.

2°) L'extinction du droit d'usage conventionnellement maintenu en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. - Ce droit s'éteindra tout naturellement s'il a été conventionnellement limité par un terme (111) ou par une condition (112), ou encore si les anciens époux décident de le mettre à néant par un nouvel accord, comme le suggère l'a. 279 al. 2 C. civ. (113), ou encore, bien évidemment, si la femme vient à décéder. De même, faut-il selon nous admettre que le droit d'usage peut s'éteindre, ainsi que nous venons de le voir, par révocation judiciaire pour exercice abusif. Restent toutefois trois hypothèses qui font encore l'objet de difficultés et de controverses : celle de savoir si l'autorisation donnée par le mari est ou non susceptible d'être révoquée unilatéralement à tout moment par celui-ci ; celle de savoir s'il a la faculté de s'adresser à justice pour faire juger que l'intérêt qui motivait le maintien du droit d'usage ayant cessé d'exister la convention est désormais caduque ; et celle enfin de savoir si l'autorisation donnée sans réserve par le mari devient ou non caduque par le fait du remariage de la femme.

(108) Cf. supra A., b.

(109) Cf. a. 300 C. civ.

(110) V. en ce sens Paris 9 mars 1979, D.S.1979, 472. V. en ce sens, dans la doctrine, J. Massip, op. cit., 1976, n° 163, p. 201-202 ; note sous Paris 9 mars 1979, D.S. 1979, 447 ; chron. préc., D.S. 1979, n° 10, P. 120. V. également R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. sur T.G.J. de Paris 10 février 1981, Rev. trim. dr. civ. 1981, 627 ; A. Weill et Fr. Terré, op. cit., n° 45, p. 56 ; G. Cornu, op. cit., tome I, n° 590, p. 245, et tome II, n° 325, p. 456, note 18.

(111) Ainsi, par exemple, l'accord peut-il préciser que le droit d'usage ne durera que jusqu'à la majorité du dernier des enfants dont la femme a la garde.

(112) Ainsi, rencontre-t-on des conventions dans lesquelles il est précisé que l'accord cessera si la femme vit en concubinage notoire. Encore que la légalité d'une telle clause nous paraisse sujette à caution.

(113) Qui, selon que l'accord a été ou non homologué, sera ou non soumis à homologation.

Pour M. le Professeur Bénabent, "l'autorisation donnée par le mari n'est pas définitive, mais toujours susceptible d'être révoquée à tout moment" (114), la loi du 11 juillet 1975 n'ayant fait que consacrer en cette matière l'ancienne jurisprudence (115) ; opinion que partagent le Président G. Marty et le Professeur Pierre Raynaud (116). Pourtant, ainsi que le soulignent avec pertinence le Doyen Nerson et le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi, "il n'aurait pas dû y avoir de doutes sur la disparition de la révocabilité ad nutum" (117). En prévoyant expressément la possibilité d'un accord en ce qui concerne le nom, le législateur moderne a, par le fait même, admis que celui-ci était soumis, conformément au droit commun, au principe de la force obligatoire des conventions. La libre révocabilité, au demeurant, serait totalement incompréhensible dans le cadre d'un divorce sur demande conjointe lorsque la convention des époux prévoit au profit de la femme le maintien de l'usage du nom du mari, puisque, ainsi que le prévoit l'a. 279 al. 1 C. civ., la convention homologuée a la même force exécutoire que la décision de justice. Enfin, si l'autorisation du mari n'était qu'un acte de pure courtoisie, révocable donc sans qu'un motif ait à être donné, la loi ne l'aurait même pas mentionnée, la possibilité du maintien judiciaire, également prévue à l'a. 264 al. 3 C. civ., permettant le plus souvent de s'en passer. La jurisprudence a d'ailleurs eut assez vite l'occasion de préciser que lorsque les époux ont convenu qu'à la suite du divorce la femme conserve l'usage du nom de son mari, cet accord n'est plus comme naguère précaire et révocable ad nutum. Le 6 février 1979, la Cour de Versailles, saisie en appel par un mari qui, ayant en première instance demandé acte de ce qu'il ne s'opposait pas à ce que son épouse continue à porter son nom après le divorce et le tribunal ayant homologué cette offre, prétendait se délier de son engagement, lui répondit qu'il s'était noué entre les parties un contrat judiciaire et qu'il ne pouvait se délier ainsi de l'engagement qu'il avait contracté (118). Le 9 mars 1971, la Cour de Paris eut, elle, à connaître d'une espèce un peu plus complexe (119). Trois ans après le divorce, la femme avait obtenu de son ex-mari, le 1^o février 1977, l'autorisation d'user de son nom et les intéressés avaient commencé une procédure par requête conjointe pour faire entériner cet accord. Mais le juge ayant demandé que chaque partie fut représentée par un avocat et le mari s'étant refusé à en constituer un car il ne voulait pas engager de frais, la femme fut amenée à agir par voie d'assignation. Le Tribunal de grande instance

(114) A. Bénabent, *op. cit.*, éd. Litec, 1982, p. 234. Dans un autre ouvrage, celui-ci adopte toutefois une position plus nuancée, puisqu'il déclare : "le mari doit pouvoir révoquer l'autorisation qu'il a donnée, mais la femme doit pouvoir éventuellement soumettre cette révocation au contrôle du juge ; et si la révocation, loin d'être dictée par un motif légitime (remariage du mari, par exemple), est l'effet du caprice, le juge doit pouvoir la juger abusive" (art. préc., *Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n^o 65*).

(115) Cf. not. Civ. 13 octobre 1964, *aff. préc.*, D. 1965, 209, ainsi que Paris 25 mai 1971, *aff. Chapelle*, J.C.P. 1972.II.16950 (pour l'analyse de cette décision, v. *infra*, II^o Partie, A, a).

(116) G. Marty et P. Raynaud, "Les personnes", éd. Sirey, 3^o éd., 1976, n^o 320 bis, p. 424.

(117) R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, *observ. préc.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 622.

(118) Versailles 6 février 1979, G.P. 1980.1.Somm., 88.

(119) Dont une question de droit transitoire sur laquelle il n'est pas utile de s'arrêter ici.

de Paris, le 17 janvier 1978, ayant autorisé la femme à porter le nom de son ancien époux en considération de l'accord survenu entre eux le 1^{er} février 1977, l'ex-mari fit appel en soutenant qu'il n'avait jamais valablement accordé à son épouse l'autorisation de son nom et qu'au demeurant, selon la jurisprudence, une telle autorisation revêt un caractère précaire, peut à tout moment être révoquée et, en conséquence, il demanda à la Cour d'infirmer le jugement et d'interdire à son ancienne épouse l'usage de son nom. Ce qui fut l'occasion pour les magistrats de la Cour de Paris d'affirmer avec netteté que l'a. 264 al. 3 C. civ. - qui "valide, sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient été entérinées par le juge, les conventions que les ex-époux ont pu conclure à ce sujet" (120) - "a pour conséquence nécessaire de conférer à ces conventions un caractère obligatoire de telle sorte que le mari ne peut révoquer son consentement que si l'épouse fait un usage abusif de l'autorisation qui lui a été donnée" (121). Réserve faite de la formulation - à la place de la phrase "de telle sorte que le mari ne peut révoquer son consentement que si l'épouse fait un usage abusif de l'autorisation qui lui a été donnée", il eut été plus heureux de dire "de telle sorte que le mari ne peut demander en justice la révocation de l'autorisation qu'il a donnée que si l'épouse en fait un usage abusif" (122) - on peut donc considérer comme acquis que lorsque la femme conserve le nom de son ancien époux avec l'accord de celui-ci, cet accord n'est plus, comme naguère, précaire et révocable ad nutum (123), ainsi que devait d'ailleurs le rappeler, dans une affaire qui ne nous intéresse pas directement ici, le Tribunal de grande instance de Paris dans un jugement du 10 février 1981 (124).

En revanche, est-il possible d'admettre que l'ex-mari a la faculté de s'adresser à la justice pour faire juger que l'intérêt qui motivait le maintien du droit d'usage ayant cessé d'exister la convention est désormais caduque et son ancienne épouse sans droit à continuer d'user de son nom ? M. le Conseiller Breton, après l'avoir admis (125), tendrait à être "plus circonspect aujourd'hui" (126). Personnellement, nous pensons qu'il faut

(120) C'est dire que dans cette affaire la femme pouvait, sans avoir besoin de recourir à la justice, se prévaloir de l'acte du 1^{er} février 1977 et que dans l'affaire jugée par la Cour de Versailles le donné acte suffisait à constater l'accord du mari sans qu'il soit besoin de faire appel à la notion de contrat judiciaire, ainsi que le soulignent le Doyen Nerson et le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi (observ. préc., Rev. trim. dr. civ. 1981, 623).

(121) Paris 9 mars 1979, D.S. 1979, 471, note Massip.

(122) Et cela afin de bien marquer que la révocation ne peut être que judiciaire, car il s'agit d'une convention d'une nature particulière puisque, ne l'oublions pas, elle porte sur un droit de la personnalité.

(123) V. not. en ce sens J. Massip, note sous Paris 9 mars 1979, D.S.1979, 472 ; R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. sur Paris 9 décembre 1979, Rev. trim. dr. civ. 1981, 623 ; A. Weill et Fr. Terré, op. cit., n^o 45, p. 56 ; G. Cornu, op. cit., tome I, n^o 598, p. 245, et tome II, n^o 325, p. 456. V. également R. Lindon, note sous T.G.I. de Paris 10 février 1981, D.S. 1981, 446, et D. Huet-Weiller, note sous T.G.I. de Paris 10 février 1981, J.C.P. 1981.II. 19264, col. 8 et 9.

(124) T.G.I. de Paris 10 février 1981, aff. préc., D.S. 1981, 443 (pour l'analyse de cette affaire, v. infra II^o Partie, A, a).

(125) A. Breton et J.-Cl. Groslière, art. préc., Encycl. Dalloz, Divorce, n^o 1285.

(126) A. Breton, art. préc., Etudes offertes à R. Rodière, p. 32 in fine.

l'admettre, car, dès lors que l'intérêt en raison duquel le droit d'usage avait été maintenu a disparu, la finalité même de ce droit d'usage, par le fait même, a également disparu. Or, en l'absence de l'un des éléments constitutifs de ce droit subjectif - l'intérêt et le pouvoir ne sont-ils pas même les deux éléments fondamentaux du droit subjectif ? - celui-ci ne peut que s'éteindre. Et ce n'est pas, pour le juge, sortir de son rôle, que de le constater (127).

Mais peut-on aussi considérer, comme il l'est parfois affirmé (128), que l'autorisation donnée sans réserve devient en toutes hypothèses caduque par le fait du remariage de la femme à laquelle elle a été accordée ? Ainsi que nous l'avons déjà souligné, lorsque l'utilisation du nom se trouve limitée, comme c'est le cas dans la perspective qui est ici la nôtre, à la vie courante, à savoir essentiellement l'existence ménagère, familiale et mondaine, il est certes naturel que le droit d'usage conventionnellement maintenu en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. s'éteigne de plein droit par l'effet du remariage de celle qui en est bénéficiaire. Et cela parce que le droit d'usage n'a plus alors de raison d'être, sa fonction véritable et profonde étant essentiellement ici de permettre à la femme de continuer à se désigner par le nom de son ancien époux pour masquer son état de femme divorcée et suggérer une autre structure familiale traditionnelle, mais tout à fait fictive : celle qui existe après le décès du mari. En revanche, comme nous le verrons plus loin, lorsque le nom de l'ancien mari se trouve utilisé, soit dans le cadre d'activités créatrices (129) - comme c'était précisément le cas dans l'espèce soumise au Tribunal de grande instance de Paris le 10 février 1981 (130) - soit dans le cadre d'activités professionnelles (131), la réponse nous paraît devoir être toute autre.

(127) Sur les pouvoirs du juge en ce qui concerne les diverses modalités d'application des dispositions de l'a. 264 al. 3 C. civ., pour ce qui est du maintien conventionnel comme du maintien judiciaire d'ailleurs, v., d'une manière générale, les développements de M. le Conseiller Breton, qui attire à juste titre l'attention sur les difficultés que peut soulever cette délicate question (art. préc., Etudes offertes à R. Rodière, p. 31 et 32).

(128) A lire M. le Doyen Cornu, la caducité de la convention est de droit en cas de remariage de la bénéficiaire de l'autorisation (op. cit., tome II, n° 325, p. 456, note 18). De même, selon M. Bénabent, en cas de remariage de la femme, il est généralement admis que l'autorisation (donnée par le mari) devient caduque, encore que celui-ci admette dans l'hypothèse d'un "usage exclusivement professionnel" (art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n° 62). Pareillement, selon MM. Weill et Terré, "la doctrine estime généralement que le remariage de la femme fait perdre automatiquement" à celle-ci le droit de porter le nom de son ancien mari, en cas de maintien conventionnel comme dans les autres cas d'ailleurs, encore que ceux-ci admettent également que "l'on devrait pourtant exclure cet effet automatique lorsque la femme utilise ce nom à des fins professionnelles" (op. cit., n° 45, p. 57).

(129) Peu importe au demeurant, et contrairement à ce qui est régulièrement affirmé, que ces activités aient ou non un caractère professionnel (v. à ce propos infra, II^o Partie, A, a et b).

(130) T.G.I. de Paris 10 février 1981, D.S. 1981, 443.

(131) V. à ce propos infra, II^o Partie, B.

b) Le maintien judiciaire de l'usage du nom de l'ancien mari.

A défaut d'accord de son conjoint, il reste toujours à la femme la possibilité de s'adresser aux tribunaux. En effet - et c'est là que réside la plus grande innovation de la loi du 11 juillet 1975 en la matière - l'a. 264 al. 3 C. civ. prévoit également que "la femme pourra conserver l'usage du nom du mari (...) avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants". Contre cette nouveauté, des voix, souvent féminines d'ailleurs, se sont pourtant élevées dans la doctrine, et à bien des titres non sans raison, il faut le reconnaître. Ainsi s'est-on inquiété de ce que la loi ait oublié que les époux ne sont pas les seuls intéressés, et qu'à côté de ceux-ci il y a la famille ainsi que les tiers (132). De même a-t-on regretté que la loi ait conforté un usage discutable au lieu d'inciter les femmes mariées à modifier leur comportement et à utiliser leur propre nom au lieu de celui de leur mari (133). Enfin, on s'est étonné de ce qu'à une époque qui n'a pas craint d'admettre la recherche de la vérité dans les rapports familiaux, le divorce, bien que rétabli depuis plus d'un siècle, soit encore à dissimuler, au moins pour les femmes (134). Dans tout cela, il y a beaucoup de vrai. Mais le plus critiquable reste encore à nos yeux que le législateur n'ait pas pris garde que l'intérêt particulier en cause n'avait pas, selon les circonstances, la même importance. Autrement dit, qu'il n'ait pas distingué selon que la femme était seulement connue dans la vie courante sous le nom de son mari ou qu'elle s'était fait connaître sous ce nom dans les milieux "artistiques", en tant qu'auteur ou qu'interprète, ou dans les milieux "professionnels". Quoi qu'il en soit, et dans la perspective qui est ici la nôtre, celle où le maintien du nom marital joue une sorte de rôle de masque, il est nécessaire de préciser les conditions auxquelles est subordonné le maintien du nom, ainsi que, en l'état là encore du silence de la loi, de déterminer le régime juridique du droit d'usage ainsi judiciairement reconnu à la femme.

I. - **Les conditions du maintien judiciaire**, au profit de la femme divorcée, du nom de son ex-mari. - À l'occasion du prononcé du divorce, voire même plusieurs années après (135) - et peu important qu'il s'agisse d'un divorce pour faute, fût-ce aux torts exclusifs de la femme, d'un divorce pour rupture de la vie commune à l'initiative de la femme (136), d'un divorce sur double aveu, voire même d'un divorce sur demande conjointe au cas où la convention, lorsqu'elle a été homologuée, n'aurait rien prévu sur ce point (137) - le tribunal a le pouvoir d'autoriser la femme à porter

(132) R. Lindon et Ph. Bertin, op. cit. n° 313 à 316, p. 93 et 94.

(133) D. Huet-Weiller, "Le nouveau droit du divorce en Allemagne et en France", L.G.D.J., 1979, n. 55.

(134) M. Gobert, chron. préc., J.C.P. 1980.I.2966, n° 11.

(135) Tel peut notamment être le cas lorsque l'ex-mari prétend mettre fin à la tolérance de fait dont il avait jusqu'alors fait bénéficier son ancienne épouse.

(136) Cf. à ce propos nos observations supra, B, in limine. Comp. A. Breton, plus réticent en raison de sa lecture du texte des alinéas 2 et 3 de l'a. 264 C. civ. (art. préc., p. 24).

(137) Comp. A. Bénabent qui écrit à ce propos : "le juge peut-il octroyer cette autorisation en cas de divorce sur requête conjointe alors qu'il n'a en ce cas aucun pouvoir d'initiative ? .../...

le nom de son ex-conjoint (138), s'il considère qu'elle satisfait aux exigences résultant du texte de l'a. 264 al. 3 C. civ. Mais comme nos tribunaux se partagent sur l'interprétation de la formule légale, il convient d'examiner la situation du droit positif avant d'en donner une appréciation critique.

1°) La situation du droit positif. - Des termes de l'a. 264 al. 3 C. civ., il résulte que la femme doit établir qu'il existe un intérêt particulier et que cet intérêt particulier la concerne ou concerne les enfants, car, à cet égard, l'examen du droit positif révèle un net clivage des décisions en deux groupes franchement opposés.

(a) L'intérêt particulier. - La première condition pour que les juges accordent le maintien de l'usage du nom est que la femme justifie d'un "intérêt particulier". Cette exigence a été l'occasion d'une importante divergence d'interprétation chez les juges du fond. Les uns, les plus nombreux, prenant le mot "particulier" dans son sens premier et général, c'est-à-dire au sens de "qui appartient en propre à", demandent simplement que soit établie l'existence d'un intérêt de la femme ou des enfants (139) - mais, ce faisant, ils font des termes "s'y attache", qui suivent le mot "particulier" dans la formule légale, une redondance. Les autres, prenant le mot "particulier" au sens de "spécial", qui est son sens second et qui comporte l'idée d'une différence par rapport aux autres cas similaires venant de quelque chose qui sorte de l'ordinaire, ont déduit du terme "particulier" l'exigence d'une situation spéciale, différente de la situation ordinaire des femmes divorcées ou des enfants de parents divorcés (140). Et on ne voit pas comment pourrait se résoudre cette divergence d'interprétation, puisque la Cour de cassation a considéré que l'appréciation de l'intérêt "particulier" était une question relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (141). Ainsi, comme le souligne M. le Professeur Bénabent, il est évident qu'ici, la jurisprudence a plus une valeur d'exemple qu'une valeur de précédent (142).

(b) L'intérêt particulier propre à la femme ou propre aux enfants. - La seconde condition pour que les juges accordent le maintien, au profit de la femme divorcée, de l'usage du nom de l'ex-mari est que l'intérêt particulier invoqué concerne la femme ou les enfants.

.../... L'hésitation est permise ; mais il est permis aussi de penser que la généralité du texte, inséré lui-même dans un paragraphe de dispositions générales, implique la possibilité pour la femme de solliciter une autorisation judiciaire en cas de mutisme de la convention sur ce point" (art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n° 70).

(138) Compte tenu de la rédaction de l'a. 264 al. 3 C. civ., le maintien judiciaire, prévu pour la femme seulement, est tout à fait exclu pour le mari.

(139) V. par ex., T.G.J. de Toulouse 30 janvier 1977, J.C.P. 1977.II. 18681 ; T.G.J. de Lille 1^{er} mars 1977, D.S. 1978, I.R. 190, observ. Bénabent ; T.G.J. de Paris 4 mars 1977, D.S. 1978, I.R., 38-39, observ. Bénabent, Poitiers 25 mai 1978, Bull. civ. II, n° 235.

(140) V. par ex., Montpellier 22 mars 1978, D.S. 1978, I.R., 436, observ. Bénabent, et, sur pourvoi en cassation, d'ailleurs rejeté, Civ. 26 mars 1980, Bull. civ. I, n° 104. V. également Aix-en-Provence 19 juin 1979, D.S. 1981, I.R., 271, observ. Bénabent.

(141) Cf. not. Civ. 16 novembre 1978, Bull. civ. II, n° 235 ; Civ. 26 mars 1980, Bull. civ. I, n° 104 ; Civ. 8 octobre 1980, G.P. 1981.1. Somm., 22.

(142) A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n° 71.

S'agissant de la femme - et dans la perspective qui est ici la nôtre : celle où le nom de l'ancien mari joue une sorte de rôle de masque (143) - il faut observer que les tribunaux, dans l'ensemble, font preuve de beaucoup de bienveillance, voire même parfois de laxisme, pour admettre que celle-ci a personnellement un intérêt particulier au maintien du nom de son ex-mari. Le plus souvent, cet intérêt est trouvé par nos juridictions dans la durée du mariage. Ainsi se contentent-elles de relever que l'épouse a porté le nom de son ex-mari pendant plus de quarante cinq (144), quarante (145), trente cinq (146), ou même moins (147), selon les espèces (148). Dans d'autres décisions des considérations diverses viennent se combiner avec la durée du mariage. Ainsi, compte tenu du fait que le mariage a été célébré depuis plus de trente six ans et que la demanderesse a toujours été connue sous le nom de son mari "par son employeur, ses collègues de travail et les services administratifs ou sociaux avec lesquels elle a été en rapport", a-t-il été admis que ces faits suffisaient à établir qu'un intérêt s'attache pour la femme au port du nom de son ancien mari (149). Ont même été retenues par certaines juridictions des considérations tout à fait étrangères à la durée de l'union. Ainsi le Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-mer, le 7 mars 1977, a-t-il vu dans "l'éthique d'indissolubilité du mariage" (150), professée par la femme, un intérêt particulier au sens de l'a. 264 al. 3 C. civ. Une telle décision ne peut, semble-t-il, que laisser positivement "ahuris les adeptes des religions qui considèrent le mariage comme indissoluble", ainsi que le soulignent très justement le Doyen Nerson et le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi (151), car

(143) Pour l'intérêt particulier propre à la femme dans le cadre de sa vie professionnelle, v. *infra*, II^o Partie, B. Pour ce qui est de l'intérêt qu'a la femme à pouvoir continuer à se désigner par le nom de son ancien époux lorsqu'elle s'est fait connaître sous celui-ci, soit en tant qu'auteur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, soit en tant qu'interprète d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, la question n'a pas en revanche à se poser sur le terrain du maintien judiciaire, mais sur le terrain du droit d'auteur ou des droits voisins du droit d'auteur (v. à ce propos *infra*, II^o Partie, A, respectivement a et b).

(144) Cf. not. T.G.J. de Toulouse 20 janvier 1977, J.C.P. 1977.II.18681.

(145) Cf. not. Poitiers 25 mai 1977, décision contre laquelle fut formé un pourvoi en cassation qui fut rejeté par la Cour suprême le 16 décembre 1978 (Bull. civ. II, n^o 235).

(146) Cf. not. T.G.J. de Paris 4 mars 1977, D.S. 1978, I.R., 38-39, observ. Bénabent.

(147) Cf. not. Paris 9 mars 1979, D.S. 1979, 471 : 20 ans.

(148) Cf. également les nombreuses décisions citées par le Professeur Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil, divorce, Fasc. 55, n^o 73) : Paris 8 juin 1978, Juris-Data, n. 0208 (28 ans); Paris 22 mai 1978, Juris-Data, n. 0184 (30 ans) ; Paris 10 juin 1980, Juris-Data, n. 0458 (44 ans) ; Paris 14 mars 1980, Juris-Data, n. 0192 (29 ans).

(149) Paris 25 avril 1978; D.S. 1978, I.R., 438, observ. Bénabent. V. également dans le même sens, par ex., la décision de la Cour de Paris du 16 février 1979 qui estima que lorsqu'une femme "porte le nom de son époux depuis 1950, année de leur mariage, qu'elle est connue de son entourage et des services administratifs avec lesquels elle se trouve en rapport sous le patronyme de C...", qui en outre "est le patronyme du fils adoptif du ménage" (...), "elle justifie ainsi d'un intérêt particulier à conserver l'usage de ce nom" (D.S. 1979, 590).

(150) T.G.J. de Boulogne-sur-mer 7 mars 1977, D.S. 1978, I.R., 37-38, observ. Bénabent.

(151) Observ. préc., Rev. trim. dr. civ. 1981, 619.

quel rôle peut bien avoir en la matière l'usage du nom de l'ex-époux (152) ? De même, la Cour de Paris, le 18 décembre 1979, a-t-elle vu dans "les torts exclusifs du mari" (153) un intérêt particulier, pour la femme, au sens de l'a. 264 al. 3 C. civ., et, à l'inverse, dans "l'état de concubinage de la femme" (154), une raison pour considérer qu'elle ne justifiait pas d'un intérêt particulier au sens de l'a. 264 al. 3 C. civ., et cela malgré l'attribution de la garde d'un jeune enfant. En effet, à côté de ces décisions assez étranges, on trouve aussi, mais moins souvent, des décisions plus strictes. Ainsi un arrêt de la Cour de Paris, du 8 mars 1979, a-t-il estimé qu'une durée de mariage de trente ans et le fait d'être connue de son employeur sous le nom de son mari ne constituait pas pour la femme un intérêt particulier (155). De même, une autre décision de la Cour de Paris, du 24 juin 1978, a-t-elle considéré qu'une durée de mariage de vingt ans et le fait d'être connue par son employeur et ses collègues de travail sous le nom de son mari ne constituait pas, pour la femme un intérêt particulier (156).

En ce qui concerne les enfants, les tribunaux se partagent tout pareillement dans l'appréciation de l'intérêt particulier que ceux-ci ont au maintien de l'usage, pour leur mère, du nom de son ancien époux. Pour certaines juridictions, en effet, l'attribution de la garde d'un ou plusieurs jeunes enfants à la mère est suffisante pour admettre que l'intérêt particulier prévu par l'a. 264 al. 3 C. civ. est constitué. Ainsi, par exemple, le Tribunal de grande instance de Paris, le 18 janvier 1977, accueillit la demande de la femme qui désirait être autorisée à conserver l'usage du nom de son mari aussi longtemps qu'elle aurait la charge d'un des enfants issus du mariage en se contentant de relever que cette demande était justifiée par l'intérêt "évident" (157) qu'elle présentait pour les enfants (158). A même été prise en considération, par le Tribunal de grande instance de Lille, le 1^o mars 1977, et d'une manière tout à fait condamnable selon

(152) Cf. également la décision, citée par le Professeur Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil, divorce, Fasc. 55, n^o 73), rendue le 20 juin 1980 par la Cour de Paris (Juris-Data, n. 0124), qui accorda le maintien de l'usage du nom du mari en considération du fait que le mariage avait duré 30 ans et que la femme était une catholique très pratiquante.

(153) Paris 30 juin 1978, Juris-Data, n. 0519, décision citée par le Professeur Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil, divorce, Fasc. 55, n^o 74).

(154) Paris 4 décembre 1978, Juris-Data, n. 0749, décision citée par le Professeur Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil, divorce, Fasc. 55, n^o 74).

(155) Paris 8 mars 1979, Juris-Data, n. 0076, décision citée par le Professeur Bénabent (art. préc., n^o 72 et 73).

(156) Paris 24 février 1978, Juris-Data, n. 0125, décision citée par le Professeur Bénabent (art. préc., n^o 72 et 73).

(157) T.G.I. de Paris 18 janvier 1977, G.P. 1977.2.408, note M.B. ; D.S. 1978, I.R., 37-38, observ. Bénabent.

(158) Cf. dans la même perspective T.G.I. de Boulogne-sur-mer 7 mars 1977, D.S. 1978, I.R., 37-38, observ. Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n^o 75) . Paris 19 octobre 1976, Juris-Data, n. 0649 ; Paris 3 avril 1979, Juris-Data, n. 0254 ; Paris 29 mai 1979, Juris-Data, n. 0174 ; Paris 9 janvier 1980, Juris-Data, n. 0011 ; Paris 17 janvier 1980, Juris-Data, n. 0017. Dans toutes ces espèces, comme nous l'apprend le Professeur Bénabent, il s'agissait le plus souvent d'enfants de moins de dix ans.

nous puisqu'il ne s'agissait pas de la qualité exigée par la loi, l'existence de nombreux "petits-enfants" (159). Mais à côté de cela d'autres décisions considèrent que le port par les enfants d'un nom différent de celui de leur mère est inhérent à leur situation d'enfants de parents divorcés et ne suffit pas à caractériser l'intérêt spécial exigé par l'a. 264 al. 3 C. civ. Ainsi, le 22 mars 1978, la Cour de Montpellier, devant laquelle était invoqué l'intérêt des enfants à voir leur mère, à qui leur garde avait été confiée, continuer à porter le nom de leur père, a-t-elle refusé d'accorder l'autorisation sollicitée en relevant que si les certificats médicaux qui lui étaient présentés faisaient bien état de perturbations sociales et scolaires pouvant résulter pour les enfants du port d'un nom différent de celui de leur mère, il n'y avait pas là toutefois d'éléments "propres et surajoutés à la situation ordinaire dans laquelle se trouvent, sur ce point, tous les enfants de parents divorcés" (160). De même, la Cour d'Aix en Provence, le 13 juin 1979, s'est-elle refusée à accorder l'autorisation du maintien de l'usage du nom de l'ex-mari en déclarant que "l'intérêt pour l'épouse et l'enfant vivant avec elle d'être connus sous un seul et même nom ne répond pas, à défaut d'autres circonstances de fait, à la notion d'intérêt particulier visé à l'a. 264 al. 3 C. civ." (161). Et ces décisions ne sont pas isolées (162). De toute façon, il résulte de l'étude faite par M. le Professeur Bénabent des documents du Juris-Data que, lorsque les enfants sont en âge de comprendre la situation, nos tribunaux considèrent que le maintien judiciaire de l'usage du nom de l'ex-mari n'est plus alors justifié (163).

2°) *Appréciation critique.* - Que penser de cette disparité entre les décisions ? Du point de vue des justiciables, elle ne peut être que choquante. En effet, selon la juridiction devant laquelle sera demandé le maintien de l'usage du nom, celui-ci, dans les mêmes circonstances, sera accordé ou refusé. Du point de vue juridique, d'autre part, on peut se demander si cette disparité ne pourrait pas être évitée (164). En effet, comme le souligne M. le Conseiller Breton, s'il est vrai que "l'appréciation d'un intérêt est normalement de pur fait", il est tout aussi vrai que l'intérêt qui s'attache au maintien de l'usage du nom de l'ex-mari doit selon la loi être "particulier" et, en conséquence, ne pourrait-on penser que l'application de cette exigence, qui paraît bien constituer une règle de droit, "doit être faite sous le contrôle éventuel de la Cour de cassation" (165) ? Et à cet égard, contre l'avis de certains (166), il nous semble que le main-

(159) T.G.I. de Lille 1^o mars 1977, D.S. 1978, I.R., 190, observ. Bénabent. En faveur de cette interprétation, v. A. Breton, qui estime qu'en parlant d'enfants la loi a visé en réalité toute la descendance (art. préc., p. 23). Contra, v. not. A. Bénabent, observ. préc., D.S. 1978, I.R., 190, ainsi que R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, Rev. trim. dr. civ. 1981, 620.

(160) Montpellier 22 mars 1978, D.S. 1978, I.R., 436, observ. Bénabent.

(161) Aix-en-Provence 13 juin 1979, D.S. 1981, I.R., 271, observ. Bénabent.

(162) V. également les décisions citées par le Professeur Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil; Divorce, Fasc. 55, n^o 75) . Paris 5 juillet 1978, Juris-Data, n.0539 ; Paris 22 novembre 1978, Juris-Data, n. 0723 ; Paris 14 janvier 1980, Juris-Data, n. 0024.

(163) , A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc.55, n^o75. V. également paris 2 juin 1978, Juris-Data, n. 0202.

(164) Contra A. Bénabent, observ. sur Civ. 26 mars 1980, D.S. 1980, I.R., 438.

(165) A. Breton, art. préc., p. 22.

(166) Cf. à ce propos A. Bénabent, art. préc., p. 22 in fine ; A. Bénabent, observ. sous Montpellier 22 mars 1978, D.S. 1978, I.R., 436-437, et art. préc. , Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n^o 71 et 75.

tien de l'usage du nom de l'ex-mari ne devrait être accordé que s'il existait un intérêt, sinon "exceptionnel", du moins "spécial", car il conduit, nous l'avons maintes fois souligné, à suggérer une autre structure familiale traditionnelle, mais purement fictive, celle qui existe après le décès du mari ou du père (167). En effet, dans la plupart des cas, nous ne pensons vraiment pas que, de nos jours (168), l'intérêt bien compris de la femme soit, du moins dans la perspective qui est ici la nôtre, celle où le nom de l'ex-mari n'est utilisé que dans le seul cadre de la vie courante, de lui permettre sans raisons très sérieuses de masquer son état de femme divorcée (169), car ce n'est pas en dissimulant aux autres, et par conséquent à soi-même, la réalité que l'on apprendra à l'affronter. A trop vouloir protéger, arrive une heure où l'on affaiblit. Pas plus que nous ne pensons d'ailleurs que, dans la grande majorité des cas, il soit de l'intérêt bien compris de l'enfant de permettre à sa mère de continuer à user du nom de son ex-mari puisque là encore, ainsi que le soulignent le Doyen Nerson et le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi, "la situation que l'on demande au juge de créer est une situation anormale, hypocrite (et conflictuelle, sans quoi la mère aurait obtenu l'autorisation du père), qu'elle est, par principe, mauvaise, et ne doit être établie qu'à titre exceptionnel" (170). D'autant qu'il suffit de rappeler avec le Professeur Michelle Gobert "que l'on supporte fort bien, dans d'autres circonstances, qu'un enfant vive avec une mère qui ne porte pas le même nom que lui" (171), ne serait-ce que, hypothèse la plus courante, lorsqu'elle se remarie (172) :

II. - Le régime juridique du droit d'usage judiciairement maintenu au profit de la femme divorcée en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. - Ici encore le terme "conserver", utilisé par le législateur, indique qu'il ne s'agit pas d'un droit nouveau pour la femme, mais d'un droit qu'elle avait déjà pendant le mariage (173). D'où cette conséquence que le droit judiciairement reconnu à la femme n'est, comme le droit conventionnellement reconnu par le mari, nullement attributif du nom patronymique, mais qu'il lui confère seulement l'usage du nom de son ancien époux. Mais parce qu'il s'agit d'un maintien judiciaire se pose, en l'état du silence

(167) Cf. M. Gobert, *chron. préc.*, J.C.P. 1980.I.2966, n° 11.

(168) Il ne faut pas en effet oublier l'incidence du temps sur les mentalités : comme le soulignent le Doyen Nerson et le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi, en 1975, l'état de divorcé était un état de déviance, ou du moins ressenti comme tel (...), mais il n'en est plus ainsi aujourd'hui parce que la proportion des divorces augmente, mais aussi, et surtout, parce que se répand l'idée, voulue par le législateur, qu'il n'y a pas forcément un conjoint infâme et un conjoint victime, et que le divorce est un remède à une mésentente" (*Rev. trim. dr. civ.* 1981, 621).

(169) V. dans le même sens M. Gobert, *chron. préc.*, J.C.P. 1980.I.2966, n° 10 et 11 ; R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 620-621.

(170) R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 620.

(171) M. Gobert, *chron. préc.*, n° 11.

(172) Du si elle vit en concubinage avec le père de l'enfant qui l'aura reconnu en premier, ou si, mère naturelle, elle se remarie avec un tiers dont elle porte le nom ; ou encore si, mère mariée, elle use de la faculté ouverte par l'a. 313-1 C. civ. et déclare l'enfant sous son nom de jeune fille sans l'indication du nom du mari.

(173) V. not. en ce sens A. Breton, *art. préc.*, p. 29.

de la loi, la délicate question de savoir si les juges ont la possibilité de donner au régime de ce droit d'usage, quant à son domaine et quant à sa durée notamment, les traits qu'ils estiment les plus opportuns (174). Ainsi convient-il d'envisager maintenant le double problème de la détermination, d'une part, du domaine d'application de ce droit d'usage, de ses caractères et de ses limites, ainsi que, d'autre part, de son extinction.

1°) Domaine d'application, caractères et limites du droit d'usage judiciairement maintenu pour l'épouse divorcée. - A cet égard, l'examen de la jurisprudence ne révèle que peu de choses.

Pour ce qui est du domaine d'application de ce droit d'usage tout dépend de la question de savoir si c'est la femme qui a demandé elle-même la modalité restreignant son droit ou si c'est le tribunal qui entend le faire d'office. Dans le premier cas, aucune difficulté, le juge ne statue pas *ultra petita*. Ainsi, à la suite de la demande de la femme qui désirait être autorisée à conserver l'usage du nom de son ex-mari aussi longtemps qu'elle aurait la charge d'un des enfants issus du mariage, un jugement du Tribunal de grande instance de Paris, en date du 18 janvier 1977, a-t-il affecté d'un terme l'autorisation qu'il accordait (175). Mais le tribunal pourrait-il d'office déterminer le genre d'activités dans lesquelles la femme serait autorisée à continuer d'user du nom de son ancien époux ? Dans la perspective qui est ici la nôtre, c'est-à-dire où l'usage du nom est restreint à la vie familiale mondaine et sociale (176) et où celui-ci ne joue qu'une sorte de rôle de masque, la question n'aura sans doute pas à se poser. Mais il faudra y revenir lorsque nous examinerons la question du maintien de l'usage du nom de l'ex-mari en raison d'un intérêt "professionnel", c'est-à-dire lorsque le nom joue, non plus un rôle de masque, mais une sorte de rôle d'emblème.

Par ailleurs ce droit d'usage étant un droit subjectif, c'est-à-dire un droit accordé par le droit objectif aux particuliers en vue d'assurer la protection d'intérêts d'ordre privé, personnel, on doit en tirer cette conséquence qu'il confère à la femme la faculté d'exercer ou de ne pas exercer son droit, c'est-à-dire de se désigner ou de ne pas se désigner par le nom de son ancien époux. Puisqu'elle a demandé que ce droit d'usage lui soit judiciairement accordé, il est bien évident que, dans la plupart des cas, elle choisira d'en user (177). Mais ce droit d'usage étant également un droit subjectif extrapatrimonial, c'est-à-dire un droit ayant pour fin d'assurer la protection d'intérêts principalement intellectuels ou moraux - ici l'intérêt moral qu'a l'épouse divorcée à pouvoir se désigner par le nom de son ancien époux afin de masquer son état de femme divorcée -

(174) V. à ce propos les très pertinentes observations de M. le Conseiller Breton, art. préc., p. 31 et 32.

(175) T.G.I. de Paris 18 janvier 1977, J.C.P. 1977.II.18600, note R.L. ; G.P. 1977.2.408, note M.B. ; D.S. 1978, I.R., 37-38, observ. Bénabent.

(176) Par *vie sociale*, nous entendons, entres autres, l'utilisation du nom de l'ex-mari dans les rapports avec l'employeur et les collègues de travail, sans que pour autant l'intérêt puisse s'analyser comme un intérêt professionnel, celui-ci impliquant ainsi que nous le verrons des rapports avec la clientèle (cf. II^o Partie, B).

(177) Mais si tel n'était pas le cas nous ne pensons pas que le mari pourrait s'adresser à la justice pour faire juger qu'elle doit, en conséquence, se voir retirer l'autorisation accordée.

on doit encore en tirer cette conséquence que la femme ne peut disposer de son droit de son vivant, en ce sens qu'elle ne peut notamment ni le céder, ni y renoncer (178), car, ainsi que nous l'avons déjà souligné, il est de règle en droit français que le titulaire d'un droit de la personnalité ne peut disposer d'un mode de protection de ses intérêts intellectuels ou moraux.

Mais à ce droit, comme dans les autres cas déjà examinés, il est une limite, qui est une limite interne, puisqu'elle résulte de la règle jurisprudentielle selon laquelle tout exercice d'un droit, lorsqu'il est abusif, n'est plus conforme au droit (179). Ainsi, comme précédemment, peut-on considérer que, puisque le droit d'usage judiciairement accordé sur le fondement de l'a. 264 al. 3 C. civ. a principalement pour fonction, lorsqu'il joue un rôle de masque, de permettre à la femme de se désigner par le nom de son ancien mari pour dissimuler son état de femme divorcée, il y aurait abus de droit non seulement si celle-ci faisait accroire qu'elle était patronnée par son ancien mari dans ses activités artistiques, scientifiques ou politiques (180), par exemple, mais également si elle compromettrait l'honorabilité du nom de son ancien époux, soit "par son in conduite, ses aventures et une publicité malséante" (181), soit par des fréquentations et des occupations de "mauvais aloi" (182). Ainsi est-il selon nous possible d'affirmer, tout comme précédemment, que le mari (183) a la faculté de s'adresser à la justice pour faire sanctionner l'exercice abusif du droit d'usage judiciairement accordé et demander, selon les circonstances, soit la cessation de l'utilisation abusive, soit la suppression totale du droit d'usage lui-même par révocation judiciaire, auxquelles pourraient s'ajouter, le cas échéant, une astreinte, ainsi que, par ailleurs, une condamnation à des dommages-intérêts sur le fondement de l'a. 1382 du Code civil.

2°) L'extinction du droit d'usage judiciairement maintenu en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. - Ce droit s'éteindra, naturellement, s'il a été

(178) Contra, semble-t-il, A. Breton et J.-Cl. Groslière qui estime que "la femme a certainement le droit de renoncer à l'autorisation accordée" (art. préc., Encycl. Dalloz, Divorce, n°1285), à moins qu'ils ne prennent pas le mot "renoncer" au sens d'abdiquer, c'est-à-dire d'éteindre son droit, mais au sens de ne pas exercer son droit. V. également dans le même sens A. Breton qui déclare que "la femme peut renoncer à son autorisation si elle estime que l'intérêt qui fondait celle-ci n'existe pas ou n'existe plus (art. préc., Etudes offertes à R. Rodière, p. 32 in fine). Mais, là encore, en quel sens doit-on prendre le terme "renoncer"?

(179) En faveur de l'idée que le droit d'usage judiciairement accordé sur le fondement de l'a. 264 al. 3 C. civ. peut être sanctionné en cas d'exercice abusif, v. not. A. Breton, art. préc., p. 32 ; A. Bénabent, art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n° 78 ; R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, Rev. trim. dr. civ., n° 17, p. 627.

(180) Comp. sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une instance en divorce pour faute, T.G.J. de Saint-Etienne, Réf., 2 mars 1970 (aff. préc., J.C.P. 1970.II.16377 et Rev. trim. dr. civ. 1970, 334, observ. Nerson), puis, dans le cadre du prononcé du divorce pour faute Civ. 12 juillet 1972 (aff. préc., Bull. civ. II, n° 216).

(181) Comp., sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une séparation de corps, Paris 24 mars 1944, D.A. 1944, 98.

(182) Comp. T.G.J. de Paris 10 février 1981, aff. préc., D.S. 1981, 193, note Lindon ; J.C.P. 1981.II.19264, note D. Huet-Weiller ; Rev. trim. dr. civ. 1981, 623, observ. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

(183) Ou, selon les circonstances, sa famille (cf. T.G.J. de Paris 10 février 1981, aff. préc.).

affecté, soit d'un terme (184), soit d'une condition. De même, il s'éteindra, bien évidemment, si la femme vient à décéder.

Pareillement faut-il admettre, ainsi que nous venons de le voir, qu'il peut s'éteindre par révocation judiciaire en cas d'exercice abusif. Mais peut-on de la même manière affirmer que le mari peut s'adresser à la justice pour faire juger que l'intérêt particulier en considération duquel il a été accordé n'existe pas ou n'existe plus ? M. le Conseiller Breton, après l'avoir admis, tend à être beaucoup plus circonspect aujourd'hui (185). Personnellement, nous pencherions pour l'affirmative (186). Certes, il y a bien deux droits distincts en présence. Mais ils n'ont pas la même importance, celui de la femme n'étant qu'un démembrement de celui de son ancien époux. Et, plus précisément, c'est dans le propre droit au nom de ce dernier que doit, selon nous, être recherchée la justification de l'extinction demandée, celle-ci lui permettant en effet de reconstituer l'intégralité de son droit, et cela d'autant plus qu'il s'agit, ne l'oublions pas, d'un droit de la personnalité.

Restent deux questions encore pendantes : celle de savoir si le droit d'usage judiciairement accordé à la femme s'éteint de plein droit en cas de remariage de celle-ci et celle de savoir si ce droit d'usage peut être révoqué judiciairement en cas de concubinage notoire de celle-ci, puisqu'en cas de maintien conventionnel il est parfois prévu que le droit d'usage du nom de l'ex-mari cessera en cas de remariage ou de concubinage notoire de la femme (187). En ce qui concerne l'hypothèse du concubinage notoire, la réponse est selon nous négative. On peut même se demander si une extinction pour un tel motif ne serait pas illégale. En ce qui concerne l'hypothèse du remariage de la femme, et dans la perspective qui est ici la nôtre, c'est-à-dire celle où l'usage du nom est restreint à la vie familiale, mondaine et sociale et où celui-ci ne joue qu'une sorte de rôle de masque, il est certes naturel, ainsi que nous l'avons déjà souligné (188), que le droit d'usage judiciairement maintenu en vertu de l'a. 264 al. 3 C. civ. en considération d'un intérêt particulier propre à la femme ou aux enfants s'éteigne de plein droit (189). En effet, dans les deux cas, ce droit d'usage n'a plus sa raison d'être, sa fonction véritable étant, on

(184) Cf. T.G.J. de Paris 18 janvier 1977, aff. préc., J.C.P. 1977.II.18600.

(185) Cf. A. Breton qui écrit à ce propos : "Nous l'avions admis en 1975 (in A. Breton et J.-Cl. Groslière, Encycl. Dalloz, Divorce, n° 1285). Nous serions plus circonspect aujourd'hui. Encore une question qu'il appartiendra à la jurisprudence de trancher" (in art. préc., Etudes offertes à R. Rodière, p. 32).

(186) V. dans le même sens A. Bénabent qui estime que lorsque l'autorisation a perdu sa raison d'être "il faut admettre, semble-t-il, que le mari (voire ses héritiers ?) pourra demander au juge de réviser ou de révoquer cette autorisation" (art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n° 77).

(187) Cf. à ce sujet J. Massip, "Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux", D.S. 1979, chron. XVIII, p. 120, n° 10, note 14.

(188) V. supra, A et B, a in fine.

(189) D'où pourrait naître la tentation de proposer que la mère donne "son nom à l'enfant pour lui éviter d'avoir à en changer trop souvent ou, au contraire, à souffrir de ne pouvoir en changer" (M. Gobert, chron. préc., J.C.P. 1980.I.2966, n° 19). Ce qu'annonce peut-être l'a. 43 de la loi du 23 décembre 1985 qui permet désormais à la femme d'ajouter à titre d'usage son propre nom à celui de ses enfants mineurs.

le sait, de permettre à la femme de masquer son état de femme divorcée et de suggérer une autre structure familiale traditionnelle, mais purement fictive, celle qui existe après le décès du mari ou du père. Ainsi un arrêt de la Cour de Paris du 27 novembre 1978 a-t-il pris soin de préciser que l'autorisation prendrait fin en cas de remariage de la femme (190). En revanche, comme nous allons le voir, lorsque le nom de l'ancien époux est utilisé dans le cadre d'activités créatrices (191) ou professionnelles (192), la réponse nous paraît devoir être toute autre, sa fonction n'étant plus en effet de jouer une sorte de rôle de masque, afin d'évoquer quelque chose de fictif, mais de jouer une sorte de rôle d'emblème, afin de perpétuer quelque chose de bien réel...

II. - Le nom-emblème ou la fonction de perpétuation.

La législation contemporaine ne permet pas seulement d'assigner au nom un rôle de masque afin de ne pas pâtir "de ce que l'on croit être un handicap" (193), elle tend également, et de plus en plus, à permettre d'assigner au nom une sorte de rôle d'emblème - en matière d'activités professionnelles (a. 264 al. 2 et 3 C. iv.) ou en matière d'activités créatrices, qu'il s'agisse de créations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales (a. 6 de la loi du 11 mars 1957) ou de créations d'interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales (a. 17 de la loi du 3 juillet 1985) - afin de ne pas souffrir de ce qui, à n'en pas douter, serait un dommage, le plus souvent considérable. Par son intermédiaire - et parce qu'en ces matières, le nom reflète exactement la réalité juridique qu'il recouvre, à savoir la "qualité" de créateur ou de professionnel - il devient possible de perpétuer cette "qualité", car seule celle-ci permet de rappeler à l'attention du public ou de la clientèle certains aspects spécifiques de la personnalité d'une personne physique. A cet égard, il importe d'ailleurs de ne pas se méprendre. La fonction du nom-emblème est d'assurer la protection d'intérêts "principalement" (194) moraux, et non pécuniaires, car si le nom est bien ici un gage de reconnaissance, il l'est d'une personne physique, et non point d'un établissement, comme l'est le nom commercial. Et c'est la raison pour laquelle, à la différence du nom commercial, il est attaché à la personne (195). Ainsi,

(190) Paris 27 novembre 1978, Juris-Data, n. 0733, décision citée par le Professeur Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n° 79).

(191) Cf. infra, II^o Partie, A.

(192) Cf. infra, II^o Partie, B.

(193) M. Gobert, chron. préc., J.C.P. 1980.I.2966, n° 20.

(194) Ce qui n'exclut pas qu'il ait, tels certains droits de la personnalité comme le droit de la personne sur son image, par exemple, des conséquences pécuniaires. Ainsi nous ne partageons nullement la façon de voir de M. le Premier Avocat général Lindon lorsqu'il déclare à propos de l'affaire "de Wangen", jugée par le Tribunal de grande instance de Paris le 10 février 1981, et que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, que "s'il fallait une preuve que le nom a une valeur patrimoniale, la présente affaire en serait une" (note sous T.G.I. de Paris 10 février 1981, D.S. 1981, 446), car jusqu'à preuve du contraire le droit à la paternité de l'oeuvre, invoqué par la défenderesse, est un des attributs du droit moral de l'auteur d'une oeuvre artistique, littéraire ou musicale, consacré à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957, et non un droit patrimonial comme la propriété corporelle de l'oeuvre ou les attributs du monopole d'exploitation de cette même oeuvre.

(195) Cf. infra, notamment A.

et bien plus qu'on ne le pense, "l'entorse est à nouveau importante qui consiste à ce qu'une personne porte le nom d'une autre à laquelle ne la lie plus aucun lien juridique" (196). Elle trouve sa justification dans l'intérêt exclusif de la femme, mais aussi, en certains cas, dans l'intérêt exclusif du mari lorsque celui-ci a pendant le mariage joint le nom de son épouse au sien. C'est ce qu'il convient de voir plus en détail en examinant successivement le maintien de l'usage du nom et la qualité du créateur (A) et le maintien de l'usage du nom et la qualité du professionnel (B).

A. - Maintien de l'usage du nom et qualité de créateur.

Dans n'importe lequel des cas de divorce prévus par la loi du 11 juillet 1975 - divorce pour rupture de la vie commune (197), divorce sur demande conjointe, divorce sur double aveu et divorce pour faute - l'un ou l'autre des époux divorcés a le droit de continuer à se servir du nom de son ex-conjoint lorsque, pendant le mariage, il a utilisé tout ou partie de ce nom, soit en tant qu'auteur d'oeuvres artistiques, littéraires et musicales, et cela en vertu de l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 qui reconnaît notamment à l'auteur un "droit au respect de son nom et de sa qualité", soit en tant qu'interprète d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, et cela en vertu de l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 qui reconnaît notamment aussi à l'interprète un "droit au respect de son nom et de sa qualité", sans qu'il importe d'ailleurs que cette utilisation ait eu un caractère professionnel ou pas. Mieux que le droit à la paternité, le droit dit au respect de la qualité est en effet susceptible, selon nous, de venir à la fois soutenir et élargir une tendance législative récente, qu'expriment les dispositions de l'a. 264 al. 3 C. civ., et d'offrir en une matière bien particulière le complément d'un régime juridique spécifique et plus adapté que le régime juridique découlant des règles du droit du divorce. C'est ce qu'il convient donc de vérifier en examinant, tout d'abord, le maintien de l'usage du nom et la qualité d'auteur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales (a) et, ensuite, le maintien de l'usage du nom et la qualité d'interprète d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales (b).

a) Maintien de l'usage du nom et qualité d'auteur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales.

C'est sous l'empire du droit antérieur à la loi du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce, que la question se trouva véritablement posée (198) en jurisprudence, sur le terrain du droit d'auteur (199), dans les circonstances suivantes...

(196) M. Gobert, *chron. préc.*, J.C.P. 1980.II.2966, n° 10.

(197) Peu important ici que ce soit le mari ou la femme qui prenne l'initiative du divorce.

(198) Avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1975, certaines juridictions avaient certes affirmé que, même pendant le mariage, le mari peut interdire à sa femme l'usage de son nom dans les manifestations de son activité créatrice en matière littéraire ou artistique. Mais, paradoxalement, dans des affaires où la question n'était pas en cause ; cf. not. Paris 24 mars 1944, *aff. préc.*, D.A. 1944, 48, et T.G.J. de Saint-Etienne, *Ref.*, 2 mars 1970, *aff. préc.*, J.C.P. 1970.II.16377.

(199) Dans les autres espèces habituellement citées, il s'agissait de femmes divorcées qui désiraient continuer à utiliser le nom de leur ex-mari dans le cadre de leurs activités d'interprète, au théâtre notamment, et non en tant qu'auteur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales. En jurisprudence comme en doctrine, en effet, la distinction n'est pas toujours très bien faite en droit d'auteur et droits voisins du droit d'auteur.

Madame Suzanne Julien, épouse Jean Chapelle, s'était fait à partir de 1950 une flatteuse renommée dans le monde de la peinture sous le nom de Suzanne J. Chapelle (200). A la suite d'un divorce aux torts réciproques, en 1964, son ex-mari l'avait autorisée, mais seulement en ce domaine, à signer ses oeuvres du nom de Chapelle. Mais, peu après, il s'était ravisé et l'avait assignée pour lui faire dire qu'il lui interdisait d'user de son nom en quelques circonstances que ce fût. Devant le Tribunal de grande instance de Paris, saisi de l'affaire, Suzanne Julien soutint que la femme qui, sous le nom de son mari, s'était fait connaître du public par ses créations dans le domaine de l'Art, pouvait, en dépit du divorce, continuer à user de ce nom, car celui-ci, du fait de telles activités, s'était transformé en pseudonyme, sur lequel elle jouissait d'un droit personnel dont le régime juridique découlait des dispositions légales relatives au pseudonyme. Et par un jugement du 9 juin 1970, le Tribunal de grande instance de Paris admit que la signature Suzanne J. Chapelle était bien un pseudonyme et qu'elle avait acquis un droit personnel sur celui-ci (201). Mais cette décision fut réformée en appel, le 25 mai 1971, par la Cour de Paris qui, soulignant que le pseudonyme est une désignation de pure fantaisie, en tira la conséquence qu'on ne pouvait traiter comme un pseudonyme le patronyme que porte durant la vie conjugale la femme mariée (202). Effectivement, le pseudonyme - que tout le monde s'accorde aujourd'hui à définir comme un nom de fantaisie librement choisi par une personne pour masquer au public sa véritable personnalité dans l'exercice d'une activité particulière (203) - est en tant que tel protégé. Mais, en l'espèce, l'argumentation avancée par Madame Julien ne pouvait prospérer car elle méconnaissait à la fois le rôle et la nature du pseudonyme : celle-ci lorsqu'elle avait exercé ses talents de peintre sous le nom de son mari n'avait nullement entendu masquer sa personnalité et, d'autre part et surtout, il n'était pas possible de considérer comme un pseudonyme, en raison même de la définition de celui-ci, le patronyme porté durant la vie conjugale par la femme mariée qui en a légalement l'usage (204). En suite de quoi, Madame Julien forma un pourvoi en cassation. Mais la Cour suprême se contenta de casser la décision de la Cour de Paris pour un vice de procédure (205) et renvoya l'affaire devant la Cour d'Orléans, où le débat, plus heureusement, fut porté sur un autre terrain : celui de la "propriété" littéraire et artistique...

(200) Loin de se réduire à un passe-temps de femme du monde, comme le prétendait son mari, elle avait acquis dans les milieux artistiques une notoriété certaine. En effet, elle avait participé à de nombreuses expositions collectives ou individuelles, tant en France qu'à l'étranger ; elle avait obtenu plusieurs récompenses, notamment à Lucerne et à Milan ; elle avait été l'objet de nombreux articles dans la presse française et étrangère ; elle appartenait à plusieurs sociétés d'artistes ; elle figurait enfin dans un certain nombre d'annuaires ou guides français et étrangers du monde des arts, et cela toujours sous le nom de "Suzanne J. Chapelle". A cet égard, il importe de souligner que le "J." pouvait être aussi bien l'initiale de son propre nom patronymique "Julien" que celle du prénom "Jean" de son époux.

(201) Inédit.

(202) Paris 25 mai 1971, D.S. 1972, Somm., 37 ; J.C.P. 1972.II.16950, concl. Granjon ; Rev. trim. dr. civ., 1972, 372, observ. R. Nerson.

(203) Cf. Civ. 23 février 1965, aff. La Villéon, D. 1965, 387, note F.B. ; J.C.P. 1965.II.14255, note Nepveu ; Rev. trim. dr. civ. 1966, 69, observ. R. Nerson.

(204) V. not. en ce sens Granjon, concl. Paris 25 mai 1971, J.C.P. 1972.II.16950 ; R. Nerson, observ. Rev. trim. dr. civ. 1972, 374 ; H. Boursigot, note sous Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.183365 ; R. Lindon, note sous Orléans 18 décembre 1975, D.S. 1981, 265.

(205) Cass. civ. 6 juin 1973, Bull. civ. I, n° 200, p. 179.

Devant cette juridiction, Madame Julien soutint effectivement qu'une femme qui, par son activité artistique, s'est fait connaître sous un nom composé pour partie de celui de son mari et a acquis une notoriété certaine, est en droit de se prévaloir des dispositions de l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 qui confèrent entre autres à l'auteur d'une oeuvre artistique, littéraire ou musicale un droit au respect de son nom (206). Prétention que devait accueillir favorablement la Cour d'Orléans dans un arrêt du 18 décembre 1975. Après avoir posé que si le droit au respect du nom "a pour but essentiel de protéger l'artiste contre les usurpations ou déformations dont son nom pourrait être l'objet", il "n'en comporte pas moins, et au premier chef, le droit pour l'artiste d'user lui-même du nom qu'il s'est choisi et auquel il a donné par son activité une certaine notoriété", et avoir ajouté que "la protection instaurée par ce droit s'attache au nom quel qu'il soit par lequel l'artiste s'est fait connaître, qu'il s'agisse de son vrai nom, d'un pseudonyme ou encore, comme en l'espèce, d'un nom dans la composition duquel entre le patronyme de son conjoint", la Cour d'Orléans admit en effet que l'interdiction faite à Suzanne Julien d'apposer la signature dont elle use depuis le début de son activité créatrice portait une grave atteinte à son droit moral et qu'elle était ainsi fondée à soutenir que l'autorisation donnée par son ex-mari le 17 mai 1965 et que la révocation qu'il en avait faite ultérieurement étaient inutiles puisque l'intéressée "jouissait, dès auparavant, d'un droit acquis à signer ses oeuvres Suzanne J. Chapelle" (207).

Cette décision a, dans son principe même, fait l'objet de très vives critiques de M. le Premier Avocat général Lindon. En premier lieu, fait-il observer, "quand la Cour d'Orléans parle du droit pour l'artiste d'user lui-même du nom qu'il s'est choisi, elle pose en principe que ce choix est libre". Or, "il n'en est rien" (208). En effet, dit-il, "déjà pendant le mariage, c'est-à-dire à un moment où la femme a légitimement l'usage du nom du mari, il a été jugé que celui-ci peut s'opposer à ce qu'elle le porte au théâtre (209) ou à ce qu'elle s'en serve "en matière littéraire, artistique ou commerciale" (210). "Alors ne doit-il pas en être ainsi, a fortiori, après la dissolution du mariage par le divorce ?" (211). Par ailleurs, fait-il remarquer, même si l'on tient compte de la possibilité de maintien judiciaire offerte par le nouvel a. 264 al. 3 C. civ., "une certaine prudence doit être recommandée dans l'usage de cette faculté". En effet, "si une femme devient journaliste réputée sous le nom d'un premier mari, puis auteur dramatique sous le nom d'un deuxième et pourquoi pas créatrice de ballets sous le nom d'un troisième, à quelles complications ne s'expose-t-on pas" (212). Mais lorsque

(206) Intervint également aux débats une association d'artistes (l'Association pour la Défense des Arts Graphiques et Plastiques, dite A.G.A.P.) dont les statuts visent expressément la représentation et la défense des intérêts matériels et moraux de ses membres et qui invoquait le préjudice personnel que lui causait l'interdiction faite à son adhérente d'user de son nom d'artiste.

(207) Orléans, aud. solenn., 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18365, note H. Boursigot ; Rev. trim. dr. com. 1976, 357, observ. H. Desbois ; D.S. 1981, 263, note R. Lindon.

(208) R. Lindon, note sous Orléans 18 décembre 1975, D.S., 1981, 265.

(209) Trib. civ. de la Seine 15 décembre 1897, D. 1898, 265.

(210) T.G.I. de Saint-Etienne, Réf., 2 mars 1970, aff. préc., J.C.P. 1970.II.13677.

(211) R. Lindon, note préc., D.S. 1981, 265.

(212) Ibid., p. 266.

M. l'Avocat général Lindon affirme que le choix du nom n'est pas libre - et en cela il a tout à fait raison - il oublie qu'au début, lors de ce choix, le mari ne s'y est nullement opposé. Et c'est précisément parce qu'il ne l'a pas fait que sa femme a acquis un droit sur l'usage de ce nom et que l'en priver mutilerait sa personnalité artistique. De même lorsqu'il affirme que l'éventualité de changements de nom de plume ou de nom artistique devrait inciter les juges à la plus grande prudence dans l'utilisation de la faculté offerte aujourd'hui par l'a. 264 al. 3 C. civ., nous ne voyons pas, avec le Doyen Nerson et le Professeur J. Rubellin-Devichi, en vertu de quoi on pourrait "contraindre un artiste à révéler qu'une personnalité unique se cache derrière ses activités diverses alors qu'il bénéficie, s'il le veut, du droit de se cacher derrière l'anonymat ou de choisir un pseudonyme" (213), comme le lui permet l'a. 11 de la loi du 11 mars 1957. Et c'est pourquoi nous considérons, avec une partie de la doctrine, que la décision de la Cour d'Orléans a au moins le grand mérite de bien mettre en lumière que le nom sous lequel l'époux auteur - la femme ou le mari - a commencé de produire et de mettre en circulation ses oeuvres pendant le mariage est devenu un élément de sa personnalité "artistique", qui serait mutilé si l'usage de ce nom lui était retiré (214). A l'appui de cette conception, divers fondements ont été avancés. Avant de dégager les traits particuliers du régime juridique du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en notre matière, il est donc absolument indispensable, en l'état des divergences de la doctrine notamment, de dégager le fondement exact de ce maintien...

I. - Le fondement juridique du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en cas de création, sous cette désignation, d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales. - Ont été successivement proposés le droit au respect de la personnalité, le droit au respect du nom de l'auteur, consacré par l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, auxquels, pour notre part, nous serions plutôt tentés de substituer un autre fondement, tiré du droit dit au respect de la qualité de l'auteur, qui est également consacré par la loi du 11 mars 1957, car le fondement tiré du droit au respect de la personnalité nous paraît inapproprié et le fondement tiré du droit au respect du nom de l'auteur, insuffisant...

1°) Le fondement tiré du droit au respect de la personnalité. - Devant la Cour d'Orléans, on s'en souvient, il fût soutenu par Madame Julien qu'une femme qui, par son activité artistique, s'est fait connaître sous un nom composé pour partie de celui de son mari, et qui a acquis une notoriété certaine sous cette désignation, est en droit de se prévaloir des dispositions de l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 qui confèrent à l'auteur d'une oeuvre de l'esprit un droit au respect de son nom. Prétention que la Cour d'Orléans accueillit favorablement en soulignant notamment que si le droit au respect du nom "a pour but essentiel de protéger l'artiste contre les usurpations ou déformations dont son nom pourrait être l'objet", il "n'en comporte pas moins, et au premier chef, le droit pour l'artiste d'user lui-même du nom

(213) R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, *observ. Rev. trim. dr. civ.* 1981, 625.

(214) V. not. dans le même sens H. Boursigot, note sous Orléans 18 décembre 1975, *J.C.P.* 1976.II.18365, 2^e colonne ; H. Desbois, *observ. Rev. trim. dr. com.* 1976, 358 ; R. Nerson J. Rubellin-Devichi, *observ. Rev. trim. dr. civ.* 1981, 626. *Comp. A. Breton, art. préc.*, p. 28 ; D. Huet-Weiller, note sous T.G.I. de Paris 10 février 1981, aff. de Wangen, *J.C.P.* 1981.II.19265, 5^e colonne in fine.

qu'il s'est choisi et auquel il a donné par son activité une certaine notoriété" et que "la protection instaurée par ce droit s'attache au nom quel qu'il soit par lequel l'artiste s'est fait connaître, qu'il s'agisse de son vrai nom, d'un pseudonyme ou encore, comme en l'espèce, d'un nom dans la composition duquel entre le patronyme de son conjoint" (215).

(a) Or, cette argumentation n'a pas totalement convaincu le Doyen Henri Desbois. Certes, concéda-t-il, il n'est pas niable "que la femme divorcée puisse exiger que les oeuvres créées avant le divorce continuent d'être présentées sous le patronyme qui était le sien au moment où elles ont vu le jour", et cela sur le fondement des dispositions de l'a. 6 relatives au droit au respect du nom de l'auteur, car "le nom du mari avait été légitimement attaché à ces oeuvres là", et "il ne doit pas en être détaché". En revanche, fait-il observer, les données diffèrent pour celles qui sont postérieures à la rupture des liens conjugaux, car, dorénavant, la femme perd le droit à l'usage du nom de son ex-mari" (216). Toutefois, ajoute-t-il, "l'appui que l'a. 6 lui refuse peut lui être apporté par le droit au respect de sa personnalité", car, reconnaît-il, "elle a acquis dans le domaine de la peinture une réputation notoire dont le divorce ne peut la priver" (217).

(b) Certes, la thèse est séduisante, comme le souligne le Professeur Danielle Huet-Weiller (218). Mais, parmi les droits de la personnalité, de quelle prérogative s'agit-il ? Le Doyen Henri Desbois ne nous le dit pas... S'agit-il de ce droit dont certains membres de la doctrine sollicitent la reconnaissance : le droit de chacun à ce que sa personnalité ne soit pas l'objet d'une altération publique (219) ? Mais, même consacrée, cette prérogative ne serait pas d'un grand secours en notre matière, car ce n'est pas d'une présentation inexacte d'un aspect de la personnalité qu'il s'agit ici, mais de la conservation d'un élément de la personnalité artistique, quand bien même sa privation en entraînerait une mutilation. En outre, et surabondamment, le droit de chacun à ce que sa personnalité ne soit pas dénaturée publiquement donne à son titulaire un pouvoir qui ressemble à celui d'un créancier d'une obligation de ne pas faire, et conférant ainsi à son titulaire le pouvoir d'exiger d'autrui qu'il ne porte pas une atteinte déterminée à sa personnalité, il apparaît comme un droit qui permet essentiellement de se défendre (220), alors que le droit dont a besoin au premier chef l'auteur qui a utilisé tout ou partie du nom de son ex-conjoint doit donner à son titulaire un pouvoir analogue à celui que confère un droit réel sur une chose matérielle, puisqu'il doit lui donner un pouvoir sur cette chose immatérielle qu'est un vocable et lui permettre d'user du nom sous lequel il s'est fait connaître, et en cela il apparaît comme un droit qui permet essentiel-

(215) Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18365, 3^e colonne.

(216) H. Desbois, observ. Rev. trim. dr. com. 1976, 358.

(217) Ibid.

(218) D. Huet-Weiller, note sous T.G.J. de Paris 10 février 1981, aff. de Wangen, J.C.P. 1981.II.19265, 5^e colonne in fine.

(219) Cf. not. sur cette question J. Mestre, "La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public", J.C.P. 1974.I.2623.

(220) D'où de faibles différences entre la protection créée par le droit lui-même et la protection assurée par l'action qui le garantit. Et d'où aussi la critique de ceux qui considèrent que la technique de la responsabilité civile est plus souple ...

lement d'entreprendre (221). S'agirait-il alors de ce droit général de la personnalité, dont certains représentants de la doctrine moderne pensent qu'il compléterait utilement la protection de la personne qui, dans notre droit, est déjà assurée par la consécration d'un certain nombre de droits de la personnalité et qui a inspiré à la Commission de réforme de notre Code civil l'a. 165 de l'avant-projet de Code civil aux termes duquel "toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur" ? Mais c'est là faire, plus encore, de la prospective... Au demeurant, la consécration de cette prérogative, si elle doit intervenir un jour, ne changerait rien à notre question, car elle serait, elle aussi, une prérogative qui permettrait essentiellement de se défendre, et non d'entreprendre (222) !

A tout prendre, le droit au respect du nom de l'auteur, consacré à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957, semble à première vue plus approprié. Mais, on s'en souvient, le Doyen Desbois fit à cet égard une distinction : pour ce qui est des oeuvres créées avant le divorce, elles peuvent continuer à être présentées sous le patronyme qui était celui de la femme au moment où elles ont vu le jour, et cela sur le fondement de l'a. 6, car "le nom du mari avait été légitimement attaché à ces oeuvres-là" ; mais pour les oeuvres postérieures au divorce, il ne peut plus en être ainsi, "car, dorénavant, la femme perd le droit à l'usage du nom de son ex-mari" (223), même dans l'exercice de son activité artistique, professionnelle ou pas. Nous avouons ne pas pouvoir suivre, ici non plus, le Doyen Henri Desbois, car, en premier lieu, mais cela n'est que du fait, une telle distinction introduit une coupure radicale et tout à fait préjudiciable dans la vie artistique de l'époux auteur, et en second lieu, et cela est du droit, nous ne voyons pas comment le droit dit au respect du nom de l'auteur, né pendant le mariage, ainsi que le Doyen Desbois le reconnaît lui-même (224), viendrait à s'éteindre du fait du divorce, et plus exactement encore du fait de la règle de l'a. 264 al. 1 C. civil, alors qu'il est expressément prévu à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 que ce droit est "perpétuel" et "imprescriptible" !

(221) Ce qui n'exclut pas, bien évidemment, que son titulaire dispose d'une action innommée ayant pour objet de mettre fin à l'atteinte qui est portée à son droit, puisque nous croyons, partageant là une opinion souvent défendue, que toutes les fois qu'on a un droit subjectif, on a aussi, du fait même qu'on a un droit de cette sorte, une action en justice qui vient le garantir (cf. à ce propos P. Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", coll. Philosophie du Droit, Dalloz, 1963, n° 7, p. 54 à 60, et n° 18, p. 130-131. V. également P. Kayser, "Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques", Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 41, p. 500 à 503).

(222) Plus largement encore, comme le souligne très pertinemment M. le Professeur Kayser, "il ne semble pas que la considération de cette règle changerait d'une manière importante l'état de notre droit. La jurisprudence, en effet, a reconnu l'existence d'un droit de la personnalité dans tous les cas où il lui a paru utile d'assurer de cette manière la protection d'un intérêt moral. Elle a ainsi consacré le droit de la personne sur son image, le droit au secret des lettres confidentielles, le droit moral de l'auteur, le droit au nom, et elle ne manquerait pas de reconnaître de nouveaux droits dont l'utilité se ferait sentir. La règle donnée par l'a. 165 de l'avant-projet de Code civil aurait seulement la valeur d'une incitation à poursuivre l'oeuvre qu'elle a accomplie" (art. préc., Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 31, p. 487-488).

(223) H. Desbois, observ. Rev. trim. dr. com. 1976, 358.

(224) Ibid.

2°) Le fondement tiré du droit à la paternité de l'oeuvre. - Faut-il alors suivre sans réserve la Cour d'Orléans lorsqu'elle fonde le maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint, en cas de création et de communication au public, sous cette désignation, d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, sur le droit dit au respect du nom de l'auteur ? Et faut-il également la suivre sans réserve lorsqu'elle déclare que si cette prérogative "a pour but essentiel de protéger l'artiste contre les usurpations ou déformations dont son nom pourrait être l'objet, elle n'en comporte pas moins, et au premier chef, le droit pour l'artiste d'user lui-même du nom qu'il s'est choisi et auquel il a donné, par son activité, une certaine notoriété" (225) ? Nous ne le pensons pas, du moins sous cette formulation, car celle-ci est à tout le moins insuffisante...

(a) En premier lieu - et la Cour d'Orléans, là, s'est laissée abuser par l'expression légale assez malheureuse, il faut en convenir de "droit au respect du nom de l'auteur" - il n'est pas exact de dire que la prérogative ainsi désignée à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 confère au premier chef à l'auteur le pouvoir "d'user lui-même du nom qu'il s'est choisi", car cette prérogative lui confère en réalité le pouvoir de désigner les oeuvres qu'il a créées - ce qui n'est pas la même chose (226) - du nom qu'il s'est choisi. En effet, le droit dit au respect du nom de l'auteur investit au premier chef son titulaire, non pas d'un droit sur le nom artistique ou littéraire, c'est-à-dire d'un droit permettant à l'auteur de se désigner lui-même par ce vocable, mais d'un droit à la paternité de l'oeuvre (227), car il confère à l'auteur le pouvoir d'affirmer publiquement que telle oeuvre déterminée est sa création en la désignant par le nom dont il use dans ce domaine de ses activités (228). Autrement dit, le droit à la paternité de l'oeuvre permet à l'auteur d'une oeuvre artistique, littéraire ou musicale déterminée de rendre publique l'origine de la création en indiquant la filiation de l'oeuvre et, par conséquent (et le mot "par conséquent" est important), son propre nom d'auteur, c'est-à-dire son propre nom patronymique, un pseudonyme ou encore, comme en l'espèce soumise à la Cour d'Orléans, un nom dans la composition duquel entre le patronyme de son conjoint. Comportant un pouvoir de l'auteur qui s'exerce directement sur son oeuvre, le pouvoir de désigner celle-ci de son nom d'auteur, le droit à la paternité de l'oeuvre s'apparente ainsi, comme l'a très justement souligné M. le Professeur Kayser (229), à un droit réel. Et il a d'ailleurs pour objet cet acte

(225) Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18365.

(226) L'oeuvre n'est pas l'auteur. A quelque moment que ce soit. Et dire le contraire, c'est confondre l'effet et la cause.

(227) V. not. à ce propos H. Desbois, "Le droit d'auteur en France", Dalloz, 3^e éd., 1978, n^o 414 à 416, p. 508 à 510 ; Al. Le Tarnec, "Propriété littéraire et artistique", Dalloz, 2^e éd., 1966, n^o 32 et 33, p. 37 à 39 ; P. Kayser, "Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques", Rev. trim. dr. civ., 1971, n^o 27, p. 674-675 ; R. Lindon, "La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille", Dalloz, 1974, n^o 505 et 506, p. 289, ainsi que n^o 524, p. 300 ; R. Plaisant, "Propriété littéraire et artistique", Extrait du Jurisclasseur civil, Annexes, Fasc. 8, n^o 35 à 42 ; J. Rubellin-Devichi, "L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral", Mélanges J. Lambert, éd. Cujas, 1975, n^o 27 à 31, p. 566 à 568 ; A. Françon, "La propriété littéraire et artistique", P.U.F., 3^e éd., 1979, p. 49 ; Cl. Colombet, "Propriété littéraire et artistique", Dalloz, 2^e éd., 1980, n^o 141 et 142.

(228) Ce qui implique le pouvoir d'indiquer ce nom sur l'oeuvre.

(229) P. Kayser, art. préc., Rev. trim. dr. civ., 1971, n^o 27, p. 474-475.

que constitue l'utilisation d'une chose, mais immatérielle : un vocable, et cela afin de désigner une oeuvre déterminée. En dernier lieu, ce droit a principalement pour fin d'assurer la protection de l'intérêt moral de l'auteur à manifester le lien qui existe entre sa personne et son oeuvre, et à établir qu'elle est sa création (230). Et par là, il apparaît comme un mode d'attribution des oeuvres artistiques, littéraires ou musicales. En conséquence, et d'une manière tout à fait logique, il est garanti par une action innommée qui a exclusivement pour but de mettre fin à l'atteinte portée à l'intérêt moral dont il assure la protection, c'est-à-dire qui permet à l'auteur de contraindre les tiers, soit à désigner son oeuvre par son nom d'auteur, soit à ne pas enlever de son oeuvre le nom qu'il y a apposé ou fait apposer (231). Effectivement, et bien que la loi du 11 mars 1957 reste muette sur cette question, nous croyons, partageant là une opinion souvent défendue (232) que toutes les fois qu'on a un droit subjectif, on a aussi, du fait même qu'on a un droit de cette sorte, une action en justice qui le garantit.

La confusion commise par la Cour d'Orléans entre droit au respect du nom de l'auteur et droit à la paternité de l'oeuvre explique d'ailleurs sa méprise lorsqu'elle affirme que cette dernière prérogative a pour but essentiel de protéger l'auteur "contre les usurpations ou déformations dont son nom serait l'objet" (233). En effet, l'attribution inexacte du nom de l'auteur à une oeuvre qui n'est pas la sienne ne constitue pas une atteinte au droit à la paternité de l'oeuvre. On peut même dire qu'elle en est l'inverse puisqu'elle consiste, non pas dans le fait d'omettre d'indiquer qu'une oeuvre est la création de l'auteur, mais dans le fait de désigner du nom de l'auteur une oeuvre qui n'est pas de lui (234). Cette usurpation du nom de l'auteur, qui doit s'analyser comme une atteinte à sa personne, est certes susceptible de porter atteinte à ses intérêts moraux et pécuniaires (235) ; mais elle n'atteint aucune de ses oeuvres (236), la loi du 11 mars 1957 ne visant, pour l'essentiel, qu'à la protection des droits de l'auteur sur son oeuvre.

(230) A cet intérêt moral s'ajoute, mais de manière subsidiaire et indirecte, l'intérêt pécuniaire d'assurer le succès commercial de l'oeuvre, si l'auteur est déjà connu ; et s'il ne l'est pas et si l'oeuvre donne à son nom une notoriété certaine, de contribuer au succès commercial de ses oeuvres futures.

(231) Cf. not. P. Roubier, *op. cit.*, n° 7, p. 54 à 60 ; n° 18, p. 127 à 132. V. également P. Kayser, *art. préc.*, n° 41, p. 500 à 503.

(232) V. en ce sens H. Desbois, *op. cit.*, n° 418, b, p. 511 ; P. Kayser, *art. préc.*, n° 27, p. 475.

(233) Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18335, 3^e colonne.

(234) V. dans le même sens P. Kayser, *art. préc.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1971, n° 27, p. 478 ; H. Boursigot, note sous Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18365, 3^e colonne ; H. Desbois, *observ. sur Orléans 18 décembre 1975*, *Rev. trim. dr. com.* 1976, 358, et *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 418, p. 512.

(235) L'attribution inexacte à sa personne d'oeuvres qui ne sont pas de lui porte toujours atteinte à ses intérêts moraux, car elle donne de sa personnalité une image inexacte. Et elle est également susceptible de porter atteinte à ses intérêts pécuniaires en suscitant un doute sur ses propres oeuvres dont elle risque d'infléchir le cours ou la vente ...

(236) Ainsi engage-t-elle le plus souvent, sur le fondement de l'a. 1382 C. civ., la responsabilité civile de celui qui en est l'auteur. Elle peut même le rendre passible du délit institué par la loi du 9 février 1895 sur les fraudes en matière artistique ; qui punit "ceux qui auront apposé sur une oeuvre de peinture, sculpture, dessin, gravure ou musique" (v. sur ce délit H. Desbois, *op. cit.*, n° 24, p. 518).

(b) Et ceci tend déjà à démontrer que le droit à la paternité de l'oeuvre, consacré à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 sous l'expression malheureuse de droit au respect du nom de l'auteur, ne peut être confondu avec le véritable droit au nom d'auteur et que, par conséquent, le droit à la paternité de l'oeuvre est insuffisant pour fonder, du moins à lui seul, le maintien, au profit de l'époux auteur, de l'usage du nom de son ex-conjoint en cas de création, sous cette désignation, d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales. En effet, c'est parce qu'un auteur peut d'abord se désigner lui-même par un nom qu'il peut ensuite désigner une ou plusieurs de ses oeuvres (237) par ce nom (238), l'exercice du droit à la paternité de l'oeuvre ne pouvant, logiquement, que suivre l'exercice du droit au nom d'auteur... Mais à quel attribut du droit moral rattacher alors le droit au nom littéraire ou artistique, puisque, semble-t-il, les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 n'ont pas envisagé cette question ? Eh bien ! au premier chef, selon nous, à la prérogative qui, précisément, suit à l'a. 6 le droit qu'il vaut mieux appeler le droit à la paternité de l'oeuvre, le droit de l'auteur au respect de sa qualité, prérogative négligée, voire même parfois passée sous silence, ce qui explique sans doute que ni la jurisprudence ni la doctrine n'y aient semble-t-il pensé...

3°) Le fondement tiré de la prérogative dite droit de l'auteur au respect de sa qualité. - A lire le Doyen Henri Desbois, un des rares auteurs à s'être arrêté sur cette question (239), cette prérogative n'appellerait pas de longs commentaires, car elle conférerait simplement à l'auteur le pouvoir d'user des titres qui sont les siens en tant qu'auteur, c'est-à-dire les prix et distinctions honorifiques, notamment, qu'il a obtenus en tant qu'au-

(237) Oeuvres qui, quoi qu'on dise, restent distinctes de la personne de l'auteur : sur la théorie selon laquelle l'oeuvre fait partie intégrante de la personne de son auteur et sur sa critique, v. notre ouvrage "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", L.G.D.J., 1983, n° 21 à 31, p. 69 à 86.

(238) Telle est la raison pour laquelle lorsque nous disons un peu plus haut que le droit à la paternité de l'oeuvre permet à l'auteur d'une oeuvre artistique, littéraire ou musicale de rendre publique l'origine de la création en indiquant la filiation de l'oeuvre et "par conséquent", son propre nom d'auteur, nous avons insisté sur l'importance du terme "par conséquent".

(239) On a également proposé d'entendre l'expression "droit de l'auteur au respect de sa qualité" au sens de "droit de l'auteur au respect de la qualité de son oeuvre, de sa production" (v. not. en ce sens M. Vergnaud, "Les droits du peintre sur son oeuvre", J.C.P. 1966.I.1975, et en jurisprudence, Nîmes 4 juin 1966, aff. Martin-Caille, J.C.P. 1967.II.14961, décision censurée par la Cour suprême le 3 décembre 1968, D. 1969, 73 ; v. encore Paris 15 novembre 1966, aff. Guille, D. 1967, 284). Mais cette interprétation ne peut être retenue, car elle est contraire à la lettre comme à l'esprit de la loi du 11 mars 1957. En effet, la qualité doit être appliquée sans nul doute possible à la personne de l'auteur et non à l'oeuvre, et elle ne peut être prise au sens de "valeur", l'a. 2 de la loi du 11 mars 1957 spécifiant que les dispositions de la loi protègent les oeuvres de l'esprit quel qu'en soit, notamment, le mérite.

On a ensuite proposé d'entendre l'expression "droit de l'auteur au respect de sa qualité" au sens de "droit de l'auteur au respect de sa qualité d'auteur" (v. en ce sens R. Sarraute, note sous Paris 15 décembre 1966, aff. préc., G.P. 1967.1.19). Mais une telle interprétation n'ajoute rien, car le droit se confond alors avec le droit à la paternité de l'oeuvre. en effet, le concept de "qualité d'auteur" recouvre celui de "paternité de l'oeuvre", l'objet du droit étant toujours, dans les deux cas, le rapport de filiation existant entre l'auteur et l'oeuvre.

teur (240), et d'exiger qu'ils soient mentionnés sur son oeuvre. Et elle aurait principalement pour fin de satisfaire l'intérêt moral qu'a l'auteur à faire connaître les qualifications qui caractérisent sa personnalité artistique, littéraire ou musicale, dont ses oeuvres portent l'expression...

(a) Que la prérogative dite droit de l'auteur au respect de sa qualité permette à l'auteur d'exiger que mention soit faite de ses titres artistiques, littéraires ou musicaux, nous paraît indiscutable. Mais ne confère-t-elle que cela ? Nous en doutons beaucoup, car l'interprétation proposée par le Doyen Henri Desbois ne prend le terme "qualité" que dans un sens très étroit, n'offrant par conséquent qu'un intérêt d'application extrêmement réduit, et, d'autre part et surtout, ne tire pas tout le parti que l'expression légale serait susceptible d'offrir... En effet, le terme "qualité" peut signifier beaucoup plus que "titre" : un titre, c'est essentiellement une distinction ou un grade, alors que la qualité, ce n'est pas seulement un élément permettant de mieux caractériser un être comme un titre, mais c'est aussi et surtout la position, la situation, la condition d'une personne dans un domaine déterminé. Ainsi la qualité de l'auteur, c'est, selon nous, la position de l'auteur dans le monde artistique, littéraire ou musicale, position qui est en étroite corrélation avec certains éléments objectifs tels, bien sûr, les titres décernés à l'auteur en considération de tout ou partie de sa production, mais aussi et surtout, le nom sous lequel l'auteur s'est fait connaître au public. Ainsi, dans cette perspective, la prérogative dite "droit de l'auteur au respect de sa qualité" apparaît-elle comme une prérogative sur les signes distinctifs de l'auteur, composée en réalité de deux droits bien distincts, l'un portant sur les titres artistiques, littéraires ou musicaux, et l'autre sur le nom artistique, littéraire ou musical de l'auteur, c'est-à-dire sur le nom d'auteur, mais qui ont ceci de commun qu'ils portent tous deux sur les signes par lesquels un créateur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, se distingue des autres et rallie le public en lui permettant de retrouver un auteur qu'il a apprécié ou de trouver un auteur dont il a entendu parler. Reconnaître un droit exclusif sur de tels signes est d'ailleurs avantageux pour tout le monde : pour l'auteur bien sûr, qui a un intérêt moral évident à être identifié au sein du monde artistique, littéraire ou musical ; pour les autres créateurs d'oeuvres du même genre qui ne doivent pas souffrir d'une confusion avec un auteur rival ; pour le public enfin, qui doit pouvoir reconnaître et retrouver le créateur qui a suscité son intérêt. Et c'est en ce qu'ils désignent une personne que ces signes de ralliement apparaissent comme des emblèmes, et non comme des enseignes qui, elles, désignent un établissement. Ce qui reste à préciser et à justifier...

(b) Conférant à l'auteur, l'un le pouvoir d'user de ses titres artistiques, littéraires ou musicaux (241), l'autre le pouvoir d'user de son nom d'auteur, et cela, dans l'un et l'autre cas, dans tous ses rapports avec les autres personnes, spécialement dans l'exercice de ses activités d'ordre artistique, littéraire ou musical, ces droits mettent l'auteur dans une situation comparable à celle du titulaire d'un droit réel, puisqu'ils confèrent un pouvoir qui

(240) H. Desbois, *op. cit.*, n° 417, p. 510, et surtout n° 419, p. 513. Comp. A. Françon, *op. cit.*, p. 49, et Cl. Colombet, *op. cit.*, n° 139, p. 141, qui considèrent, l'un comme l'autre, que les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 en disposant à l'a. 6 que "l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité ..." n'ont en réalité entendu désigner qu'une seule et même prérogative : le droit à la paternité de l'oeuvre.

(241) Ainsi que, bien sûr, d'exiger que mention en soit faite sur son oeuvre.

s'exerce directement sur une chose immatérielle, un titre d'auteur ou un nom d'auteur, autrement dit un vocable, et ils s'apparentent ainsi à un droit réel. Ils ont par ailleurs pour conséquence de faire naître à la charge des tiers le devoir juridique de ne rien faire qui porte atteinte aux pouvoirs qu'ils confèrent. En dernier lieu, ils ont principalement pour fin d'assurer la protection de l'intérêt moral qu'a l'auteur, soit à faire connaître les distinctions qui sont les siennes, soit à se désigner par son nom d'auteur dans tous ses rapports avec les autres personnes, et spécialement dans ses activités d'ordre artistique, littéraire ou musical, sans qu'il importe au demeurant qu'elles aient ou non un caractère professionnel.

A cela, il est nécessaire d'ajouter quelques remarques, qui procèdent toutes d'ailleurs du fait que le droit au nom d'auteur et le droit à la paternité de l'oeuvre ne sont pas une seule et même chose. Tout d'abord, le premier sert à désigner une personne, l'auteur, et le second sert à établir le lien qui existe entre cette personne et une chose, son oeuvre. Ensuite, le second n'existe que si le premier existe, car c'est parce que l'auteur peut se désigner lui-même par un nom qu'il peut en second lieu désigner une ou plusieurs de ses oeuvres par ce nom. Et ainsi que nous l'avons déjà laissé entendre (242), le droit au nom d'auteur et le droit à la paternité de l'oeuvre existant de manière conjuguée parce que le conjoint de l'auteur ne s'est pas opposé dès le début à l'utilisation par celui-ci de son nom pour désigner ses créations d'ordre artistique, littéraire ou musicale, il faut admettre, d'une part que ces droits sont nés de manière incontestablement légitime et, d'autre part, que ces droits ne se sont pas éteints par application de la règle posée à l'a. 264 al. 1 C. civ. par les rédacteurs de la loi du 11 juillet 1975 puisqu'en vertu de l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957, ils sont "perpétuels" et "imprescriptibles", et qu'on ne peut considérer que ces dispositions de la loi du 11 mars 1957 ont été abrogées par la loi du 11 juillet 1975. Enfin si la conjugaison de ces droits est juridiquement de principe en droit d'auteur, il n'en va pas de même en d'autres matières, comme les femmes mariées le savent bien. Si elles peuvent en effet se désigner par leur nom dit de jeune fille, c'est-à-dire par leur propre nom patronymique, elles ne peuvent en principe pas, à la différence de ce qui se passe ou de ce qui peut se passer pour les oeuvres de leur esprit, en user pour désigner les oeuvres de leur chair que sont leurs enfants, puisque le lien de filiation est publiquement manifesté par le nom du mari, le régime en vigueur, en cas d'union légitime, comportant l'attribution aux enfants du nom du père. Et rien, à notre avis, n'illustre mieux que le droit au nom et le droit à la paternité ne sont pas une seule et même prérogative que l'évolution législative récente, puisqu'il a fallu attendre la loi du 23 décembre 1985 pour que soit admis, à l'a. 43 de ce texte, que "toute personne majeure peut ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien" et qu'ait été précisé, pour ce qui est des enfants mineurs, que "cette faculté est mise en oeuvre par les titulaires de l'autorité parentale" (243) !

(242) Cf. supra, 1^o in fine et 2^o in fine.

(243) Sur cette question, v. not. R. Lindon, "La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom", D.S. 1986, chron., p. 82 et s.

(c) Voir dans l'expression légale "droit de l'auteur au respect de sa qualité" (244), qui figure à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957, une expression qui recouvre en réalité deux droits moraux distincts, mais complémentaires - le droit au nom d'auteur et le droit aux titres d'auteur - a d'une manière générale l'avantage d'assurer à l'auteur l'usage et le contrôle des éléments auxquels son image, sa position vis-à-vis du public, est liée. Or, cette image, cette position dépend d'une part, et principalement, du fait qu'il puisse se présenter au public comme l'auteur de l'ensemble des oeuvres qu'il a créées, et il y a là encore une différence avec le droit à la paternité de l'oeuvre qui établit l'existence d'un lien de filiation entre la personne de l'auteur et une oeuvre déterminée. En effet, c'est l'ensemble de la production de l'auteur, et non une oeuvre déterminée, qui permet au public de se faire une idée exacte de la personnalité artistique, littéraire ou musicale de l'auteur. D'autre part, et subsidiairement, cette image, cette position, dépend du fait que l'auteur puisse se présenter comme le titulaire des titres que tout ou partie de sa production lui a valu. Ainsi sous cette appellation de "droit de l'auteur au respect de sa qualité" se cachent, selon nous, les deux seuls attributs du droit moral à avoir pour objet autre chose que l'oeuvre d': l'auteur, mais qui malgré tout ont ceci de commun avec les autres attributs du droit moral de l'auteur qu'ils ont pour fin de protéger les intérêts intellectuels et moraux de l'auteur par rapport à ses oeuvres. Et au droit de divulgation, au droit à la paternité de l'oeuvre, au droit au respect de l'oeuvre et au droit de repentir, qui visent à protéger les intérêts intellectuels et moraux de l'auteur attachés à l'une de ses oeuvres, toujours déterminée, s'opposent le droit au nom d'auteur et le droit aux titres d'auteur, qui visent, eux, à protéger les intérêts intellectuels et moraux de l'auteur attachés à sa personnalité de créateur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, et qui sont liés, non à une oeuvre déterminée, mais à l'ensemble de sa production (245). S'il est justifié d'admettre avec la doctrine spécialisée (246), et notamment avec M. le Professeur Kayser (247), que les prérogatives du droit moral de l'auteur consacrées par la loi du 11 mars 1957 n'ont pas un caractère limitatif, a fortiori en va-t-il de prérogatives morales implicitement consacrées par une formule légale. Ainsi le maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en cas de création, sous cette désignation, d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, se trouve fondé, selon nous, sur le droit au nom d'auteur, implicitement consacré par le législateur à l'a. 6 sous l'expression "droit de l'auteur au respect de sa qualité", et sur le droit à la paternité de l'oeuvre expressément con-

(244) La formulation est telle qu'elle fait plutôt penser, de prime abord, à un droit essentiellement défensif, comme le droit de la personne sur son image ou encore le droit de la personne au respect de sa vie privée.

(245) Ou selon le cas, à une partie de celle-ci.

(246) V. tout particulièrement à ce propos P. Kayser, art. préc., Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 27, p. 478 et 479, ainsi que Stig Strömholm, "Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave", P. A. Noestedt et Söners Forlag, 1967, Vol. II : Première Partie, n° 1, a, y, p. 11 à 14, et Vol. II : Deuxième partie, tome 1, n° 105, b, p. 11 à 13.

(247) Ainsi que le rappelle le Professeur P. Kayser, "elles ont été reconnues par la jurisprudence avant d'être consacrées et précisées par cette loi" et "il faut donc admettre que la jurisprudence a conservé la faculté de reconnaître une prérogative du droit moral de l'auteur qui n'a pas été consacrée par cette loi, afin d'assurer la protection d'un intérêt moral de l'auteur qui n'est pas entré dans les prévisions du législateur (art. préc., Rev. trim. dr. civ. 1971, n° 27, p. 478).

cré par le législateur à l'a. 6 sous l'expression de "droit de l'auteur au respect de son nom". Mais vu l'ambiguïté des termes utilisés par les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957, les intéressés - la femme ou l'homme - feront bien d'invoquer l'ensemble de la formule légale, c'est-à-dire le "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité". Reste maintenant à préciser le régime juridique de ce maintien...

II. - Le régime juridique du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en vertu des prérogatives consacrées, à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957, sous l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité". - Quelle qu'ait été la procédure de divorce suivie, l'épouse, ou l'époux, qui pendant le mariage s'est fait connaître comme auteur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, en utilisant tout ou partie du nom de son conjoint peut donc continuer à en user en vertu d'un droit acquis (248). Ainsi convient-il de préciser les conditions auxquelles est subordonné le maintien de l'usage de ce nom et à déterminer, ensuite, le régime du droit d'usage dont bénéficie l'époux auteur.

1°) Les conditions du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint. - A cet égard, il résulte de l'arrêt rendu par la Cour d'Orléans le 18 décembre 1975, dans l'affaire Chapelle, que l'acquisition du droit d'usage sur le nom de l'ex-conjoint serait subordonnée à deux conditions : d'une part, qu'il y ait eu utilisation dudit nom pendant une période relativement longue, et la Cour souligne que l'artiste a signé ses oeuvres du nom de Suzanne J. Chapelle "depuis le début de son activité créatrice" (249) ; d'autre part, qu'il ait été donné au dit nom "une certaine notoriété" (250), et la Cour insiste sur le fait que l'intéressée a participé à de nombreuses expositions tant en France qu'à l'étranger, qu'elle a obtenu diverses récompenses, que la presse française comme étrangère lui a consacré plusieurs articles et qu'enfin elle figure dans un certain nombre d'annuaires français et étrangers du monde des arts.

Il n'est toutefois pas possible de suivre les magistrats de la Cour d'Orléans qui semblent avoir oublié que la question se pose, non sur le terrain de l'acquisition du nom patronymique, mais sur le terrain de l'acquisition des attributs du droit d'auteur. Eu égard, aux circonstances particulières où celle-ci se pose, il est assurément une condition préalable : que le nom ait été légitimement choisi, et il l'est dès lors qu'au début de l'activité créatrice le conjoint de l'auteur ne s'est pas formellement opposé à ce que ce dernier en use à de telles fins (251). Mais, hormis cela, les conditions ne peu-

(248) V. Dans le même sens R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, qui considèrent que lorsqu'une personne s'est choisie un nom, auquel elle a donné par son activité une certaine notoriété, "elle a un droit acquis au respect de ce nom" (observ. Rev. trim. dr. civ. 1981, 626). V. également H. Boursigot, qui estime que "ce nom n'a plus de rapport direct avec la personnalité du mari", car "il s'en est détaché au point de faire corps avec l'oeuvre et sert à authentifier celle-ci" (note sous Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18365, 2^e colonne).

(249) Orléans, aud. solenn., 18 décembre 1976, J.C.P. 1976.II.18365, 3^e colonne.

(250) Ibid.

(251) Et il serait légitime de s'y opposer, selon nous, en faisant simplement valoir qu'une telle autorisation, si elle était donnée, aurait pour effet de permettre la naissance d'un droit d'usage perpétuel sur un nom patronymique qui n'est pas celui de l'auteur et en faisant également observer que pour de telles activités ce dernier n'a qu'à utiliser celui qui est le sien.

vent être que celles qui président à la naissance des attributs du droit d'auteur et qui sont les suivantes. Tout d'abord, que l'oeuvre ait été créée, car, quoi que l'on ait pu soutenir parfois (252), c'est la création de l'oeuvre, simple fait juridique, qui donne naissance aux attributs du droit d'auteur, et aux termes de l'a. 7 de la loi du 11 mars 1957 "l'oeuvre est réputée créée (...) du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur" (253). Ensuite, que l'oeuvre en cause puisse s'analyser comme une oeuvre artistique, littéraire ou musicale (254). Enfin, que celle-ci ait été revêtue d'une forme originale (255). Mais, comme le précise l'a. 2 de la loi du 11 mars 1957, ne doivent entrer en ligne de compte, ni le genre, ni le mode d'expression, ni le mérite (256), ni la destination (257). Autrement dit, et à l'inverse de ce qu'ont affirmé les magistrats de la Cour d'Or-

(252) Sur les diverses théories qui avancent que l'oeuvre avant l'exercice du droit de divulgation, est indissociable de la personne de l'auteur et que l'exercice du droit de divulgation est la condition de la naissance des droits de nature patrimoniale (monopole d'exploitation de l'oeuvre et propriété corporelle de celle-ci) et sur leur appréciation critique, v. notre ouvrage "La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français", Bibliothèque de Droit Privé, tome CLXXVI, L.G.D.J., 1983, respectivement n° 21 à 24, p. 69 à 75, et n° 29 à 83, p. 83 à 94.

(253) Et cela, ajoute l'a. 7, indépendamment de toute "divulgation publique", expression qu'il faut entendre au sens de "communication publique" (v. à ce propos notre ouvrage, op. cit., n° 9 et 10, p. 50 à 52).

(254) Et il faut donner à ces termes l'acception la plus large : par oeuvre artistique, il faut entendre une oeuvre dont le signifiant est selon le cas des volumes, des couleurs, des ondes lumineuses (une sculpture donc aussi bien qu'une oeuvre audiovisuelle) ; par oeuvre littéraire, une oeuvre dont le signifiant est des mots, voire des signes depuis l'admission des logiciels dans la liste des oeuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur ; par oeuvre musicale, une oeuvre dont le signifiant est des sons. En effet, il importe de ne pas confondre l'oeuvre avec son support matériel : livre pour une oeuvre littéraire, partition pour une oeuvre musicale, film, pour une oeuvre cinématographique, etc ...

(255) La loi du 11 mars 1957 ne nous dit pas si tous les éléments de cette oeuvre artistique, littéraire ou musicale, ou seulement certains d'entre eux, sont susceptibles de constituer l'objet du droit d'auteur, et partant d'être protégés au titre du droit d'auteur. Doctrine et jurisprudence ont dû combler cette lacune. Et sur ce point, il y a unanimité. En droit français, la forme de l'oeuvre est en effet seule susceptible de constituer l'objet du droit d'auteur, à l'exclusion des idées, qui prises en elles-mêmes, indépendamment de la forme dont elles ont été revêtues, font partie du domaine public.

(256) Comme le disait déjà Pouillet, au XIX^e siècle, la loi ne juge pas les oeuvres, elle les protège toutes aveuglément. Bonne ou mauvaise, utile ou dangereuse, toute oeuvre est donc admise à bénéficier des dispositions de la loi. Aussi étend-elle sa protection aussi bien sur les oeuvres majeures, comme les chefs-d'oeuvre de l'art et de la littérature, que sur les oeuvres mineures, comme les catalogues et les répertoires.

(257) Le droit d'auteur protège en effet toute oeuvre originale, sans qu'il y ait lieu de s'attacher au fait que celle-ci ait une fin culturelle ou utilitaire. Ainsi, par ex., un indicatif, oeuvre musicale, composé, pour une station de radiodiffusion, est-il, malgré sa destination utilitaire, couvert par la protection du droit d'auteur. Cette règle, on le voit, est particulièrement intéressante au point de vue des arts appliqués à l'industrie puisque le fait que ces productions soient susceptibles d'une utilisation pratique n'est pas un obstacle à ce qu'elles soient l'objet du droit d'auteur. Elle a d'ailleurs été reprise à l'a. 3 de la loi du 11 mars 1957 qui considère, notamment, comme oeuvres susceptibles d'être protégées au titre du droit d'auteur les oeuvres des arts appliqués.

léans le 18 décembre 1975, dans l'affaire Chapelle, peu importe la durée de l'usage (258), et la notoriété (259). Pas plus d'ailleurs qu'il n'est besoin de justifier d'un préjudice pour se prévaloir des dispositions de la loi du 11 mars 1957 (260).

Lorsque les conditions nécessaires au maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en vertu des dispositions de l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 relatives au respect du nom et de la qualité de l'auteur sont remplies l'époux auteur - la femme ou le mari - se trouve fondé à user du nom patronymique de son conjoint de plein droit, c'est-à-dire par le seul effet de la loi et sans formalité aucune. C'est dire qu'au moment du divorce, il n'a rien à demander à personne : ni à son conjoint, qui n'a pas la possibilité de revenir sur l'usage contre lequel il ne s'est pas initialement opposé ; ni au tribunal, qui n'a rien à décider ou à mentionner, et cela parce que l'époux auteur n'a pas à solliciter ce qui est pour lui un droit. Ainsi, et en tout état de cause (261) l'époux auteur divorcé, qu'il s'agisse de la femme ou de l'homme, se trouve investi d'un véritable droit subjectif sur le nom de son ancien conjoint, droit subjectif d'ordre extrapatrimonial dont il convient maintenant de déterminer le régime juridique proprement dit.

2°) Le régime juridique proprement dit du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint. - A cet égard, il importe de déterminer successivement quel est le domaine d'application du droit d'usage fondé sur les prérogatives visées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 sous l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité", puis quels sont les caractères de ce droit d'usage et, en dernier lieu, quelles limites sont les siennes...

Pour ce qui est du domaine d'application de ce droit d'usage, il est évident, en l'état du fondement même qui est le sien et qui fait ici jouer au nom une sorte de rôle d'emblème (262), que ce domaine ne peut être que nettement circonscrit. En effet, le nom d'auteur apparaissant au plus haut degré comme un signe de ralliement pour le public - mais de nature essentiellement morale, et c'est pour marquer cela que nous usons du qualificatif d'emblème - ce droit permet seulement à son bénéficiaire de se désigner par le nom de son ex-conjoint dans ceux de ses rapports avec les autres personnes qui ont un lien avec ses activités artistiques, littéraires

(258) A ce propos, il importe de souligner au passage que le T.G.J. de Paris s'est également totalement mépris lorsqu'il a affirmé dans son jugement du 10 février 1981, rendu dans l'affaire de Wangen (v. à ce propos supra, 1^o partie, B, a in fine, et infra 2^o in fine) que "compte tenu de la brièveté de la période durant laquelle Isabelle Dumas a effectivement utilisé, dans son activité littéraire, le patronyme de la famille de Wangen, on peut douter qu'elle ait acquis sur ce patronyme un droit" (D.S. 1981, 445). Dans le même sens que notre critique, v. également R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. Rev. trim. dr. civ. 1981, 626-627.

(259) De la même manière, comme le souligne très justement M. le Président Boursigot (note sous Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18365, 3^o colonne in fine), à supposer que l'activité artistique de Madame Julien se soit bornée à "un passe-temps de femme du monde", comme le prétendait fausement son ex-mari, et que sa réputation ne se soit pas étendue au-delà du cercle restreint de ses relations, elle n'en aurait pas moins acquis le droit de signer ses œuvres "Suzanne J. Chapelle".

(260) V. dans le même sens H. Boursigot, note préc., J.C.P. II.18365, 3^o colonne in fine.

(261) Ultérieurement, s'il est établi qu'il en mésuse, il pourra lui être judiciairement ordonné de mettre un terme à cet abus de droit. Mais c'est là une autre question ...

(262) En effet, il n'est pas à proprement parler un emblème, mais il joue un rôle d'emblème.

ou musicales. Mais il va de soi qu'il existe plusieurs formes d'utilisation de ce nom. L'auteur peut tout d'abord s'en servir pour l'apposer sur ses oeuvres, et en ce cas l'utilisation correspond à celle qui est couverte par le droit à la paternité de l'oeuvre proprement dit puisqu'elle sert à discriminer les oeuvres de l'auteur par rapport à celles des autres en établissant le lien de filiation qui existe entre la personne de l'auteur et ses oeuvres, toujours déterminées. Alors l'utilisation apparaît comme un mode d'attribution des oeuvres. Mais l'auteur peut également s'en servir, soit pour l'apposer sur sa correspondance artistique ou sur les articles et ouvrages qu'il peut être amené à écrire sur des questions artistiques, littéraires ou musicales, soit pour se désigner lui-même dans des interviews ou des déplacements, ainsi que sur des affiches ou des annuaires. Et, en ce cas, l'utilisation correspond à celle couverte par le droit au nom d'auteur proprement dit puisqu'elle sert à désigner l'auteur lui-même en tant que personnalité du monde artistique, littéraire ou musical et aussi en tant que créateur d'un ensemble d'oeuvres, le plus souvent indéterminées. Là, l'utilisation apparaît comme un mode de désignation des personnes. Mais, dans l'un et l'autre cas, le nom utilisé apparaît toujours comme une dénomination, dénomination qui n'a pas nécessairement un caractère professionnel (263).

Par ailleurs, ce droit d'usage étant un droit subjectif (264), c'est-à-dire un droit accordé par le droit objectif aux particuliers en vue d'assurer la protection d'intérêts d'ordre personnel, on doit en tirer cette conséquence qu'il confère à l'auteur divorcé, qu'il s'agisse de la femme ou de l'homme, la faculté (265) d'exercer ou de ne pas exercer son droit, c'est-à-dire de se désigner ou de ne pas se désigner par le nom de son ex-conjoint. C'est là en effet une caractéristique que l'on retrouve chez tous les droits subjectifs (266), et qui résulte de la notion même de droit subjectif (267). En effet, les droits subjectifs étant reconnus aux particuliers pour leur permettre de poursuivre la réalisation de fins personnelles (268), il est logique que leur titulaire soit en principe juge de cet exercice. Mais ce droit d'usage étant également un droit subjectif patrimonial, c'est-à-dire un droit dont la finalité est d'assurer la protection d'intérêts principalement intellectuels et moraux (269) - en l'espèce, l'intérêt moral qu'a l'auteur divorcé à pouvoir

(263) Et par là, il se distingue à un autre titre du nom commercial.

(264) Sur la notion de droit subjectif, au sens où ce terme est ici entendu, v. not. P. Roubier, op. cit., n° 3, p. 22 à 31, n° 8, p. 60 à 67, et tout particulièrement n° 18 et 19, p. 128 à 138 ; P. Kayser, art. préc., n° 2 à 8, p. 448 à 454 ; O. Laligant, op. cit., n° 75 et 76, p. 231 à 250.

(265) Sur la distinction des droits et des facultés, v. not., d'un point de vue général, P. Roubier, op. cit. n° 21, p. 159 et s. Dans le domaine du droit d'auteur, v. not., pour ce qui est du droit à la paternité de l'oeuvre, P. Kayser, art. préc., n° 27, p. 474-475, et pour ce qui est du droit de divulgation, O. Laligant, op. cit. n° 76, p. 234 à 239.

(266) V. not. en ce sens P. Kayser, art. préc., n° 6, p. 451 à 453, et n° 27, p. 475.

(267) Pour la définition du droit subjectif, v. not. P. Kayser, art. préc., n° 2 à 8, p. 448 à 454, et tout particulièrement n° 8, p. 454.

(268) V. not. à ce sujet P. Roubier qui a parfaitement mis en lumière l'idée que les droits subjectifs correspondent à un élément de l'initiative privée (op. cit., n° 3, p. 22 et s. ; n° 11, p. 80 ; n° 18, p. 128 et 129).

(269) Sur la question de la finalité des droits subjectifs extrapatrimoniaux, dits encore droits de la personnalité, v. not. P. Kayser, art. préc., n° 6 à 8, p. 451 à 454. Sur l'importance de la finalité au plan de l'analyse des caractères généraux de la protection instituée par les attributs du droit moral de l'auteur, et notamment du droit moral de divulgation, v. O. Laligant, op. cit., n° 70, p. 239 à 250.

continuer, sous le nom qu'il utilisait pendant le mariage, à se présenter comme une seule et même personne, créatrice d'un ensemble d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, qui en sont toutes un aspect, ainsi que l'intérêt moral à manifester le lien qui existe entre sa personne et ses oeuvres en les signant toutes du même nom (270) - il y a tout lieu de s'attendre à ce qu'il soit, à la fois, indisponible du vivant de son titulaire et transmissible à son décès, car ce sont là deux caractéristiques fondamentales qui se retrouvent chez la plupart des droits de la personnalité (271). Et c'est bien d'ailleurs ce que confirme l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957. En effet, ainsi qu'il résulte de cette disposition, l'auteur divorcé, la femme comme l'homme, ne peut, de son vivant, disposer de son droit d'usage sur le nom de son ex-conjoint, en ce sens qu'il ne peut pas le céder (272), pas plus qu'il ne peut, bien que l'a. 6 ne le dise pas, y renoncer (273), ou encore s'engager à l'exercer ou à ne pas l'exercer (274), et cela parce qu'il est de règle en droit français que le titulaire d'un droit de la personnalité ne peut disposer d'un mode de protection de ses intérêts moraux (275). D'autre part, le droit d'usage de l'auteur divorcé sur le nom de son ex-conjoint ayant pour fin d'assurer la protection d'intérêts principalement intellectuels ou moraux, il est assez naturel et logique que ce droit survive au décès de l'auteur puisque les intérêts qu'il protège ne disparaissent pas

(270) Protection "principalement" morale, mais pas exclusivement morale, les choses étant toujours liées dans la vie et la réalité n'offrant pratiquement jamais de situation "pure" ou "simple". Ainsi les droits subjectifs extrapatrimoniaux, par exemple, s'ils ont pour fin principale d'assurer la protection des intérêts intellectuels et moraux des personnes, ont également pour conséquence d'assurer de façon indirecte et subsidiaire la protection de leurs intérêts pécuniaires (sur cette importante observation, v. not. P. Kayser, art. préc., n° 8, p. 454, et n° 29, p. 483-484). Et c'est ainsi, pour ce qui est du droit d'usage sur le nom de l'ex-conjoint, fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 par l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité", que cette prérogative principalement morale a également pour effet, mais de manière indirecte, de protéger les intérêts pécuniaires de l'auteur en garantissant pour partie le succès commercial de l'oeuvre si l'auteur est déjà connu et, s'il ne l'est pas et au cas où l'oeuvre ainsi désignée donnerait à son nom une notoriété certaine, en contribuant pour partie au succès commercial de ses oeuvres futures.

(271) Les expressions "droits subjectifs extrapatrimoniaux" et "droits de la personnalité" sont toujours utilisées ici comme des synonymes, car nous estimons, à la suite du Doyen Roubier (op. cit., n° 2, p. 9 et s., notamment) que les autres prérogatives ou situations qui assurent, dans le cadre du droit des personnes, la protection d'intérêts non patrimoniaux doivent plutôt s'analyser comme des prérogatives ou comme des situations de type objectif, et non comme des droits subjectifs proprement dits.

(272) Bien que le législateur ait employé à l'a. 6 le terme d'inaliénabilité, nous préférons, à la suite du Doyen Roubier (op. cit., n° 52, p. 440, note 1) réserver ce terme aux droits dont l'objet est corporel et utiliser pour les prérogatives dont l'objet est incorporel le terme d'incessibilité.

(273) Par renonciation, nous entendons ici l'acte qui peut s'analyser comme la forme unilatérale de l'acte abdicatif (cf. à ce propos P. Roubier, op. cit., n° 18, p. 129 in fine, et surtout n° 52, p. 430 et s. ; P. Kayser, art. préc., n° 37, p. 493 ; O. Lalignant, op. cit., n° 76, p. 245 à 247).

(274) Pour le sens et les limites de cette expression, v. O. Lalignant, op. cit., n° 76, p. 247-248.

(275) V. not. à ce propos P. Kayser, art. préc., n° 37, p. 493 à 495 ; O. Lalignant, op. cit., n° 76, p. 239-240.

avec la mort de celui-ci. Et à n'en pas douter, ce sont ces considérations qui ont inspiré les rédacteurs des dispositions de l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 lorsque ceux-ci, après avoir expressément posé que le droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité est "perpétuel" et "imprescriptible", ont précisé qu'il est "transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur" et que "l'exercice peut en être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires". Ainsi à propos du droit d'usage de l'auteur divorcé - la femme ou l'homme - sur le nom de son ex-conjoint, fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 par l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité", doit-on en tirer la double série de conséquences suivantes. Tout d'abord, ce droit d'usage est perpétuel - d'où il résulte notamment qu'il ne peut s'éteindre au cas de remariage de l'auteur divorcé (276) - et imprescriptible, en ce sens qu'il ne peut s'éteindre par non usage (277). Ensuite, ce droit d'usage est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur divorcé et son exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires. Les conséquences, on le voit, sont d'importance et donnent en notre matière au maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint une physionomie tout à fait particulière et fort différente du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en vertu des dispositions de l'a. 264 al. 2 ou 3 C. civ. Jamais "l'entorse (...) qui consiste à ce qu'une personne porte le nom d'une autre à laquelle ne la lie plus aucun lien juridique" (278) n'a été aussi étendue et n'a atteint un tel degré...

Mais à ce droit d'usage, il est une limite, qui résulte de la règle jurisprudentielle selon laquelle tout exercice d'un droit, lorsqu'il est abusif, n'est plus conforme au droit. Il s'agit donc d'une limite interne, puisque c'est dans le droit lui-même que réside sa propre limite (279), toute prérogative juridique n'étant en effet reconnue qu'en considération d'une certaine finalité (280). Mais affirmer qu'abuser d'un droit, c'est user des pouvoirs qu'il confère d'une manière qui n'est pas conforme à la finalité de ce droit offre aussi, selon nous, une indication précieuse pour la détermination, en chaque cas, de contenu de l'abus du droit. Or le droit d'usage fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 sous l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité" ayant principalement pour fin - le nom étant en effet utilisé ici comme une sorte d'emblème - d'assurer la protection de l'intérêt moral de l'auteur divorcé, la femme ou

(276) Et, bien évidemment, d'un concubinage notoire.

(277) Ce qui se conçoit aisément dès que l'on se souvient que c'est une caractéristique fondamentale des droits subjectifs, et notamment des droits subjectifs extrapatrimoniaux ou droits de la personnalité, que de conférer à leur titulaire la faculté d'user ou de ne pas user des pouvoirs qu'il tient de son droit (sur la question de l'imprescriptibilité des droits de la personnalité, v. not. R. Nerson, op. cit., n° 195, p. 432 et s. ; P. Kayser, art. préc., n° 38, p. 495. Et sur la question de l'imprescriptibilité des attributs du droit moral de l'auteur, v. également O. Laigant, op. cit., n° 81, p. 258).

(278) M. Gobert, chron. préc., J.C.P. 1980.I.2966, n° 10 in fine.

(279) V. not. à ce propos P. Roubier, op. cit., n° 38, p. 332, ainsi que J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n° 697, p. 579-580, n° 707, p. 591, et n° 720, p. 601.

(280) V. not. à ce propos P. Roubier, op. cit., n° 18 et s., p. 127 et s. ; J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n° 62 et s., p. 594 et s.

l'homme, à pouvoir continuer à se désigner par le nom de son ex-conjoint (281), et cela pour perpétuer les avantages, notamment moraux, découlant de la réputation artistique, littéraire ou musicale qu'il s'était acquise durant le mariage sous cette désignation, il est possible d'en déduire qu'il y aurait abus de droit non seulement, et bien évidemment, si l'auteur divorcé continuait à porter le nom de son ex-conjoint dans la vie courante (282), ou s'il compromettrait l'honorabilité de ce nom par "son inconduite, ses aventures et une publicité malséante" (283), mais également s'il faisait accroire qu'il avait toujours le soutien et le parrainage de son ancien conjoint (284) dans ses activités artistiques, littéraires ou musicales (285), ou encore s'il avait mêlé ce nom à des productions artistiques ou littéraires scandaleuses ou juridiquement répréhensibles. A cet égard se révèle particulièrement intéressant le jugement rendu le 10 février 1981 par le Tribunal de grande instance de Paris dans une affaire que nous avons déjà évoquée lors de l'étude du maintien conventionnel fondé sur l'a. 264 al. 3 C. civ. (286) : l'affaire de Wangen. Mariée en 1971, une femme, journaliste, qui s'était fait connaître à partir de 1977 en écrivant sous son nom de femme mariée, de Wangen, de nombreux articles sur les criminels - dont un, notamment, était intitulé "Femmes d'ennemis publics" et était consacré aux épouses de Mesrine et de Willoquet - avait décidé avec son époux de divorcer par la procédure de requête conjointe. Dans la convention définitive, il avait été porté expressément, mais sans précision aucune quant au domaine et quant à la durée, que l'épouse conserverait après le divorce l'usage du nom de son mari. Sept mois après ce divorce, prononcé le 29 mars 1978, cette femme s'était remariée. Mais, entretemps, elle s'était particulièrement illustrée en publiant une interview d'un criminel, dans Paris-Match, en août 1978, interview qui lui avait valu un beau succès de scandale, ainsi qu'une inculpation du chef de complicité, d'apologie de crimes, de meurtres et vols qualifiés, et un placement sous contrôle judiciaire. En suite de quoi, son ancien époux, Marc Chavanon de Wangen, fit publier dans la presse un communiqué indiquant que son ex-femme, s'étant remariée, était désormais sans droit à se désigner par le nom de Wangen. Mais, en janvier 1980, fut annoncée dans la presse la parution imminente d'un ouvrage consacré au

(281) Ou le nom dans la composition duquel entre le patronyme de son conjoint.

(282) Ce qu'avait soutenu, de manière inexacte, l'ancien mari de Madame Julien, dans l'affaire Chapelle (v. not. à ce propos Orléans 18 décembre 1975, J.C.P. 1976.II.18365, 2^e colonne).

(283) Comp. sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une séparation de corps, Paris 24 mars 1944, D.A. 1944, 98.

(284) Lequel peut en effet être lui aussi auteur d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, et d'un bien plus grand renom. Voir à ce propos, dans un ordre d'idées voisin, l'espèce citée par M. le Premier Avocat général Lindon dans sa note sous Orléans 18 décembre 1975 (aff. Chapelle, préc., D.S. 1981, 266) dans laquelle deux époux, peintres tous deux, qui durant le mariage signaient leurs toiles du même nom et qui, un divorce étant intervenu, se disputaient l'usage d'un patronyme qui était en quelque sorte devenu l'emblème de l'un comme de l'autre (Paris 27 novembre 1978, inédit).

(285) Comp. sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une instance en divorce, T.G.J. de Saint-Etienne, Réf., 2 mars 1970, aff. préc. (J.C.P. 1970.II.16377, note P.L., et Rev. trim. dr. civ. 1970, 334, observ. r. Nerson), puis dans le cadre du prononcé du divorce Civ. 12 juillet 1972, aff. préc. (Bull. civ. II, n^o 216). Pour l'analyse de cette jurisprudence, v. supra, I, A.

(286) Cf. supra, I, B, a.

drame des femmes dont le mari était en prison, par Isabelle de Wangen, l'auteur de la célèbre interview de Mesrine. L'ex-mari, ainsi que six membres de sa famille saisirent le juge des référés qui ordonna la suppression du patronyme litigieux sur la jaquette de l'ouvrage (287). Devant le Tribunal de grande instance de Paris, saisi par l'ex-mari et sa famille, la défenderesse soutint sur le terrain du droit d'auteur (288) qu'en vertu des dispositions de la loi du 11 mars 1957, elle était de toute manière en droit de continuer à porter, en sa qualité d'auteur, le nom de son ex-mari, et elle souligna, ce qui n'était d'ailleurs pas contesté, que depuis son divorce elle avait toujours limité à son activité de journaliste l'usage du nom en question. Mais les juges du fond, relevant justement que le nom de l'ex-mari et de sa famille s'était "trouvé, par l'abus qu'en a fait la défenderesse, à diverses reprises mêlé à une évocation complaisante et tapageuse de la vie des criminels de droit commun" (289), estimèrent, après quelques hésitations (290) et quelques affirmations tout à fait contestables (291), que, quand bien

(287) T.G.I. de Paris, 15 janvier 1980, D.S. 1980, 193, note R. Lindon, puis, sur appel, Paris 22 octobre 1980, D.S. 1981, I.R., 68.

(288) Sur la portée du consentement donné à l'ex-épouse, c'est-à-dire sur l'application du maintien conventionnel sur le fondement de l'a. 264 al. 3 C. civ., v. supra, I^o Partie, B, a.

(289) T.G.I. de Paris 10 février 1981, D.S. 1981, 443, note R. Lindon ; J.C.P. 1981.II.19264, note D. Huet-Weiller ; Rev. trim. dr. civ. 1981, 623, observ. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

(290) Ainsi le tribunal en vint-il à déclarer : "l'on peut se demander si le droit moral, prévu à l'a. 6, est applicable au cas où l'auteur ne publie pas son oeuvre sous le nom dont il est titulaire en vertu de son état, mais sous un patronyme appartenant à autrui et sur lequel il ne dispose, comme en l'espèce, que d'un droit d'usage". Certes, devait-il ajouter, on pourrait, "par une interprétation libérale de l'a. 6 considérer que l'auteur, qui a fait dans une activité professionnelle déterminée, une utilisation prolongée d'un nom dont l'usage lui avait été accordé, légalement ou conventionnellement, peut se prévaloir d'un droit acquis à continuer comme auteur à en signer ses oeuvres". Mais, "dans le cas présent, compte tenu de la brièveté de la période durant laquelle Isabelle Dumas a effectivement utilisé, dans son activité littéraire, le patronyme de la famille de Wangen, on peut douter qu'elle ait acquis sur ce patronyme un droit perpétuel susceptible de survivre à la caducité de l'autorisation qui lui avait été donnée d'user de ce nom" (D.S. 1981, 445, 2^o colonne). Mais ces hésitations ne nous paraissent nullement justifiées, car, ainsi que nous l'avons déjà souligné lors de l'étude des conditions du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint fondé sur les prérogatives visées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 sous l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité", la seule condition préalable est que le nom ait été légitimement choisi, et il l'est lorsque, dès le début de l'activité créatrice, le conjoint de l'auteur ne s'est pas formellement opposé à ce que ce dernier en use en ce domaine (cf. supra, 1^o).

(291) Tout d'abord, lorsque le tribunal affirme que "le législateur de 1957 a entendu protéger (...) le patronyme propre de l'auteur" -ce qui l'amène à se demander si "l'a. 6 (...) est applicable au cas où l'auteur ne publie pas son oeuvre sous le nom dont il est titulaire en vertu de son état" (D.S. 1981, 445, 2^o colonne)- il oublie totalement que la loi du 11 mars 1957 prévoit expressément; dans son a. 11, que "les auteurs des oeuvres pseudonymes et anonymes jouissent sur celles-ci des droits reconnus à l'article premier", c'est-à-dire de l'ensemble des attributs d'ordre patrimonial et moral consacrés par ce texte.

Ensuite, lorsque le tribunal déclare "que l'on pourrait certes, par une interprétation libérale de l'a. 6, considérer que l'auteur qui a fait, dans une activité professionnelle déterminée, une utilisation prolongée d'un nom dont l'usage lui avait été accordé, légalement ou conventionnellement, peut se prévaloir d'un droit acquis" (D.S. 1981, 445, 2^o colonne), il se méprend totalement sur les conditions d'application de la loi du 11 mars 1957, car le bénéfice de

.../...

même l'intéressée aurait acquis, comme écrivain, le droit d'user du patronyme des conjoints de Wangen, "elle ne saurait pour autant outrepasser les limites qu'impose, à l'exercice des droits des auteurs, la sauvegarde des droits de la personnalité d'autrui". En effet, comme le rappelés excellemment les magistrats du Tribunal de grande instance de Paris, "au même titre qu'au respect de sa vie privée, de sa réputation ou de son image, chacun a le droit de voir assurée la protection du nom dont il est titulaire et de s'opposer à ce qu'un tiers, non seulement se l'approprie indûment, mais encore, fut-il exceptionnellement autorisé à en user, fasse une utilisation telle qu'il porte atteinte à la réputation du nom et, partant, à la personnalité de son titulaire" (292). Ce qui nous amène à la question de savoir quelle peut être, d'une manière générale, la sanction de l'abus dans l'usage du droit pour l'auteur divorcé - la femme ou l'homme - de se désigner par le nom de son ex-conjoint en vertu des prérogatives morales désignées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 par l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité". A cette question, le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris le 10 février 1981, dans l'affaire de Wangen, apporte une réponse que, pour notre part, nous trouvons contestable. En effet, en considération du fait que le nom de l'ex-mari et de sa famille "s'est trouvé, par l'abus qu'en a fait la défenderesse, à diverses reprises mêlé à une évocation complaisante et tapageuse de la vie des criminels de droit commun" (293), les magistrats du Tribunal de grande instance de Paris, comme le demandaient les conjoints de Wangen, ont décidé "qu'il y a lieu dans ces conditions, et ainsi que les demandeurs le requièrent, d'interdire à la défenderesse de continuer à faire usage, à quelque titre que ce soit, de leur patronyme" (294), et cela sous peine d'une astreinte de 5.000 frs par infraction constatée (295). Mais sanctionner ici l'abus du droit d'usage par la révocation judiciaire - dont on peut dire qu'elle équivaut véritablement à une extinction - n'est-il pas à la fois

... ce texte n'a jamais été subordonné à la condition que la création d'œuvres artistiques, littéraires ou musicales présente un caractère "professionnel". En effet, aux termes de l'a. 1^o, l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre "du seul fait de sa création", de l'ensemble des attributs d'ordre moral et d'ordre patrimonial qui constituent le droit d'auteur. Et l'a. 7 précise que l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute communication publique, "du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur". Enfin, lorsque le tribunal affirme que "compte tenu de la brièveté de la période durant laquelle Isabelle Dumas a effectivement utilisé, dans son activité littéraire, le patronyme de la famille de Wangen, on peut douter qu'elle ait acquis sur ce patronyme un droit" (D.S. 1981, 445, 2^o colonne), il se méprend radicalement, une fois encore, sur les conditions auxquelles est subordonnée l'application de la loi du 11 mars 1957. En effet, la naissance des attributs d'ordre patrimonial et d'ordre moral qui constituent le droit d'auteur, et en l'espèce la naissance des prérogatives morales désignées à l'a. 6 sous l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité" n'est pas et n'a jamais été subordonnée à la durée plus ou moins importante de l'utilisation du nom, mais, ainsi que le précise l'a. 1^o de la loi du 11 mars 1957 au seul fait de la création de l'œuvre, étant précisé, comme le prévoit l'a. 7 que l'œuvre est réputée créée du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.

(292) T.G.I. de Paris, 10 février 1981, D.S. 1981, 445, 2^o colonne.

(293) Ibid.

(294) Ibid, p. 446, 1^o colonne.

(295) A quoi s'ajoute une condamnation, sur la base de l'a. 1382 C. civ., à verser des dommages-intérêts d'un montant de 10 000 francs, en réparation du préjudice moral causé à l'ex-mari, Marc de Wangen, et d'un montant de 35 000 francs, en réparation du préjudice moral causé aux autres demandeurs, membres de la famille Wangen.

méconnaître la nature du fondement juridique de ce droit d'usage et les caractères de ce fondement tels qu'ils résultent des termes mêmes de la loi du 11 mars 1957 ? En effet, autant nous paraît-il justifié de sanctionner l'abus de droit par la révocation judiciaire (296) lorsque le nom de l'ex-conjoint ne joue qu'un rôle de masque, car, en raison même de ce rôle il n'est que le gage discutable du maintien d'une situation fictive et n'apparaît en conséquence que comme une faveur consentie ou une compensation offerte, autant cette solution ne nous paraît plus du tout justifiée lorsque le nom de l'ex-conjoint joue un rôle d'emblème, car, en raison de la finalité qui est alors la sienne (297), il devient le gage du maintien d'une situation bien réelle et apparaît en conséquence comme un avantage dû. D'autre part, est-il même juridiquement possible de sanctionner l'abus du droit d'usage fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 par l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité" alors que ce même a. 6 prévoit expressément que lesdites prérogatives sont "perpétuelles" ? Nous ne le pensons pas. Ainsi, et contre certains avis des plus autorisés (298), estimons-nous que la sanction de l'abus du droit d'usage, lorsque celui-ci est fondé sur les dispositions de l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957, ne peut être que l'interdiction de poursuivre l'utilisation abusive, mais en aucun cas la suppression totale du droit d'usage lui-même, car on ne voit pas ce qui, juridiquement, pourrait justifier une sanction aussi grave et aussi définitive. Entre interdire de mal user d'une chose et priver de cette chose, il y a en effet une différence d'importance, qu'en matière de droit d'auteur il convient de respecter. En conclusion, il faut selon nous affirmer que la sanction de l'abus du droit d'usage fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 par l'expression "droit de l'auteur au respect de son nom et de sa qualité" ne peut être que la cessation de l'utilisation abusive, laquelle pourra bien évidemment être assortie d'une astreinte, ainsi que, par ailleurs, d'une condamnation à des dommages-intérêts si l'ex-conjoint a en outre demandé sur le fondement de l'a. 1382 C. civ. réparation du dommage, moral le plus souvent, subi par lui.

b) Maintien de l'usage du nom et qualité d'interprète d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales.

Certes, la question n'est pas nouvelle (299). Mais les termes dans

(296) Et cela d'autant plus que l'a. 300 C. civ en prévoit expressément la possibilité en cas de séparation de corps.

(297) C'est-à-dire rappeler à l'attention du public la position de l'auteur dans le monde artistique, littéraire ou musical, laquelle est en étroite relation avec certains éléments tels que, notamment, le nom sous lequel celui-ci s'est fait connaître au public et par lequel il se désigne lui-même en tant que personnalité artistique, littéraire ou musicale, et par lequel aussi il signe ses oeuvres.

(298) V. not. parmi les membres de la doctrine favorable au principe du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en faveur de l'auteur divorcé, quel que soit par ailleurs ce fondement : D. Huet-Weiller, note sous T.G.J. de Paris 10 février 1981, J.C.P. 1981.II.19264, 5^o colonne in fine ; R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. Rev. trim. dr. civ. 1981, 627 in fine.

(299) Avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, c'est-à-dire sous l'empire de la loi du 6 février 1893 qui avait ajouté à l'a. 299 du Code civil un deuxième alinéa posant en principe qu'un époux divorcé ne peut continuer à user du nom de son ex-conjoint, la jurisprudence, en application de ce principe, avait interdit

.../...

lesquelles elle se pose ont été radicalement modifiés depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 3 juillet 1985 relatives, notamment, aux droits voisins du droit d'auteur et, en particulier, aux droits des artistes-interprètes. En effet, il résulte désormais de l'a. 17 de ce texte que l'interprète d'une oeuvre artistique, littéraire ou musicale (300) jouit du "droit au respect de son nom et de sa qualité". Aussi convient-il d'envisager successivement, dans cette nouvelle perspective, la question du fondement juridique du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en cas de création, sous cette désignation, d'interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales ; puis celle du régime juridique qui en découle.

I. - Le fondement juridique du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en cas de création, sous cette désignation, d'interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales. - La symétrie de rédaction qui existe entre l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 et l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 autorise selon nous à considérer, et sans qu'il soit besoin de revenir sur les développements que nous avons consacrés à cette question en matière de droit d'auteur, qu'ici aussi le terme "qualité" de l'interprète s'applique à la position de l'interprète dans le monde artistique, littéraire ou musical,

.../... à l'épouse divorcée de faire emploi du nom patronymique de son ancien mari dans ses activités d'artiste-interprète. Ainsi le Tribunal civil de la Seine, le 15 décembre 1897, 2^e espèce, fit défense à la femme divorcée d'utiliser le nom de son ex-mari dans le cadre de ses activités d'actrice de théâtre (D.P. 1899.2.496). De même, le Tribunal civil de la Seine, le 19 novembre 1907, affirma avec force que "la femme de théâtre, quelque notoriété qu'elle ait acquise sous le nom du mari d'avec lequel elle est divorcée et quelque utilité qu'il y ait pour elle à le conserver, ne saurait continuer à le porter" (G.P. 1907.2.637). Pareillement le Tribunal de la Seine, le 22 décembre 1923, se borna à rappeler que le nom de l'ancien mari de l'actrice ne saurait à l'avenir être utilisé par celle-ci au théâtre (S. 1928.2. 25).

En revanche, le Tribunal de grande instance de Paris, le 8 mai 1970, se démarqua avec netteté d'une jurisprudence rigoureuse et presque séculaire en déclarant que le tribunal qui prononce le divorce est fondé à autoriser l'épouse à continuer à porter le nom de son époux dès lors qu'elle justifie que pendant de longues années de mariage elle a fait une carrière d'interprète, en l'espèce soliste de concert et qu'elle a acquis dans cette carrière, une notoriété incontestable, tout en spécifiant que l'autorisation doit en être limitée à l'exercice de la profession (D.S. 1970, Somm., 192). Décision que M. le Doyen Nerson jugea "raisonnable", tout en reconnaissant que par rapport à la jurisprudence dominante elle apparaissait "peu orthodoxe" (Rev. trim. dr. civ. 1971, 122).

(300) A l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels, est dit artiste-interprète ou exécutant, aux termes mêmes de l'a. 16 de la loi du 3 juillet 1985, "la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une oeuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes". Mais en l'état du fait que, d'une part, cette disposition omet de viser expressément les oeuvres musicales (même si celle-ci y fait implicitement référence en utilisant le terme "exécutant") et que, d'autre part, l'a. 1^o de la même loi du 3 juillet 1985 insère à l'a. 3 de la loi du 11 mars 1957, "les numéros et tours de cirque", il nous paraît plus judicieux, en l'état de l'acception extrêmement large de la notion d'oeuvre artistique, littéraire ou musicale au sens de la loi du 11 mars 1957, dont l'a. 3 ne donne d'ailleurs qu'une liste illustrative, d'utiliser au lieu de l'expression "artiste-interprète" l'expression "interprète d'une oeuvre artistique, littéraire ou musicale", d'autant que le mot "artiste" dans l'expression "artiste-interprète" peut constituer une source de confusion entre deux situations différentes : celle d'auteur d'oeuvres artistiques et celle d'interprète. Aussi utiliserons-nous, dans la suite du texte, l'expression "interprète d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales".

position qui est en étroite corrélation avec certains éléments objectifs tels les titres décernés à l'interprète en considération de tout ou partie de ses prestations, mais aussi et surtout le nom sous lequel l'interprète s'est fait connaître du public, c'est-à-dire par lequel il se présente au public comme le créateur de l'ensemble des interprétations qu'il a données d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, et grâce auquel le public, de son côté, peut se faire image exacte et complète de la personnalité artistique, littéraire ou musicale de l'interprète. Ainsi, dans cette perspective, apparaît-il que l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité" désigne en réalité deux catégories de prérogatives morales distinctes, mais complémentaires : d'une part, le droit au nom d'interprète et le droit aux titres reçus en tant qu'interprète et, d'autre part, le droit à la paternité de l'interprétation, les premières s'avérant un mode de désignation d'une catégorie de personnes : les interprètes, la seconde s'avérant un mode d'attribution d'une catégorie de créations : les interprétations. En effet, ainsi que nous l'avons déjà souligné à propos du droit d'auteur (301), il importe de bien mesurer que le droit au nom d'interprète et le droit à la paternité de l'interprétation ne sont pas une seule et même chose. Le premier sert à désigner une personne, l'interprète, et le second sert à établir le lien qui existe entre cette personne et une chose, son interprétation. Ensuite, le second n'existe que dans la mesure où le premier existe, car c'est parce que l'interprète peut d'abord se désigner lui-même par un nom qu'il peut ensuite désigner une ou plusieurs de ces interprétations par ce nom.

Ainsi le maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint en cas de création, sous cette désignation, d'interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales se trouve fondé, selon nous, sur le droit au nom d'interprète, implicitement consacré par le législateur, à l'a. 17, sous l'expression de "droit de l'interprète au respect de sa qualité" et sur le droit à la paternité de l'interprétation, expressément consacré, à l'a. 17 également, sous l'expression relativement impropre de "droit de l'interprète au respect de son nom". Mais, vu l'ambiguïté des termes utilisés par les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1985, les intéressés, c'est-à-dire la femme ou l'homme, feront bien d'invoquer l'ensemble de la formule légale, c'est-à-dire le "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité". Reste, maintenant, à préciser le régime juridique de ce droit d'usage, la loi du 3 juillet 1985 n'offrant d'ailleurs, à ce point de vue, que peu d'indications.

II. - Le régime juridique du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint fondé sur les prérogatives consacrées à l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 sous l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité". - Quelle qu'ait été la procédure de divorce suivie, l'épouse, ou l'époux, qui pendant le mariage s'est fait connaître comme interprète d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, en utilisant tout ou partie du nom de son conjoint peut donc continuer à en user en vertu d'un droit acquis. Aussi convient-il de préciser les conditions auxquelles le maintien de l'usage de ce nom est subordonné et, ensuite, de déterminer le régime juridique proprement dit du droit d'usage dont bénéficie ainsi l'époux interprète divorcé.

(301) cf. *supra*, II^o Partie, A, a.

1°) Les conditions du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint. - A cet égard, il résulte d'un jugement certes équitable, mais isolé, rendu sous l'empire du droit antérieur (302) par le Tribunal de grande instance de Paris, le 8 mai 1970, que l'acquisition de ce droit d'usage serait subordonnée à deux conditions : d'une part, qu'il y ait eu utilisation dudit nom pendant une période fort importante, et à ce propos le tribunal souligne que l'intéressé a fait "pendant de longues années de mariage" une carrière de soliste de concert sous cette dénomination ; d'autre part qu'il ait été donné au dit nom une "notoriété incontestable" (303).

Mais peut-on admettre que sous l'empire de la loi du 3 juillet 1985, il puisse toujours en être ainsi ? Nous ne le pensons pas. Et cela pour des raisons analogues à celles que nous avons avancées en matière de droit d'auteur, car, il ne faut pas l'oublier, les droits consacrés au profit des interprètes ont été qualifiés par le législateur lui-même, et à juste titre, de "droits voisins du droit d'auteur". Ce qui, selon nous, légitime le raisonnement par analogie, chaque fois que celui-ci est juridiquement possible. Mais, eu égard aux circonstances particulières dans lesquelles se pose la question qui nous intéresse présentement, il est, bien évidemment, une condition préalable : que le nom ait été légitimement choisi, et il l'est lorsque dès le début des activités d'interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, le conjoint de l'interprète ne s'est pas formellement opposé à ce que ce dernier en use dans de telles activités (304). Hormis cela, les conditions d'acquisition spécifiques aux droits voisins du droit d'auteur ne peuvent être que celles qui président à la naissance des attributs, notamment moraux, consacrés au profit des interprètes. Malheureusement les rédacteurs de la loi du 3 juillet 1985 ont oublié, ou n'ont pas jugé utile, de régler cette question. Ce silence n'est malgré tout pas très gênant dans la mesure où, puisqu'il s'agit de droits voisins du droit d'auteur, la loi du 11 mars 1957 nous offre un modèle de référence. C'est dire, par analogie avec les dispositions de la loi du 11 mars 1957, qu'il faut que l'interprétation ait été créée, car, comme il en va en droit d'auteur, c'est l'acte de création qui donne naissance aux attributs reconnus par le législateur aux interprètes ; et toujours par analogie avec les dispositions de la loi du 11 mars 1957, et plus exactement avec celles qui figurent à l'a. 7 de ce texte, l'interprétation doit être réputée créée du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'interprète, indépendamment d'ailleurs de toute communication publique. C'est dire encore, toujours par analogie avec la loi du 11 mars 1957, qu'il faut que l'interprétation en question puisse s'analyser comme une interprétation d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales (305). C'est dire enfin, et toujours par analogie

(302) C'est-à-dire antérieur, non seulement à la loi du 3 juillet 1985, mais également à la loi du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce.

(303) T.G.J. de Paris 8 mai 1970 (aff. préc., supra note 299) D.S. 1970, Somm., 192, et Rev. trim. dr. civ. 1971, observ. R. Nerson.

(304) Et il serait légitime de s'y opposer, selon nous, en faisant simplement valoir qu'une telle autorisation, si elle était donnée, aurait pour effet de permettre la naissance d'un droit d'usage insusceptible de s'éteindre du fait du remariage ou du décès de l'intéressé et en faisant également observer que pour de telles activités l'interprète n'a qu'à utiliser son propre nom patronymique.

(305) Et, ainsi que nous l'avons déjà souligné, il faut donner à ces termes l'acception la plus large : par oeuvre artistique, il faut entendre une oeuvre dont le signifiant est, selon le cas, des volumes, des lignes, des couleurs ou des lumières (une oeuvre cinématographique,

avec la loi du 11 mars 1957, qu'il faut que l'interprétation ait été revêtue d'une forme originale. Mais, à l'instar de ce que décide l'a. 2 de la loi du 11 mars 1957, ne doivent entrer en ligne de compte, ni le genre, ni le mode d'expression, ni le mérite, ni la destination. Autrement dit, et à l'inverse de ce qu'avaient posé les magistrats du Tribunal de grande instance de Paris, le 8 mai 1970, peu importe la durée de l'usage du nom et la notoriété. Et peu importe la durée de l'usage, ainsi que la notoriété. Comme peu importe aussi le caractère professionnel ou non des activités d'interprète...

Dès que les conditions nécessaires à l'application de l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 se trouvent remplies, l'époux interprète, la femme ou le mari, se trouve fondé à user du nom de son conjoint de plein droit, c'est-à-dire par le seul effet de la loi et sans formalité aucune. D'où il résulte qu'au moment du divorce, il n'a rien à demander à personne : ni à son conjoint qui n'a plus la possibilité de s'opposer à l'usage auquel il a initialement consenti, fut-ce tacitement ; ni au tribunal, qui n'a rien à accorder, refuser ou mentionner. Et cela parce que l'époux interprète n'a pas à solliciter ce qui est pour lui un droit. Ainsi, en tout état de cause (306), l'interprète divorcé, qu'il s'agisse de la femme ou qu'il s'agisse de l'homme, se trouve investi d'un véritable droit subjectif sur le nom de son ex-conjoint, droit subjectif d'ordre extrapatrimonial dont il convient maintenant de déterminer le régime proprement dit.

2°) Le régime juridique proprement dit du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint. A cet égard, il importe de déterminer successivement le domaine d'application du droit d'usage fondé sur les prérogatives visées à l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 sous l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité", puis les caractères de ce droit d'usage et, enfin, les limites qui lui sont imparties.

Pour ce qui est du domaine d'application de ce droit d'usage, il est évident, en l'état du fondement qui est le sien et qui fait ici jouer au nom une sorte de rôle d'emblème (307), que ce domaine ne peut qu'être nettement circonscrit. En effet, le nom d'interprète apparaît comme un signe de ralliement pour le public, mais de nature essentiellement morale, ce droit d'usage peut seulement permettre à son bénéficiaire de se désigner par le nom de son ex-conjoint dans ceux de ses rapports avec les autres personnes qui ont un lien avec ses activités d'interprète d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, peu important d'ailleurs que celles-ci aient ou non un caractère professionnel. Mais il va de soi qu'il existe plusieurs formes d'utilisation dudit nom. L'interprète peut tout d'abord s'en servir pour l'apposer sur ses interprétations, et en ce cas l'utilisation correspond à celle qui est couverte par le droit à la paternité de l'interprétation proprement dit, puisqu'elle sert à distinguer ses interprétations des autres en établissant le lien de filiation qui existe entre la personne de l'interprète et ses réalisations, toujours déterminées. Lorsqu'il en est ainsi, l'utilisation apparaît comme un mode d'attribution des interprétations. Mais l'interprète

.../... par exemple) ; par oeuvre littéraire, il faut entendre une oeuvre dont le signifiant est des mots ; par oeuvre musicale, il faut entendre une oeuvre dont le signifiant est des sons.

(306) Ultérieurement, s'il est établi qu'il en fait un exercice abusif, il pourra lui être ordonné de mettre un terme à cet abus de droit. Mais c'est là une autre question ...

(307) En effet, rappelons-le, il n'est pas à proprement parler un emblème, mais il joue une sorte de rôle d'emblème.

peut également s'en servir, soit pour l'apposer sur la correspondance, les articles et les ouvrages où il parle de sa vie d'interprète, ainsi que des problèmes posés par l'interprétation des oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, soit pour se désigner lui-même dans ses activités d'interprète, par exemple lors d'interviews ou dans ses tournées, et en ce cas l'utilisation correspond à celle couverte par le droit au nom d'interprète proprement dit, puisqu'elle sert à désigner l'interprète lui-même en tant que personnalité du monde des exécutants d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales. Lorsqu'il en est ainsi, l'utilisation apparaît comme un mode de désignation des personnes, ou du moins d'une catégorie de personnes. Mais, dans l'un et l'autre cas, le nom utilisé apparaît toujours comme une dénomination, dénomination qui, rappelons-le, n'a pas nécessairement un caractère professionnel.

Par ailleurs ce droit d'usage étant un droit subjectif (308), c'est-à-dire un droit accordé par le droit objectif aux particuliers en vue d'assurer la protection d'intérêts d'ordre personnel, on doit en tirer cette conséquence qu'il confère à l'interprète divorcé, qu'il s'agisse de la femme ou de l'homme, la faculté d'exercer ou de ne pas exercer son droit, c'est-à-dire de se désigner ou de ne pas se désigner par le nom de son ex-conjoint. En effet, c'est là une caractéristique que l'on retrouve en principe chez tous les droits subjectifs, et qui résulte de la notion même de droit subjectif (309). Mais ce droit d'usage étant également un droit subjectif extrapatrimonial, c'est-à-dire un droit dont la finalité est d'assurer la protection d'intérêts principalement intellectuels ou moraux - en l'espèce, l'intérêt moral qu'a l'interprète divorcé à pouvoir continuer, sous le nom qu'il utilisait pendant le mariage, à se présenter comme une seule et même personne, créatrice d'un ensemble d'interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales, ainsi que l'intérêt moral à manifester le lien qui existe entre sa personne et ses interprétations en les "signant" toutes du même nom (310) - il y a tout lieu de s'attendre à ce qu'il soit à la fois indisponible du vivant de son titulaire et transmissible à son décès, car ce sont là deux caractéristiques qui se retrouvent chez la plupart des droits de la personnalité. Et c'est bien d'ailleurs ce que confirme l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985. En effet, ainsi qu'il résulte de cette disposition, l'interprète divorcé, la femme ou l'homme, ne peut de son vivant disposer de son droit d'usage sur le nom de son ex-conjoint, en ce sens qu'il ne peut pas le céder (311), pas plus qu'il ne peut, bien que l'a. 17 ne le dise pas, y renoncer (312), ou encore s'engager à l'exercer ou à ne pas l'exercer (313), et cela parce qu'il est de règle en droit français que le titulaire d'un droit de la personnalité

(308) Pour les références, v. not. supra, note 264.

(309) Pour les références, v. not. supra, note 267.

(310) Protection "principalement" morale, mais pas exclusivement morale. Pour le développement de cette idée, v. not. supra, note 270;

(311) Bien que le législateur ait employé à l'a. 17 le terme d'inaliénabilité, nous préférons, à la suite du Doyen Roubier (op. cit., n° 52, p. 440, note 1), réserver ce terme aux droits dont l'objet est une chose corporelle et utiliser pour les prérogatives dont l'objet est incorporel le terme d'incessibilité.

(312) Par renonciation, nous entendons ici l'acte qui peut s'analyser comme la forme unilatérale de l'acte abdicatif : cf. à ce propos, supra, note 273.

(313) Cf. not. supra, note 274.

ne peut disposer d'un mode de protection de ses intérêts moraux (314). D'autre part, le droit d'usage de l'interprète divorcé sur le nom de son ex-conjoint ayant pour fin d'assurer la protection d'intérêts principalement intellectuels ou moraux, il est assez logique que ce droit survive au décès de l'interprète, puisque les intérêts dont il assure la protection ne disparaissent pas avec la mort de celui-ci. Et, à n'en pas douter, ce sont ces considérations qui ont inspiré les rédacteurs de l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 - qui n'est pas d'ailleurs sans présenter d'importantes analogies avec l'a. 6 de la loi du 11 mars 1957 - lorsque ceux-ci, après avoir posé que le droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité est "imprescriptible", ont ajouté qu'il est "transmissible" à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt", terminologie qui, notons-le au passage, va dans le sens de notre interprétation de l'expression "respect du nom et de la qualité", puisque sont expressément visés par le législateur les deux aspects que nous avons dégagés : la personne de l'interprète et l'interprétation de celui-ci. Ainsi, à propos du droit d'usage de l'interprète divorcé - la femme ou l'homme - sur le nom de son ex-conjoint, fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 par l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité", doit-on tirer les conséquences suivantes : tout d'abord, que ce droit d'usage est imprescriptible, en ce sens qu'il ne peut s'éteindre par non usage (315) ; ensuite, que ce droit d'usage est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'interprète divorcé pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt ; enfin, et cela résulte logiquement de l'esprit même de l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985, que ce droit d'usage ne peut s'éteindre en cas de remariage de l'interprète. Les conséquences, on le voit, sont d'importance ; et elles donnent, ici encore, au maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint une physionomie fort différente de celle du maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint fondé sur l'a. 264 al. 2 ou al. 3 C. civ. Une fois encore "l'entorse (...)" qui consiste à ce qu'une personne porte le nom d'une autre à laquelle ne la lie plus aucun lien juridique (316) se révèle plus importante qu'on ne pouvait le penser.

Mais à ce droit d'usage, il est une limite qui résulte de la règle jurisprudentielle selon laquelle tout exercice d'une prérogative juridique, lorsqu'il est abusif, n'est plus conforme au droit, toute prérogative juridique n'étant en effet reconnue qu'en considération d'une certaine finalité. Or le droit d'usage fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 par l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité" ayant principalement pour fin - le nom étant en effet utilisé ici comme une sorte d'emblème - d'assurer la protection de l'intérêt moral de l'interprète divorcé (317) à pouvoir toujours se désigner par le nom de son ex-conjoint (318), et cela pour perpétuer les avantages

(314) Pour les références, cf. not. supra, note 275.

(315) Ce qui est naturel lorsqu'on se souvient que c'est une caractéristique fondamentale des droits subjectifs, et notamment des droits de la personnalité, que de conférer à leur titulaire la faculté d'user ou de ne pas user des pouvoirs qu'il tient de son droit (v. not. à ce propos supra, note 277).

(316) M. Gobert, chron. préc., J.C.P. 1980.I.2966, n° 10 in fine.

(317) La femme ou l'homme.

(318) Ou le nom dans la composition duquel entre le patronyme de son conjoint.

moraux bien réels découlant de la réputation qu'il s'était acquise en tant qu'interprète durant le mariage sous cette dénomination, on peut en déduire qu'il y aurait abus de droit, non seulement, et bien évidemment, si l'interprète divorcé continuait à porter le nom de son ex-conjoint dans la vie courante, ou encore s'il compromettrait l'honorabilité de ce nom par "son inconduite, ses aventures et une publicité malséante" (319), mais également s'il faisait croire de manière inexacte qu'il bénéficiait toujours du soutien de son ex-conjoint dans ses activités d'interprète (320), ou encore s'il mêlait ce nom à des interprétations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales scandaleuses ou juridiquement répréhensibles (321). Ce qui pose la question de savoir quelle peut être la sanction de l'abus dans l'usage du droit pour l'interprète divorcé de se désigner par le nom de son ex-conjoint lorsque ce droit d'usage est fondé sur les prérogatives désignées à l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 par l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité" ? A notre avis, et pour des raisons tout à fait analogues à celles avancées en matière de droit d'auteur (322), uniquement l'interdiction de poursuivre l'utilisation abusive, mais en aucun cas la révocation judiciaire du droit d'usage, c'est-à-dire la suppression totale du droit d'usage lui-même, car on ne voit pas ce qui, juridiquement, pourrait justifier une sanction aussi grave et véritablement définitive. En effet, autant nous paraît-il justifié de sanctionner l'abus par la révocation judiciaire lorsque le nom ne joue qu'une sorte de rôle de masque - il n'est alors qu'une faveur consentie ou une compensation offerte - et cela d'autant plus que l'a. 300 C. civ. en prévoit expressément la possibilité en cas de séparation de corps ; autant cette solution ne nous paraît plus justifiée lorsque le nom de l'ex-conjoint joue une sorte de rôle d'emblème - il est alors le gage de la pérennité des avantages moraux bien réels acquis pendant le mariage - et qu'en l'état de son fondement se trouvent en présence deux droits subjectifs complets : d'une part, le droit au nom d'interprète et le droit à la paternité de l'interprétation et, d'autre part, le droit au nom patronymique de l'ex-conjoint (323). Par ailleurs est-il juridiquement défendable de sanctionner l'abus du droit d'usage fondé sur les prérogatives morales désignées à l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 par l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité" ? Nous ne le pensons pas. En effet, en déclarant dans ce même a. 17 que ces prérogatives sont attachées à la personne de l'interprète et sont transmissibles à cause de mort à ses héritiers, les rédacteurs de la loi du 3 juillet

(319) Comp., sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une séparation de corps, Paris 24 mars 1944, D.A. 1944, 98.

(320) Comp., sous le régime du droit antérieur et dans le cadre d'une instance en divorce, T.G.J. de Saint-Etienne Réf., 2 mars 1970 (aff. préc., J.C.P. 1970.II.16377, note P.L. et Rev. trim. dr. civ. 1970, observ. R. Nerson), puis dans le cadre du prononcé du divorce Civ. 2 juillet 1985 (aff. préc., Bull. civ. II, n° 212).

(321) Comp. T.G.J. de Paris 10 février 1981, aff. préc., D.S. 1981, 443, note R. Lindon ; J.C.P. 1981.II.19264, note D. Huet-Weiller ; Rev. trim. dr. civ. 1981, observ. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, 623.

(322) Cf. supra, II^e Partie, A, a in fine.

(323) Alors que dans le maintien de l'usage du nom fondé sur l'a. 264 al. 2 ou al. 3 C. civ. sont en présence un droit subjectif complet, le nom patronymique de l'ex-mari, et un droit subjectif qui n'est qu'un démembrement du premier, le droit d'usage de la femme divorcée.

1985 ont nettement marqué l'importance qu'ils attachaient à la protection des intérêts en cause, ainsi que la pérennité qu'ils souhaitaient donner à cette protection. Autrement dit, entre la faute, l'abus de droit, et sa sanction, la révocation judiciaire, il y aurait une trop grande disproportion. En conclusion, il est selon nous possible d'affirmer que la sanction de l'abus du droit d'usage fondé sur les prérogatives morales visées à l'a. 17 de la loi du 3 juillet 1985 sous l'expression "droit de l'interprète au respect de son nom et de sa qualité" ne peut être que l'interdiction de poursuivre l'utilisation abusive (324) laquelle pourra, opportunément, être assortie d'une astreinte, ainsi que, par ailleurs, d'une condamnation à des dommages-intérêts si l'ex-conjoint a en outre demandé, sur le fondement de l'a. 1382 C. civ., réparation du dommage, moral le plus souvent, subi par lui du fait de cet usage abusif.

B. - Maintien de l'usage du nom et qualité de professionnel.

L'un ou l'autre des époux divorcés devrait aussi avoir le droit de continuer à se servir du nom de son ex-conjoint lorsque, pendant le mariage, il a utilisé tout ou partie de ce nom dans l'exercice de sa profession et s'est fait connaître sous cette désignation de la clientèle. En effet, par son intermédiaire, il serait possible de perpétuer la qualité de professionnel acquise durant le mariage, car seule celle-ci permet de retenir l'attention de la clientèle et d'éviter de souffrir de ce qui serait, à n'en pas douter, un dommage très réel. Etant bien rappelé, à ce propos, que la fonction du nom-emblème est d'assurer la protection d'intérêts "principalement" moraux, et non pécuniaires, car si le nom est bien ici un gage de reconnaissance, il l'est d'une personne physique, et non d'un établissement, comme l'est le nom commercial. Et, comme nous le verrons, c'est la raison pour laquelle il est, à la différence du nom commercial, attaché à la personne et donc, notamment, intransmissible entre vifs. Or, dans le cas qui nous occupe, le maintien de l'usage du nom de l'ex-conjoint ne peut être fondé que sur les dispositions de l'a. 264 al. 2 ou al. 3 C. civ., lesquelles ne s'appliquent qu'à la femme seule (325). De plus, ce maintien n'est pas toujours assuré : s'il l'est de plein droit en vertu de l'a. 264 al. 2 C. civ., il n'est le plus souvent, en l'état du nombre peu élevé de divorces pour rupture de la vie commune, qu'éventuel, ainsi qu'il résulte du texte de l'a. 264 al. 3 C. civ. Imperfections qui, à tous égards, révèlent que le législateur de 1975 n'a pas vu que la finalité de l'intérêt qui pousse un époux divorcé à vouloir maintenir à son profit l'usage du nom de son ex-conjoint est loin d'être indifférente, fut-ce pour la femme seule. Ce qu'il convient donc de vérifier en examinant successivement le maintien de plein droit et la qualité de professionnel (a) et le maintien éventuel et la qualité de professionnel (b).

(324) Conclusion tout à fait similaire, donc, à celle à laquelle nous avons abouti en matière d'usage du nom de l'ex-conjoint dans le cadre de créations d'oeuvres artistiques, littéraires ou musicales. Ce qui se comprend aisément puisque les termes dans lesquels se pose le problème sont tout à fait analogues.

(325) Pourtant le cas du mari qui a ajouté à son nom celui de sa femme n'est pas tellement rare, notamment dans le Nord de la France. Il y a d'ailleurs été fait allusion au Sénat (J.O., Déb. Sénat, p. 1591 et 1592). Et le législateur lui-même l'a expressément envisagé à l'a. 300 C. civ., relatif aux conséquences de la séparation de corps à l'égard du nom. Plus anciennement, le Tribunal de la Seine, le 2 novembre 1895, a interdit à un mari, qui avait joint le nom de son épouse au sien dans le cadre de ses activités commerciales, de continuer à utiliser, après le divorce, le nom de celle-ci (D.P. 1896.1.152).

a) Maintien de plein droit de l'usage du nom et qualité de professionnel.

En cas de divorce pour rupture de la vie commune, prononcé (326) à la suite d'une demande du mari, la femme a, par le simple effet de la loi et sans que rien n'ait à être décidé, le droit de conserver l'usage du nom de son ex-mari. Aussi peut-elle, notamment, continuer à s'en servir dans l'exercice de sa profession. Mais la finalité particulière de cette utilisation, dans laquelle le nom joue encore une sorte de rôle d'emblème, et non de masque, est-elle de nature à entraîner des conséquences juridiques spécifiques ? Eu égard à l'importance que revêt en toutes matières la prise en considération des fins, on pourrait certes s'y attendre. Mais il arrive que cette attente soit parfois trompée.

Ainsi, en ce qui concerne les conditions du maintien de l'usage du nom, il eut été logique de subordonner ce maintien à la double exigence que le nom, pendant le mariage ait été utilisé dans l'exercice d'une profession et qu'une certaine notoriété professionnelle y ait été attachée. Il n'en est pourtant rien, car on le sait, ce maintien "est des inconvénients que le législateur a réservés à ce genre de divorce, pour se donner bonne conscience et comme en guise de compensation de l'avoir admis" (327).

En revanche, en ce qui concerne le régime juridique proprement dit du droit d'usage sur le nom de l'ex-mari, il peut heureusement en aller autrement, le législateur de 1975 n'ayant rien prévu à ce propos. Au plan de ses caractères, tout d'abord, on peut notamment souligner qu'étant un droit subjectif extrapatrimonial, c'est-à-dire un droit dont la finalité est d'assurer la protection d'intérêts principalement moraux, ce droit d'usage est intransmissible entre vifs. Ainsi la femme divorcée ne saurait le céder, car ce n'est ni un nom commercial, ni une marque. Au plan des limites de ce droit d'usage, ensuite, on peut relever que celui-ci ayant principalement pour fin, lorsqu'il joue comme ici une sorte de rôle d'emblème, d'assurer la protection de l'intérêt moral qu'a la femme à perpétuer la notoriété professionnelle qu'elle s'est acquise pendant le mariage, il y aurait abus de droit si celle-ci usait du nom de son ex-mari à des fins de concurrence dans une profession libérale, commerciale ou artisanale, ou encore si elle en faisait une utilisation publicitaire et mercantile alors qu'il s'agit d'un nom célèbre ou historique (328). Mais étant donné qu'il s'agit d'une utilisation professionnelle du nom, il nous semble que l'ex-mari, ou la famille de celui-ci, pourrait demander la cessation de l'utilisation abusive, mais pas la suppression totale du droit d'usage lui-même par révocation judiciaire (329). Au regard des intérêts en cause, cette dernière sanction serait par trop sévère. Au plan de l'extinction de ce droit d'usage, enfin, il ne nous paraît pas possible de considérer, comme le font certains représentants de la doctrine moderne, qu'en cas de remariage, la femme, con-

(326) Cf. à ce propos, I^o Partie, A, a.

(327) M. Gobert, *chron. préc.*, J.C.P. 1980.I.2966, n^o 10.

(328) Cf. à ce propos, et dans le même sens, A. Bénabent, *art. préc.*, *Jurisqueur civil, Divorce*, Fasc. 55, n^o 52.

(329) V. dans le même sens, A. Bénabent, *art. préc.*, *Jurisqueur civil, Divorce*, Fasc. 55, n^o 52. Mais alors que celui-ci étend cette solution à tous les cas d'abus du droit d'usage fondé sur l'a. 264 al. 2 C. civ., nous nous prononçons à l'inverse en faveur de la révocation judiciaire lorsque le nom ne joue qu'une sorte de rôle de masque (cf. à ce propos supra, I^o Partie, A, b in fine).

formément au droit commun, perd automatiquement tout droit d'usage sur le nom de son ex-mari (330), car, ainsi que le soulignent très justement le Doyen Nerson et le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi, il ne faut pas faire "une confusion entre le port du nom dans la vie familiale et sociale, plus exactement même dans le statut matrimonial, et l'usage particulier auquel est attachée la nécessité de la continuation du port du même nom parce que dans sa vie professionnelle (...) la femme s'est fait connaître en se faisant imprudemment un nom qui est celui de son ex-mari" (331). En effet, il nous semble que la femme qui a acquis pendant le mariage une certaine notoriété professionnelle sous le nom de son ancien époux devrait, même si elle se remarie, pouvoir en conserver l'usage sur le plan professionnel (332), et cela parce que la fonction du nom est ici d'être une sorte d'emblème, c'est-à-dire un signe de ralliement - mais de nature essentiellement morale - de la clientèle (333).

b) Maintien éventuel de l'usage du nom et qualité de professionnel.

Dans les autres cas, c'est-à-dire en cas de divorce pour rupture de la vie commune demandé par la femme (334), de divorce pour faute, de divorce sur double aveu et de divorce sur demande conjointe, la femme, sur le fondement de l'a. 264 al. 3 C. civ. (335), a la possibilité de conserver, dans le cadre de l'exercice de sa profession, l'usage du nom de son ancien mari, mais à la condition qu'elle obtienne, soit l'accord de celui-ci, soit

(330) V. not., pour ce qui est du droit d'usage en vertu de l'a. 264 al. 2 C. civ., A. Bénabent, art. préc., n° 50.

(331) R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. Rev. trim. dr. civ. 1981, 625.

(332) V. not. dans le même sens R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. préc., Rev. trim. dr. civ. 1981, 625 ; Cl. Colombet, J. Foyer, D. Huet-Weiller et Cath. Labrusse-Riou, op. cit., 312 ; A. Veill et Fr. Terré, op. cit., n° 45, p. 57.

(333) Pas plus d'ailleurs, et a fortiori, que le concubinage notoire ne saurait faire perdre à la femme divorcée son droit d'usage sur le nom de son ex-mari.

(334) Cf. à ce propos, I^o Partie, B.

(335) Sous l'empire du droit antérieur - et hormis quelques décisions de cours d'appel ayant accueilli favorablement la demande de la femme qui soutenait que le nom de son ex-mari était devenu un nom commercial et une marque commerciale du fonds de commerce qu'elle avait fondé avec l'assentiment de son mari en reconnaissant que la femme était propriétaire du fonds de commerce, celle-ci avait effectivement le droit de conserver, après le divorce, le nom qui signalait l'existence de ce fonds de commerce au public (v. en ce sens Bordeaux 3 décembre 1906, D.P. 1907.2.73 ; Paris 2 décembre 1960, aff. Lefort, J.C.P. 1960.II.11881, décision qui fut d'ailleurs censurée par la Cour suprême, Civ. 13 octobre 1964, aff. Lefort, J.C.P. 1964.II.13891 ; Bordeaux 14 juin 1973, D.S. 1974, 166), mais décisions qui se plaçaient toutes, assez inopportunément, sur le terrain du droit commercial et qui considéraient que le nom de l'ex-mari était devenu un élément du patrimoine de la femme, soit en tant "qu'enseigne commerciale, détachée du nom patronymique et devenue un élément du fonds de commerce", soit en tant que "marque de fabrique constituant ... un support publicitaire" (Bordeaux 14 juin 1973, D.S. 1974, 167) - il fut décidé par la Cour de Paris, dans un arrêt du 4 juillet 1956, que lorsque la femme, à la suite d'une longue tolérance a pu croire légitimement qu'elle pouvait continuer à exercer sa profession de médecin sous le nom de son ancien époux et que sa clientèle est habituée à la voir pratiquer la profession médicale sous ce nom, il convient de lui accorder le délai de deux ans, qu'elle demandait, pour exécuter la décision qui lui fait défense de porter le nom de son ex-conjoint (D. 1956, 668).

l'autorisation du juge, et, en ce dernier cas, qu'elle puisse justifier devant celui-ci qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle. La finalité particulière de l'usage du nom de l'ex-conjoint, ici plus encore que précédemment, entraîne, bien évidemment, un certain nombre de conséquences spécifiques...

Ainsi, en ce qui concerne les conditions du maintien de l'usage du nom (336), et tout particulièrement dans l'hypothèse du maintien judiciaire, est-il naturel et logique que le maintien soit subordonné à la double condition que le nom du mari ait été utilisé par la femme pendant le mariage dans l'exercice de sa profession et que par ses activités professionnelles la femme ait donné à ce nom une certaine notoriété vis-à-vis de la clientèle (337), étant précisé qu'au cas où la profession des deux anciens conjoints serait la même, il est évident que la confusion doit être évitée par l'injonction faite à la femme d'ajouter un signe distinctif, tel le prénom par exemple. Il est à noter que lorsque la femme s'est fait connaître sous le nom de son ancien mari dans une profession artisanale, commerciale ou libérale - ainsi d'ailleurs que dans une profession "artistique", lorsque la femme, par ignorance ou par méfiance, a fondé sa demande sur les dispositions de l'a. 264 al. 3 C. civ. - les tribunaux accordent toujours à celle-ci l'autorisation de continuer à user, dans le cadre professionnel, du nom de son ancien époux (338).

De même, en ce qui concerne le régime juridique proprement dit du droit d'usage sur le nom de l'ex-mari, est-il possible, en considération de ce que le nom joue ici aussi une sorte de rôle d'emblème, de formuler les observations suivantes (339). Au plan de ses caractères, tout d'abord, il importe de souligner qu'étant un droit subjectif extrapatrimonial, c'est-à-dire un droit dont la finalité est d'assurer la protection d'intérêts principalement moraux, ce droit d'usage est, notamment, intransmissible entre vifs et insusceptible de renonciation, car, ainsi que nous l'avons déjà souligné, il est de règle en droit français que le titulaire d'un droit de la personnalité ne peut disposer d'un mode de protection de ses intérêts moraux. Au plan des limites de ce droit d'usage, ensuite, on peut relever que celui-ci ayant principalement pour fin d'assurer la protection de l'intérêt moral qu'a la femme à perpétuer la notoriété professionnelle qu'elle s'est acquise pendant le mariage vis-à-vis de la clientèle, il y aurait abus de droit non seulement si celle-ci usait du nom de son ancien conjoint à des fins de concurrence

(336) Pour les règles générales, communes par conséquent à la fonction d'évocation et à la fonction de perpétuation, v. supra les développements consacrés, respectivement, au maintien conventionnel et au maintien judiciaire. 1^o Partie, B, a et b.

(337) N'entre donc pas dans le domaine de la question ici envisagée -où il faut qu'il y ait non seulement activités professionnelles, mais également notoriété professionnelle vis-à-vis de la clientèle- le cas dans lequel la femme est connue, sous le nom de son ex-mari, simplement de son employeur et de ses collègues de travail. En effet, il ne s'agit alors que de rapports sociaux, à l'occasion d'activités professionnelles. Et rien d'autre.

(338) V. à ce propos les décisions citées par le Professeur Bénabent (art. préc., Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55, n^o 72) : Paris 30 octobre 1976, Juris-Data, n. 0491, pour une femme journaliste ; Paris 1^o juin 1978, Juris-Data, n. 0196, pour une infirmière ; Paris 9 juin 1978, Juris-Data, n. 0649, pour une avocate ; Paris 13 novembre 1978, Juris-data, n. 0711, pour une infirmière ; Paris 28 novembre 1979, Juris-Data, n. 0688, pour une journaliste ; Paris 7 janvier 1980, Juris-Data, n. 0001, pour une femme médecin.

(339) Pour les règles générales, ainsi que le détail, v. également supra, 1^o Partie, B, a et b.

dans une profession libérale, commerciale ou artisanale, alors qu'il s'agit d'un nom connu ou historique (340), mais également, et bien évidemment, si elle continuait d'utiliser le nom de son ancien conjoint dans la vie courante, notamment dans le cadre de ses rapports mondains (341). Mais étant donné que le maintien de l'usage du nom de l'ex-mari est justifié par un intérêt d'ordre professionnel, il nous semble que l'ex-mari, ou la famille de celui-ci, pourrait demander la cessation de l'utilisation abusive, mais certainement pas la suppression totale du droit d'usage lui-même, c'est-à-dire la révocation judiciaire de ce droit d'usage. Eu égard aux intérêts en cause et au rôle particulier joué ici par le nom, il nous semble en effet que la sanction, outre ses conséquences extrêmement dommageables, serait tout à fait disproportionnée par rapport à la faute. Au plan de l'extinction de ce droit d'usage, enfin, il ne nous paraît pas possible, comme nous l'avons dit précédemment, de partager l'opinion de ceux qui considèrent qu'en cas de remariage de la femme, celle-ci, conformément au droit commun, perd automatiquement tout droit d'usage sur le nom de son ex-mari (342). En effet, ainsi qu'on l'a très justement souligné, mais dans un autre domaine : celui de la loi du 11 mars 1957, "ce n'est pas la qualité de femme divorcée qui a fait conférer la prérogative, mais c'est l'ennui ou l'inconvénient qu'il y aurait à changer de nom" (343). Or, si c'est la qualité de professionnel d'un certain renom qui a fait conférer le droit d'usage, il est logique que la femme qui se remarie en conserve le bénéfice dès lors qu'elle conserve ses activités professionnelles (344). L'intérêt demeurant, le droit d'usage doit demeurer. Seule donc la cessation des activités professionnelles doit entraîner l'extinction dudit droit d'usage sur le nom de l'ex-mari, concédé conventionnellement ou judiciairement en considération de la qualité de professionnel acquise sous ce nom, pendant le mariage, par la femme.

Conclusion. Que le problème du maintien de l'usage du nom des époux divorcés ait été réglé par le législateur de 1975 avec "légèreté", voire "inconséquence" (345), cette étude le démontre surabondamment. Comme nous venons de le voir, ce maintien possède en réalité deux fonctions totalement différentes, dont l'une vise à suggérer une situation fictive, donc discutable dans son principe même, et dont l'autre tend à perpétuer une situation réelle, digne par conséquent d'être prise en considération. Par ailleurs, au sein de cette dernière fonction, la finalité de la protection, comme le législateur ne l'a pas vu, est loin d'être indifférente...

(340) V. dans le même sens A. Bénabent, art. préc., *Jurisclasseur civil, Divorce, Fasc. 55*, n° 52.

(341) Ou toute autre utilisation sortant du cadre imparti à l'usage par la convention avec le mari ou par l'autorisation judiciaire.

(342) Cf. A. Bénabent, art. préc., n° 62 et 78.

(343) R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. sur T.G.J. de Paris, aff. de Wangen, *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 625.

(344) V. not. dans le même sens R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. préc., *Rev. trim. dr. civ.* 1981, 625 ; Cl. Colombet, J/ Foyer, D. Huet-Weiller et Cath. Labrusse-Riou, op. cit., p. 312 ; A. Weill et Fr. Terré, op. cit., n° 45, p. 57.

(345) R. Lindon et Ph. Bertin, op. cit., 1976, n° 317, p. 95.

Il est vrai que les dispositions qui régissent la matière, ainsi que le soulignent le Doyen Nerson et le Professeur Jacqueline Rubellin-Devichi (346), doivent être essentiellement considérées comme des "dispositions implicitement transitoires" (347).

Mais, à défaut d'une révision générale qui ne s'impose pas, serait à tout le moins souhaitable qu'intervienne une disposition légale, de type incitatif (348), invitant les conjoints - la femme et l'homme - lorsqu'ils entendent se faire connaître du public ou de la clientèle, à le faire en utilisant exclusivement leur propre nom patronymique. Lorsque les actions et les oeuvres, signes de grandeur ou de bassesse, se sont effacées, le nom de l'individu, ce "raccourci hallucinant de toute une personnalité" (349), ne reste-t-il pas, en effet, le tout dernier réduit où puisse se retrancher encore "la seule immortalité" (350), à tout le moins terrestre, qui soit à la portée d'un être humain... !

Février 1986

(346) R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, observ. préc., Rev. trim. dr. civ. 1981, 621.

(347) Expression employée par M. le Doyen Carbonnier à propos de certains textes relatifs aux régimes matrimoniaux (Essais sur les lois, p. 48).

(348) Cf. à ce propos D. Huet-Weiller, op. cit., 1979, p. 55.

(349) M. Gobert, chron. préc., J.C.P. 1980.I.2966, n° 3.

(350) M. Gobert, chron. préc., n° 20. Comp. P. Ariès, "L'homme devant la mort", éd. du Seuil, 1975, p. 607.

ESSAI SUR LA PENSÉE POLITIQUE DE CATON L'ANCIEN

Par Antoine LECA

Assistant à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

La pensée politique romaine ne jouit pas d'un prestige considérable parmi les Historiens des Idées Politiques. L'opinion la plus couramment répandue à son sujet consiste à dire que les conceptions qu'elle véhicule sont, le plus souvent, "grêles et limitées" (1) et que les plus achevées sont d'inspiration hellénique (2).

Aussi bien, elle aurait véritablement débuté, pour les uns, avec "un Grec" conquis et romanisé : Polybe" (3) et pour les autres, avec un orateur romain hellénisé : Cicéron (4). Une thèse récente a toutefois démontré que ces deux hommes avaient eu un inspirateur commun en la personne de Caton l'Ancien (5).

Or, du "Senex", il est peu question dans les ouvrages d'Histoire des Idées Politiques (6). Tout s'est passé comme si le jugement sévère et partiel que portait contre lui Mommsen en 1854 avait paralysé toute recherche idéologique sur la pensée catonienne. Il semblerait pourtant que "le rude paysan de la Sabine" (7) mériterait mieux que d'être présenté comme un simple "aboyeur" à l'esprit étroit (8), dépourvu de pensée politique (9) et de larges vues d'Homme d'Etat (10).

(1) "Histoire des Idées Politiques", M. Prélot et G. Lescuyer, Dalloz, Paris, 1977, p. 112.

(2) "Ce n'est que comme un reflet de la lumière grecque que nous apparaît la pensée romaine en matière politique" (ibid. p. 113). Il faut "attendre la fin de la République pour que, sur le plan des doctrines politiques, des systèmes d'ensemble inspirés par les conceptions grecques commencent à voir le jour" ("Histoire des Idées Politiques", J. Touchard, t. I, Paris, P.U.F., 1978, p. 63).

(3) "Histoire des Idées Politiques", M. Prélot, G. Lescuyer, op. cit., p. 113.

(4) "Il faut attendre Cicéron pour que des doctrines politiques soient l'objet d'une expression organisée" ("Histoire des Idées Politiques", J. Touchard, op. cit., p. 61).

(5) "Les idées romaines sur le Progrès d'après les écrivains de la République", t.I, Antoinette Novara, "Les Belles Lettres", Paris, 1982, p. 107 à 119.

(6) Celui de MM. Prélot et Lescuyer ne le mentionne pas et renvoie à l'ouvrage de M. Nicolet sur "Les idées politiques à Rome sous la République" (op. cit. p. 112) qui s'étend peu sur Caton ("Les idées politiques à Rome sous la République", A. Colin, Paris, 1964, p. 24 et 83 et s.) et le manuel rédigé sous la direction de M. Touchard ne consacre qu'un paragraphe au "siècle des Scipions" (op. cit., p. 65 à 69) dont une vingtaine de lignes à l'orateur latin (ibid. p. 65). Quant à la bibliographie qui l'accompagne, elle est extrêmement succincte et ne comporte aucun ouvrage ou article spécialisé sur Caton.

(7) "Histoire Romaine", T. Mommsen, ed. abrégé, "Les Grands Monuments de l'Histoire", Tours, 1970, p. 33 et éd. intégrale, t. I, Paris, 1985, p. 601.

(8) "Histoire Romaine", ed. intégrale, op. cit., p. 602.

(9) ibid. p. 606.

(10) ibid. p. 602.

C'est du moins ce que cet article souhaiterait démontrer.

Il serait certainement vain de prétendre présenter la pensée politique de Caton sans opérer un retour en arrière sur le personnage et le contexte de son époque et ceux-ci nous sont relativement bien connus (11).

Marcus Porcius Priscus, qui fut plus tard appelé Caton (12), est né en 234 (13) à Tusculum (14), un municiple situé à 17 milles à l'Est de Rome (15) en Pays Sabin, dont sa famille, paysanne et modeste (16), était originaire (17).

(11) Ses biographies tout d'abord sont assez nombreuses, encore que plusieurs d'entre elles aient été perdues.

Si l'on met de côté l'"*Oratio dierum dictarum de consulatu suo*" de Caton lui-même, qui est limité à son Consulat, comme l'indique son titre, la plus ancienne serait celle de Cornelius Nepos qui a disparue mais à laquelle l'auteur s'est référé dans son "*De latinis historicis*", qui comporte une "Vie de Caton". Celle-ci n'est sans doute qu'un résumé de son ouvrage précédent. Sa valeur historique et littéraire est pour le moins médiocre. T. Pomponius Atticus, qui s'intéressait vivement à Caton et était en relation avec Cornelius Nepos, a dû consacrer de larges passages de son "*Liber Annalis*" au "*Senex*", dont son ami Cicéron a dû s'inspirer, mais ils ne nous sont pas parvenus.

En revanche, le "*Cato Maior*" de l'Arpinate nous est parfaitement connu, mais c'est une biographie embellie et adoucie. Certes, l'oeuvre a un fondement historique, cependant, c'est d'abord une "évocation patriotique" destinée à servir les objectifs de Cicéron. Au demeurant, ce dernier n'a nullement dissimulé à ses lecteurs qu'il avait prêté à l'Ancien ses propres sentiments ("*Lael*", 4 et "*Cato Maior*", 3).

Les précieux renseignements que Tite-Live nous fournit sur Caton, dans ses "*Histoires*", sont, quant à eux, des plus utiles, mais il leur arrive de manquer parfois de précision.

Reste la "Vie de Marcus Caton" de Plutarque qui a été maintes fois utilisée. Toutefois, son auteur écrivait environ trois siècles après les événements et il n'était point Romain. En outre, l'érudition allemande du siècle dernier, avec Soltau, Münzer ou Beloch et, en France, des Historiens comme Alfred Croizet ont souligné les graves inexactitudes, voire la modestie des recherches de Plutarque dans ses oeuvres historiques, ce qui est plus contestable, car sa documentation a été variée et étendue. En revanche, diverses observations et plusieurs jugements de valeur négatifs traduisent une certaine malveillance envers Caton.

Jusqu'au début du XX^e siècle, ces auteurs anciens étaient les seules références possibles sur la vie de l'Ancien, mais, depuis, en Allemagne et surtout en Italie, depuis Fraccaro, plusieurs biographies d'intérêt assez inégal se sont succédées ("*Sulla biografia di Catone Maggiore fino al consolato, e le sue fonti*" dans "*Atti e Memoriae della A.*", Accademia virgiliana di Mantova, P. Fraccaro, 1910, p. 100 et s. ; "*Le Fonti per il consolato di Catone*", P. Fraccaro, dans "*Studi Storici per l'Antichità classica*", 1910, p. 162 et s. ; "*Ricerche Storiche e letterarie sulla censura di 184-183*", P. Fraccaro, dans "*Studi Storici per l'Antichità classica*", 1911, p. 83 et s. ; "*Catone il Censore in Tito-Livio*", P. Fraccaro; dans "*Studi Liviani*", 1934 ; "*Cato Maior*", E. V. Marmorale ; 2^eéd., Bari, 1949 ; "*Catone Censore, la vita e la fortuna*", F. Della Corte, torino, 1949 ; "*Cato der Zensor : Seine Persönlichkeit und seine Zeit*", D. Kienast, 1954).

(12) Selon Plutarque "les Romains appellent un homme sage et qui a beaucoup vu, Caton" ("*Vies des hommes illustres*", op. cit., p. 752), "catus" signifiant prudent, rusé (ibid., p. 1217).

(13) "*Caton l'Ancien - de la Vieillesse*", op. cit., p. 15.

(14) "*Vies des Hommes illustres*", op. cit., p. 751.

(15) "*De l'Agriculture*", Caton, "Les Belles Lettres", Paris, 1975, Introduction de R. Goujard, p. VIII.

(16) "*La civilisation romaine*", P. Grimal, Arthaud, Paris, 1960, p. 211.

(17) "*Vies des Hommes illustres*", op. cit., p. 751.

Il est difficile de dire avec certitude si celle-ci était sabine de souche ou si elle descendait de colons romains anciennement établis sur le territoire (18). Certains auteurs penchent pour la première hypothèse (19), que d'autres contestent implicitement ou explicitement (20), sans jamais apporter d'argument décisif. La question n'a rien de récent car on en parlait déjà au temps de Caton, que ses ennemis avaient souvent accusé d'être d'origine pérégrine, comme l'a indiqué Cicéron (21). Elle intéresse davantage les biographes que les autres Historiens, qui retiendront que Caton se sentait profondément romain, tout comme d'ailleurs Cicéron, originaire d'Arpinum, un municipe situé en pays volsque (22). A supposer que l'ancien ait été de souche sabine, il faut souligner que les relations romano-sabiennes sont fort anciennes : le ralliement et l'installation à Rome d'Attus Clausus et d'autres puissants chefs sabins, accompagnés de leur clientèle, remonte à 504 avant J.-C. (23) et, à cette époque, si l'on en croit le patricien Eufetius, l'Urbs était déjà fort métissée (24). L'octroi du droit de cité aux habitants de Tusculum si fit vers 380 (25). L'annexion du reste de la sabine remonte à 290 (26) et le pays dû se romaniser assez vite : il reçut le droit de suffrage dès 268, le droit de cité dès 265 et donna à Rome de nombreux hommes politiques depuis M. Curius Dentatus, qui accéda au Censorat à cette période (27). Mommsen précise en outre qu'il abandonna assez vite son "dialecte" pour adopter le latin (28). Aussi bien, à l'époque de Caton, le pays sabin pouvait-il être considéré comme Romain.

(18) "Cato Tusculanus and the Capitoline fasti", A. E. Astin, "The Journal of Roman Studies", vol. LXII, 1972, p. 20-21.

(19) "Römische Adelsparteien und adelsfamilien", F. Münzer, 194, n. I ; "Inscriptiones Italiae", A. Degraffi, XIII, i ; "Fasti Consulares et Triumphales", 21 f ; "Roman Politics 220-150 B.C.", Oxford, 1951, 2^e éd., 1973, p. III ; "Opuscula", P. Fraccaro, I, p. 169 ; "The voting districts of the roman Republic", L. R. Taylor, p. 248.

(20) "Cato Maior", E. V. Marmorale, op. cit., p. 29 ; "Cato der Zensor", D. Kienast, op. cit., p. 29 ; "Catone Censore", F. Della Corte, op. cit., éd. de 1969, p. II.

(21) "Pro Sulla", XXIII.

(22) "Cicéron", P. Grimal, P.U.F., Paris, 1984, p. 9.

(23) "Clientela : Essai sur l'influence des rapports de la clientèle sur la vie politique romaine", N. Rouland, thèse droit, Aix-en-Provence, 1977, p. 41.

(24) Denys d'Alicarnasse, III, 10, 4-5-6.

(25) En 380, selon Tite-Live (VI, 26, 28), mais des auteurs contemporains fournissent la date de 381 ("L'Italie primitive et les débuts de l'Impérialisme romain", L. Homo, Albin-Michel, Paris, 1953, p. 262 ; "Municipium et Civitas sine suffragio - L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale", M. Humbert, Ecole Française de Rome, Palais Farnese, 1978, p. 419.

(26) "Histoire de Rome", A. Piganiol, P.U.F., Paris, 1962, p. 77.

(27) "La conquête romaine", A. Piganiol, Peuples et Civilisations, t. III, P.U.F., Paris, 1967, p. 212-213.

(28) "Histoire Romaine", op. cit., p. 254-334.

C'est là, dans la propriété héritée de son père, que le jeune Marcus Porcius passa ses premières années (29) et reçut une éducation latine traditionnelle, bien conforme aux usages du pays. S'il est vrai que les paysages d'enfance, sont "le port d'attache de toute pensée" (Paul Valéry), l'endroit où Caton grandit dut façonner sa pensée et sa sensibilité. Le pays était en effet fort rude. La ferme de Manus Curius Dentatus, qui fut en son temps un modèle d'austérité et de patriotisme (30) n'était pas très éloignée de la propriété familiale et on peut supposer que Caton en entendit parler de bonne heure. Toujours est-il que, par la suite, il en fit un de ses modèles (31) qu'il se plaisait à citer (32) et, toute sa vie, suivant l'exemple de Manus Curius, il s'efforça de continuer à vivre dans une maison modeste et de cultiver ses terres (33). Mais, pour l'heure, la seconde guerre punique allait l'arracher à sa Sabine natale.

Caton, selon nombre de témoignage, dont le sien, fit sa première campagne à l'âge de dix-sept ans, en 217 (34), alors que l'armée d'Hannibal était déjà maîtresse du nord de l'Italie. Dès cette époque, la simplicité et la sobriété de son comportement sont attestés (35) et on peut supposer que la défaite du Consul Caius Flaminius près du lac de Trasimène, la menace mortelle sur Rome, la nomination au poste de dictateur de Fabius Maximus, qui incarnait déjà l'idéal vieux-romain et conservateur (36), ainsi que les premiers conflits entre ce dernier et Scipion, marquèrent profondément le jeune Caton. Selon Plutarque, c'est à la faveur d'un retour en Sabine, où il exerçait comme avocat (37), qu'il entra en relation avec Valerius Flaccus, lui-même représentant du "parti conservateur" (38), qui le poussa à aller à Rome et à briguer le poste de tribun militaire. Il est évident que le candidat Caton, avec sa clientèle modeste (39) n'aurait eu aucune chance d'être élu sans l'appui de Valerius Flaccus (40). En 214,

(29) "De Latinis Historicis", XXIV, 1, in "Oeuvres", Cornelius Nepos, op. cit., p. 146-147 "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 751.

(30) "De l'Agriculture", Introduction de R. Goujard, op. cit., p. XXIII.

(31) "Cato Maior", Cicéron, 55 ; "Cat.", Plutarque, 2, 1, 3.

(32) "Opuscula", P. Fraccaro, op. cit., p. 48.

(33) "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 753-754.

(34) "Oeuvres", Cornelius Nepos, op. cit., "Caton l'ancien - De la Vieillesse", op. cit., p. 16 ; "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 753, "De l'agriculture", Introduction de R. Goujard, op. cit., p. IX.

(35) "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 753.

(36) "Histoire romaine", op. cit., p. 443.

(37) "De la République", Cicéron, III, 28 ; "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 755 ; "Scipio Africanus : soldier and politician", H. H. Scullard, Bristol, 1970, p. 186-187 ; "Roman Politics", op. cit., p. 17 ; "Clientela", op. cit., p. 422-423.

(38) "Histoire romaine", op. cit., p. 601.

(39) Elle le demeura toujours (cf. "Faits et dits mémorables", Valère-Maxime, II, 10, 8).

(40) La remarque est valable pour toute la carrière politique de Caton, jusqu'en 184 (cf. "M. Porcius Cato Censoris", M. Gelzer, P.W.R.E., 43, 1953, col. 109 ; "Scipio Africanus", H. H. Scullard, op. cit., p. 187 ; "Roman Politics", H. H. Scullard, op. cit., p. 17 ; "Clientela", op. cit., p. 422-423). En effet, peu après leur censure, en 180, Valerius Flaccus mourut (cf. "De l'Agriculture", Introd. de R. Goujard, op. cit., p. XIX). Après cette date, Caton n'occupa plus jamais de fonction électorale.

on peut donc établir comme sûre son adhésion au camp conservateur. A cette date, il devint en effet tribun militaire en Sicile, où les romains venaient de se défendre vaillamment contre les Carthaginois.

Il quitta l'île vers 211, semble-t-il (41), après avoir peut-être étudié le Grec (42) et participé à la bataille de Métaure en 207 (43). A cette date, il reprit sa carrière politique et se posa en disciple, "en digne miroir" (44) de Fabius Maximus, non par opportunisme, mais par conviction profonde, comme le souligne Plutarque (45). Fort de cet appui, il accéda à la questure, en 205, selon Cornélius Népos, en 204 d'après Cicéron et Tite-Live (46). Dès cette époque, et plus encore lorsqu'il fut dépêché en Afrique comme surintendant des Finances, il se heurta à Scipion l'Africain (47) auquel il reprochait son train de vie fastueux et il chercha vainement à susciter une mission d'enquête contre lui, avec l'aide du "Temporisateur" (48). Malgré cet échec, Caton avait désormais acquis une stature politique suffisante pour prendre la tête du "parti traditionaliste" (49) avec Valerius Flaccus (50), après le décès de Fabius Maximus en 203 (51). Son accession à la préture en Sardaigne, en 198 (52), en est une autre illustration. Il s'y employa à lutter contre les usuriers (53) et la corruption ambiante (54). De même, en 195, consul en Espagne, une de ses premières mesures fut d'interdire aux adjudicataires de s'occuper du ravitaillement des troupes (55) afin de mettre un terme aux abus des "mercatores" (56). Afin de ne pas donner à Scipion une nouvelle occasion d'accroître son influence, il obtint d'être désigné à la place de l'Africain pour conduire les opérations de pacification dans la péninsule et, lors de son retour victorieux, il se vanta de n'avoir conservé pour lui, sur les sommes dépensées, "que ce

(41) "Cato Maior", E.V. Marmorale, op. cit., p. 751 ; "De l'Agriculture", Introd. de R. Goujard, op. cit., p. IX.

(42) "Cato Maior", op. cit., p. 751.

(43) "Oeuvres", Cornelius Nepos, op. cit., XXIV, I ; "Caton l'ancien - De la Vieillesse", op. cit., p. 16, "De l'Agriculture", Introd. de R. Goujard, op. cit., p. IX.

(44) "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 756.

(45) *ibid.*, p. 756.

(46) "Caton l'ancien - de la Vieillesse", Introd. de P. Willeumier, op. cit., p. 17.

(47) "Vies des Hommes illustres", op. cit., p. 756.

(48) *ibid.*, p. 756-757, "Le siècle des Scipions", P. Grimal, Aubier-Montaigne, Paris, 1953, p. 179.

(49) "De l'Agriculture", Introd. de R. Goujard, op. cit., p. XIII.

(50) *ibid.*, p. XIII.

(51) "Vie des Hommes Illustres", op. cit., p. 379.

(52) "Caton l'ancien - De la Vieillesse", Introd. de P. Willeumier, op. cit., p. 17.

(53) Tite-Live, XXIII, 27.

(54) "Histoire Romaine", op. cit., p. 593.

(55) Tite-Live, XXIV, 9.

(56) "L'idée nationale dans la Rome Antique", A. Leca, Actes du Congrès de Lyon, P.U.A.M., 1986, p. 189.

qu'il avait mangé et bu" (57), en sous-entendant que son adversaire n'avait pas fait de même. En 189, il revint à la charge contre les Scipions en poussant deux tribuns de la plèbe à réclamer à L. Scipion la somme de 50 talents qu'il aurait reçue d'Antiochus, roi de Syrie, ce qui indigna l'Africain, qui eut le geste célèbre de se faire porter les livres de comptes de son frère et de les déchirer publiquement en protestant que l'on pût réclamer une somme conquise sur l'ennemi à l'homme qui avait donné la victoire à Rome (58). L'affaire n'alla pas très loin malgré l'insistance des Tribuns, car L. Scipion, loin de s'être enrichi au cours de la campagne, n'aurait même pas pu payer l'amende encourue (59), mais elle écoeura assez l'Africain pour le décider à se retirer de la vie politique et à s'exiler à Litterne, où il mourut quelques années plus tard (60). En revanche, les accusations, directes cette fois, lancées par le même Caton contre Acilius Glabrio, alors candidat à la censure, causèrent un véritable scandale public. Il lui reprochait d'avoir soustrait une partie du butin contre Antiochus (61). Or, à l'époque des faits incriminés, en 191, Caton était "legatus" et Acilius Glabrio, son chef hiérarchique (62). La mentalité romaine, imprégnée de clientélisme, voulait qu'un subordonné soit lié à son chef par des liens quasiment religieux qui excluaient que celui-là puisse témoigner en justice contre celui-ci (63). Aussi l'écho du procès fut tel que Caton, alors candidat à la questure, ne pût être élu (64) mais, discrédité par les accusations de celui-ci, Acilius Glabrio n'accéda pas davantage au poste de censeur (65).

Avec l'appui de l'aristocratie rustique et de sa clientèle rurale, mais aussi, sans doute, grâce au scandale des Bacchanales, qui avait démontré aux Romains les dangers que comportait l'introduction des cultes étrangers dans l'Urbs, Caton prit sa revanche, lors de l'élection de 184, qui le vit accéder au Censorat, aux côtés de Valerius Flaccus (66), qui apparaissait désormais à ses côtés, moins comme le protecteur d'antan, que comme "une manière de caution bourgeoise" (67). Politiquement, cette

(57) **"Le siècle des Scipions"**, op. cit., p. 112.

(58) *ibid.*, p. 113.

(59) *ibid.*, p. 113. Mommsen en conclut que, de façon générale, Caton était prompt à l'accusation et "fort peu difficile à l'endroit de la preuve" (cf. **"Histoire Romaine"**, op. cit., p. 602).

(60) Tite-Live, XXXVIII, 50 ; **"I processi degli Scipioni"**, P. Fraccaro, "Studi storiche", 1911, p. 217 et s. ; **"Observations sur le procès des Scipions"**, Bloch, "Revue d'Etudes Anciennes", 1906, p. 93 et s.

(61) Tite-Live, XXVII, 57, 14 et s.

(62) Les "legati" étaient nommés par le Sénat pour surveiller les commandants d'armées, mais ils leur étaient juridiquement subordonnés (cf. **"Le siècle des Scipions"**, op. cit., p. 99).

(63) *ibid.*, p. 99.

(64) *ibid.*, p. 179.

(65) **"Clientela"**, op. cit., p. 433 à 472.

(66) **"Caton l'Ancien - De la Vieillesse"**, Introd. de P. Willeumier, op. cit., p. 17 ; **"Les idées romaines sur le Progrès"**, op. cit., p. 56 ; **"Le siècle des Scipions"**, op. cit., p. 113.

(67) **"De l'Agriculture"**, Introd. de R. Goujard, op. cit., p. X.

censure marqua à Rome "le triomphe du "mos maiorum" et du conservatisme le plus étroitement réactionnaire" (68). Elle fut "sinistre et âpre" pour la nouvelle aristocratie cosmopolite et hellénisante (69), car Caton ne ménagea pas les hommes les plus en vue (70). En dix-huit mois, sept nobles furent ainsi exclus du Sénat (71) et Lucius Scipion, l'Asiatique, se vit privé de son cheval (72). L'essentiel de la politique des deux censeurs pourrait être résumée en quelques idées-forces. En premier lieu, ce fut la lutte contre la décadence des mœurs (73). Caton raya un certain Manlius (74) ou Manilius (75) de la liste des sénateurs parce qu'il avait embrassé sa femme en public, en plein jour et devant sa fille (76). Il nota aussi d'infâmie Quinctius Flaminius, l'ancien lieutenant de Scipion l'Africain (77), qui s'adonnait à l'homosexualité (78) et avait commis divers crimes pour plaire à l'un de ses amants (79). Selon Caton, l'attrait malsain de la "luxuria" était un élément de cette décadence des mœurs (80), ce qui n'avait rien d'original, car la condamnation du luxe s'inscrit dans une longue tradition romaine, depuis la loi des XII Tables (81), jusqu'aux lois anti-usuraires et anti-somptuaires qui lui succédèrent (82) et qui avaient la faveur de Caton. En 195, il avait ainsi milité pour le maintien de la loi Oppia (83), qui défendait aux Romaines d'avoir plus d'une demi-once d'or, de porter des vêtements bigarrés, et de circuler en char à Rome et dans les autres villes (84), en reliant étroitement "luxuria", hellénisme et décadence,

(68) **"Le siècle des Scipions"**, op. cit., p. 113.

(69) Tite-Live, XXXIX, 44, l.

(70) "De Latinis Historicis", XXIV, 2, **"Oeuvres"**, Cornelius Nepos, op. cit., p. 148.

(71) **"Histoire de Rome"**, op. cit., p. 120.

(72) Tite-Live, XXXIX, 44.

(73) **"Histoire Romaine"**, op. cit., p. 602.

(74) **"Littérature Latine"**, J. Bayet, A. Colin, Paris, 1965, p. 69.

(75) **"Vie des Hommes Illustres"**, T. I, op. cit., p. 777.

(76) *ibid.*, p. 777 ; **"Le siècle des scipions"**, op. cit., p. 180.

(77) *ibid.*, p. 103, Tite-Live qui se referait au propre témoignage de Caton (XXXIX, 42, 43) et Plutarque ("Cat.", 17 et "Flam.", 18) ont relaté l'affaire de façon différente.

(78) A l'époque, elle n'était pas une infraction en tant que telle : en droit romain, il fallut attendre la loi Santinia pour que le coupable d'homosexualité soit passible d'une condamnation pénale, en l'espèce, 10 000 sesterces (cf. **"Le Pouvoir, les juges et les bourreaux"**, J. Imbert et G. Levasseur, hachette, Paris, 1972, p. 111).

(79) Tite-Live, XXXIX, 42-43, **"Vie des Hommes Illustres"**, op. cit., p. 775-776.

(80) "De Latinis Historicis", XXIV, 2, **"Oeuvres"**, Cornelius Nepos, op. cit., p. 148 ; **"Le siècle des Scipions"**, op. cit., p. 113.

(81) **"Les idées romaines sur le Progrès"**, op. cit., p. 56.

(82) **"L'idée Nationale dans la Rome Antique"**, op. cit., note 155.

(83) Tite-Live, XXXIV.

(84) *ibid.*, XXIV, l.

dans un discours demeuré célèbre (85) : il commença d'abord par insinuer que les femmes qui avaient publiquement manifesté en faveur de l'abrogation voulaient se parer d'or et de pourpre pour célébrer un culte étranger, celui de la Mère d'Ida en provenance de Phrygie (86), puis, remarqua, de façon générale que les influences hellénistiques corrompaient les vertus romaines : "nous avons franchi les espaces qui nous séparaient de la Grèce et de l'Asie, ces terres comblées de tous les attraits du plaisir et nos mains se sont portées sur les trésors des grands rois", mais ce n'est point une vraie victoire, "ma crainte, c'est que ses richesses ne s'emparent de nous, au lieu que nous nous emparions d'elles" (87). Et il conclut en exhortant ses compatriotes à revenir au "mos maiorum" et au culte des dieux romains (88). Dans la même perspective, sous son censorat, il taxa, selon Tite-Live, les parures, les vêtements féminins, les voitures estimées à plus de 15 000 as et les esclaves de moins de 20 ans, vendus 10 000 as et plus "postérieurement au dernier lustre" (89). De son côté, Plutarque indique qu'il taxa "les vêtements, les coches, les litières, les bagues et bijoux de femmes et les autres meubles et ustensiles de ménage qui avaient coûté plus de 15 000 "rachmes par pièce" (90). En second lieu, Caton combattit énergiquement pour restaurer l'idée d'intérêt public. Sa fameuse décision de faire couper les tuyaux par lesquels certains particuliers détournaient l'eau des fontaines publiques pour leurs logis et leurs jardins (91) n'en fut qu'une illustration parmi bien d'autres. Beaucoup plus importante s'avéra en effet la politique qu'il conduisit en matière d'adjudication et de contrats publics. Avant lui, les marchands et les financiers avaient pris l'habitude, depuis la seconde guerre punique (92), de souscrire devant les censeurs des marchés de toute sorte fort avantageux pour leurs intérêts privés (93). Caton rompit avec ses pratiques et leur imposa des conditions draconiennes, mais le Sénat, qui lui était hostile, annula les contrats conclus par lui et les renouvela à des conditions avantageuses pour les "capitalistes" (94). Après sa censure, qui lui valut le surnom de "Censorius" par excellence, Caton comme le courant traditionaliste qu'il incarnait, retourna dans l'opposition et ne put même pas empêcher l'élection au Censorat de Marcus Fulvius

(85) Selon F. Della Corte, "le discours est un produit de l'imagination de Tite-Live" ("**Caton Censeur**", op. cit., p. 208), mais il semblerait plutôt qu'il faille trancher en faveur d'une certaine authenticité, même si Tite-Live l'a lui-même rédigé en s'inspirant d'éléments empruntés à des discours ultérieurs de Caton (cf. "**Cato in der vierten und fünften Dekades Livius**", H. Traenkle, Mainz, 1971, p. 11 ; "**Les idées romaines sur le Progrès**", op. cit., p. 60).

(86) Tite-Live, XXIV, 3, La "Pierre noire", symbole de Cybèle, "Mère des dieux", "Grande Mère de l'Ida", avait été amenée à Rome en 204. Ce fut la première divinité proprement orientale à bénéficier d'un tel honneur (cf. "**Rome et son Empire**", op. cit., p. 191).

(87) Tite-Live, XXXIV, 4.

(88) *ibid.*, XXXIV, 4.

(89) *ibid.*, XXXIX, 44.

(90) "**Vies des Hommes Illustres**", op. cit., p. 777.

(91) *ibid.*, p. 778.

(92) "**Société et économie de la République Romaine**", L. Harmand, A. Colin, Paris, 1976, p. 91 et s.

(93) *ibid.*, p. 99.

(94) Tite-Live, XXXIX, 4.

(95) "**Roman Politics**", op. cit., p. 266-267.

Nobilior (95), son rival de 184 (96), qui incarnait les tendances impérialistes de la Gens (97).

Puis, avec la décennie des années soixante, l'aristocratie hellénisante et cosmopolite triompha définitivement (98). Et justement, à cette époque, l'activité politique de Caton se ralentit : en 15 ans, il ne prononça plus qu'une dizaine de discours, ce qui est peu, eu égard aux cent-cinquante mentionnés par Cicéron (99). Son activité littéraire dut en bénéficier : vers 168, les trois premiers livres de ses "Origines" ont dû certainement être achevés (100). Le livre IV pourrait avoir été écrit entre 168 et 163 (101) et, en toutes hypothèses, il peut être considéré comme acquis que l'oeuvre est antérieure aux "Histoires" de Polybe (102). De même, Caton dut reprendre, pour une rédaction définitive, les plus importants de ses discours (103), ce qu'on peut interpréter comme la volonté de prolonger l'action de sa parole dans l'espace et le temps (104), notamment en politique étrangère (105). Il a dû aussi vouloir recomposer son "De Agricultura" (106). Selon Plutarque, au soir de sa vie, Caton ne se borna pas à des activités littéraires. Il se lança également dans des achats fonciers (107) et, chose étonnante, dans la spéculation financière, puisqu'"il prêta son argent à usure, et encore à usure maritime, qui est la plus réprouvée et blâmée de toutes, parce qu'elle est plus excessive" (108). Il faut considérer cette affirmation avec précaution car Plutarque est le seul auteur ancien à l'avoir ainsi fournie (109). Mommsen lui-même, si peu favorable à Caton a rappelé qu'il était hostile au prêt d'argent et que "chez lui les actes ne demeuraient pas en arrière des paroles" (110). Il semblerait

(95) "Roman Politics", op. cit., p. 266-267.

(96) "Les idées romaines sur le Progrès", op. cit., p. 63.

(97) idib., p. 63.

(98) "Le siècle des Scipions", p. 141 et s.

(99) "Littérature latine", J. Bayet, op. cit., p. 74 ; "De l'Agriculture", Intr. de R. Goujard, op. cit., p. XX.

(100) "Catone Censore", op. cit., p. 153 à 155, "Polibio e la storiografia romana", D. Musti, "Entretiens sur l'Antiquité classique", t. XX, Vandoeuvres-Genève, 1974, p. 26 ; "Les Idées Romaines sur le Progrès", op. cit., p. 108.

(101) ibid., p. III.

(102) La rédaction de celles-ci a peut-être commencé à partir de 164 ("Les idées romaines sur le Progrès", op. cit., p. 113) ou à partir de 160 ("A History of Greek Literature", A. Lesky, London, 1966, p. 774) ou peut-être 147 ("A Historical commentary on Polybius", F.W. Walbank, t. I, Oxford, 1957, 2^e ed., 1970, p. 21).

(103) cf. dans ce sens : "Cato Maior", Cicéron, op. cit., 3 et "De l'Agriculture", Intr. de R. Goujard, op. cit., p. XX. En revanche, E. V. Marmorale pensait que le "Censorius" n'avait eu ni le temps, ni la patience de remanier ses discours (cf. "Cato Maior", éd. de 1949, op. cit., p. 200).

(104) "La littérature latine", P. Grimal, P.U.F., Paris, 1982, p. 34.

(105) "De l'Agriculture", Intr. de R. Goujard, op. cit., p. XXI.

(106) ibid., p. XXV.

(107) "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 783.

(108) ibid., p. 783-784.

(109) "De l'Agriculture", Intr. de R. Goujard, op. cit., p. VII.

(110) "Histoire Romaine", op. cit., p. 632.

donc que l'accusation du biographe grec repose sur une confusion ; le "nauticum foenus", le prêt maritime, auquel Caton a très bien pu se prêter, ne constituait en aucun cas un prêt à intérêt défendu par le "mos maiorum" et les lois romaines (111) puisqu'il s'apparentait davantage à une opération d'armement et d'affrètement (112). Qu'au plan des idées, ceci témoigne d'une certaine incohérence est indéniable et il faudra y revenir, mais on ne peut s'en servir pour suspecter l'intégrité de Caton. En outre, les toutes dernières années de la vie du "Senex" furent marquées par un certain regain d'activités publiques (113). Moins par conversion tardive à l'impérialisme que par crainte de la vitalité retrouvée de Carthage, il appela à la guerre contre la cité punique (114). Jusqu'à la fin, il conserva sa lucidité et son esprit mordant, comme en témoigne son discours sénatorial de 150 (115) et son ultime allocution, en 149 contre Sulpicius Galba (116). Puis, il s'éteignit dans le courant de l'année, âgé de 85 ans (117), laissant inachevé le livre VII de ses "Origines".

Ainsi s'achevait une longue vie, toute entière consacrée à la chose publique (118) et particulièrement controversée. Au cours de son existence, Caton fut ainsi accusé (et acquitté) quarante-quatre fois devant les tribunaux (119) et il fut en butte à plusieurs manœuvres de dénigrement, même posthume (120), ce qui n'a pas empêché la quasi-totalité des écrivains latins de célébrer ses dons exceptionnels, ses multiples compétences, militaires, administratives, agricoles ou littéraires (121), son intégrité, sa moralité et son patriotisme (122). Dans ces conditions, on peut légitime-

(111) *ibid.* p. 632 ; "Caton et les fonctions des esclaves", *op. cit.*, p. 188.

(112) "Histoire romaine", *op. cit.*, p. 632.

(113) "De l'Agriculture", *Intr.* de R. Goujard, *op. cit.*, p. XXI.

(114) "Vies des Hommes Illustres", *op. cit.*, p. 789-790.

(115) "De l'Agriculture", *Intr.* de R. Goujard, *op. cit.*, p. XXI-XXII.

(116) *ibid.*, p. XXII.

(117) "Brut.", 61, 80 et "Lael", II de Ciceron. La même information fut fournie par Pline (cf. "Vie des Hommes Illustres", *op. cit.*, note de G. Walter, p. 1217). En revanche Tite-Live (XXXIX, 40) et Plutarque ("Cat.", 15) l'on fait mourir nonogénaire sans fournir plus de détails.

(118) "Vie des Hommes Illustres", *op. cit.*, p. 788.

(119) "Caton l'Ancien", Ciceron, 15, 4, *N.H.*, Pline, 7, 100 ; "Vir. Illustr.", Plutarque, 47, 1 ; "Histoire Romaine", *op. cit.*, p. 602 ; "De l'Agriculture", *Intr.* de R. Goujard, *op. cit.*, p. XIX ; "Cato Tusculanus and the Capitoline Fasti", *op. cit.*, p. 21.

(120) "Cato Maior", E.V. Marmorale, *op. cit.*, p. 265 et s.

(121) Il fut "le premier grand prosateur latin" ("La Littérature latine", P. Grimal, *op. cit.*, p. 30 ; et le père de l'historiographie en langue latine ("La conquête romaine", *op. cit.*, p. 398 ; "Les idées romaines sur le Progrès", *op. cit.*, p. 76). En effet, les "Actions des Romains" de Fabius Pictor, rédigées semble-t-il pendant la deuxième guerre punique ("Le siècle des Scipions", *op. cit.*, p. 91) ont été écrites en grec, il est vrai qu'il s'agissait pour leur auteur, moins d'exorter les Romains à l'héroïsme, que "de défendre les principes et la position de Rome en politique internationale" ce qui nécessitait le recours à une langue susceptible de toucher un public plus large (cf. "Römische Politik bei Fabius Pictor", M. Gelzer, "Hermes", LXVIII (1933), p. 129-166).

(122) "De Orat.", 3, 33, 15 et "Brut", 85, 294 de Ciceron, "Cat.", III, 1 et "De Latinis Historicis", XXIV, 3 de Cornelius Nepos, Tite-Live, XXXIX, 40 ; Pline l'Ancien, 7, 100, 14, 44 ; Valère Maxime, 3, 7, 7 et Quintilien, 12, 11, 23, ... etc ...

ment penser que s'il n'avait pas été aussi un penseur politique du plus grand intérêt, il aurait tout de même laissé une place dans la postérité. Mais il serait injuste de laisser plus longtemps de côté l'originalité de son apport à la pensée politique antique et contemporaine : Caton est le père du traditionalisme et son traditionalisme revêt un aspect national, ce qui en fait un lointain précurseur du nationalisme, à supposer que ce terme anachronique puisse être adapté en l'espèce.

L'affirmation selon laquelle Caton peut-être considéré comme le père du Traditionalisme ne signifie pas qu'il est le premier auteur politique à avoir eu une inclination marquée pour le passé et les traditions, ce qui ne constituerait qu'une attitude, non une doctrine politique (123). Au regard de l'Histoire des Idées, le Traditionalisme n'est pas un simple état d'esprit c'est une "doctrine d'après laquelle on doit conserver les formes politiques et religieuses traditionnelles, lors même qu'on ne saurait les justifier intellectuellement, parce qu'on les considère comme l'expression légitime de la révélation spontanée des vrais besoins d'une société" (124). Le terme induit donc une préférence et la justification théorique systématique de cette préférence, ce qu'on retrouve chez Caton.

La faveur et la sympathie qu'il portait tout d'abord aux traditions et au passé de Rome sont bien connues. Toute sa vie, ils lui servirent de remparts face à ce qui lui apparaissait comme le déferlement du Mal.

Confronté à l'émergence à Rome d'une économie fondée sur la richesse, au III^e siècle et plus encore au lendemain de la seconde guerre punique, le "Senex" lui opposa une véritable défense et illustration de l'agriculture romaine (125), tant au point de vue économique que politique.

Au plan économique, le but de "De Agricultura" était de détourner les Romains du commerce et de la spéculation pour l'exploitation agricole (126). Cet objectif n'a pas été toujours judicieusement pesé par nombre de commentateurs. D'aucuns ont en effet analysé l'ouvrage comme un appel à l'enrichissement (127). Tel n'était pas le propos de Caton qui cherchait seulement à démontrer que, le commerce étant "périlleux", l'usure "déshonorante" (128), l'agriculture, en revanche, était une activité sûre et honorable et qu'elle pouvait être rentable en appliquant un certain nombre de recettes (129). Aurait-on voulu qu'il promette aux propriétaires

(123) MM. Prelot et Lescuyer ont évoqué "la personnalité (...) traditionaliste" d'Hippodame de Milet, antérieur de plusieurs siècles à Caton (cf. **"Histoire des Idées Politiques"**, op. cit., p. 31-32). Sur le "traditionalisme" grec, cf. **"Le Monde grec et l'Orient"**, E. Will, C. Mosse, P. Goukowski, t. 2, P.U.F., 1975, p. 191-201. "Les défenseurs de la Tradition : le thème de la Patrios Politeia".

(124) **"Vocabulaire technique et critique de la philosophie"**, Lalande, Paris, 1962, p. 1141.

(125) **"Histoire Romaine"**, op. cit., p. 601.

(126) **"De l'Agriculture"**, Intr. de R. Goujard, op. cit., p. XXXIX.

(127) **"Histoire Romaine"**, G. Bloch et J. Carcopino, II, p. 68 et s., **"Recherches sur les Agronomes latins"**, R. Martin, p. 85-87 ; **"Der Römische Gutsbetrieb ..."**, H. Gummerus, op. cit., p. 20.

(128) **"De l'Agriculture"**, I.

(129) *ibid.*, Intr. de R. Goujard, p. XXXIX ; **"Littérature latine"**, J. Bayet, op. cit., p. 76 ; **"Société et économie de la République romaine"**, op. cit., p. 69. Caton, selon Marx, s'interrogeait sur la manière la plus rentable de cultiver les terres, mais pour lui, la richesse n'était pas le but de la production ("Principes d'une critique de l'Economie Politique", in **"Oeuvres"**, t. 2, Gallimard, 1968, pp. 326-327).

terriens de s'appauvrir ? Ce n'est pas très sérieux. A aucun moment d'ailleurs, il ne leur fit miroiter des fortunes considérables. Tout au plus peut-on lui reprocher certaines des méthodes qu'il a préconisées, notamment sur l'utilisation des esclaves qui devaient travailler le plus possible, y compris les jours de pluie et lors des fêtes (130), la discipline de fer à laquelle il les soumettait (131) et la dureté, l'inhumanité générale qui se dégage des règles qu'il prônait pour leur alimentation, proportionnée à leurs fonctions (132) et à leur travail effectif, ce qui supposait la réduction des rations pour les malades (133). Mais il convient de replacer tout ceci dans une époque, un contexte qui reléguait l'esclave hors de l'humanité, au rang d'outil productif qu'on ne ménageait que pour des raisons de pure rentabilité (134).

Au point de vue strictement économique et agraire, qui n'entre pas directement dans notre propos, il n'est pas inutile de souligner que Caton s'est fortement inspiré des conceptions défendues par Xénophon dans l'"Economique" (135) par la suite, cet ouvrage a également fort intéressé Cicéron, qui l'a traduit en latin, Virgile, Pline l'ancien et Columelle, qui l'ont lu et utilisé (136). Au plan politique, l'idée-force qui sous-tendait le discours catonien sur l'agriculture était que cette activité était ancestrale et que "c'est des paysans que naissent les hommes les plus forts et les plus courageux" (137). Là encore, cette argumentation a été puisée chez les penseurs grecs, notamment Xénophon, qui estimait que la culture était aussi honorable que l'activité des armes (138). d'ailleurs selon lui, le travail de la terre endurcissait l'homme (139) et c'était les paysans qui faisaient les meilleurs guerriers (140).

C'est une leçon dont se souvinrent après lui Cicéron, Varron (141) et les Traditionalistes des XIX^e et XX^e siècles (142).

L'importance de l'apport catonien à ce courant d'idées ne saurait être niée, d'autant que d'un point de vue négatif, ses limites idéologiques

(130) **"De l'Agriculture"**, II, 4.

(131) **"Vies des Hommes Illustres"**, op. cit., p. 783 ; **"Caton et les fonctions des esclaves"**, op. cit., p. 193.

(132) **"De l'Agriculture"**, LXV, 56.

(133) *ibid.*, II, 4.

(134) *ibid.* VII, 2.

(135) **"Histoire des doctrines politiques à Rome"**, A. Michel, P.U.F., 1971, p. 15.

(136) **"Oeuvres complètes"**, Xénophon, t. 2, Garnier-Flammarion, 1967, p. 306.

(137) **Agric.**, 4. Le "Carmen de Moribus", dont nous connaissons peu de choses, aurait contenu un éloge de la simplicité, de la frugalité et du sain labeur des Anciens Romains (**Gell.**, II, 2).

(138) **"Economie"**, IV, 7.

(139) *ibid.*, IV, 4.

(140) *ibid.*, V, 7.

(141) **"L'idée nationale dans la Rome Antique"**, A. Leca, Actes du Colloque de Lyon, P.U.A.M., 1986, p. 189.

(142) Sur le thème de l'Agriculture et de la Terre chez les Traditionalistes français, cf. **"Histoire des Idées Politiques"**, t. II, J. Touchard, op. cit., p. 538 et 544.

se retrouvaient déjà dans la pensée du "Senex". En effet, "l'idéologie rurale" des Traditionalistes, qui induisait un certain "anti-capitalisme" (143) n'opposa jamais un contre-projet cohérent à l'économie fondée sur la richesse mobilière (144). Tel était déjà le cas chez Caton (145) et, sur ce point, l'analyse de Mommsen ne peut être écartée : celui-ci pensait que le "Censorius" n'avait jamais remonté "aux sources du mal social" (146), la nature capitaliste de l'économie (147) et qu'il avait surtout combattu des symptômes (148). La différence est très nette avec la pensée d'Aristote qui, en son temps, avait dégagé les causes économiques des maux sociaux, la Chrématis-tique, et leur avait opposé des remèdes, une "économie naturelle" (149). Sur d'autres points, la pensée de Caton s'avèra plus profonde.

Face à l'Hellénisation de Rome, qui menaçait de lui faire perdre son âme il appela à un retour aux coutumes romaines et s'opposa à la pénétration des influences grecques et étrangères (150). En littérature, et ce n'est qu'un exemple parmi d'autres, il prôna l'emploi du latin de préférence au Grec, un latin expurgé de termes étrangers (151). Il s'agissait là d'un choix conscient et non d'un réflexe obscurantiste. Contrairement à une légende tenace, qui remonte probablement à cicéron (152) et qui affirme que Caton aurait appris le Grec dans sa vieillesse (153), il semble bien que le "Censorius" l'ait appris beaucoup plus tôt, peut-être vers 211 (154), en tout cas avant de s'être élevé contre la menace linguistique que le Grec faisait courir au Latin. Dans un même ordre d'idées, le "Senex" combattit les tendances impérialistes de l'aristocratie cosmopolite et hellénisante (155) pour des raisons diverses (156) notamment parce que

(143) *ibid.*, p. 541 et 687.

(144) Cela fut également le cas en Allemagne sous le régime nazi, dont l'idéologie véhiculait des thèmes anti-urbains, anticapitalistes (cf. **"Hitler's Social revolution"**, D. Schoenbaum, Anchor, New-York, 1967, p. 152 et s. : **"The third Reich and Agriculture"**) et un véritable "credo paysan" (cf. **"L'art nazi"**, A. Guyot et P. Restellini, Complexe, Paris, 1983, p. 129-133 : "La paysannerie d'abord").

(145) cf. *infra* p. 107.

(146) **"Histoire Romaine"**, T. Mommsen, *op. cit.*, p. 602.

(147) *ibid.*, p. 631.

(148) *ibid.*, p. 602.

(149) **"Histoire des Idées Politiques"**, t. I, J. Touchard, *op. cit.*, p. 42-43.

(150) **"Histoire Romaine"**, *op. cit.*, p. 699 ; **"Histoire des Idées Politiques"**, t. I, J. Touchard, *op. cit.*, p. 65.

(151) cf. **"L'idée Nationale dans la Rome Antique"**, *op. cit.*

(152) **"Caton l'Ancien"**, I, 3.

(153) **"Littérature latine"**, J. Bayet, *op. cit.*, p. 27

(154) **"Cato Maior"**, E.V. Marmorale, *op. cit.*, p. 151 ; **"De l'Agriculture"**, Intr. de R. Goujard, *op. cit.*, p. IX.

(155) **"Caton l'Ancien - de la Vieillesse"**, Intr. de P. Wuilleumier, *op. cit.*, p. 19 ; **"Le siècle des Scipions"**, *op. cit.*, p. 114 ; **"Histoire romaine"**, *op. cit.*, p. 601.

(156) Deux d'entre elles ne furent pas négligeables : selon lui, Rome avait une vocation strictement italienne (**"Histoire Romaine"**, *op. cit.*, p. 601 ; **"Histoire des Idées Politiques"**, J. Touchard, *op. cit.*, p. 65) et chaque peuple avait droit à son territoire, comme les paysans à leurs champs, les Romains comme les étrangers (**"Le siècle des Scipions"**, *op. cit.*, p. 113-114).

les contacts entre les Romains et les populations hellénisées lui paraissaient susceptibles de corrompre les premiers (157). Sur certains points, son attitude vis à vis de la civilisation grecque fut plus nuancée. Sans recourir à l'image hellénisante que Cicéron donne du censeur (158), certains faits sont incontestables : les bonnes relations entre Caton et Ennius (159) qui était très attaché à la culture grecque (160) et auquel on doit un vibrant éloge de Scipion (161), son adhésion à certaines modes architecturales d'origine hellénistique (162) ou son affection pour Scipion Emilien (163), auquel il était toutefois apparenté (164). Cette apparente incohérence se dissipe si l'on veut bien considérer d'une part que ce que Caton combattait essentiellement, dans l'Hellénisme de son temps, n'était pas la culture grecque classique et ce qui en avait survécu, mais le contenu universaliste, cosmopolite et "dévirilisant" de la culture hellénistique, d'autre part qu'il n'était nullement hostile à un Hellénisme revu et corrigé, intégré à la tradition romaine (165). De ce point de vue, Ennius en fut une excellente illustration : certes il se posait en continuateur d'Homère (166) mais c'est Rome qui était l'objet de sa poésie et il s'incroyait par là même dans une tradition patriotique qui, avant lui, fut celle de Naevius (167). Caton, de son côté, était également héritier de la Grèce, d'une certaine Grèce. L'idée que le luxe corrompt les sociétés vient d'elle (168). Selon Plutarque (169), pendant la campagne de Tarente, en 209, celui qui n'était pas encore le "Censorius" logea chez Néarque, un philosophe grec pythagoricien qui enseignait que "le plaisir est le plus grand appât du mal et le corps, le premier fléau de l'âme", et Cicéron prêta par la suite des propos semblables à Caton, en lui faisant indiquer comme source Archytas de Tarente

(157) *ibid.*, p. 114. C'est ainsi qu'après la troisième guerre de Macédoine, il s'efforça d'obtenir que les Macédoniens demeurent libres, puis, il oeuvra à éviter que ne fut déclarée la guerre aux Rhodiens (*ibid.*, p. 114).

(158) "Caton l'Ancien - de la Vieillesse", III, 7, VI, 20, V, 13, VIII, 25, etc ...

(159) "Le siècle des Scipions", *op. cit.*, p. 116. En revanche, le fait que Caton ait ramené Ennius de Sardaigne à Rome pour l'y faire connaître est incertain ("De l'Agriculture", *Intr.* de R. Goujard, *op. cit.*, p. X) et a été contesté ("Ennius and his friends", E. Badian, "entretiens sur l'Antiquité classique", XVII, Vandoeuvres-Genève, 1972, p. 157).

(160) "Le siècle des Scipions", *op. cit.*, p. 177 ; "Littérature latine", J. Bayet, p. 61.

(161) *ibid.*, p. 62.

(162) cf. "L'idée nationale dans la Rome Antique", *op. cit.*

(163) "Les idées romaines sur le Progrès", *op. cit.*, p. 64.

(164) Marcus Porcius Cato Licinianus, le fils aîné de "Senex" avait épousé la fille de Paul-Emile, lequel était le père adoptif de Scipion Emilien (cf. "Caton l'ancien - De la Vieillesse", *ed.* Garnier Flammarion, *op. cit.*, Notes de C. Appuhn, p. 262 et 13).

(165) "Le siècle des Scipions", *op. cit.*, p. 117-118.

(166) *ibid.*, p. 119.

(167) *ibid.*, p. 118.

(168) C'était en effet la position des deux plus grands penseurs grecs : Platon estimait que les richesses étaient corruptrices ("Histoire des Idées Politiques", J. Touchard, *op. cit.*, p. 32) et Aristote a condamné la chrématistique, l'enrichissement par la spéculation et les affaires qu'il avait interdit aux citoyens de sa "Cité naturelle" (*ibid.*, p. 43 et "Histoire des Idées Politiques", M. Piret et G. Lescuyer, *op. cit.*, p. 89).

(169) "Cat.", II, 3.

(170). La censure des moeurs, avant d'être le cheval de bataille des Conservateurs romains, avait été une grande préoccupation du monde grec et hellénistique depuis Hippodame de Millet (171). Dans son projet de Cité idéale, celui-ci avait prévu des magistrats, appelés Nomothètes (172) et Agélarques, pour imposer aux citoyens une intégrité des moeurs (173). Aristote (174), Isocrate (175) et Xénophon (176) s'en firent d'ailleurs l'écho. Dans l'Athènes du IV^e siècle, Démétrios de Pphalère créa de son côté des magistrats spéciaux, les "Gynaeconomoi" chargés de contrôler la conduite des femmes et, plus largement, de limiter le luxe parmi les citoyens (172). Evidemment, il ne faudrait pas en déduire une conclusion aussi simpliste qu'excessive, au terme de laquelle Caton ne serait plus qu'un imitateur, un adaptateur d'un tel courant hellénique. Son rejet de la "luxuria" et sa politique d'austérité des moeurs s'inséraient dans une tradition romaine, attestée depuis la loi des XII Tables (178). Ces parallèles prouvent seulement que le "Senex" ne dédaignait pas systématiquement l'apport de l'Hellénisme, lorsque celui-ci était compatible avec le "mos maiorum" et avantageux à Rome. Au fond, il avait assez d'esprit pratique pour comprendre combien Rome avait à apprendre des Grecs, ne serait-ce qu'en matière technique (179). Toutefois, pour des raisons politiques pratiques évidentes, il a dû parfois exagérer et caricaturer ses positions (180).

Confronté à la dégradation des moeurs qui accompagnait ce double processus d'hellénisation de la société et de pénétration d'une économie "capitaliste" Caton se raccrocha aux conceptions morales traditionnelles de l'ancienne Rome (181).

Tel fut le cas à propos de son hostilité envers l'émancipation féminine. En 195, lors des manifestations de femmes favorables à l'abrogation de la loi Oppia, il prononça un discours très significatif sur les conceptions qu'il nourrissait à propos de la condition de la femme romaine. Selon lui, celle-ci méritait le respect (182), surtout si elle était épouse et mère :

(170) "Caton l'Ancien", XIII, 39.

(171) "Histoire des Idées Politiques", M. Prelot et G. Lescuyer, op. cit., p. 32.

(172) L'idée et le terme même ont été récemment repris par F.A. Havek (cf. "Droit, législation et liberté", t. 1, 1980, p. 99, 1983, p. 133, 135 et 138).

(173) Stobée, Elor, 43-94.

(174) Constit. d'Athènes, 3, 6 ; 8, 4.

(175) Aéropagitique, 7, 37.

(176) Rép. des Lacéd., 31.

(177) "Existe-t-il une morale chez Plaute ?", P. Grimal, Bulletin de l'Association Guillaume Budé, 4^e série, n^o 4, déc. 1975, p. 491. "Politique", Aristote, t. 1, "Les belles Lettres", 1968, p. CXX, CXXI.

(178) "Les idées romaines sur le Progrès", op. cit., p. 56.

(179) "Le siècle des Scipions", op. cit., p. 118.

(180) "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 785-786. Le rejet par Caton de la médecine grecque qui, semble-t-il, fut rapporté pour la première fois par Plutarque (ibid., p. 786), pourrait n'être qu'une outrance destinée à enseigner à son fils la méfiance envers les influences grecques.

(181) "Histoire Romaine", op. cit., p. 607.

(182) Tite-Live, XXIV, 2.

en d'autres circonstances, il avait déjà indiqué que celui qui battait sa femme (ou ses enfants) "commettait aussi grand sacrilège comme qui violerait ou pillerait les plus saintes choses qui soient au monde" (183). Il était toutefois partisan des "prérogatives juridiques du mari" (184) et du père : il pensait que les femmes devaient leur être soumises. C'était là sa conception de "l'ordre dans le foyer" (185). Il croyait également que les femmes n'avaient pas à s'ingérer dans la vie politique (186), aller, venir et discourir sur le Forum avec des hommes qui leur étaient étrangers (187). Compte tenu des convictions austères de Caton, on ajoutera volontiers que la femme devait être modeste et ne pas se parer de bijoux et de vêtements somptueux. Rien de tout cela ne pose problème. Avant Caton, Xénophon avait exprimé des idées semblables (188). Tel n'est pas le cas des conceptions qu'avait Caton des mœurs sexuelles. Sur certains points, il a adopté une morale d'indulgence, voire même d'indifférence. On connaît l'histoire, rapportée par M. Grimal, du jeune homme rencontré par Caton alors qu'il sortait de chez une "courtisane" et se dissimulait aux yeux du Censeur. Ce dernier, non seulement ne le blâma pas, mais lui fit compliment de satisfaire ses exigences avec des femmes qui avaient pour métier d'être complaisantes (189). De son côté, Marcus Porcius admettait la prostitution servile pour ses propres esclaves (190) et Plutarque rapporte même qu'après la mort de sa femme, en dépit de son âge avancé, il "se servait d'une jeune garce servante qui l'allait à la dérobée trouver en sa chambre" (191). En revanche, sur d'autres points, Caton s'est révélé infiniment plus austère. Il évitait ainsi de se baigner nu devant son fils. Comme il a déjà été vu, il punit Manlius pour avoir publiquement embrassé son épouse (192). Dans le cas du jeune homme cité plus haut, le lendemain de l'événement, il le sanctionna car il était retourné chez la même "courtisane", ouvertement cette fois (193) et, pour sa servante, lorsque son fils fut au courant, Caton décida de se remarier (194). On ne peut comprendre son attitude que si l'on tient compte de deux facteurs importants. En premier lieu, la prostitution servile, comme la prostitution tout court, n'était pas interdite par le "mos maiorum" et l'observation de la clause "ne prostituatur" ne fut juridiquement sanctionnée que sous le Principat (195). Dans ce domaine, comme pour les autres, Caton ne faisait donc

(183) **"Vie des Hommes Illustres"**, op. cit., p. 780.

(184) Tite-Live, XXIV, 2.

(185) *ibid.*, XXIV, 2.

(186) *ibid.*, XXIV, 3.

(187) *ibid.*, XXIV, 3.

(188) **"Economique"**, X, 9.

(189) **"Existe-t-il une morale chez Plaute ?"**, op. cit., p. 486.

(190) **"Vies des Hommes Illustres"**, op. cit., p. 783.

(191) *ibid.*, p. 787 ; **"De l'Agriculture"**, Intr. de R. Goujard, p. XX.

(192) voir *infra*, p. 105.

(193) **"Existe-t-il une morale chez Plaute ?"**, op. cit., p. 786.

(194) **"Vie des Hommes Illustres"**, op. cit., p. 787-788.

(195) **"Caton et les fonctions des esclaves"**, op. cit., p. 193. Elle concernait exclusivement la prostitution servile. Ses autres formes, tout comme d'ailleurs le proxénétisme, ne furent jamais des infractions dans la Rome antique et les premières incriminations n'intervinrent que sous Justinien (cf. **"Le pouvoir, les juges et les bourreaux"**, J. Imbert et G. Levasseur, Hachette, Paris, 1972, p. 115).

que se conformer à la tradition. En second lieu, et la remarque précédente l'annonçait déjà, "l'idée reçue d'une sévérité non mitigée qui serait caractéristique de la morale romaine en soi, n'est qu'un préjugé dont il faut se défaire" (196). L'ancienne morale romaine n'était sévère que pour tout ce qui touchait à la vie sociale. Aussi bien, le "laisser aller" adopté en public était-il toujours condamné, en revanche, pour tout ce qui concernait l'intérieur de la "domus", il existait peu d'impératifs très stricts avant la christianisation (197).

L'exposé des "préférences" catoniennes étant maintenant achevé, il convient désormais de se placer à un second niveau. L'originalité de Caton est en effet d'avoir rationnellement justifié de telles préférences et d'avoir voulu démontrer que le respect du "mos maiorum" était une nécessité vitale pour Rome. Cette dernière notion, dont la constitution romaine n'était pour lui qu'une expression parmi d'autres, recouvrait chez lui les coutumes et les moeurs des Ancêtres. C'est une création continue qui s'est forgée au fil des siècles et qui n'est nullement figée car, si une génération isolée ne peut jamais s'inscrire en rupture à son égard, il est toujours possible d'adapter et de moderniser ce legs du passé. Caton lui-même ne s'en priva d'ailleurs pas. En dépit d'une légende erronée (198), il n'était pas hostile au progrès et aux innovations, mais il voulait les maîtriser (199).

Selon lui, et il était vigoureusement anti-individualiste, il n'existait pas d'homme providentiel (200), que celui-ci soit un chef victorieux comme Scipion (201), un roi (202) ou un législateur de génie comme Solon ou Lycurgue. Sur ce point, il s'inscrivait totalement en rupture de la tradition grecque et même d'auteurs dont il s'est fortement inspiré, par exemple Xénophon, qui avait le culte du chef, du souverain, du héros, comme Cyrus ou Agésilas. En revanche, il héritait là d'une vieille tradition romaine qui excluait les héros marqués d'un signe divin et dépositaires de la faveur céleste, pour fonder l'axiome de base de l'équivalence et de l'interchangeabilité des hommes (203). Son refus de citer des noms propres, notamment de chefs victorieux (204) dans ses "Origines", n'en est que le prolongement et son "dédaigneux silence" (205) n'a rien à voir avec un parti-pris mesquin de plébéien, jaloux de la généalogie glorieuse de ses rivaux (206). Son héros, son seul héros, c'était les masses anonymes qui, selon lui, faisaient la grandeur de la Patrie (207), le peuple romain tout entier. C'est également

(196) "Existe-t-il une morale chez Plaute ?", op. cit., p. 486.

(197) *ibid.*, p. 495-496.

(198) "Histoire romaine", op. cit., p. 602.

(199) "Les Idées romaines sur le Progrès", op. cit., p. 165.

(200) "Histoire des Idées Politiques", J. Touchard, op. cit., p. 65.

(201) "Le siècle des Scipions", op. cit., p. 99-100.

(202) Plutarque rend compte de ses sentiments antimonarchiques à propos de la visite à Rome du roi Eumène, cf. "Vies des Hommes Illustres", op. cit., p. 763.

(203) "De la République", Cicéron, II, I.

(204) "Le siècle des Scipions", op. cit., p. 99.

(205) "De l'Agriculture", Intr. de R. Goujard, op. cit., p. 21.

(206) "Histoire de la littérature latine", R. Pichon, Paris, 1930, p. 38.

(207) "De l'Agriculture", Intr. de R. Goujard, op. cit., p. XXXI.

dans ce sens qu'il faut comprendre son goût pour les proverbes et les maximes populaires (208) qui étaient pour lui une des expressions de la sagesse collective. Selon Caton, la sagesse d'un homme seul et même celle d'une génération ne pouvaient, en aucun cas, surpasser celle de toute une lignée. Le Droit était pour lui une création du temps et de force qui dépassaient l'être humain. Il a dû le démontrer à propos de la Constitution dans ses "Origines" (209), avant que Polybe n'ait rédigé ses "Histoires" (210).

L'antériorité de l'observation sur la mise au point progressive de la constitution romaine, comme oeuvre de plusieurs générations successives lui revient donc (211). Caton a inspiré Polybe en matière de théorie constitutionnelle, comme il l'a fait dans divers domaines : l'armée (212) et bien d'autres (213). Avec lui, pour la première fois, un écrivain politique grec a puisé son inspiration chez un Latin (214). Caton a également inspiré Cicéron dont les idées constitutionnelles viennent également du Censeur (215) qu'il cite nommément (216) ce qu'il ne fait pas pour Polybe. Il a influencé l'Arpinate dans d'autres domaines, ainsi que Varron et Salluste sous la République, Pline l'Ancien et Quintilien sous l'Empire (217). En ce sens, plus qu'aucun autre, il peut être considéré comme le père de la pensée politique romaine. En outre, l'idée que le Droit est le produit de la nature et de l'Histoire, en dernière analyse, d'une association entre les vivants et les morts (218) fait que l'Etat catonien débouchait sur la Nation (219).

Précurseur de l'idée nationale, le "Censorius" le fut aussi du Nationalisme. Comme l'a démontré un article précédent (220), les forces que sollicitaient Caton et le "parti traditionaliste" n'avaient pas de nom en leur temps, mais elles correspondaient à peu près à ce qui est de nos jours le Nationalisme et elles esquissaient les principales thèses de Burke, Barrès et Maurras (221).

Décidément, Caton et plus largement la pensée politique romaine mériteraient mieux que le sort injuste qui leur est fait.

(208) "Littérature latine", J. Bayet, op. cit., p. 79.

(209) "Caton l'Ancien - De la Vieillesse", Intr. de P. Willeumier, op. cit., p. 23.

(210) "Roma e la filosofia greca dalle origini alla fine dei termini "sapiens" et "sapientia" nei secoli III e II A.C.", G. Garbarino, Atti della Academia delle Scienze, Torino, 1973, t. II, p. 344 ; "Les idées romaines sur le Progrès", p. 107 et 109-110.

(211) voir. infra p. 106.

(212) "Polybe et les institutions romaines", C. Nicolet, Entretiens sur l'Antiquité classique", XX, Vandoeuvres-Genève, 1974, p. 254.

(213) *ibid.*, p. 247, 252 et 255.

(214) "Les idées romaines sur le Progrès", op. cit., p. 119.

(215) *ibid.*, p. 273 ; "Cicéron", P. Grimal, op. cit., p. 88-89.

(216) "De la République", II, I : "c'est une idée de Caton que je vais m'inspirer (...) Caton donc avait accoutumé de dire que notre constitution l'emportait sur celles des autres cités pour les raisons suivantes ..."

(217) cf. "L'idée nationale dans la Rome Antique", A. Leca, Actes du Colloque de Lyon, P.U.A.M., 1986, p. 189.

(218) *ibidem.*

(219) *ibidem.*

(220) *ibidem.*

(221) *ibidem.*

(sur un rapport entre)
DROIT et RELIGION
à propos du statut de la femme juive

Par

Genevière KOUBI
Assistant-docteur
Faculté de Droit de Dijon - Université de Bourgogne

INTRODUCTION

Le rapport entre Droit et Religion est rarement mis en valeur dans les analyses des systèmes sociaux des Etats modernes, qui se définissent, la plupart du temps, "laïcs".

Cependant, aucun système juridique n'est totalement dépourvu de racines socio-culturelles à consonnance religieuse, ou plus largement, morale. La notion même de "morale" caractérise le rôle de régulation sociale qu'ont toujours joué les religions, - du moins avant que n'interviennent les concepts d'ordre juridique, positivistes (1).

Le principe de "laïcité", reconnu comme l'un des fondements des Etats non théocratiques, laïcs et démocratiques (2), ne peut signifier une rupture entre le système juridique d'un Etat, et l'intensité de croyance en une religion donnée dans la société. Le principe de laïcité est une expression formelle d'une séparation artificielle entre les institutions confessionnelles et les données du droit dit "objectif", sur lequel se greffe la notion d'ordre public étatique.

Formulé juridiquement par la reconnaissance d'une liberté d'opinion individuelle, et par l'affirmation de la neutralité religieuse de l'Etat, le principe de laïcité a une valeur socio-juridique ; l'affirmation de la laïcité d'un Etat correspond, effectivement, au stade final d'incorporation de préceptes religieux dans les lois positives. En France, la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat n'a pas directement pour objet de signifier une rupture entre l'Eglise et l'Etat ; elle intervient pour constater l'influence que la religion catholique, dominante, a toujours détenu sur les institutions françaises (3). Par une simple intention de protection d'un droit de l'homme - au préalable, affirmé dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (4) - la loi de séparation des Eglises et de l'Etat de 1905 ne consacre nullement le principe de laïcité. L'article 1er (al. 1) de la loi constate seulement l'existence de la liberté de conscience, désormais reconnue et garantie par la République : "La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes".

L'affirmation de la "laïcité" de l'Etat intervient plus tardivement, et trouve sa consécration dans la Constitution de 1946 (art. 1er) : "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale" (5).

Ainsi, le principe de laïcité se concrétise par l'application de la notion de "neutralité" de l'Etat envers toutes les religions. Cette idée a, d'ailleurs, particulièrement été énoncée pour l'adoption du terme "laïque" définissant la République (6). Elle justifie le désinvestissement de l'Etat à l'égard des cultes (7) ; mais elle n'empêche pas le Droit de rester lié aux concepts religieux dominants, le Droit est un reflet de l'évolution sociale.

Ainsi, les Etats "laïcs" se fondent sur un rapport aux méthodes rationalistes : les systèmes et ordres religieux, du fait de leurs caractères a-scientifiques, sont censés ne pas inférer dans la création du droit (positif). Les mises à l'écart des institutions culturelles sont nuancées selon les idéologies auxquelles se réfère le pouvoir dans l'Etat. Soit, il y a un refus de l'institution religieuse (structure fonctionnelle, principes normatifs ou lieux de culte), comme une négation d'un droit à leur existence, ou sans renier la liberté de conscience individuelle, en respectant plus ou moins leurs fonction et activités ; soit, au contraire, il y a assimilation des valeurs religieuses principales, sans lier les structurations confessionnelles aux institutions publiques, ce qui équivaut à leur octroyer une existence juridique plus ou moins importante.

La modulation des relations entre Etat et Eglises, selon les systèmes juridiques, s'explique souvent en fonction de deux composantes de la vie sociale et politique : de la fonction idéologique du Droit, et de l'impact qu'une croyance détient dans une société donnée.

Et justement la particularité de la religion juive et de l'Etat d'Israël se situe dans ce cadre. Minoritaire dans la plupart des pays du monde, et majoritaire dans le seul Etat d'Israël, la religion israélite est l'une des expressions fondamentales du droit dans cet Etat. Mais, elle l'est autant par sa fonction de structuration sociale dominante (8) que par son caractère particulier "d'ordre juridique" (la Mishna est la codification des lois juives) (9).

L'Etat d'Israël est un Etat laïc et démocratique, mais sans se préoccuper de son éventuel fondement théocratique (10), il s'agit d'un Etat de droit, dont le droit a directement sa racine, sa base et ses formulations dans la Loi juive.

LA LOI JUIVE

La religion juive est système normatif : droit hébraïque, droit talmudique, loi mosaïque... sont des expressions courantes pour désigner la plastique religieuse du judaïsme. Ces expressions recouvrent des significations différentes, mais sont utilisées sans discernement (11).

la Loi juive est au sens stricte, la Tora Cependant, dans la mesure où l'écrit biblique ne peut réunir l'ensemble des principes de vie sociale, la Loi juive est représentée comme le résultat d'une confrontation permanente de textes bibliques, de réflexions sur la cassure des Tables par Moïse (comme un refus du compromis), d'expériences vécues par les hommes du peuple élu, par les rabbins, de commentaires et d'exercices divers (dont la Gematria n'est qu'un reflet de complexité). Certes, la Tora demeure la base de la vie juive, de la communauté juive, mais la plénitude du système s'apprécie au travers de ces confrontations qui font que le Talmud devienne l'une des principales références.

La Loi juive est l'expression d'une subtile association entre la Halakha et la Haggada. Interpénétration, interférence, influence réciproque de principes juridiques et d'appréciations littéraires, la complexité réelle de la Loi juive est effectivement due à ce lien qu'elle entretient avec l'Exode, avec la route dans le Sinaï, avec la sortie d'Egypte, et la libération de l'esclavage collectif du peuple juif - au VIIIème siècle avant J.C. (12).

La Halakha a sa source dans la Tora, expliquée et précisée par le Talmud. Elle rassemble les principes normatifs qui commandent la vie des juifs. Elle incarne la Loi, les règles. Elle a une profonde influence sur la vie quotidienne des juifs. En effet, la reconnaissance des conséquences de la diaspora initiale oblige la prise en considération des risques auxquels sont confrontés les membres du peuple hébreu. Pour éviter l'écartèlement de la communauté, autant que pour faciliter l'insertion des juifs dans les pays d'accueil (Europe et Afrique du Nord essentiellement), l'une des règles fondamentales de la Halakha est leur prescrire une conduite antinomique, juridique : les juifs disséminés sur les territoires du monde doivent obéir aux lois de l'Etat dans lequel ils vivent. "La loi de l'Etat est la loi" (13). L'assimilation, l'intégration sociales sont des devoirs religieux. Ainsi, les juifs doivent se conformer aux règles et usages de l'Etat-territoire où ils s'installent. La seule limite à cette obligation est le respect des règles religieuses incompressibles qui forgent les liens entre tous les membres de la communauté juive : ce sont les règles de purification et de cachérisation (14).

La Halakha est ainsi l'ensemble des normes qui s'imposent aux juifs, à tous les juifs, où qu'ils soient, à quelque moment que ce soit. Cependant, elle se combine avec la Haggada qui est d'essence littéraire, discursive et non normative. La Haggada aide à la compréhension de la Halakha, comme elle participe à son interprétation, à son adaptation aux temps, lieux, espaces (15).

La Haggada est liée à l'exégèse rabbinique, à l'ensemble des commentaires de la Loi. Interprétation, elle est dépourvue de caractère légal, mais conçue comme une discussion pratique sur les arguments de la Halakha, elle peut influencer les cours (à la Yeshiva), donc éveiller les (futurs) rabbins à l'intensité de la recherche d'adaptation aux circonstances de la Halakha. Car, les rabbins sont aussi "juges" dans les affaires religieuses, et en tant que juges, ils concourent à la création du "droit". Ainsi, la Haggada peut se révéler normative, exprimée dans la décision de justice rabbinique, par son lien permanent avec la Halakha.

En quelque sorte, la Haggada complète la Halakha. Le refus de sa valeur normative réside dans le fait qu'elle diffère selon les auteurs, qu'elle se modifie selon les coreligionnaires, qu'elle évolue et n'est jamais immobilisée. Elle ne peut alors être dotée d'un pouvoir assujettissant. Les rapports entre la Halakha et la Haggada sont signifiés en ces termes par un savant juif, rabbin (16) : "La Halakha est la loi incarnée ; la Haggada est la liberté disciplinée par la loi. La Halakha représente la rigide autorité de la loi, l'importance absolue de la théorie, théorie et loi que la Haggada illustre par l'opinion générale et les dicta de moralité de sens commun. La Halakha réunit les statuts et la tradition orale (...). La Haggada partant du texte, se plaît à l'expliquer à l'aide de légendes, contes, poèmes (...). Il appartenait à la Halakha d'édifier sur la base de la loi biblique une superstructure sociale capable de résister aux ravages du temps, et sans fléchir, quelles que pussent être la détresse et la rigueur à subir, de tirer pour les générations futures les extrêmes conséquences logiques de la loi mise en oeuvre".

La liaison entre Halakha et Haggada consacre l'unité de la Loi juive, l'unification du peuple juif. Ainsi, instituée en "superstructure sociale", la Loi revêt les mêmes caractères que les systèmes juridiques modernes. Et, de plus, en vertu de ces inférences permanentes entre théorie et pratique, la Loi juive ne peut être immobilisée dans un passé, dans l'Histoire : elle est toujours actuelle. Car la tension et les interférences entre Halakha et Haggada "assurent la vie des lois et le renouvellement de la législation dans le judaïsme" (17).

Ce processus fait que la prétendue "rigidité" de la Loi ne réside qu'en son incompréhension, ou plus exactement dans la méconnaissance du droit juif (18). Attachée aux "circonstances", tenant compte de l'évolution sociale, elle ne peut être présentée comme un système définitif et achevé. Ainsi que le remarque S. Korner, lors d'une étude sur le droit hébraïque : "Le processus de développement du droit hébraïque a notamment résulté du contact avec les circonstances de la vie ; il se déroule conformément aux nécessités pratiques suivant le temps et l'endroit au cours des siècles de la diaspora. Le droit hébraïque est vivant et continue d'être vivant, pratique et applicable, c'est par conséquent un droit positif" (19). L'affirmation de la positivité du droit hébraïque paraît prématurée : elle nie le mysticisme qui pénètre la religion, et déforme ses fonctions culturelles. La Loi juive est normative, mais en ce qu'elle est "orale" et littéraire, elle n'acquiert pas fondamentalement le caractère de loi positive. La notion de "droit positif" qui lui est rattachée ne peut réellement être évaluée que par référence au droit israélien.

L'influence de la religion sur le droit, en Israël est, cependant, due à la formulation normative des préceptes religieux : la Halakha dote la société israélite d'un code d'action, d'un code de conduite qui a pour but de maintenir la tradition, les rituels, les croyances qui renforcent la conscience collective du "peuple" juif. Elle est "le régime sous lequel le juif en tant que juif a vécu dans le passé et vivra toujours" (20). Et, de ce fait, ainsi que l'observe I. England "Le caractère religieux d'un ordre juridique n'affecte point, en tant que tel, le fondement rationnel et réel des normes ayant pour objet le règlement des relations humaines" (21).

La marque "juridique" de la Loi juive se retrouve aussi dans l'importance accordée aux rabbins, aux tribunaux rabbiniques : juges, chargés de transmettre la Loi et de dire le droit, les rabbins ont "un rôle fondamental dans la fixation et l'approfondissement de la loi" (22). La jurisprudence est source de droit, et ainsi, le caractère casuistique du droit juif s'affirme : les adaptations de la Loi se font autant au vu de circonstances générales, d'événements historiques, que suivant les individus. Et, dans ce cadre s'établissent les principales distinctions entre les systèmes juridiques influencés par la religion chrétienne ou, dans une moindre mesure islamique, et ceux qui sont imprégnés par les acceptions talmudiques, hébraïques ou mishnaïques.

Or, par rapport aux autres confessions, dans le cadre d'action privilégié qu'est la "famille" pour la plupart des religions (23), le judaïsme revêt un caractère particulier : la religion israélite est l'une des rares religions à n'avoir pas essentiellement mis l'accent sur l'homme, à avoir considéré la femme en tant qu'être religieux, et à tenir compte non seulement du couple mari/épouse, mais encore de la "qualité" de la vie conjugale, de la vie familiale.

La Loi juive "honore" la femme : la femme est le lieu de passage obligé à la Loi (24). Cet hommage est signifié par la protection de la femme, par l'intensité des mitsvoth (devoirs) qui lui sont imposés. Ainsi, la "place" de la femme dans la Loi juive justifie l'influence que pourrait détenir la religion sur sa propre situation juridique.

L'analyse du rapport entre Droit et Religion, dans les Etats laïcs (France et Israël) peut-elle se réaliser à partir de la "question juive" (25) ? L'impact de cette question dans les affaires civiles, matrimoniales est entièrement absorbé par les discours de droit, mais il n'en a pas moins un fondement religieux.

Ière Partie

La Loi, le Droit et la femme juive (*)

la gardienne du foyer familial

Le problème de la religion juive est sa continuelle confrontation aux autres religions. Conçue dans un cadre particulier où la notion absolue de "foi", de "croyance" ne joue qu'un rôle subsidiaire, la religion juive est profondément liée à l'histoire d'un peuple : "la religion d'Israël est avant tout la participation d'un peuple entier à une expérience historiquement vécue et qui garde toujours sa référence à une situation réelle : la pensée en son incarnation exige l'accomplissement de l'acte" (26). Ainsi, elle est "Loi" dans la mesure où elle est le symbole d'une unification, d'un rassemblement (autour de la Tora).

Loi, elle se rapproche du phénomène juridique. Le Droit, ensemble de lois, de normes juridiques, ensemble ordonné et objectif, a un fondement social. Il exprime le ralliement de la collectivité en Nation, en Etat (27). Concept d'ordre social, le Droit est chargé de maintenir cette cohésion, aussi s'interpose-t-il dans les relations humaines, dans les rapports institutionnels.

La loi peut-elle alors s'immiscer dans les relations sentimentales, interpersonnelles ? Le "devoir de charité, d'amour" véhiculé par l'ensemble des religions trouve sa traduction juridique dès qu'une "norme" nouvelle intervient pour le rationaliser. Lorsque les rapports affectifs s'institutionnalisent, se dotent d'une structure juridique, la loi s'empare des sentiments pour les transformer en une chaîne de devoirs mutuels et d'obligations réciproques. Dans le cadre familial, les relations conjugales sont couvertes par le Droit, les aspects familiaux sont protégés, sanctionnés par les règles (28). L'incursion du juridique n'est que la constatation d'une organisation nouvelle de rapports interindividuels, guidée par le souci de faire respecter des principes moraux, d'équilibre et d'épanouissement personnels (29).

La religion juive transpose ces mêmes intentions, et le but de ses commandements et ordres rejoint la fonction de régulation du Droit. En ce sens, elle est elle-même système juridique, complet : "on obéit aux lois parce que l'on croit en l'autorité du législateur ou en la valeur intrinsèque des lois" (30). Cependant, elle est religion, elle se préoccupe du bien-être de l'âme et du corps.

(*) Le terme de Loi, L majuscule, désigne la Loi juive ; l'emploi du l minuscule fait référence aux lois positives, aux règles normatives, pénales.

A l'inverse de la tradition chrétienne, la Loi juive n'a pas renié la femme (31), bien au contraire, elle lui a assigné une place fondamentale, et de ce fait, lui a signifié des cadres précis, rigides, sévères qui, aujourd'hui seulement, paraissent "rétrogrades".

A - Le statut de la femme en tant que "juive"

"La femme est non-homme", ce qui serait l'indice de sa condition inférieure (32). Le judaïsme réfute cette analyse : la femme est la compagne et l'aide, "digne" de l'homme (Gen. chap. II v. 18). Cette "dignité" est un de ses droits fondamentaux, mais elle ne se réalise que par sa relation à l'homme, par ses fonctions sociales.

Car, ce n'est qu'avec l'apparition de la femme que la vie sociale commence, comme ce n'est que lié à la femme que l'homme a un rapport avec Dieu : Il les créa homme ET femme (33). La relation homme/femme ne peut ainsi s'établir dans une négation de la femme, puisque la vie sociale débute par ce rapport.

Peut-être n'y aurait-il qu'expression d'une inégalité ? La femme n'existe que dans la liaison à l'homme : fille de son père, femme de son mari, mère de son fils (34). Mais l'inégalité dans la loi hébraïque est seulement apparente (ou plus exactement fondée sur des aperçus modernes de la condition féminine). Il y aurait plutôt "division du travail" dans la vie juive : la femme se charge du "maintien du foyer" et l'homme de "l'étude de la Tora", (35).

La scène dans laquelle évolue la femme est donc le foyer familial. Cette situation n'a pas pour effet de dévaloriser la femme : la "femme est la pierre angulaire soutenant l'édifice de la piété" (36). Elle est le pivot de la vie familiale, le centre de la vie juive, car, à l'encontre d'autres religions, le lieu culturel n'a de valeur religieuse que par sa référence "littéraire" : lieu d'étude, et par son aspect public : lieu de cérémonies. En effet, "la synagogue n'est pas le foyer du judaïsme. Le centre de la vie juive a été, est et sera toujours le foyer familial" (37). Fille, épouse, mère, la femme est l'âme du foyer : gardienne de la Loi.

Cependant, puisque directement placée dans son rapport à l'homme, la femme juive n'est réellement reconnue que "épouse dévouée, mère féconde, maîtresse de maison laborieuse". La Loi juive envisage le mariage comme la base de la vie sociale. Le célibat n'existe pas dans la Bible, et se marier est un devoir religieux... pour l'homme, (soit, seulement indirectement pour la femme).

B - Mariage et relations conjugales : les mitsvoth de la femme

La femme ne peut avoir de relations avec l'homme que dans des cadres institutionnels : fille de son père, puis épouse de son mari, et enfin, mère de son fils.

Dans le cadre du mariage, puisqu'elle est "gardienne de la Loi", elle est soumise à un ensemble d'obligations qui l'écartent de la vie religieuse sociale et publique.

a) Le mariage

La morale religieuse (quelle qu'elle soit) a pour but de préserver la qualité des relations sociales ; selon les valeurs dominantes dans une société donnée, le mariage a soit pour but de préserver un pouvoir (celui

de l'homme) soit pour effet d'assurer une protection (aux enfants ou à la femme) soit pour fonction d'établir les bases d'une pacification collective (38).

Or, "l'union conjugale est une des questions les plus compliquées de la Loi juive" (39). Le mariage juif a une double signification : il est acte d'union et contrat (significations du terme de ketouba, qui en hébreu signifie "alliance").

Acte d'union, le mariage oblige le respect mutuel. Le droit hébraïque a, pour cela, défini des règles de validité du "consentement", y incluant "le consentement de la femme" (40). Acte d'union, il est aussi "alliance avec Dieu" ; il doit alors être "parfait", ce qui justifie les interdictions "légales" au mariage et les clauses d'annulation de l'union.

Contrat, le mariage est un acte bilatéral qui engage chacun des époux. La ketouba est l'acte formel (*instrumentum* qui établit le régime juridique du mariage. Ainsi, doivent être répertoriés les apports de chaque époux à l'union : la dot, l'augment, le dors du mari. Cependant, au-delà de ces valeurs "marchandes" (ou matérialistes), la signification même du contrat se transcende dans sa finalité : constitution d'une famille, donc obligation de procréation pour la femme (la femme stérile est répudiée, après cinq années de mariage, en général).

"En droit hébraïque, on conçoit principalement le mariage sous l'angle des fonctions sociales et religieuses. Cette institution est minutieusement définie par le Talmud et les textes sacrés qui la différencient nettement du concubinat" (41). La particularité du mariage est alors signifiée par l'ensemble des règles qui président à sa formation. En ce sens, le droit juif se rapproche sensiblement des législations modernes : règles de consentement, empêchements légaux au mariage, et publicité.

Parmi les vices du consentement, outre la violence qui ne peut être invoquée que par la femme (dans la mesure où l'homme dispose seul de la répudiation), ceux qui sont susceptibles de rendre "nul" le mariage sont essentiellement le dol et l'erreur (42). Ces deux aspects se rejoignent dans la Loi sous la seule dénomination d'erreur. Cette notion est comprise assez largement en droit talmudique : l'erreur est tout élément de mensonge ou de dissimulation ou de non-connaissance d'un fait qui aurait eu une influence sur l'intention de mariage. Ainsi, la femme peut se prévaloir de ce vice, lorsqu'elle démontre qu'il l'a trompée sur son nom, sa condition sociale, sa profession, son lieu de résidence, ou bien s'il est impuissant, ou a caché une infirmité ce qui sont ses qualités substantielles (remettant en cause le sentiment ou même, la valeur du contrat). De son côté, l'homme, en plus de ces éléments, peut faire état de la non-virginité de la femme (dans certains cas (43)), de défauts physiques ou moraux substantiels. Cette demande d'annulation est présentée devant les tribunaux rabbiniques : le choix de l'annulation et non de la répudiation, pour l'homme est une question d'honneur religieux (le mariage est alliance avec Dieu). Mais, de nos jours, "les juridictions rabbiniques ne tiennent guère compte des demandes basées sur l'infirmité ou la difformité de la femme, car ces griefs n'ont plus de raison d'être" (44). Les règles du Deutéronome (chap. XXIII v. 20 et 21) sont ainsi atténuées (combinaison entre la Loi et ses commentaires).

L'annulation s'effectue juridiquement en deux étapes : constatation des fondements de la demande par les tribunaux rabbiniques, et demande de remise du gueth par l'homme à la femme (45). La procédure suit ainsi

les règles de la répudiation, mais il s'agit en l'espèce, d'une répudiation obligée par la Loi, avant même que le mariage ait acquis une force juridique et sociale effective (46). Or, du fait même de cette procédure, la femme est "renvoyée" par son mari. Et renvoyée, elle est en état d'infériorité, quand bien même l'annulation aurait été obtenue à sa demande.

Les empêchements légaux au mariage ont leurs racines dans le Lévitique. "Tous les empêchements prévus par la loi rabbinique sont prohibitifs et dirimants (c'est-à-dire, tout mariage célébré au mépris de l'un d'eux est frappé de nullité absolue)" (47). Ces empêchements sont : l'âge, comme une interdiction de mariage avant la puberté ; les unions mixtes (48) ; les tares physiques (atrophie des organes génitaux) et mentales (49) ; les liens de consanguinité et de parenté (50). Et ces empêchements trouvent leurs traductions juridiques dans le code civil français (art. 144 à 180).

La jonction entre les termes hébreux Kiddouchim et ketouba signifie le caractère institutionnel et social du mariage : anneau nuptial qui lie la femme à l'homme, devant Dieu, et, acte juridique qui fonde l'union conjugale. La publicité du mariage juif est obligatoire, et la différenciation entre concubinat et mariage se situe dans ce cadre (51). Le mariage n'est pas une affaire strictement privée. Et ceci, dans la plupart des Etats de Droit, laïcs. En effet, dans tous les Etats, le problème du mariage est posé dans le discours juridique, comme une protection de la femme, comme une protection de la condition des enfants. Et, dans la dispersion géographique des membres du peuple juif, l'inscription juridique de l'union répond aux préceptes religieux.

Cette insertion du juridique exprime souvent un désir de régulation des comportements maritaux, or, déjà en ce domaine, la Loi juive énonce un ensemble de règles strictes qui situent minutieusement la femme comme la base même du foyer familial.

b) La relation conjugale et les mitsvoth de la femme

Pour permettre à l'homme de se consacrer à ses devoirs spirituels, dont le plus important est l'étude de la Tora, la femme est quelque peu mise à l'écart de la vie religieuse publique (parfois l'accès de la synagogue lui est refusé, ou bien, seul un étage hors de la vue des hommes lui est assigné). Elle est essentiellement chargée de maintenir la "pureté" du milieu familial.

En effet, "la famille a toujours été le lieu d'unité de l'existence juive, et alors que l'homme a toujours été la représentation publique de la famille, la femme a été son âme" (52). Ainsi, la femme est directement concernée par la loi des Taharat hamichpa'ha, dite "lois de pureté familiale" (53).

Ces lois ont pour objet de réguler les relations conjugales : discipline des relations sexuelles dans le mariage et, énonciation d'interdits pour le bonheur du couple. Elles se rapportent également aux règles de cachérisation, purification des ustensiles et des aliments. Le lien entre ces deux thèmes pourrait sembler anachronique, mais il est constitué par le rapport commun que les relations sexuelles et les nourritures terrestres entretiennent avec le principe vital qu'est le "sang" (54).

En effet, au-delà des interdictions bibliques et juridiques des transgressions et perversions sexuelles (55), les lois de pureté entendent interdire tout rapport sexuel entre l'homme et la femme dès qu'elle se révèle dans l'état de nidda, c'est-à-dire d'impureté. Cette notion est distincte de

la saleté (56), elle a simplement pour but de préserver l'homme du danger que peut représenter la femme dans le cadre du mariage. Car, même si le Talmud insiste sur le "plaisir sexuel" dans le cadre des relations conjugales, il ne le conçoit que dans un rapport d'amour, d'équilibre, d'épanouissement réciproque (57). Aussi, l'institution d'une séparation rituelle lorsque la femme est nidda (temps de l'écoulement menstruel au minimum) aurait-elle pour objet d'éviter les excès et les dangers de l'habitude.

La particularité de la Loi juive est signifiée à ce niveau. La séparation rituelle dure quatorze jours : elle commence au début des règles de la femme, et à la suite d'une période dite de "purification", elle se termine par l'immersion dans un bain appelé "mikvé". Or, ces quatorze jours correspondent au cycle de fécondité de la femme. Cette coïncidence n'est pas dépourvue de sens médical ou gynécologique, même si les commentaires talmudiques en refusent l'analyse : la procréation est le but du mariage (58).

Néanmoins, c'est à la femme qu'incombe le respect de ces règles de pureté : elle doit signifier son état à l'homme et veiller scrupuleusement à l'absence de tout contact physique (ne serait-il qu'infime) (59). La femme devient alors la gardienne de la pureté, donc de l'identité juive. La Loi juive ne respecte pas ce qui serait le "secret de la vie privée" ; ce serait oublier que les rabbins ne sont pas des inquisiteurs, ne sont pas des corièsses, ils sont conseillers conjugaux à l'occasion, ou bien juges si un différend conjugal nécessite leur intervention (60).

Quels que soient les domaines de "pureté", seule la femme peut les réaliser : toute la vie juive repose sur son éveil aux préceptes religieux, sur sa prudence à respecter ces devoirs (mitsvoth) et évidemment, sur sa "fécondité". Car, l'acte conjugal, acte pur, acte d'amour, acte sexuel, est aussi acte de procréation : la femme a le devoir d'enfanter pour l'homme (ce qui justifie sa répudiation au cas de stérilité).

c) Mariage et famille : banim et bonim (61)

Le mariage a une finalité sociale : la constitution d'une famille. A ce propos, le lien entre les devoirs de pureté de la femme et la consécration du mariage par la naissance de l'enfant est entièrement signifié dans le symbolisme de la purification rituelle : le "sang" est un symbole de vie et de mort, une perte d'intégrité de la femme et l'indice de son infécondité mensuelle, d'autre part, l'immersion dans le mikvé fait un retour à l'eau, et l'eau est un symbole de (re)naissance, de fécondité. Le rite rejoint la règle contractuelle.

La femme devenue épouse, se doit d'être mère (62). Et, "toute civilisation se caractérise par la structure familiale et se trouve mise en question lorsque celle-ci se modifie. La structure de la famille relève d'un ordre collectif dans la mesure où elle définit par un consensus social, par des coutumes, par des lois, de l'ordre privé..." (63). Le judaïsme est une conscience collective, et la femme est le lieu de cette conscience : elle marque de son identité l'enfant. Est considéré juif celui qui naît d'une mère juive (64). Pour cette raison, la loi talmudique ne fait pas de distinction entre les enfants illégitimes ou légitimes : l'enfant naturel d'une femme juive est juif. Seuls sont rejetés à la lisière de la société les enfants adultérins et les enfants incestueux car ils sont le résultat d'une transgression fondamentale à la Loi. Ces derniers sont dits mamzer, (65) ce qui rejoint la notion d'impureté, comme une insulte à la condition communautaire juive.

La qualité des relations conjugales explique que l'enfantement soit considéré comme une récompense, comme la traduction d'un équilibre interpersonnel. Cet aspect est une transposition d'une lecture de la Tora : "les grandes naissances dans la Bible sont presque toujours précédées par une période de stérilité de la femme, période durant laquelle souvent, l'amour du mari pour cette femme qui ne peut enfanter est, implicitement ou explicitement affirmé par rapport à une autre qui elle, infante sans problème" (66). L'enfant est une preuve d'amour et d'alliance avec Dieu. Mais le miracle de l'accouchement doit avoir lieu. La femme n'a de fonctions sociales que féconde et fécondée : "si un homme épouse une femme et demeure avec elle sans qu'elle mette au monde un enfant, il n'est pas permis à l'homme de rester exempt du devoir de procréation" (67). Il doit alors la répudier.

La relation femme/famille est ainsi encadrée par le corps de la femme : la notion de pureté de la femme juive cerne les démarcations entre les juifs et les goyim, non-juifs. Lieu d'identification, le corps est le symbole d'unification : "En général, quand les rites traduisent une anxiété à l'égard des orifices corporels, la contrepartie sociologique de cette anxiété est de défendre l'unité politique et culturelle d'un groupe minoritaire. Tout au long de leur histoire, les israélites furent minoritaires et firent l'objet de vives pressions. Selon leurs croyances, les sécrétions corporelles étaient sources de pollution - sang, pus, sperme, etc. Leur souci d'intégrité, d'unité, de pureté du corps humain reflète très exactement les craintes qu'ils éprouvaient à l'endroit des limites de leur corps politique" (68). Le droit israélien absorbe ces données, et l'assimilation exigée par la Halakha, des juifs dans les Etats d'accueil ne freine pas cette expression, notamment lorsque le droit laïc respecte certains principes religieux.

d) Mariage juif et droit civil

Dans la majeure partie des Etats laïcs, les lois civiles évitent les références aux choix confessionnels des citoyens. La règle de neutralité religieuse de l'Etat n'empêche pas que le droit soit empreint d'une morale, morale qui par certains aspects, reprend des thèmes religieux.

En France, l'idée de liberté de conscience est marquée par la philosophie des droits de l'homme, et plus spécifiquement, par la place que le droit assure à la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Or, la liberté de conscience n'est pas l'affirmation de la laïcité, et quand bien même cette laïcité ait fait l'objet d'une mention dans le texte constitutionnel, elle n'est plus qu'un mythe qui renforce le pouvoir du discours étatique (69).

En Israël, la notion de laïcité est nettement posée dans le domaine institutionnel, ce qui la défait de toute ambiguïté. Elle y a sa place en vertu du régime démocratique (70). La question des religions est résolue par une reconnaissance des différences, mais la religion juive n'est pas religion d'Etat, elle est plus exactement la religion dominante dans l'Etat (71).

Quelque soit l'Etat, la conciliation entre le principe étatique de laïcité et le principe personnel de liberté religieuse est assurée par le recours aux tribunaux civils : ces tribunaux sont laïcs en France, religieux, du moins pour les affaires matrimoniales, en Israël. Car, aucune forme de relation sociale ne se réalise sans respect de rites, ou de valeurs ; et la relation affective, conjugale ou filiale, voire familiale, n'est pas dépourvue de fonctions sociales ; donc elle s'établit en fonction de codes. Les

relations inter-personnelles ont besoin du secours du Droit pour se stabiliser. Les systèmes de droit familial sont des prolongements de valeurs morales sous-jacentes aux rapports sociaux, humains (72).

Le mariage a une valeur juridique lorsqu'il est constitution d'une cellule protégée et encadrée par des normes, et par exemple, l'article 203 du code civil français illustre le schéma de relations : des obligations qui naissent du mariage. De plus les standards juridiques communs de "bon père de famille", ou de "bonne moralité" ont cette même intention de régulation comportementale. Or, à partir de ces concepts, le principe même de la liberté de conscience connaît des limites ou des aménagements différents selon les Etats, et selon les personnes (73).

En France, la plupart des règles mishnaïques qui président à la formation du mariage juif ont une traduction dans le code civil, ou dans le code pénal. Les règles de validité du consentement sont quasiment identiques : âge (puberté signifiée en années), santé physique (examen médical), santé mentale (consentement libre, sain), empêchements dus aux liens de parenté (prohibition de l'inceste, par consanguinité ou par alliance), qualité du consentement libre et non dolosif... etc. Les obligations réciproques y sont énoncées dans les mêmes proportions que dans la Loi juive, sans porter sur le "secret de la vie privée", c'est-à-dire sur les relations sexuelles, encore que le mariage doit être "consommé" (74). La protection juridique de la femme par le droit français est un dépassement des valeurs chrétiennes : longtemps considérée incapable, mineure, la femme aujourd'hui est égale à l'homme (75). En outre, cet élargissement juridique a permis la dépénalisation de l'adultère de la femme, et la reconnaissance de la mère naturelle, mère célibataire par la loi de 1972 sur la filiation (76). En ces domaines, la Loi juive par référence au Talmud, précédait le droit français : outre la question de l'adultère (réprimée puis cause de divorce obligatoire), la femme était considérée avoir la majorité (religieuse et sociale) à sa puberté, et l'enfant illégitime né hors mariage (ni incestueux, ni adultérin) avait une existence juridique réelle, et non en marge de la société. Le constat de l'évolution sociale française rejoint les principes hébraïques.

En Israël, le discours juridique n'est pas fondamentalement décalé par rapport à la Loi : en un premier temps, les lois religieuses doivent nécessairement être l'objet d'un processus de réception par les lois civiles ; en sus, la Knesset, composée de membres élus démocratiquement, juifs ou non, a une fonction législative générale, mais, elle doit le plus possible se conformer aux principes du droit hébraïque, (77) ; et, en dernier lieu, les institutions chargées de l'état civil et des affaires matrimoniales sont les superstructures religieuses. L'organisation judiciaire revêt ainsi la caractéristique contradictoire qui affecte l'Etat : le principe de laïcité de l'Etat, la reconnaissance de la liberté de conscience est tempérée par la distinction entre les ordres religieux. Il existe des tribunaux rabbiniques chargés des questions relatives au mariage et au divorce des personnes de confession juive, se basant sur les règles de la Tora, soit la Halakha ; des tribunaux chrétiens investis des mêmes questions, mais se chargeant de plus des problèmes relatifs aux pensions alimentaires, et aux dispositions testamentaires des coreligionnaires (en vertu du droit canon) ; des tribunaux musulmans pour l'application des règles de statut personnel, relevant de la sharita (78). La distance du Droit à la Religion n'est donc signalée qu'en vertu d'une appartenance à une des principales religions reconnues par l'Etat : comme l'une des conditions d'existence juridique d'un individu (tel fut le problème pour les Falashas). Dès lors, pour les personnes de confession juive résidant en Israël, le droit est la Loi aménagée selon

les lois civiles, selon les décisions de la Cour suprême (79). Mais il y a toujours la constante d'évolution des principes juifs : les tribunaux rabbiniques tentent d'humaniser la Loi, ou plus exactement de rendre des solutions humaines adaptées à la Loi et à la Société (80). La seule conséquence directe dans ce schéma, est "qu'il ne peut exister de mariage civil" en Israël, comme une traduction du principe halakhite de l'interdiction des mariages mixtes (81).

Dès lors, dans la confrontation mariage/droit, la situation sociale de la femme, en France, dépend essentiellement de ce statut de femme, sexe féminin (égale à l'homme, égale de l'homme depuis peu seulement). En Israël, elle est fonction de sa religion, de son appartenance à une confession. En France, elle est d'abord femme, en Israël, elle est surtout juive.

Epouse, la femme (juive) détient une fonction sociale reconnue par le droit ; mère, elle est objet de protection juridique, de couverture sociale, particulièrement comme une sauvegarde de l'intérêt des enfants. Mais, la situation "normale" (et, dans le droit de la famille ce terme de "normal" est plus que fréquent, comme constamment signifié par des standards juridiques commun - (82) -), est épouse et mère. Or, le mariage n'est pas une situation juridique indéfectible. Lorsque la femme d'épouse devient ex-, comme à l'extérieur d'un cadre, sa situation de "juive" la marque sévèrement.

IIème Partie

Le divorce, la Loi et le Droit :

la défection de la femme juive

"La religion n'est pas une relation arbitraire entre l'individu et une puissance surnaturelle. C'est la religion de tous les membres de la communauté avec la puissance qui prend à coeur le bien-être de cette communauté" (83). La femme juive entretient avec la communauté un rapport privilégié, un rapport qui la désigne inévitablement comme la principale responsable de la survie de la communauté ainsi que de sa cohésion.

La femme juive fait ainsi l'objet de vives pressions de la part des discours juridiques, inspirés des principes halakhites : elle est le lieu de l'identification juive.

Cette particularité explique qu'au-delà des règles traditionnelles de nationalité, l'Etat d'Israël ajoute au principe de la territorialité de la naissance, le principe d'accueil de tous les membres de la communauté juive, comme un "retour sur la Terre promise". La loi du 10 mars 1970, dite "de retour" dispose : "est considéré comme juif celui qui est né de mère juive, qui s'est converti au judaïsme et qui n'appartient pas à une autre religion" (84).

Mais, cette mise en valeur de la femme dans la religion a son revers : la Loi est sévère à son égard. La Loi est d'autant plus rigide qu'elle devient formaliste dès l'instant où l'alliance avec Dieu, que constitue le mariage est remise en cause. Et cette remise en cause ne peut être que le fait du mari : répudiation.

Le discours juridique et social moderne transforme ce mot en "divorce". Mais, il en devient que plus menaçant pour la femme juive, car il traduit réellement l'état de non-retour, le point de rupture, l'échec conjugal. Or, c'est elle qui devait maintenir la paix dans le foyer, elle, qui était investie

de par la Loi du bonheur familial. Et, malgré l'évolution du droit de la famille en France, cette charge était sous-jacente aux réalités sociales de la famille : la pénalisation de l'adultère, l'ensemble des "fautes" pouvant fonder le divorce, ainsi que la notion "d'inconduite notoire" ont été les moyens juridiques de culpabiliser la femme. Le statut même de "divorcée" pouvait alors apparaître comme un défaut, un vice (car, le divorce atteint plus sérieusement la femme que l'homme, dans la place que chacun détient dans la société, dans son environnement familial ou amical).

A - Le divorce et la Loi juive

"Le fondement des règles juridiques se révèle à la lumière des symboles mystiques" (85).

La femme est le lieu de l'association des principes vitaux : sang, eau, lait. Elle est alors systématiquement confrontée aux problèmes désignés par la religion : la transmission de la Loi en est le centre.

Lieu de passage obligé à la Loi, la femme l'est autant pour l'homme, que pour l'enfant : pour son mari, pour ses enfants. Et la relation d'unité à Dieu pour l'homme exige le mariage.

Encore faudrait-il que le mariage soit "parfait", ou tout au moins "réussi". La question du divorce s'inscrit dans ce schéma.

Si la Bible est fondamentalement hostile au divorce, les principes mishnaïques accordent un droit à la répudiation en faveur du mari, dans le cadre des lois matrimoniales (*naschim*, 3ème division de la Mischna qui est une des premières codifications de la Loi), et dans le domaine des lois de pureté (*Toharot*, 6ème division de la Mischna). La référence biblique n'est pas pour autant amoindrie : la formule de répudiation n'invoque par le nom de Dieu.

Prenant appui sur le Deutorome (chap. XXIV), les rabbins ont dégagé plusieurs principes de divorce : le premier est qu'il est toujours à l'initiative du mari. La répudiation de la femme consiste à la renvoyer hors de foyer, hors de la vue de l'homme qui ne la reconnaît plus comme épouse. En effet, "le mari désire se séparer de sa femme parce qu'il a remarqué en elle une cause de divorce. C'est un acte volontaire et exclusif de sa part, car c'est le mari qui ordonne de dresser le *gueth*, et l'essentiel est que son intention de répudier soit clairement établie" (86).

En réalité le mariage est conçu pour le bonheur familial, pour l'épanouissement individuel de chaque partenaire, pour leur enrichissement réciproque. Dès l'instant où la relation perd ses qualités substantielles comment ne pas en admettre la dissolution ?

Mais, le malheur vient de la femme (87). Le *Talmud* énonce, en forme de proverbe : "si quelqu'un a une mauvaise femme, le divorce est pour lui un devoir religieux". Mauvaise, la femme l'est lorsqu'elle n'a pas su maintenir l'équilibre conjugal, car, gardienne de la famille, elle se devait de l'assurer. Et cet équilibre est rompu lorsqu'elle ne respecte pas les rites de cachérisation (violation de la Loi), et les règles de pureté (*nidda*, et absence de respect de la formalité minimale de *Tebila*) ; il est également rompu quand elle empêche l'homme de se consacrer à l'étude de la *Tora*, ou tout au moins, lorsqu'elle nuit à ses prières ; quand elle exige de lui plus de présence, plus d'attentions, plus de considération (dans la limite du devoir religieux qui s'impose à l'homme de ne pas "objectiver" sa femme). Quoiqu'il en soit, la femme est toujours "mauvaise" dès que l'homme envisage de la répudier.

Mais, encore, la répudiation peut devenir obligatoire : l'homme ne saurait, par exemple, demeurer avec une femme stérile puisqu'elle l'empêcherait de suivre la prescription religieuse de procréation. Ainsi, la femme ressent comme une "honte" sa stérilité (88). Et, surtout, la répudiation ne paraît qu'une des moindres mesures de remplacement au Karet (mise à mort, exil, mise au ban de la communauté...) lors d'adultère de la femme. Car, la femme symbolise "la porte par laquelle on entre dans le groupe.. (...). Le sang impur s'introduit dans la lignée quand la femme commet l'adultère" (89).

L'adultère est sévèrement réprimé : en effet, la Bible est plus clémentine pour la prostituée. "La prostituée (non mariée) trouble moins l'ordre familial que la femme adultère ; elle n'est pas la propriété d'un homme ; la femme adultère rompt une alliance, la prostituée est en dehors de cette alliance" (90). L'oubli de l'alliance avec Dieu par la femme adultère est impardonnable : l'homme qui participe à la faute est tout aussi coupable, mais c'est la femme qui l'entraîne à la mort (Lev. chap. XX, v. 10). Le mari ne peut donc que renvoyer la femme. Et la répudiation est "obligatoire" dès que l'adultère a été constaté par deux témoins dignes de foi. Cette répudiation a plus la valeur d'une annulation du mariage que d'un divorce : elle est prononcée en référence à la Loi, en relation avec Dieu.

La répudiation se réalise de manière formelle, procédurale : la mari doit dresser le gueth, ordre d'écrire ou acte d'écrire une lettre de rupture ; cette lettre doit s'adresser à la femme ; elle doit, ensuite, lui être remise, donnée : l'acte d'écrire se complète avec l'acte de donner. La réception de la lettre accompagnée de formules spécifiques de renvoi, par la femme équivaut à l'expression d'un consentement à son renvoi. Ce renvoi est définitif, irrévocable. Et, de ce fait, l'homme ne peut se préserver certains droits sur celle qui désormais n'est plus sa femme.

La répudiation est toujours un acte du mari contre sa femme. Elle est le seuil de culpabilisation sociale de la femme qui doit alors assumer l'échec conjugal. La dissolution du lien marital la libère de ses rôles fondamentaux à l'égard de son ex-époux, mais elle reste mère, et mère juive lorsque des enfants sont nés de cette union. Et envers eux, elle demeure astreinte à un ensemble d'obligations rituelles qui lui rappellent son état de "répudiée", de "divorcée".

Et la Loi ne lui propose aucune échappatoire. Le Droit lui en accorderait-il ?

B - La procédure du divorce dans la Loi et face au droit civil

La Loi juive n'accorde qu'au mari le droit de répudier sa femme. La femme est privée de parole. La femme est soumise à l'homme qui décide de son présent et de son avenir. Le Droit refuse la main-mise de l'homme sur la femme, et renie tout caractère absolu à la prise de possession de l'homme sur son épouse. La combinaison entre la Halakha et la Haggada a permis l'évolution du droit hébraïque.

La femme peut solliciter sa répudiation.

La demande de divorce de la part de la femme est une prière pour sa libération : les tribunaux rabbiniques doivent intervenir, car les formalités religieuses doivent être respectées. La femme sollicite l'intervention des tribunaux pour qu'ils contraignent son mari à lui délivrer le gueth. Car, la polygamie n'est pas strictement réprimée : l'homme peut rejoindre une autre femme sans avoir libéré de sa présence (absente) son épouse, mais

de son côté, la femme ne peut entamer aucune sorte de relations avec un autre homme sans avoir en sa possession l'écrit qui atteste du divorce : elle serait alors considérée femme adultère, et en subirait les conséquences sociales (car, même si aujourd'hui, la répudiation remplace la mise à mort biblique, l'impact du qualificatif dépasse le seuil juridique et marque la femme dans tous ses actes sociaux).

L'intervention des tribunaux place directement la question du divorce sous l'angle du Droit. Et ceci, pas seulement dans l'Etat d'Israël, car, en France également, le problème du gueth est évoqué devant les tribunaux civils, laïcs.

a) Le divorce religieux et laïc

Les exigences hébraïques relatives aux formalités du divorce sont respectées par la plupart des individus de confession juive (beaucoup plus que bien d'autres règles). Pourtant, elles se révèlent complètes : lettre de gueth, remise de la lettre accompagnée de formules de renvoi, à la femme de manière "effective", donc séparation irrévocable des époux (ils ne peuvent se remarier ensemble, par la suite) (91).

En Israël, le respect des formalités religieuses suffit à faire constater la dissolution du mariage. Les rabbins entérinent le divorce : prise en considération de la décision de répudiation, et vérification des causes de la répudiation (notamment lors d'adultère de la femme : elle ne pourra épouser ni l'amant, ni l'un des témoins). Cette vérification est d'autant plus importante qu'en matière de divorce "le problème n'est pas de justifier un divorce, mais d'en rechercher les fondements légaux", les causes reconnues par la Loi sont des limites à la puissance du mari (92). En réalité, le droit de répudiation de la part du mari est "une option conditionnée par la Loi" (93). Les rabbins évitent alors les répudiations abusives grâce à un aménagement de règles halakhites et de constats de moeurs sociales.

Ainsi, en Israël, la question du divorce est posée sur deux thèmes : les formalités, les causes. Et, justement, en énonçant une obligation de base légale au divorce, à la répudiation, les tribunaux rabbiniques ont dû considérer la demande de la femme au divorce comme une "dérogation à la Loi". En ce sens, ils sont contraints de lier la Loi aux lois civiles qui ont ouvert cette voie : la femme peut solliciter sa propre répudiation lorsqu'elle fait état d'arguments jugés "sérieux". Ces arguments sont pour l'instant limitativement énumérés par les tribunaux : défaut d'entretien, sévices et mauvais traitements, excès et injures graves, absence prolongée du mari, abstention de remplir le devoir conjugal pendant plus de six mois, conversion du mari, obligations de rapports dans l'état de nidda, situation sociale du mari différente et nuisant au foyer familial (94). La reconnaissance du "sérieux" des arguments oblige le mari à délivrer le gueth. Ce qui crée la catégorie juridique de "gueth forcé".

En France, le divorce est constaté civilement, ou plus exactement "juridictionnellement". Il est prononcé par un juge, même s'il est le reflet négatif du mariage comme "consentement mutuel" à la rupture. La religion n'est pas directement évoquée par le droit civil. Cependant dans la mesure où elle détient une certaine influence sur les comportements conjugaux, elle peut être un facteur juridique tant pour le prononcé du divorce : dans le cas de divorce pour faute, lorsque l'appartenance de l'un des conjoints à une confession en a été la cause ; que pour le constat juridique de l'existence du divorce civil : lorsque le non-respect de formalités religieuses par l'un, nuit à la liberté de l'autre.

Les options religieuses des époux pouvant être mises en scène lors de procédures de divorce, le juge est contraint de les prendre en considération (95). Cette situation paraît illogique : le droit français est un droit laïc, un droit profondément pénétré par l'idéologie de la liberté individuelle, du secret de la vie privée, et donc par le principe de la liberté de conscience (96). Comment pourrait-il sans attenter à ce principe intervenir dans le cadre des choix confessionnels de couples aspirant au divorce ? La seule méthode est dans le cas de demande de "divorce pour fautes", de qualifier une "conduite" fautive dans son rapport à l'autre quelle que soit la religion en cause : la perturbation des relations conjugales peut être due à la conversion de l'un des époux dans une religion autre que celle qui avait fondé l'union (97) ; ou bien le maintien de la vie conjugale devient intolérable pour l'un des époux systématiquement blessé dans sa foi, les propos de l'autre sont alors qualifiés "injures graves" (98) ; l'intensité de la foi religieuse de l'un peut alors gêner l'autre, et le placer dans une position d'hérétique qui nuit à la qualité de la relation (99). La faute est spécifiquement comportementale. Mais, justement parce que la religion est une question d'attitudes dans les relations conjugales, le juge civil est amené à nuancer ses décisions selon les cas, selon les individus : le divorce peut être contraire à l'option religieuse profonde d'un des époux (religion chrétienne), de même qu'il peut se révéler "d'une exceptionnelle dureté" pour l'un des conjoints (100), dans ce cas, les juges répugnent à prononcer le divorce. Ces aspects juridictionnels ne sont pas directement envisagés par rapport à une religion donnée, ils concernent toutes les confessions, toutes les options religieuses possibles. En droit civil français, le choix confessionnel individuel est une "affaire privée" dans laquelle l'Etat se garde d'intervenir (dans la seule limite de l'ordre public général, et de ce fait, par exemple, le "je vous salue, Marie" de J.L. Godard n'a pas subi l'interdiction d'exploitation que sollicitaient les religieux (101)).

Mais, si la liberté religieuse est la règle (102), elle est l'objet d'une protection juridique qui la place sur la scène familiale, et ce, notamment, en ce qui concerne la religion juive, dans les aspects procéduraux, et les conséquences du divorce : le problème de la religion juive, en France, est posé à travers les formalités du gueth.

b) La jurisprudence en matière de divorce et le gueth

En droit français, donc, le mariage est constaté civilement, et n'existe aucune mention de l'éventuelle union religieuse qui le confirmerait devant Dieu (103). Dans le mariage, les époux se doivent un respect mutuel, qui englobe le respect de leurs convictions et croyances personnelles (104). Le mariage peut, cependant être dissous par le prononcé du divorce.

Le divorce, quelles que soient les causes qui le fondent (mésentente conjugale due autant à des facteurs personnels qu'à des éléments faisant état des choix religieux), a pour objet de défaire toute relation entre les ex-époux (sauf le cas de conventions pour les gardes d'enfants, et le maintien de liens financiers, le cas échéant). Ceci signifie en substance que le divorce libère les époux de leurs obligations réciproques.

Mais, sur le plan du droit hébraïque, cette séparation n'est possible que si toutes les formalités du gueth ont été remplies. Or, le gueth est un acte unilatéral du mari : si le mari s'y refuse "nul ne peut se substituer à lui dans l'accomplissement de la procédure" (105). De plus, la femme juive ne peut se remarier avec un coreligionnaire que si elle présente au rabbin la preuve de son divorce, donc la lettre du gueth. Dès lors, la femme

israélite française qui a divorcé civilement, peut de nouveau convoler selon les lois civiles, mais elle ne pourra faire confirmer religieusement ce mariage à la synagogue, devant le rabbin, que nantie du gueth. Si l'ex-mari ne lui a pas fait don de la lettre, elle se met en situation d'infraction face à la Loi : femme adultère. Et les enfants de ces secondes noces seraient placés dans une situation difficile en face de la communauté juive : mamzer (cela même si, de nos jours, cette référence mishnaïque semble reculer). C'est à ce moment que la femme française fait appel aux tribunaux judiciaires, obligeant le juge à intervenir dans un domaine qui lui est théoriquement "interdit", et surtout à se préoccuper concrètement d'une conciliation entre droit civil français et droit juif.

En prononçant le divorce entre deux israélites, le juge contribue à la dissolution d'un mariage religieux, même s'il n'existe aucun différend entre les époux, et que les procédures du gueth ont été effectuées par le mari. Néanmoins, il est directement impliqué par les règles religieuses lorsque un conflit surgit soit dans le cadre d'un divorce pour "fautes", soit à l'occasion de la sanction juridique d'un divorce sur "consentement mutuel". Comment imposer à l'homme la rédaction et la remise de la lettre de gueth à la femme ? Car une telle intervention serait porter atteinte à la liberté de conscience de l'homme, à ses propres convictions.

Pourtant, le juge accepte de jouer le rôle des tribunaux rabbiniques pour que les formalités religieuses soient effectivement respectées. Mais, ainsi que le note L. De Naurois (106), contraindre le mari à délivrer le gueth est affecter le caractère religieux de l'acte : "un tel acte est exigé du mari quelles que soient ses convictions". Les tribunaux civils n'ont pourtant pas à se préoccuper de la valeur religieuse de l'acte. "Les convictions religieuses ne sont pas l'élément déterminant de l'appréciation judiciaire. Ce sont des comportements qu'il s'agit de juger. Ce qui est reproché c'est une attitude non conforme aux obligations du mariage, standard défini par l'opinion commune", précise C. Atias (107). Et, dans le rapport à la lettre de gueth, au-delà des obligations du mariage, le juge judiciaire se fonde également sur des types de comportements.

Ainsi, le refus de délivrance du gueth a été considéré comme une "intention malveillante" de la part du mari, comme un désir de faire obstruction à la reprise d'une vie normale par la femme ; ainsi, en 1982, la Cour de cassation reprenant une jurisprudence relativement ancienne (108), constatait que lorsqu'il y avait refus injustifié de remise de la lettre de répudiation par le mari, après le prononcé du divorce civil, il était possible d'en admettre le caractère malveillant, et d'assigner le mari, à peine d'astreinte, à la délivrance du gueth, et le cas échéant, de dommages et intérêts (109).

Les juges ont ainsi tendance à s'immiscer dans les conceptions religieuses des époux en situation de rupture ; mais ils nient le caractère irrévocable du gueth : la répudiation interdit à l'homme d'envisager une réconciliation future avec son ex-épouse (110).

Quoiqu'il en soit, les tribunaux saisis n'hésitent pas à condamner le mari à des dommages et intérêts pour refus de délivrer le gueth, et ce, à peine d'astreinte pour que la répudiation suive les règles religieuses. Ils ne se préoccupent nullement de savoir si la Loi israélite autorise les femmes à solliciter cette lettre. Mais, pour que le divorce soit effectivement constaté en Israël, dans le cas où la femme envisage de bénéficier de la loi de retour, ou pour que la femme puisse envisager s'unir à un israélite en deuxième noces religieuses, cette lettre est strictement obligatoire.

Et c'est à ce titre que le gueth a une fonction juridique dans le droit du divorce en France.

c) Le droit du divorce, la Loi et les enfants

La question du divorce ne se pose pas uniquement pour les seuls époux, sont également impliqués par la dissolution du lien conjugal, les enfants.

La mère juive est ainsi directement concernée par les implications juridiques du divorce (au-delà d'un droit à disposer de son avenir, elle est d'abord la mère de ses enfants, et mère juive d'enfants juifs).

Les tribunaux rabbiniques, comme les tribunaux civils en France, se préoccupent essentiellement de l'intérêt des enfants. Or, la religion fait partie de l'éducation des enfants : comment ne pas tenir compte de ce facteur ?

L'exercice de l'autorité parentale est partagée entre l'homme et la femme (depuis 1951 en Israël, depuis 19 en France). Lorsque le divorce est prononcé, la situation des enfants est déterminée en fonction des attitudes des père et mère, avec malgré tout, une constante qui a sa racine religieuse : la mère paraît la plus qualifiée pour assurer la garde de l'enfant, notamment lorsqu'il est en bas-âge.

En France, l'article 372-1 du Code civil envisage les cas de conflits dans l'éducation des enfants, lorsque l'attribution du droit de garde (111) a au préalable été fixée, soit par convention, soit par le juge : "si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règles". Cette disposition permet de retenir les options religieuses comme élément d'une pratique, (112) si les conceptions d'éducation (même dans le mariage) créent les oppositions.

L'intérêt de l'enfant est une norme de référence pour le juge français, comme pour le juge israélien lors des divorces. Et l'évaluation de cet intérêt dépend de la mère. Ceci particulièrement en Israël, car la mère est le signe de l'identification de l'enfant, la marque de son appartenance à une ethnie (n'est-elle pas mère "juive" ?). Et ce rattachement ethnique et religieux est une condition de l'intégration sociale de l'enfant.

Quand le divorce intervient entre deux personnes de confession israélite, l'intérêt de l'enfant s'apprécie seulement en fonction de son rapport privilégié à sa mère : "c'est pour le propre bien de l'enfant qu'on doit considérer la mère comme la plus apte et la mieux armée pour assurer ses besoins... Il faut des motifs très particuliers et très sérieux pour refuser à la mère son droit naturel d'élever et d'éduquer son enfant de la manière qu'elle juge la meilleure. Il ne nous appartient pas d'établir une échelle de notes qui nous permette de mesurer laquelle est une bonne mère et laquelle est une mauvaise mère. Même une mauvaise mère, me semble-t-il, est préférable à une étrangère, pourvu, bien entendu qu'il n'ait pas été prouvé qu'elle est incapable d'élever ses enfants, au point de compromettre leur épanouissement physique et mental" (113), estime un juge israélien. Ces énonciations rejoignent les principes hébraïques : la Loi fait de la femme la gardienne du foyer familial. La mère, du fait de son état de juive, est la seule à pouvoir préserver l'enfant dans son éducation religieuse. Mais, dans cette perception, les tribunaux rabbiniques peuvent également rétablir les distinctions halakhites entre les enfants : la fille mineure devrait rester auprès

de sa mère, le garçon aussi, jusqu'à l'accomplissement de sa bar-mitsva (en quelque sorte, une communion qui fait accéder l'enfant à la majorité religieuse, qui a lieu entre 10 et 15 ans).

En réalité, le plus grand problème auquel sont confrontés les tribunaux israéliens est celui des "mariages mixtes". Certes, la notion de "mariage mixte" n'a pas de fondement juridique, halakhite, mais en vertu de la loi de retour, elle est nécessairement envisagée (114). Le divorce met en jeu plusieurs rapports : femme/mari, femme/mari/religion, femme/mari/religion/enfant. En effet, par exemple, dans le cas d'un mariage mixte musulman/juif (115), la mère étant juive, l'enfant est juif selon la Loi, mais encore, le père étant musulman, l'enfant est musulman selon la loi coranique. Et, en Israël, cette situation a une grande influence sur l'existence juridique et sociale de l'enfant. Les tribunaux sont alors chargés de procéder à une conciliation entre deux religions, et l'attribution du droit de garde dépendra essentiellement de l'intérêt de l'enfant (qui, lorsqu'il le peut, doit donner son avis). Et cet intérêt peut être évalué en fonction de la religion du père ou de la mère, ou plus exactement, en rapport avec la ferveur religieuse de l'un ou de l'autre : il est mieux pour l'enfant d'être éduqué dans le respect d'une religion, quelle qu'elle soit, plutôt que dans le mépris de toute religion : la croyance en Dieu, qu'il soit Yhaveh ou Allah est la condition de son intégration, de sa bonne santé physique et morale (116).

Alors que le droit israélien souffre de son rapport permanent à la religion, le droit français souffre de son refus à mesurer ses racines religieuses. D'un côté, la femme juive israélienne subit la Loi, et mère, se sent perpétuellement remise en cause dans le comportement de ses enfants (117) ; de l'autre, la femme israélite française réclame la Loi, et mère, dispose d'une marge de manoeuvre que seule la laïcité du droit lui accorde, mais qu'une société profondément imprégnée de morale chrétienne lui dénie.

Le juste milieu ne serait-il pas dans l'effective reconnaissance d'un "droit à la différence" (et non pas seulement circonscrit dans le principe de la liberté d'opinion, de la liberté de conscience).

CONCLUSION

Le rapport entre Droit et Religion dépasse la seule affirmation de la laïcité de l'Etat. La dimension de la religion juive est l'indice d'une obligation de conciliation entre droit civil et droit hébraïque, ou d'une superposition entre droit familial et droit talmudique.

En France, la caractéristique religieuse est seulement prise en considération lorsqu'elle devient un élément fondamental de l'individu, lorsqu'elle se présente comme inhérente à l'homme, et se définit comme un aspect de la liberté de conscience (reconnue depuis 1789 comme un droit de l'homme).

En Israël, la situation est plus complexe : théoriquement, Etat laïc, il devrait atténuer la force normative des préceptes talmudiques. Car, de toute évidence, conçu en "confession", le droit hébraïque devrait n'être que d'applicabilité personnelle. C'est au juif de s'y conformer s'il le veut, où qu'il soit.

Mais, à ce propos, un juge de la Cour suprême remarquait : "les juifs ne se considèrent pas comme une secte religieuse ; et à mon avis, ils n'ont jamais cessé d'être une Nation portant avec elle, et partout dans la diaspora et à toutes les époques de son exil, les legs inaliénables de sa culture, de ses biens nationaux, y compris le droit hébraïque. En fait, le droit hébraïque a pris avec le temps une forme religieuse évidente, mais il n'a jamais cessé pour cela d'être le droit national des juifs" (118). Alors, en quelque sorte, la religion a servi de fondement au droit, mais uniquement en "base" et non comme ensemble de règles perpétuelles. La référence des tribunaux rabbiniques à la Loi est précisée par les lois civiles : la limite est donc dans le droit laïc.

Mais, qu'il s'agisse du droit français ou du droit israélien, la définition même de la "laïcité" ne devrait-elle pas aujourd'hui dépasser les seuls cadres de la neutralité religieuse de l'Etat, ou de son respect de la liberté de conscience ?

Les discours juridiques actuels de lutte contre le "racisme" ne devraient-ils pas incorporer les éléments de laïcité, comprise alors comme l'obligation pour l'Etat de faire respecter le nouveau droit de l'homme qui serait "le droit à la différence".

Le droit à la différence n'est pas le droit à être différencié, conçu dans le système de l'égalité et de la liberté (principes inhérents à la théorie des Droits de l'homme), il serait totalement garanti s'il ne faisait pas systématiquement l'objet de définition négative, ou plus exactement, s'il n'était pas pris en compte uniquement dans une perspective de "sanction" et de "répression" des comportements individuels ou collectifs qui le méprisent (119).

Quand l'individu est femme, puis lié à une ethnie, ou une culture déterminée, ne risque-t-il pas d'être encore plus l'objet d'attaques ? Ne mérite-t-il pas une plus large protection juridique ?

NOTES

- (1) Sur l'idée d'ordre social spontané, ou sur l'origine d'un ordre construit, v. F.A. Hayek "Droit, législation et liberté" t. 1 "Règles et ordres" (1973) trad. R. Audouin, PUF 1980.
- (2) V. B. Curtafond "Théocraties" R.D.P. 1984 p. 277 et s., à propos du problème d'un rapport entre théocratie et démocratie, et la question du culte de l'Etat, p. 333 et s.
- (3) L. 9-11 décembre 1905, concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, J.O. 11/12/05 (v. annotations, D. 1906, IV).
- (4) L'art. 10 exprime les mêmes principes et limites que l'article 1er de la Loi de 1905 : "Nul ne peut être inquiété à raison de ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi". Ce qui est particulièrement significatif est la réserve indirecte que le mot "même" précise à propos de la liberté religieuse.
- (5) Certes, de 1800 à 1946, de nombreuses lois étaient intervenues pour solidifier la rupture entre les cultes et l'Etat ; la laïcisation de l'enseignement public, les lois sur le divorce, la reconnaissance de toutes les religions ont joué un rôle important, mais la notion de "laïcité" de l'Etat affirmée en 1882, n'a trouvé sa véritable expression qu'à partir de 1946.
- (6) Présenté par le groupe communiste à l'Assemblée constituante, l'amendement proposant d'adjoindre le mot "laïque" aux qualifications de la République, n'a été retenu qu'en fonction de l'argument de "neutralité", v. J. Rivero "La notion juridique de laïcité" D. 1949 chr. p. 137 s.
- (7) V. J.P. Machelon "L'Etat et les congrégations religieuses : de l'Empire à la République" R. Adm. 1984 n° 221, p. 443 et s. ; C. Goyard "Police des cultes et Conseil d'Etat" : du Concordat à la Séparation" R. Adm. 1984, n° 220, p. 335 et s.
- (8) La réalité de la religion juive s'apprécie par rapport à l'Histoire du peuple hébreu, lorsque les Hébreux s'affirment contre l'Egypte. V. A. Chouraqui "Histoire du judaïsme" Que sais-je, PUF 1963.
- (9) Et la table des matières du Talmud est à ce titre révélatrice : règles de droit civil, de droit pénal, de droit social, etc.
- (10) V. B. Curtafond "Théocraties" RDP 1985, op. cit. p. 285 et s.
- (11) Les termes font référence à l'Histoire du peuple juif : hébreux, à l'origine (Egypte), les juifs par les voies de la connaissance, par le développement de la culture (étude de la Tora et diaspora), répertorient le savoir et les commentaires : le Talmud. La Loi mosaïque fait alors le rapport entre ces étapes : comme la Révélation de la Loi ; v. A. Neher "Moïse et la vocation juive" ed. Seuil 1976, p. 95 et s.
- (12) V. A. Chouraqui "Histoire du Judaïsme" op. cit. ; v. les remarques sur la méconnaissance du droit hébraïque, de R. Draï "La prétendue loi hébraïque du Talion" in "Le droit en procès" CURAPP ed. PUF 1983, p. 79 et s. (notamment, p. 83 à 87).
- (13) L'obligation fonde l'assimilation que les caricatures renvoient aux juifs dans de nombreux romans, v. J.P. Sartre, "Réflexions sur la question juive" ed. Gallimard ; A. Memmi "Portrait du juif" ed. Gallimard ; B. Palup "Etre juif dans la société française" ed. Montalba 1979, etc...
- (14) Règles de pureté : la purification concerne l'âme et le corps, la relation humaine, la cachérisation a un rapport direct à la nourriture terrestre. Les deux ont pour fonction de rejeter le "sang", comme s'il véhiculait le danger. V. M. Douglas "De la souillure - essai sur les notions de pollution et de tabou" ed. Maspero 1981.
- (15) Et si la vie d'un homme ou d'un groupe dépend du non-respect des règles de purification, ou de cachérisation, les rabbins admettent la "désobéissance" comme une dérogation à la Loi pour la survie de la société juive.

- (16) Cité par A. Cohen in "Le Talmud - exposé synthétique du Talmud et de l'enseignement des Rabbins sur l'éthique, la religion, les coutumes et la jurisprudence" ed. Payot (trad. J. Marty) 1983, p. 37.
- (17) B. Dupuy "Unité et tension de la Halakha et de l'Aggada" Mel. M. H. Prévost Lille II, ed. PUF 1982, p. 123.
- (18) V. R. Drat "La prétendue loi hébraïque du talion" in "Le droit en procès" op. cit. p. 79 s.
- (19) S. Korner "Le droit hébraïque : droit religieux ou laïc ?" Mem. DEA Histoire du droit, Paris I 1983, p. 16.
- (20) S. Korner id. p. 20 ; v. A. Chouraqui "Histoire du Judaïsme" op. cit. PUF, p. 70 et s.
- (21) I. England "Mysticisme et droit - réflexions sur les lequite halakhot de l'école de Rabbi Nahman de Brastlav" Mel. M.H. Prévosts op. cit. 1982, p. 192. V. aussi, B. Dupuy "Unité et tension..." Mel. M.H. Prévost op. cit. p. 127, sur les constructions normatives "négatives" et positives de la Loi.
- (22) V. B. Curtafond "Théocraties" RDP 1985 op. cit. p. 286 (mais l'auteur précise que cette attitude serait aussi la recherche de justification à l'existence "divine" de l'Etat d'Israël...).
- (23) V. L. Febvre "Le problème de l'incroyance au XVIe s." in L'évolution de l'humanité, n° 53, éd. Al. Michel 1962, p. 363, sur la prise de la religion catholique de la naissance (baptême) à la mort (testament) ; v. l'ensemble des contributions à "L'Histoire des Religions" ed. La Pléiade.
- (24) Car, ainsi que nous aurons l'occasion de le remarquer : la femme est le pivot de la vie familiale, comme elle est le centre de la vie juive. C'est elle qui marque de son identité l'appartenance au peuple juif.
- (25) La question juive est par essence, une question féminine, v. D. Sibony "La juive - Une transmission d'inconscient" ed. Grasset 1983, notamment p. 117 et s., chap. consacré à la "Loi fêtée", comme le dépassement d'une demande sociale.
- (26) V. A. Chouraqui "Histoire du judaïsme" op. cit. p. 70 ; v. B. Curtafond "Théocraties" op. cit., p. 287 sur la recherche d'adaptation des règles de vie avec la loi divine.
- (27) Le concept de Droit (positif) se rattache à l'institution étatique.
- (28) Du code civil au code pénal, en France, mais aussi le droit de la Sécurité Sociale...
- (29) V. M. Segalen "Sociologie de la famille" ed. A. Colin, 1981, p. 140 et s. ; V. E. Shorter "Naissance de la famille moderne" ed. Seuil 1977.
- (30) V. I. Heinemann "La loi dans la pensée juive" ed. A. Michel 1962, (cit. p. 9).
- (31) Car, jusqu'au XII^e siècle, la femme dans la religion chrétienne n'avait pas d'âme (agent de Satan, suppôt du diable...).
- (32) V. L. Scherr "La femme juive à travers les siècles" Nouveaux Cahiers 1976, n° 46, p. 24 et s. (cit. p. 25 "... c'est-à-dire en droit, un homme de condition inférieure").
- (33) V. C. Bogler, D. Bogler, C. Garson, J. Gdalia, M. Okonowski et J. Storasandor "Le statut de la femme dans la Bible" Nouveaux Cahiers 1976 n° 46, p. 4 et s., sur "la création de la femme", p. 5 et s. La femme "Icha" est prise de l'homme "Ich" (ou "lych" : le retrait de la lettre "iod" (y) signifie l'amenuisement du facteur phallique : iod signifie dans le Zohar un symbole phallique).
- (34) V. C. Bogler et autres, "Le statut de la femme..." N.C., 1976 op. cit.
- (35) Ce qui est présenté aujourd'hui comme le trait caractéristique de la "soumission" des femmes, v. J. Friedlander "La question féministe juive" in Nouvelles Questions Féministes n° 6/7 1984, consacrées au thème "Les femmes et l'Etat" p. 21 et s.

- (36) Expression de E. Gugenheim "Le judaïsme dans la vie quotidienne" ed. A. Michel 1978, p. 47.
- (37) - trad. pers. - M. Meseilman "Jewish woman in jewish law" Yesk. Univ. Press New York 1978, p. 16 ; V. L. Vincent Doucet-Bon "Le mariage dans les civilisations anciennes" ed. A. Michel 1975 (notamment à propos du "mariage chez les hébreux" p. 359 et s.).
- (38) V. L. Mair "Le mariage - étude anthropologie" ed. Payot 1974, p. 77 et s. (la stratégie du mariage) ; v. E. Shorter "Naissance de la famille moderne" op. cit., p. 70 et s.
- (39) Tel est l'une des premières remarques de fait A. Zagouri "Du mariage en droit hébraïque" Fac. DT Maroc LGDJ 1960, dans son introduction, p. 12.
- (40) L'obligation du consentement de la femme dérive du Talmud, ce sont les rabbins qui ont estimé profondément immoral de "donner une fille en mariage" d'autant plus qu'elle se révélait alors impubère. La majorité accordée à la femme lors de sa puberté lui octroie le droit d'exprimer son consentement. V. le traité du mariage, traité Kiddouchim chap. 37 (cité dans le Talmud).
- (41) A. Zagouri "Du mariage en droit hébraïque" op. cit. p. 15.
- (42) L'annulation du mariage, à l'inverse de la répudiation, peut traditionnellement être sollicitée par la femme. La reconnaissance de ce vice "erreur" a pour effet de protéger la femme contre le risque "d'exploitation" par l'homme. Sur le plan religieux et historique, v. L. A. Mangel "La formation du mariage en droit biblique et talmudique" Lib. L. Rodstein 1935.
- (43) Si la Loi oblige un séducteur à épouser la fille séduite, elle permet aussi le dédommagement financier. Ainsi, la valeur de la "virginité" ne peut trouver d'expression absolue (chaste). L'erreur n'existe que si la femme a déclaré être vierge, et ne l'est pas. Ce qui explique que les femmes divorcées ne soient pas reléguées dans le droit talmudique.
- (44) De la connaissance de l'autre, aujourd'hui admise, même dans sa nudité. La Loi juive actuelle ne condamne pas spécifiquement la contraception, comme une ouverture vers l'admission vers des relations sexuelles hors-mariage.
- (45) V. les développements suivants sur le divorce.
- (46) La publicité de l'annulation est souvent réalisée : comme une réponse à la publicité du mariage. Ce qui n'est pas le cas du divorce, de la répudiation simple. Et ceci, pas même en France : le divorce n'est pas un acte d'état civil... ni enregistré de lui-même à l'état civil.
- (47) A. Zagouri "Du mariage..." op. cit. p. 25.
- (48) Dans le cadre du droit juif, sont dites "unions mixtes" les unions célébrées entre une personne israélite et une personne d'une autre confession, ou athée. Cette interdiction est encore maintenue en Israël. Elle explique le fait que certaines personnes qui n'aient pas reçu le "visa" d'appartenance au judaïsme, posé en termes d'ethnie, se soient vues "privées de mariage", et en état d'infraction à la Loi pour relations sexuelles en dehors du mariage.
- (49) La prise en compte de l'état mental rejoint, dans le droit moderne, les interrogations sur la capacité au consentement. Dans la Loi, il s'agit plus particulièrement d'une préservation de l'identité juive.
- (50) Outre la Loi du lévirat - particularité qui ne fait pas l'objet, ici, d'analyses spécifiques.
- (51) Car la Loi juive n'a jamais totalement condamné le concubinage : il n'y a pas de rejet des enfants "illégitimes", sauf des enfants adultérins ou incestueux dits "mamzer".
- (52) - trad. pers. - M. Meseilman "Jewish woman in jewish Law" New York, op. cit. p. 16. La mise à l'écart du "savoir" a été tempérée par l'influence talmudique. Aujourd'hui, il existe des femmes rabbins.
- (53) V. "Le foyer juif, abrégé des lois de pureté familiale" fond. Sefer 1974.

(54) V. Lev. Chap. XV. La question du "sang" a toujours été posée en termes de souillure, ce d'autant plus qu'il a un lieu fondamental avec la matrice de la femme, et la règle alimentaire qui veut que la viande ne soit jamais consommée avec le lait pourrait avoir cette origine.

(55) Inceste, adultère, viol, zoophilie, homosexualité et pédophilie qui ont souvent été pris en compte par les lois pénales.

(56) V. l'ouvrage fondamental de M. Douglas "De la souillure - essai sur les notions de pollution et de tabou" ed. Maspero, op. cit.

(57) La racine biblique est la Génèse, chap. XXVI. Mais, aujourd'hui, cela devient un des fondements du couple, v. M. Segalen "Sociologie de la famille" op. cit. Cette règle évite "l'objetisation" de la femme.

(58) Et cet aspect n'est pas passé inaperçu, de nombreux articles publiés dans la Revue d'histoire de la médecine hébraïque en rendent compte.

(59) L'ouvrage "Le foyer juif, abrégé des lois de pureté familiale" op. cit. est méticuleusement précis : toutes les descriptions d'attitudes, de comportements, de langages y sont faites.

(60) La femme nidda est interdite à son mari, à tout homme qui est sévèrement puni s'il a commerce avec elle (mort, exil, bannissement). L'état de nidda est la période des menstrues, la tébila est la période de purification signifiée par le bain, tandis que le terme de mikvé représente la "piscine" et le "bain" par lui-même. Le rabbin peut être consulté sur l'état d'impureté, sur les modalités du bain. Son intervention juridictionnelle a lieu lorsque soit la femme, soit l'homme n'ont pas respecté le temps de séparation rituelle.

(61) Il s'agit d'un jeu de mots : les enfants = banim ; les constructeurs = bonim ; or, "sur les enfants repose l'avenir non seulement de la famille, mais aussi de la communauté", cit. A. Cohen "Le Tamud..." op. cit., p. 223.

(62) V. L. Podelsever "La femme dans le judaïsme" in. Terre des femmes ed. Boreal express, 1982, p. 12 et s. ; v. aussi A. Levy "Les droits de la femme dans la religion juive" in. Judaïsme et droits de l'homme, coll. 6/12 juin 1983, ed. Lib. des Libertés, p. 53 et s.

(63) F. Raphael "La famille juive menacée" Nouveaux Cahiers n° 27 1971/1972, p. 53. Cependant, la santé physique et mentale de la femme est prise en considération : le droit talmudique ne condamne pas l'avortement ou la contraception car, "le fœtus ne vaut pas une vie humaine" : v. L. Podelsever "La femme dans le judaïsme" op. cit. p. 12. Seule la qualité des relations fait de la structure familiale cette donnée fondamentale de la société.

(64) Ce qui reste une règle de droit, en Israël (loi du 10 mars 1970 sur l'acquisition de la nationalité, pour le "retour").

(65) V. L.A. Mangel "La formation du mariage en droit biblique..." 1935, op. cit.

(66) E. Amado-Vlansi-Levy "L'enfant du couple" Nouveaux Cahiers, n° 69, 1982, p. 4 et s.

(67) A. Cohen "Le Talmud..." op. cit., p. 221.

(68) M. Douglas "De la souillure..." op. cit., p. 139. La jonction corps de la femme/corps politique est aussi affirmée par la Loi talmudique en ce qui concerne les raisons d'un décès de la femme en couches, v. A. Cohen "Le Talmud..." op. cit., p. 163.

(69) Cette réflexion nécessiterait de plus longs développements, mais ils n'ont pas de fonction dans cette étude. Cependant, ainsi que l'Histoire de France le montre, la notion de laïcité est intervenue tardivement à partir du moment où les institutions catholiques avaient perdu toute force d'influence sur les circuits juridiques : l'épuisement du droit canonique n'est pas dû à un acte délibéré du pouvoir, mais bien par un constat de son exploitation terminale. L'évolution des mœurs a dépassé le clergé, et les sempiternelles remontrances des prêtres et évêques en sont un indice. Ce qui revient à dire que la notion de laïcité est le mythe sur lequel repose la croyance en le progrès d'une société.

- (70) En ce qui concerne les institutions israéliennes, v. C. Klein "Droit et institutions en Israël" in. "Histoire de l'Etat d'Israël" ed. Privat 1982, p. 185 à 207. Cette contribution précise le caractère démocratique de l'Etat, et met aussi l'accent sur son fondement "juif". Ainsi, l'assemblée législative, la Knesset, n'hésite pas, lors de débats, autant que lors du vote des lois, à faire référence aux textes sacrés. Souvent les principes religieux sont intégrés au système juridique général.
- (71) V. C. Klein "Le caractère juif de l'Etat d'Israël" ed. Cujas 1977. La notion de laïcité est ainsi circonscrite par sa fonction de reconnaissance des différences sur l'ensemble du territoire de l'Etat. Elle ne peut constater l'épuisement d'un droit religieux puisque par essence, la législation juive s'adapte aux évolutions sociales. Quoique, aujourd'hui, le phénomène intégriste commence à pénétrer les milieux rabbiniques.
- (72) La famille est le lieu du rôle civil des religions. V. "Histoire des Religions" t. II sous la direction de H.C. Puech, Enc. La Pléiade.
- (73) Donc, selon les sexes, selon l'appartenance aux religions ; l'existence des "sectes" fait l'objet de pressions diverses, autant sociales que juridiques. V. C. Atias "Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce" J.C.P. 1984 3151 (2 parties) tableau récapitulatif en annexe.
- (74) Comme une obligation de virginité de la femme pour que le constat de "consommation" soit réellement effectif.
- (75) V. Préambule de la Constitution de 1946... comme une première affirmation.
- (76) L. n° 72-3 du 3 janvier 1972 - art. 334 du Code civil. En droit hébraïque, l'enfant naturel est distinct de l'enfant adultérin ou incestueux. Autrefois, ce dernier était rejeté du peuple hébreu. Aujourd'hui, toujours "mamzer", s'il n'est pas totalement retranché de la société, est cependant dévalorisé. Les règles religieuses sont en la matière assez pénibles : la responsabilité de la mère est toujours mise en cause.
- (77) V. C. Klein "Le caractère juif de l'Etat d'Israël" op. cit., IV^e Partie, consacrée au "statut de la religion dans l'Etat" p. 101 et s. ; v. M.H. Prevost "De la loi de Moïse à l'Etat moderne d'Israël" Rev. Sens 1977 p. 1 et s.
- (78) V. R. Waeles "Israël" L.G.D.J. 1969, p. 75 et s.
- (79) Chargée du contrôle administratif et limitant les interventions des autorités publiques, lorsqu'elles sont de nature religieuse. Cependant, il ne faut ignorer que la Knesset joue un rôle important (non religieux) : désignations des membres des tribunaux rabbiniques, v. C. Klein "Droit et institutions..." op. cit. ed. Privat 1982, p. 185 et s. ; V. E. Gugenheim "Le judaïsme après la révolte de Bar Kokeba" ; "L'âge moderne" in. Histoire des Religions, ed. La Pléiade op. cit., p. 727 et s. et "Le sionisme", p. 743 et s.
- (80) V. R. Waeles "Israël" op. cit., p. 79 et s.
- (81) Mais aujourd'hui, les individus trouvent diverses méthodes pour détourner la règle religieuse (par conversion ou par mariage civil, hors de l'Etat d'Israël). La reconnaissance des mariages mixtes est pourtant établie pour les familles bénéficiant de la loi de retour... comme une ouverture sur l'évolution du droit civil israélien....
- (82) V. S. Rials "Le juge administratif français et la technique du standard - Essai sur la juridictionnalité de l'idée de normalité" L.G.D.J. 1980.
- (83) B. Smith "La religion des sémites" cité par M. Douglas "De la souillure..." op. cit. p. 38/39.
- (84) Le droit au retour est considéré comme un droit fondamental inhérent à tout juif. Il est cependant refusé au criminel qui risque de mettre en danger la tranquillité publique. La loi de retour de 1970 a pourtant reconnu le droit de s'en prévaloir aux enfants ou petits-enfants non juifs de juif (et non de juive, et pour cause...). Ce qui l'oblige à reconnaître les mariages mixtes...

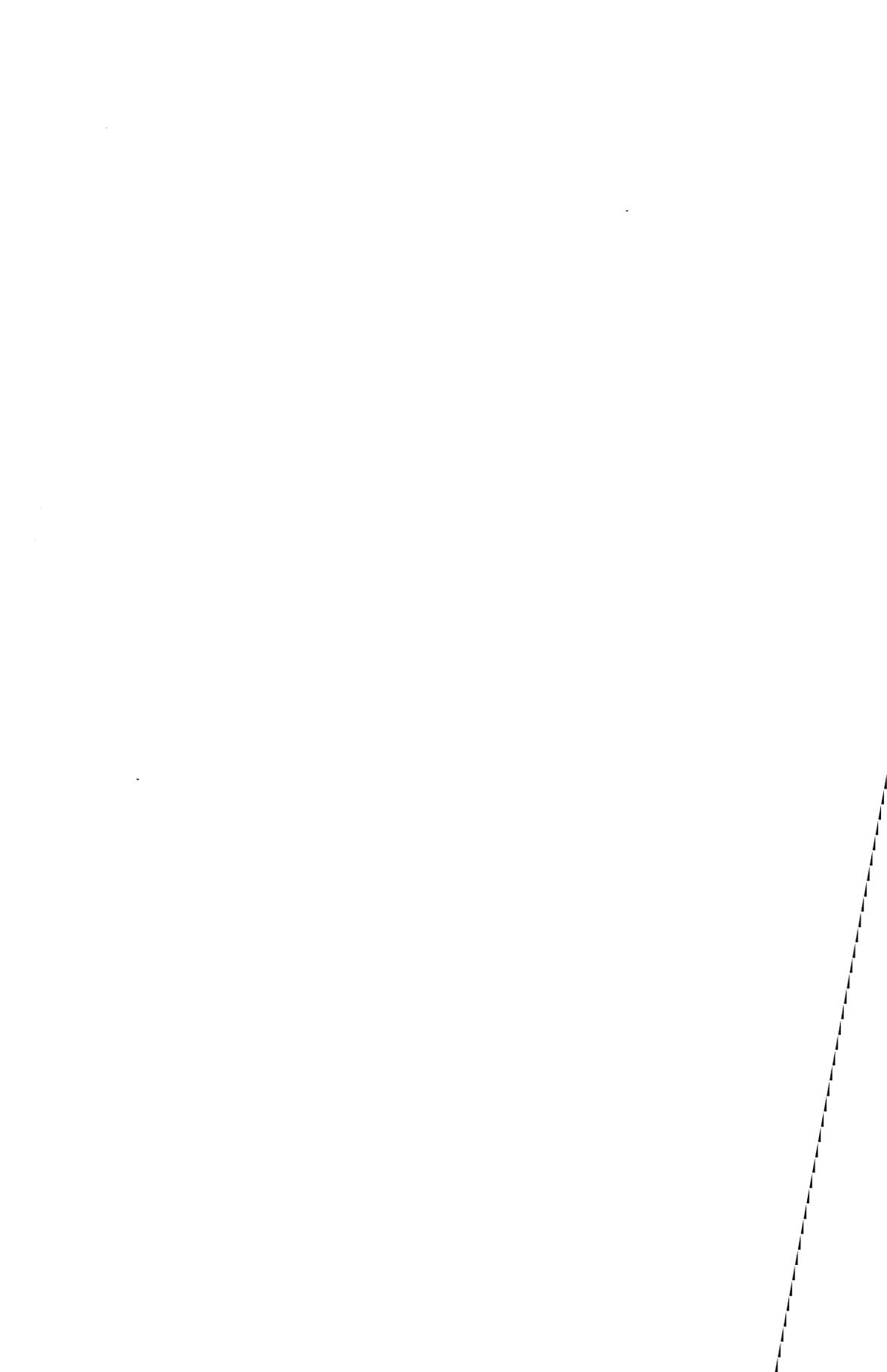
- (85) I. Englard "Mysticisme et droit..." op. cit. mel. M.H.H. Prevost 1982, p. 204. "L'exégèse mystique de la règle juridique, en pénétrant le système normatif transforme la fonction du droit. La solution légale d'un conflit entre hommes se convertit en une sorte de rituel qui se réfère au monde des sefirot. Le fondement..."
- (86) V. A. Zagouri "Le divorce d'après la loi talmudique..." op. cit. p. 31 et s. (cit. p. 33).
- (87) V. M. Douglas "De la souillure..." op. cit.
- (88) V. C. Bogler et autres "Le statut de la femme dans la Bible" op. cit. p. 8 : "Dans cette société qui a besoin de naissances pour sa survie, la stérilité est si grave que la femme n'hésite pas à proposer à son mari une autre femme pour que soit assurée la continuité de la lignée..."
- (89) M. Douglas "De la souillure..." op. cit. p. 141.
- (90) C. Bogler et autres "Le statut de la femme..." op. cit. p. 12.
- (91) Le caractère définitif du gueth est un critère religieux : l'alliance avec Dieu se voit défaite, comment pourrait-on la reconstituer avec celle qui l'a désacralisée ? Il n'y a pas de (re)conciliation possible.
- (92) V. B. Dupuy "Unité et tension de la Halakha et de l'Aggada" op. cit. Mel. M.H. Prevost 1982, p. 128/129.
- (95) Expression de B. Dupuy id. p. 129.
- (94) V. A. Zagouri "Le divorce d'après la loi..." op. cit. p. 57.
- (95) V. C. Atias "Les convictions religieuses dans la jurisprudence en matière de divorce" J.C.P. 1984, doct. 1351 (2 parties).
- (96) V. L. De Naurois "Aux confins du droit privé et du droit public : la liberté religieuse" Rev. trim. Dt Civ. 1962, p. 241 et s. ; M. Belin "La liberté et le respect des convictions et des croyances dans les rapports de famille" Th. Paris, 1973.
- (97) C.A. Paris 28 septembre 1983, rec.
- (98) Qu'il s'agisse de propos délibérés ou du refus de tenir des promesses concernant les cérémonies religieuses, v. L. De Naurois "Aux confins... la liberté religieuse" op. cit., p. 251 et s.
- (99) V. C.A. Paris 12 janvier 1972 D. 1972 J. 217 (à propos d'une épouse "témoin de Jéhovah").
- (100) C.A. Paris 16 mars 1978 J.C.P. 1978 J. 18964 (2ème espèce) obs. R. Lindon - application de cette clause pour l'épouse d'un rabbin.
- (101) V. R. Hostiou "A propos de la liberté d'expression cinématographique - remarques sur la fonction normative du juge administratif", Mel. R.E. Charlier, Services publics et libertés. ed. Univ. et Enseignement Moderne 1981, p. 793 et s.... La notion de liberté ne se concevrait-elle que par les limites que lui assigne l'idée d'intérêt général ou d'ordre public ? Dans une autre perspective, v. R.E. Charlier "L'Etat et son droit, leur logique et leurs inconséquences" Economica 1984.
- (102) V. L. De Naurois "Aux confins du droit... la liberté religieuse" op. cit. sur la définition de la liberté religieuse, p. 249 : "La liberté religieuse ce n'est pas seulement la liberté du choix d'une religion, mais encore la liberté de n'adhérer à aucune.
- (103) Le divorce a pour principal effet de dissoudre le mariage, c'est-à-dire de mettre fin à ses effets sans "rétroactivité. La dissolution du mariage laisse substituer des liens entre les ex-époux... mais ces liens sont souvent, comme dans la Loi juive, basés sur l'existence de besoins économiques des faibles (femme et enfant) que sur la qualité des relations affectives pour les enfants, v. art. 256 c. civ.
- (104) V. M. Belin "La liberté et le respect des convictions et croyances..." op. cit.

- (105) M. Belin "La liberté et le respect des convictions..." th. op. cit. p. 120 et s.
- (106) C.A. Paris 4 février 1959 J.C.P. 1960 J. 11632, note L. De Naurois.
- (107) C. Atias "Les convictions religieuses dans la jurisprudence..." J.C.P. 1984, op. cit. n° 10 - et de citer, S. Rials "Le juge administratif et la technique du standard" op. cit.
- (108) La prise en considération de la particularité de la religion juive date de l'époque coloniale (de l'existence du décret Crémieux en 1872, en Algérie), v. sur le problème spécifique du gueth, la jurisprudence citée par L. De Naurois "Aux confins du droit... la liberté religieuse" op. cit. p. 252, note (3).
- (109) C. cass. 21 avril 1982, Bull. C. cass 1982, n° 62 : "...M.D. n'ignorait pas le désir de son ex-épouse de contracter un nouveau mariage avec un citoyen israélien, et (qu')en refusant de délivrer le "gueth" il la privait, dans un but malicieux de faire procéder à cette union selon sa foi religieuse ce qui caractérise "l'abstention dommageable et l'intention de nuire". V. aussi C. cass. 13 décembre 1972 Bull. C. cass. 1972 n° 320, (rejet du pourvoi, correspondant à une solution similaire).
- (110) Argument présenté souvent par le mari, C. cass 21 avril 1982 op. cit.
- (111) V. La loi du 11 juillet 1975, n° 75-617, sur la réforme du divorce ; art. 287 du C. civ. ; V. M. F. Nicolas-Magnin "A propos de la garde conjointe des enfants de parents divorcés" D. 1983, p. 111 et s.
- (112) V. par exemple, E. Michelet "L'intervention du juge dans les conflits familiaux en matière de vocation religieuse" D. 1971, p. 233 et s.
- (113) Réflexion d'un juge de la Cour suprême, Etzioni, cité par A.H. Shaki "Les principaux aspects du droit israélien relatif à la garde des enfants, et notamment l'application de "l'intérêt bien compris de l'enfant" Rev. Int. Dt Comparé 1984, p. 362.
- (114) V. l'article de base de A.H. Shaki sur "les principaux aspects du droit israélien relatif à la garde des enfants..." id.
- (115) Ce qui n'est nullement anachronique, puisque par le jeu de conversion et de reconversion le couple peut situer la séparation religieuse, de même que les mariages civils passés à l'étranger ont une valeur juridique en Israël.
- (116) V. A.H. Shaki "Les principaux aspects du droit israélien..." op. cit. p. 368 et s.
- (117) V. D. Reifen "Situations familiales dans le cadre d'un tribunal des mineurs en Israël" Août 1970, exposé (Congrès) Association Internationale de Psychiatrie de l'Enfant, Jérusalem (2/7 août 1970).
- (118) J. Agrenat in. Appel n° 191/51 Cour suprême Israélienne (traduit de l'hébreu et cité par S. Korner "Le droit hébraïque, droit religieux ou laïc" Mem. op. cit. p. 44.
- (119) V. G. Pau-Langevin "L'état du droit positif en matière de lutte contre le racisme" Droit Ouvrier 1984, p. 171 et s.



R. R. J. 1986
Pages 145 à 149

ETUDES



RESPONSABILITES CIVILE ET PENALE
Une incompréhension culturelle fondamentale

par
Charles-André CHENU
Assureur-Conseil

Monsieur le Professeur Audit a fait, en janvier 1986, devant la branche française de l'International Law Association, une communication sur le Tribunal des conflits irano-américains. Elle était passionnante par la remise en cause qu'elle suggérait des notions dominantes de responsabilité dans les droits occidentaux et spécialement dans le droit américain.

Les arbitres du Tribunal sont, à parité, iraniens, américains et "neutres". Comme nous tous, ils utilisent les références qu'ils connaissent et, au premier chef, leur droit national plongeant lui-même dans des traditions culturelles forgées dans la passion et dans le sang. Ainsi, pour l'Américain, la démocratie est-elle un absolu religieux, c'est-à-dire non négociable, auquel il a rattaché une masse d'héritages disparates trouvant en elle une unité de présentation ou unité logique plutôt qu'ontologique. Du côté iranien, l'on tient à d'autres positions philosophiques comme à un absolu, lui aussi non-négociable. Donc pas de conciliation possible en dehors de la force, si un examen précis de la situation n'adoucit pas les positions.

Tentons celui-ci.

Côté américain, nous voyons que, malgré des habitudes judiciaires invétérées, les notions de démocratie, de justice, de responsabilité, sont détachables les unes des autres bien qu'elles soient toutes fortement liées à la notion d'individu selon Emerson et Thoreau.

Côté iranien, on doit faire une double référence à la tradition islamique et à celle des indo-européens, qui l'a précédée.

Un musulman peut employer le mot démocratie par politesse, mais il ne peut le prendre au sérieux. Puisqu'il n'y a d'être que Dieu, rien d'autre n'est vraiment. Dès lors, on ne saurait attribuer le pouvoir à un rien. Le mot justice ne peut, pour cette même raison, se rapporter qu'à la justice divine dont le Coran nous dit en cent manières différentes ce que Bossuet exprimait en ces termes : "Il nous donne, quand il lui plaît, de grandes et de terribles leçons". Le musulman exprime ce "quand il lui plaît" en disant que "Dieu est le maître de l'heure"*. La troisième idée, celle de responsabilité, dépend, nous l'avons dit, de celle d'individu, notion sans valeur pour le musulman, le mot même d'Islam signifiant soumission à l'Être unique. L'individu n'a ni réalité, ni stabilité, ni continuité. Il est recréé par Dieu d'instant en instant sans garantie de reconduction du contrat. Partant, un individu irréel ne peut encourir de responsabilité, celle-ci ne pouvant être rattachée qu'au réel. On arrive à ce qu'on a malencontreusement appelé responsabilité

* V. appendice in fine

"objective"* (Convention de Paris et de Vienne en matière nucléaire) et qu'on eût mieux nommé responsabilité réelle si ce n'eût été un pléonasme radical. Son existence dans un droit aussi occidental que le droit atomique montre qu'elle ne lui est pas incompatible. Elle l'est d'autant moins que, par le biais de l'assurance, elle constitue la voie pratique pour résoudre un nombre incalculable de litiges.

Avant l'Islam, la tradition de la Perse était celle des Indo-Européens. Ceux-ci avaient un code pénal élaboré : les lois de Manou, qui ne retiennent aucune intentionalité, punissant tous les délits de manière totalement réaliste (comme, en principe, nos contraventions de simple police). L'intentionnalité a été introduite dans le droit indien par les Anglais dans un but pratique : la lutte contre l'arbitraire vers lequel glisse facilement un droit réaliste. Ainsi, dans le procès de Madame Caillaux, notre grand-père a-t-il plaidé par dérision que celle-ci n'avait pas tué Calmette, que c'était le pistolet qui l'avait tué. Mais comparaison n'est pas raison...

Les lois de Manou n'ont pas retenu l'intentionnalité parce que (Instant et Cause, le Discontinu dans la pensée philosophique de l'Inde par L. Silburn, Vrin Paris 1955) seul l'instant est réel. A contrario, la croyance en un individu permanent est produite de manière illusoire par la croyance en une prétendue chaîne causale - chaîne au double sens d'esclavage et de concaténation.

Chaque rencontre de l'occident avec une réflexion orientale aiguïlée l'expose à un même démontage de ses concepts. Ainsi, aucun des quatre systèmes qui ont fait le Japon : taoïsme, confucianisme, shintô et bouddhisme, n'ont apporté au mot personne qu'un poids circonstantiel, instrumental et toujours insignifiant. Le bouddhisme athée aboutit aux mêmes conclusions que l'Islam théiste. La pensée américaine serait-elle une aberration par rapport à ce qu'un esprit calme et sans préjugé ne peut manquer de constater ? Paul Masson-Oursel observait que tous les grands systèmes philosophiques de l'Inde et de la Chine ont fait l'économie de l'idée, leur raisonnement distinguant pensée, nom et forme.

A P P E N D I C E S

I

La réalité

La réalité, du latin res, la chose, est une donnée médiate de la conscience après que les sensations aient été confrontées aux archétypes de la mémoire et aient été reconnus comme ressemblant à certains de ces archétypes. Une distinction entre chose et réalité n'aurait pas grande portée. C'est pourquoi le thomisme avait recours au mot substance qui, malgré son étymologie spatiale, fait assez bien l'affaire pour suggérer ce que l'italien appelle aldila.

Sensations et perceptions ne nous sont connues que par l'introspection.

Le raisonnement juridique doit prendre grand soin à distinguer la chose de l'objet (V. appendice 2).

II

L'objet

L'objet est le produit de jjicere, jeter, et de ob, en face de. La conscience

* V. appendice in fine

jette en face d'elle-même un fragment d'elle-même qui devient l'ob-jet. Si ce jet est lucide, la conscience agit librement, jocandi causa. Il peut n'être pas lucide. Pour la conscience obscurcie, la liberté du jeu est perdue, remplacée par les chaînes de la nécessité causale. Celles-ci se multiplient indéfiniment croit-on- entre les objets présents, passés, futurs, conditionnels, impératifs, interrogatifs, etc... Tous les liens de la grammaire tissent une toile d'araignée aussitôt confondue avec un monde objectif mais dont la négation par un esprit lucide permet de se libérer instantanément (Cf. notre traduction de Hovei-neng apud Hermès 4 nouvelle série, page 183).

Le discours juridique qui emploierait le terme objectif dans le sens d'état indépendant de la conscience tomberait par là même dans un subjectivisme inconscient.

III

L'heure

Pour le Coran, Dieu est le maître de l'heure ou instant, seul point où notre conscience peut se rencontrer elle-même en dehors de la pensée agitée.

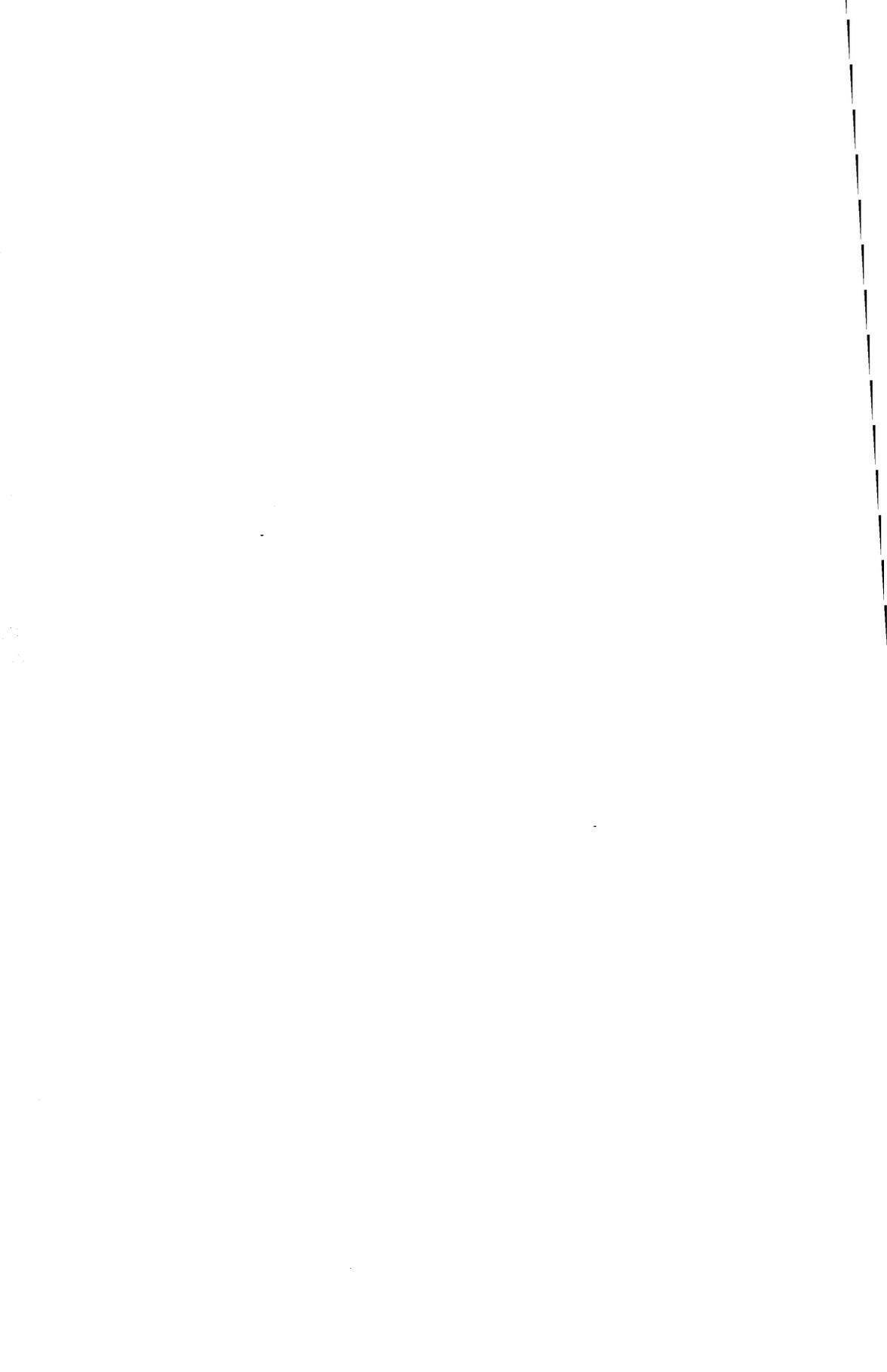
Pour bien saisir l'heure ou le temps, on doit se garder de confondre pensée et idée. Cette dernière n'a ni réalité (immédiate car elle est médiante), ni insécabilité (on peut distinguer nom, forme et pensée). Mouvement à double pôle, cette dernière oscille entre l'avidité et le rejet de deux archétypes (Paul que j'aime et Paul que je hais). Très rapide, cette oscillation nous est difficilement perceptible. Les pôles, en revanche, nous semblent l'être du fait de leur fréquente réapparition (comme au cinéma), mais dans l'agitation avide nous percevons mieux leurs ressemblances que leurs différences et nous les confondons l'un avec l'autre, les prenons pour un unique objet. Jupiter bifrons a donné naissance à Jupiter.

La perception réaliste du temps est en contradiction avec la notion idéaliste (hors de la chose) de l'histoire au sens juif (histoire linéaire) ou américain (progrès).

Avertis par l'expérience, les orientaux ont appris un comportement réaliste vis-à-vis des rêves américains. Les répéter la main sur le coeur fait pleuvoir les dollars. Les contester fait pleuvoir les bombes. Excellente attitude pour un avocat. Mais le juge ne doit pas en être dupe.

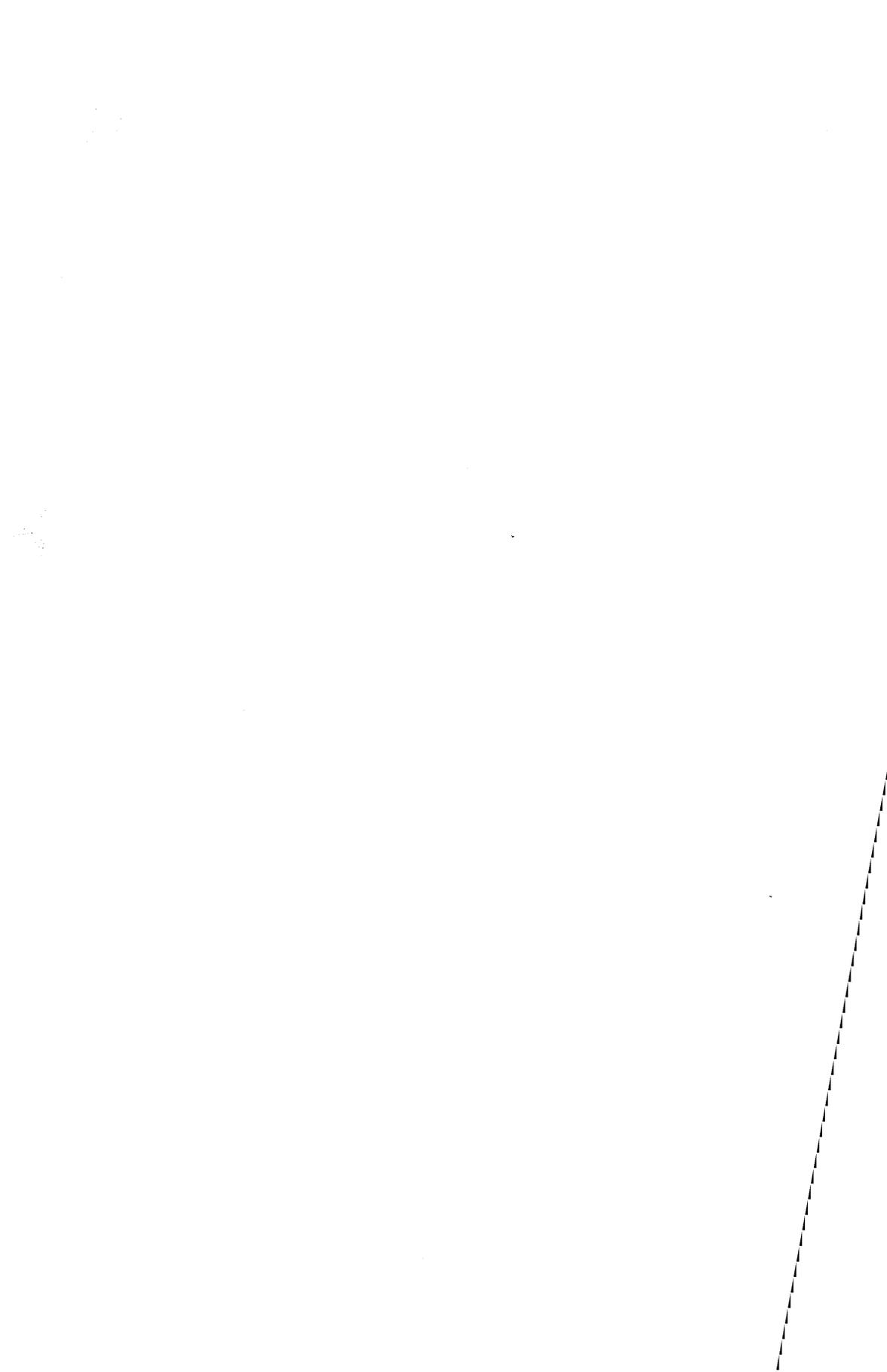
C O N C L U S I O N

L'expérience de l'assurance en Orient nous a rendus prudents. Le texte d'une police émise à l'Est de la Méditerranée a peu d'importance à côté de son application. Celle-ci peut réserver des déceptions ou de divines surprises à qui ne connaît pas les mentalités. Il est important d'avoir lu le petit livre vert du Colonel Khadafi, mais plus important encore de savoir à quoi il tend et d'où il vient. Deux écueils possibles. Celui des experts : citer le Coran à tout bout de champ sans saisir à quoi se rapportent les citations. Celui des brutes : supposer existant pour tous les hommes ce qui l'est pour Soi.



R. R. J. 1986
Pages 151 à 175

PHILOSOPHIE
DU
DROIT



PHILOSOPHIE DE L'ARGENT

Par

M. le Professeur Dr Olsen A. GHIRARDI

La philosophie, dès sa naissance même, a nourri la science et, depuis lors, n'a presque jamais cessé de battre en retraite. Mais cela ne signifie pas du tout une perte, car le développement de la science et la multiplication des disciplines scientifiques particulières ont plutôt représenté une tâche complémentaire et un progrès.

C'est ainsi que la philosophie a livré de vastes domaines à la recherche scientifique, ne se réservant que les problèmes profonds que celle-là ne pouvait résoudre. Aussi a-t-on pu dire que la philosophie est synonyme de problématique. C'est grâce aux problèmes, aux problèmes insolubles, que la philosophie n'est pas morte. Son existence est une lutte et, en tant que telle, une paradoxale et perpétuelle agonie. C'est pour cela qu'elle est encore vivante. Tant qu'il y aura des problèmes, la philosophie existera.

Et lorsque la science a voulu se débarrasser de la tutelle philosophique, lorsque, avec Newton, par exemple, on est allé jusqu'à affirmer présomptueusement *hypothesis non fingo*, le temps n'a pas tardé à démontrer que cette orgueilleuse affirmation contrastait avec une réalité beaucoup plus modeste.

La science s'est révélée très vite assoiffée d'hypothèses et de théories. L'accumulation, la vie et la mort des hypothèses et des théories ont donc amené l'homme de science à s'interroger sur leurs révolutions et sur les lois qui les régissent, et voilà que les problèmes abandonnés à la philosophie réapparaissent à sa rencontre.

Il faut donc admettre, tout au moins, qu'une théorie générale de la science s'avère nécessaire, quitte à accepter l'existence de théories particulières dans chaque discipline. Il y a là, par conséquent, un point de rencontre entre philosophes et hommes de science, car la théorie générale de la science n'est, en fin de compte, qu'une manière déguisée de philosopher. En effet, la philosophie, chassée par la porte, s'est fauillée par la fenêtre. Face à cette constatation, il ne reste qu'à rouvrir la porte à deux battants, tout en s'avouant que philosopher est quelque chose d'irréremédiablement humain. Il est plus facile de médire de la philosophie que de pouvoir s'en passer, car pour dire du mal de la philosophie il faut philosopher.

Je voudrais ce soir philosopher au sujet de l'argent, voilà pourquoi je me demande maintenant s'il est possible de philosopher sur quelque chose en particulier.

Pour ce faire, il faut préciser davantage ce que c'est que philosopher, tout en évitant d'utiliser une simple définition étymologique ou l'explication sclérosée d'un manuel. Philosopher est, en premier lieu, *réfléchir*. L'esprit humain, quand il philosophe, se tourne sur lui-même car la *ré-flexion* n'est pas penser n'importe comment mais *re-penser*. Mais, re-penser à quoi ? Eh bien, à tout, à toute la réalité, à tout ce qui existe. Il ne s'agit pas seulement de se demander. "Qu'est-ce que c'est que cela ?" mais, dans chaque cas, il faut poser la question de sorte que "cela" soit le prétexte qui me fasse penser à "tout", y compris à moi-même, à tous les hommes et à toutes les choses.

L'incitation à philosopher peut, d'ailleurs, venir d'une chose, elle peut être produite par quelque chose qui éveille mon admiration, ou qui me surprend et qui m'invite à l'approfondir comme un problème, et ce problème me pousse à me sentir concerné, moi-même, mon être tout entier et toute la réalité.

Cette chose qui suscite mon admiration a été peut-être étudiée par les sciences particulières. Il est même possible que la recherche scientifique l'ait définie en procédant comme un entomologiste qui épingle un papillon et le classe dans une espèce, puis dans un genre ... et ainsi de suite. Mais lorsque ma pensée devient philosophique, elle perçoit un je ne sais quoi qui n'a pas encore été pénétré par l'esprit. Derrière le simple fait d'exister et au-delà de l'appellation (définition) et de la classification opérée, il peut y avoir quelque chose de plus profond. C'est cela, qui est plus profond et qui se cache derrière cette "chose" et "toutes les choses" qui m'entraîne à philosopher.

Car si je me pose la célèbre question de Heidegger : "*Pourquoi existe-t-il une entité plutôt que rien ?*", je mets en question toutes les choses qui, immédiatement, deviennent problématiques. Le fait de *re-penser* aux choses, à la réalité, au-delà des phénomènes, constitue l'objet qui est propre à la philosophie. C'est cet objet, donc, qui est resté après la retraite permanente, après avoir abandonné aux sciences des secteurs parcellisés de choses qui s'offrent à la recherche, au point de vue des phénomènes et de ce qui peut être mesuré.

La philosophie conserve ainsi une vision généralisée, totalisante, universelle. Son objet est la somme des objets matériels de toutes les sciences particulières et encore plus que cela, du moment qu'elle se penche sur eux lorsqu'ils se posent comme un problème dont la solution - nous l'avons déjà dit - échappe aux sciences empiriques.

Il convient, à présent, de faire une distinction. L'homme, pendant longtemps, philosoha sur toute la réalité, sans rien d'autre, et lorsqu'il philosophait sur la réalité - sans le dire - il allait de soi que son objet était la réalité naturelle. Il pensait et re-pensait à la nature et il se voyait lui-même comme un être parmi d'autres dans ce monde naturel.

Mais un jour il s'avisa que cette réalité était médiatisée à travers son action, son activité. Ce fut tout particulièrement la civilisation d'Occident - appelée aussi par certains la civilisation du travail - qui mit l'accent sur la transformation de la nature, bien que cette activité ait commencé avec la propre apparition de l'homme.

C'est ainsi que se généra peu à peu une *seconde* nature, un monde fait par l'homme, un monde plein de choses et d'objets *artificiels*, destiné à l'entourer, à constituer son environnement, si bien qu'aujourd'hui l'observation directe de la réalité naturelle n'est pas facile.

A la nature primitive, constituée par des choses, par des entités, qui sont créés sans l'intervention de l'homme, s'ajouta une seconde nature, due à l'oeuvre et à l'action de l'homme, à la base de laquelle se trouvent les choses et les entités fabriquées par l'être humain. Dans ces derniers temps, cette seconde nature, par suite de la planétisation de l'homme, s'est développée avec une intensité et une étendue jamais connues auparavant (1).

Parmi ces choses que l'homme a créées pour atteindre ses buts terrestres, il y en a une qui constitue l'objet de notre étude aujourd'hui : *l'argent*.

Et si je peux re-penser à toute la réalité et à tout ce qui existe à travers cette entité créée par l'homme, il est indiscutable que je serai en train de philosopher. Voyons maintenant si cela est possible.

Il n'est pas indispensable de faire, dans le but de notre étude, une histoire de l'apparition de l'argent. Mais il s'avère tout de même utile de signaler les étapes de son évolution. Dans une première période, depuis l'ère paléolithique, l'homme utilisa certains biens de telle sorte qu'ils représentaient une forme primitive d'échange. Il est fort probable que le *troc* a été une de ces formes. Les choses échangées au moyen du troc ne peuvent être comprises dans les concepts de prix et de marchandise. C'est pourquoi, et afin d'éviter les inconvénients de ce type d'échange, la société humaine chercha une forme plus agile dans le but de vivifier les échanges et c'est ainsi que la monnaie fit son apparition. C'est cela qui constitue la deuxième étape, au cours de laquelle apparaît, dans ses formes les plus variées, *l'argent*, vocable qui me paraît d'ailleurs plus général et plus convenable que le terme monnaie (2).

L'importance de la création de l'argent est immense. E. Victor Morgan, dans son *Histoire de l'argent* (3) n'hésite pas à en célébrer l'avènement avec ces mots :

"Le développement de l'argent constitue, par conséquent, une partie de l'évolution de la société humaine, comparable par son importance à l'appropriation des animaux, à la culture de la terre, au développement des outils et au contrôle du pouvoir. L'argent a été une exigence préalable essentielle pour le passage de l'économie naturelle à la spécialisation et à la division du travail".

S'il est vrai que l'économie monétaire a changé les structures des transactions qui étaient fondées sur le troc, car la présence *médiatrice* de l'argent a résolu des problèmes et en a généré d'autres nouveaux, il n'en demeure pas moins que ce n'est que la troisième étape qui soit véritablement révolutionnaire. En effet, le paradigme économique qui s'y construit acquiert des traits dont les conséquences sont inattendues. Le paradigme de la monnaie en tant que moyen de paiement commence à être sapé et une révolution s'insinue lorsqu'on commence à accepter des dettes comme substituts de la monnaie, ces dettes pouvant être représentées par les lettres de change, les billets de banques ou les crédits ouverts dans les institutions bancaires.

Les banquiers italiens utilisèrent le *virement commercial*, peut-être pour la première fois, et ils s'aperçurent très vite que "quel que soit le moyen par lequel les paiements sont faits, la caractéristique essentielle n'est pas la valeur intrinsèque de ce moyen, mais son acceptation générale. le plus important pour la personne qui doit se faire payer quelque chose, c'est la certitude que, quelle que soit la chose reçue en paiement, elle pourra l'utiliser pour faire face à ses propres obligations. Pourvu qu'ils satisfassent cette condition, les coquilles, les disques en métal, les feuilles de papier imprimées dans la forme correcte, ou les simples entrées dans le grand-livre d'une banque peuvent être utilisés comme moyen de paiement" (4).

Cette découverte fut en quelque sorte comme l'invention de la roue. Il y eut un déblocage mental : le consentement de la communauté effaça toute différence entre la valeur intrinsèque de la monnaie et ses substituts conventionnels. Seul le manque d'imagination serait désormais la limite de l'argent thésaurisé, qui prit ainsi le caractère d'*entité idéale*, en tant qu'unité de mesure économique. Les billets de banque inconvertibles en seraient bientôt une conséquence nécessaire.

Les monnaies d'or et d'argent de l'économie monétaire pouvaient bien être rares - et elles l'ont été dans les faits -. Mais, en revanche, en ce qui concerne les billets inconvertibles et les dépôts bancaires, il n'y aurait plus de limites naturelles (5).

Il convient de s'attarder encore davantage sur cet aspect. Une halte est opportune parce que, si nous voulons philosopher au sujet de l'argent, nous pourrions commencer dès maintenant. Commençons donc, tous ensemble, à *re-penser* à ce problème. Si l'argent est une *entité idéale* susceptible d'être exprimée de façon mathématique, et, en tant que telle, une *unité de mesure*, nous sommes parvenus à une totale abstraction, car cette unité n'est pas nécessairement matérielle. L'entité est un nombre qui reçoit une appellation. L'argent est abstrait et, en tant que tel, sa nature est différente, essentiellement différente, des choses qu'il mesure. Il peut même mesurer ce qui est réel, comme une propriété, ou ce qui est artificiel, comme une voiture ; ce qui est matériel, comme une maison, ou immatériel, comme le dommage moral ou l'honneur.

Il unifie tout avec sa *mesurante mesurabilité* : l'existence des choses et celle de l'homme peuvent, d'un certain point de vue, être manipulées au moyen de l'argent. L'humanité risque de devenir esclave d'elle-même, à cause de sa propre création, si elle n'écarte pas certains dangers. Il s'agit là, incontestablement, d'un problème philosophique, qui peut être légitimement abordé.

Mais avant de continuer, je voudrais faire encore une réflexion à propos de cette révolution d'ordre économique et qui fait naturellement l'objet de la science économique. Elle me semble comparable, par son ampleur (entendons-nous bien, par son ampleur épistémologique) à celle qui subit la science mathématique du temps de Pythagore par suite de la découverte des nombres irrationnels.

En effet, pour les pythagoriciens, la science mathématique était réellement une philosophie, une ontologie. Le *nombre*, qui était pour eux ce qui existait dans la nature, était une substance (*ousia*). Aussi seuls les nombres entiers étaient-ils considérés comme tels. Lorsque ceux-là

étudièrent la diagonale du carré, ou autrement dit, l'hypoténuse du triangle isocèle, ils s'aperçurent de l'existence d'un nombre inexprimable, qu'ils appelèrent *alogos* ou irrationnel car celui-ci n'était pas un nombre entier. Depuis lors, la science mathématique se développa comme une science indépendante dont l'objet est une *entité idéale* (et non pas réelle).

Cette révolution s'accomplit aussi dans le domaine de la géométrie avec l'apparition des géométries non euclidiennes, dont les structures logiques sont élaborées indépendamment de l'expérience.

Les objets des sciences mathématiques sont donc élaborés à partir de l'expérience, mais ils ont des caractéristiques spéciales qui ne se présentent pas chez les entités réelles. Ce sont des entités abstraites et dépourvues de toute manière. Celle-ci ne compte pas dans le monde des objets mathématiques, car leurs entités sont des créations idéales, résultat de la capacité entitative de la raison (6).

Il en a été à peu près de même avec la création de *l'entité abstraite argent*, tout en tenant compte, bien sûr, de la différence des objets respectifs. Lorsqu'une telle entité est créée, elle a ses propres lois et engendre des conséquences qui se produisent nécessairement, ou qui peuvent se produire nécessairement, en raison de la nature particulière de celle-là.

Il faut maintenant que je fasse appel à un économiste pour lui demander *ce que c'est que l'argent et quelle en est la finalité*. C'est là une attitude propre du savoir philosophique et du savoir scientifique. Cette position permet d'ailleurs d'observer les deux aspects sous lesquels on peut examiner une chose ; l'aspect contemplatif (théorique) et l'aspect pratique (opérationnel).

J.R. Hicks, dans ses *Essais critiques sur la théorie monétaire*, a défini l'argent selon ses fonctions, en affirmant ceci : "*L'argent est tout ce qui joue le rôle d'argent*". "*Les fonctions de l'argent sont trois : il peut être unité de compte ..., moyen de paiement et réserve de valeur*". Cette façon de voir les choses est typique des pays anglo-saxons. Cela me rappelle l'épistémologiste Eddington quand il déclare que la Physique est ce qu'un bon physicien pense que c'est la Physique. Nous constatons donc que la définition de Hicks ne nous apporte rien d'autre que l'aspect opérationnel. C'est une définition opérationnelle, caractéristique d'une manière pragmatique d'appréhender la réalité (7).

Cependant, Hicks n'a pas été, évidemment, le seul à donner une définition de l'argent. Hans Kurt, dans son oeuvre *Histoire de l'argent* (8), essaie d'aboutir à une définition à travers des étapes successives. Il affirme tout d'abord que l'argent ou la monnaie pourrait être défini de la façon suivante : "*Objet qui, soit par sa valeur réelle ou par la valeur conventionnelle qui lui est attribuée, est employé comme une mesure commune pour fixer le prix des choses et pour faciliter les échanges*". Il rappelle, un peu plus loin, le concept ébauché par Aristote dans sa *Politique* lorsque celui-ci affirme que l'argent est "*une marchandise intermédiaire qui sert à faciliter les échanges*". Et tout de suite après, Kurt essaie une autre définition : "*Valeur réelle choisie par le consensus général des hommes comme intermédiaire pour les échanges ou les transactions et dénominateur commun de toutes les autres valeurs qui possède en soi une valeur intrinsèque, c'est-à-dire que la substance qui le compose possède une utilité*".

réelle, une valeur propre, indépendante de sa qualité de monnaie et qui n'est pas un simple signe". Après avoir fait la remarque que ce concept s'applique plutôt aux métaux précieux, il aboutit à cette conclusion : *"L'argent est, en économie, de même que le nombre et le droit ou la physique, une catégorie de la pensée. Il existe une pensée économique en ce qui concerne l'argent, de la même façon qu'il y a une pensée mathématique, technique ou juridique, voire artistique, du monde qui nous entoure. Maintenant ce n'est plus l'or ou l'argent qui est mesuré par rapport à la vache, mais c'est la vache qui est estimée en argent et son abstraction numérique est le prix"*.

De son côté, Morgan, dans le prologue à l'oeuvre précédemment citée (note 3), résume les trois premiers chapitres, sur la triple fonction de l'argent, celui-ci pouvant être décrit en tant qu'instrument de change, étalon de valeur et moyen de conservation de la richesse.

Ces opinions qui viennent d'être analysées fournissent, à mon avis, le point de repère qui permettra de nous situer dans le problème. En principe, on peut constater un accord total, bien que certaines nuances, qui seront analysées plus tard, permettent de signaler quelques différences.

Il faut quand même insister sur le fait que, dans tous les cas, il s'agit de définitions opérationnelles. L'un des problèmes - et non le moins important - qui se posent aux sciences est celui de *la façon dont on doit définir* les concepts employés. Il semble que cette situation soit plus claire dans le domaine des sciences physiques où les concepts sont définis d'après les opérations que le physicien réalise. Par conséquent, le concept devient équivalent à la série d'opérations qui doivent être réalisées. Le concept de longueur, par exemple, est défini conformément à l'ensemble d'opérations au moyen desquelles la longueur est déterminée.

Le problème devient plus complexe lorsque nous voulons appliquer cette méthode aux concepts psychologiques, sociaux et moraux. Là, dans le domaine des oeuvres et des actions, on se heurte aux concepts pratiques. Si l'on utilise le vocabulaire opérationnel, dans un sens très large et d'une manière synthétique, étant donné que la définition signale *"ce qui peut ou ce qui doit être fait ou ne pas fait"*, selon le concept dont il s'agit, nous atteignons une perspective qui nous permet d'aboutir à une meilleure compréhension. Et il est évident que dans ces concepts on n'énonce pas ce qu'est la chose, mais *ce que l'on peut en faire ou la façon dont on peut agir avec elle* (9).

Et cela est ainsi parce que *le concept argent est un concept pratique*. Il n'a pas été découvert par l'homme, dans ce sens qu'il n'a pas été dévoilé, mais il a été créé, construit, *composé* par la raison humaine. C'est dans ce sens que sa nature correspond à une *entité idéale*, qui a ses assises sur la réalité par sa valeur symbolique, donnée par le consentement que lui prête la communauté.

Une des finalités de la création de l'argent est celle d'être un *moyen de paiement*; mais il est aussi un étalon de valeur, une *unité de mesure* dans l'ordre économique. A sa nature particulière, qui lui a permis d'être le dénominateur commun dans les transactions, s'est ajoutée la technique de la comptabilité qui, très vite, s'est développée considérablement. Avec l'invention du système en "partie double" au Bas Moyen Age et avec la nu-

mération arabe, l'homme créa - outre l'informatique - un instrument d'une prodigieuse signification et d'une grande influence sur sa vie, au point de la conditionner considérablement.

Il a été dit aussi que l'argent sert à *amasser et à conserver des richesses*, sous le pouvoir d'un homme, d'un groupe, d'une collectivité, d'un Etat ou d'un ensemble d'Etats. Son caractère fongible fait de lui une entité protéiforme, qui peut prendre toutes les formes concevables. Si on y ajoute quelques-uns de ses substituts (qui, en fin de compte, sont de l'argent, comme les crédits, les emprunts, les dettes et le rôle que jouent les banques en tant que créatrices de monnaie), on comprend aisément l'importance capitale que la modeste *pecunia*, grâce à son développement vertigineux, a fini par atteindre aujourd'hui, en tant que système qui régit la vie des hommes.

Mais, au-delà des choses dont la valeur est mesurée par l'argent, au-delà de la richesse thésaurisée en biens de toute sorte, mesurés également par l'argent, *qu'est-ce que l'argent mesure en réalité ?* Il est évident que dans le système de l'économie du troc chaque copmutant échange une chose dont il n'a pas besoin ou qui lui est moins nécessaire contre une autre qui lui est plus nécessaire. Il est certainement difficile de n'avoir pas d'autre conception que *l'économique*, au sens strict du terme. Cependant, dans l'économie monétaire, et surtout dans l'économie de *l'argent* (c'est ainsi que j'appelle la troisième étape) imperceptiblement, l'esprit du gain s'accroît de plus en plus au cours du temps. Dans cette conception, l'unité de mesure, c'est la pierre de touche qui permet de devenir le maître de toutes les choses. L'argent thésaurisé est une fin en soi, qui se transforme, au moindre désir, instantanément, en choses. Et cet argent n'occupe pas de place ; ce n'est qu'un numéro dans un compte en banque qui peut être utilisé aux quatre coins du monde. Aristote, avec une grande acuité, avait déjà perçu ce problème et s'en était occupé (10).

Mais je me suis détourné du sujet de notre question, à laquelle nous n'avons pas encore donné aucune réponse ni même pas essayé de le faire. Qu'est-ce que l'argent mesure ? Eh bien, il mesure la valeur de ce qui peut être acheté et vendu. A vrai dire, il s'agit, dans la plupart des cas, de choses et d'objets fabriqués par l'homme ; des propriétés ou des terres cultivées, ou bien utilisées ou susceptibles d'être utilisées d'une façon ou d'une autre, par l'action de l'homme, afin de produire davantage de biens, de choses et d'objets. L'argent se confond avec ce qu'il mesure et devient de plus en plus identique aux choses qu'il mesure. Il devient du pain ou des bijoux ; il se transforme en livre ou devient du plaisir ; il se mue en services et se transforme en fleur qui orne le banquet.

Il n'y a aucune unité de mesure qui soit aussi magique. Le thermomètre mesure la température et reste tel quel ; le mètre mesure les étoffes pendant des années sans pour autant devenir costume.

Alors, je répète, la mesure et ce qui est mesuré ne sont qu'une seule et même chose, mais alors que la chose mesurée demeure inaltérable dans son essence spécifique, la mesure peut prendre son être et s'y incarner. L'argent est tout ce qui joue le rôle d'argent, disait Hicks, mais c'est aussi toutes les choses qui peuvent être mesurées par l'argent. Or, tout peut être mesuré, toutes les actions établies par notre législation civile sont en rapport, d'une manière ou d'une autre, avec l'argent ; les aliments - et même les vacances - sont susceptibles d'être estimés en argent, ainsi que la vie elle-même.

Cependant, tout ce qui a été dit ne me satisfait pas encore. On peut se demander si toutes les choses susceptibles d'être mesurées en argent n'ont pas un dénominateur commun qui les unifie. Et si l'on envisage le problème dans cette perspective, il me semble que toutes ces choses ont, en effet, une caractéristique commune : toutes ont été faites (fabriquées) par l'homme (choses artificielles) ou bien, étant naturelles, elles sont susceptibles d'être modifiées ou transformées par *l'action humaine*. La maison bâtie par l'homme aussi bien que l'animal domestiqué par lui, ont subi l'action, l'influence, de ce superbe animal, dit rationnel, qu'est l'homme. Et tous vivent dans un univers qui a été naturel, devenu, par une seconde nature, l'univers culturel.

Maintenant ça y est, j'ai trouvé une réponse qui me satisfait. On peut donc en conclure que l'action humaine, conduite, bien sûr, d'une manière rationnelle, est la cause de tous ces biens, qui sont mesurés par l'argent.

Georg Simmel, auteur d'une *Philosophie de l'argent* (11), oeuvre vraiment très vaste, analyse au chapitre II, intitulé "La valeur substantielle de l'argent", l'essence de celui-ci. Il se demande si, dans *"sa fonction de mesurer, de changer et de représenter des valeurs qui vont être réalisées, l'argent doit être une valeur, ou bien s'il lui suffit d'être un simple signe, un symbole sans valeur substantielle, comme un signe arithmétique, qui représente des valeurs sans être essentiellement identique à celles-ci"*. Autrement dit, il veut savoir si *"une mesure de valeurs doit être elle-même précieuse"* (12). La conclusion en est évidente : *"sa fonction de mesurer des valeurs ne lui impose pas cette condition"... "l'argent n'a pas besoin d'être une valeur en soi et pour soi..." "... sa valeur fonctionnelle est différente de sa valeur substantielle"* (13). Mais il a *"le caractère du pur symbole des valeurs économiques et c'est l'idéal auquel aspire l'évolution de l'argent"* (14).

La conception de la vie et du monde, marquée par la hantise de tout transformer, de modifier ce qui est naturel et de construire un environnement de plus en plus humanisé, a toujours été le trait fondamental de la culture d'Occident. Le *travail* y est une véritable *constante*, et le devenir historique, après le déclin du monde ancien, a fait de lui un des piliers fondamentaux de la nouvelle civilisation. Lorsque Saint Benoît rédigea ses règles, il déclara que les moines ne devaient pas vivre de l'aumône, mais du *travail de leurs propres mains*. Il donna ainsi une norme de vie monastique qui est extrêmement paradigmatique et canalisa ainsi les énergies éparses de l'homme vers les actions destinées à la production des biens. Les anachorètes étaient donc proscrits ou du moins ne devaient-ils pas être imités.

La lente ascension de la nouvelle civilisation commence, et une fois l'esclavage interdit, les serfs sont soumis aux travaux les plus lourds. Il a été affirmé qu'il existe un rapport très étroit entre l'esclavage et le servage par suite de l'apparition de l'argent. Au fur et à mesure que celui-ci poursuit son évolution, le déclin de l'esclavage s'opère parallèlement. Morgan soutient que *"le développement d'une économie monétaire ne suffit pas tout seul, évidemment, à mettre fin à l'esclavage car, dans bon nombre de pays, il a continué d'exister dans les faits longtemps après l'établissement de systèmes monétaires extrêmement complexes. Cependant, là où l'argent n'existe pas, l'existence de certaines formes d'esclavage ou de*

servitude devient presque inévitable. La réalisation d'activités économiques, si simples soient-elles, exige qu'il y ait quelqu'un chargé d'organiser et de surveiller le travail des autres. Dans une économie monétaire cette tâche peut être accomplie moyennant le louage des services d'un homme libre, alors que dans une économie non monétaire le contrôle du travail implique la limitation de la liberté personnelle du travailleur. On peut donc en conclure que la naissance d'une classe d'hommes libres salariés marque une étape décisive dans l'organisation sociale et politique, de même qu'économique, du genre humain"(15).

Il semble, d'après ce qui vient d'être dit, que l'avènement de *l'économie de l'argent* doit être célébré avec joie. Malheureusement, le système est loin d'être florissant dans tous ses aspects et il montre, bien au contraire, de graves défauts. Nous ne parlons pas ici des maux du système en lui-même, tels que l'inflation, par exemple, qui n'assure pas la fixité de l'unité de mesure (16), quoique cette maladie endémique ne soit pas, malgré sa gravité, la plus redoutable.

L'organisation du travail à l'heure actuelle est étroitement associée à la nature abstraite de l'argent et au système monétaire en vigueur.

En premier lieu, l'argent a opéré la planétisation économique. Les organisations juridiques nationales et internationales - que ce soient les Etats ou les chaînes des grandes sociétés anonymes - gouvernent le monde entier. L'unité économique de la planète a été réalisée avant l'unité politique, cette dernière ne s'étant que timidement manifestée à travers celle-là.

En deuxième lieu, l'argent, en mesurant la vie humaine elle-même à travers le travail, est devenu un instrument politique, dont la face reste cachée, mais c'est là, incontestablement que se trouve le véritable pouvoir.

L'esprit du gain, épanoui, a pris le caractère d'un pouvoir incommensurable, par suite de l'accumulation illimitée d'unités abstraites de valeur.

Il est vrai qu'il n'existe apparemment ni esclavage ni servitude dans ce système. L'image des hommes attachés aux galères avec de lourdes chaînes n'appartient qu'à l'histoire ; la figure du serf attaché à la terre et qui était virtuellement vendu avec elle, est une image du passé. Nonobstant, malgré les lois du travail et en dépit de la législation humanitaire, le problème subsiste encore de nos jours sur le plan de la macro-économie. Aujourd'hui, ce sont les nations elles-mêmes - et non pas l'homme individuel - qui sont enchaînés, non pas aux galères, mais aux bureaux silencieux de quelques centres dont le poids économique est énorme. Les chaînes sont invisibles. Les nations super-développées n'ont plus de colonies, comme au XIXe siècle, mais elles ont en revanche des quartiers marginaux appartenant à un monde sous-développé, placés convenablement à distance pour ne pas offenser les sens, et où la vie des habitants ignorés est exploitée aussi bien que les matières premières qu'ils fournissent.

L'insistance à affirmer que l'unité économique abstraite appelée argent mesure, en définitive, la vie humaine, et qu'en même temps elle est thésaurisée, nous mène à conclure que les banques sont des banques de vie, des endroits où les vies sont emmagasinées.

Si la transformation du monde, tâche que s'est proposée la civilisation d'Occident, ne peut s'accomplir que par le travail humain ; si l'homme, à son tour, vu le paradigme, ne peut subsister que par son travail, et si celui-ci, de même que son produit, est mesuré par l'argent, on comprend aisément que l'économie de l'argent l'ait emporté sur la politique.

En ce qui concerne l'hypertrophie de l'esprit du gain, qui incite à accumuler sans cesse des richesses sans autre but que celui de la simple accumulation, elle n'est que la maladie finale d'un système qui s'appuie fragilement sur le *consensus général*. C'est ce consensus qui donne sa valeur à l'argent, et s'il est brisé, le système tout entier s'écroulera. Et cela finira par arriver, à moins que la justice distributive ne soit orientée politiquement au lieu d'être manipulée par l'esprit du gain. Ou bien, à moins que l'unité économique argent, avec toutes les grandes faiblesses et vertus de l'abstraction, ne soit remplacée par un système d'un autre genre. Mais, n'étant ni économistes ni futurologues, nous ne pouvons dire quel pourrait être ce système. Dans ce cas-là, l'équation "travail-argent" cessera d'être la colonne vertébrale de la civilisation d'Occident. La conception de la vie donnera naissance, peut-être, à une autre culture, universelle dès son avènement. Si cela arrive, la culture dépassée aura abouti à la planétisation, mais celle qui surviendra, partira de ce point-là.

Simmel, que nous avons déjà cité, se demande, comme une question fondamentale, "*...si le travail est la valeur par excellence, qui constitue l'élément de valeur concret dans toutes les unités économiques, de même que ce moment est exprimé d'une façon abstraite à travers l'argent*" (17).

En dépit de la rigidité de la traduction, qui rend difficile la compréhension du paragraphe, on peut interpréter que cela signifie se demander si c'est la *praxis* ce qui est vraiment précieux ou bien si c'est le symbole qui la mesure, elle et ses produits. Le problème ainsi posé, la solution est claire. C'est le travail, en tant qu'action humaine, qui est vraiment précieux car c'est grâce à lui que notre civilisation est ce qu'elle est et que chaque homme est tel et peut subsister, en tant qu'entité matérielle. Voilà pourquoi nous avons répété tant de fois que le travail est la vie et que l'argent permet d'accumuler la vie de l'homme, plus que les biens produits par le travail.

C'est pour cela qu'une philosophie de l'argent est légitime, parce que l'analyse permet d'atteindre le fond de toutes les choses. Cette analyse conduit de l'argent au travail et du travail à la vie - conçue unilatéralement - et celle-ci entreprend la tâche de *recréer* le monde. Voilà l'itinéraire qu'il faut suivre pour repenser à l'homme, aux choses, au cosmos et à l'univers. Mais ce fait de *re-penser* nous met immédiatement face à une réalité : *l'homme* - ainsi orienté - *est un être mécontent du monde*. Il s'est consacré à le refaire. Le monde est ainsi devenu un monde *amanuel*, comme dit un philosophe contemporain, et cette culture est une grande usine qui nous incite à maintenir un rythme toujours croissant et vertigineux.

Toutefois, un changement ou une correction dans la conception de la vie est toujours possible si l'on prend conscience du problème qui nous harcèle. C'est la tâche de l'Epistémologie des sciences humaines de faire une analyse profonde des rapports qui existent entre l'Economie, la Politique, l'Ethique et la Religion. L'insertion de la science économique dans la pratique est encore trop récente (18). Cependant, il est possible de remarquer, dans une brève et modeste perspective historique, à quel point les anglo-saxons se sont intéressés au problème éthique face à l'indépendance des différentes disciplines.

Il est évident que lorsqu'on prétend séparer l'Economie de la Morale (il en est de même, d'ailleurs, pour le Droit) apparaissent immédiatement les problèmes les plus embarrassants. Personne ne pouvait en être plus conscient qu'Adam Smith qui, avant d'écrire celle qui est aujourd'hui son oeuvre la plus célèbre, *La Richesse des Nations*, avait été professeur de Philosophie Morale à l'Université d'Edimbourg. Aussi son "économie libérale n'est-elle peut-être pas bien comprise si elle est analysée sans tenir compte de ses idées éthiques, basées sur le "sentiment moral" et qui ont constitué le fondement de la "morale de la sympathie" (19).

La séparation des disciplines laisse l'action humaine - lorsqu'il s'agit de l'ordre économique et de l'ordre moral - sans aucun guide, sans voies. Ce que l'homme fait (ce qui est *faisable* dans le sens de possible) doit reconnaître une inspiration supérieure fondée sur ce qu'il est *possible de réaliser* (agible) c'est-à-dire, sur ce qui est moralement permis.

Adam Smith, qui écrit sa *Richesse des Nations* entre 1766 et 1776, après un séjour en France et en Suisse où il fréquenta les économistes du continent (Quesnay, Necker et Turgot), ne cessa jamais de parfaire son oeuvre de Philosophie Morale *Théorie des sentiments moraux*, qui eut, de son vivant, non moins de cinq éditions. Smith était aussi conscient que l'avait été Aristote de la différence qui existe entre l'économie et l'esprit du gain. Il savait qu'il n'est pas possible de lâcher la bride aux créations humaines qui, comme l'argent, portent en elles leurs propres lois et qui, aidées par les sciences mathématiques, ne reconnaissent d'autre frontière que l'imagination ni d'autre limite que le remède de l'absurde.

L'homme d'aujourd'hui, malgré les efforts pour rationaliser son comportement (20) et pour découvrir les lois qui régissent celui-ci, est devenu l'esclave du travail, de l'argent et des choses ou des services (action, mesure de valeur et biens). Il est difficile de se tirer du pétrin si on n'a pas encore épuisé toutes les possibilités que présente le paradigme.

On pourrait se demander s'il a existé une conception différente de la vie ou s'il est possible, au point de vue anthropologique, qu'elle existe. Le problème n'est pas simple. C'est en quelque sorte ce qui arrive au ver qui est à l'intérieur de la pomme. Il ne sait rien du monde extérieur.

On pourrait formuler la question de la façon suivante : "L'homme peut-il juger sa propre culture, la comprendre et changer sa conception de vie ?

Or, si nous tournons notre regard vers le passé, nous verrons qu'il y a eu des peuples dont la colonne vertébrale a été différente de la nôtre. Le peuple hébreu, par exemple, fit de la religiosité le centre de sa vie et toute sa conception du monde se construisit autour de cette idée.

Dans la pensée hébraïque, le monde sensible a été créé. L'idée de *la création* est le centre et l'axe de son être, en tant que peuple. Et il n'y a pour lui qu'une origine de l'être : Iahvé.

On a pu dire que la création se trouve au point initial et se retrouve au point final ; elle constitue le foyer central où convergent toutes les analyses de la pensée biblique (21). Le monotéisme de cette religion implique l'universalité de la création et, inversement, la notion de création exige le monotéisme (22).

Claude Tresmontant, qui a fait de profondes études métaphysiques sur le problème, affirme que "*l'hébreu est une langue concrète, qui ne nomme que ce qui existe*". C'est pourquoi "*le monde biblique est un monde où l'idée de la matière n'existe pas*" (23). Il ne subit pas l'influence des "*idées négatives du néant et du désordre*" (24).

Bref, la pensée biblique peut être exprimée dans ces phrases, qui résument sa conception : "*Ne vous souciez pas de votre vie, ni de ce que vous mangerez, ni de votre corps, ni de ce que vous porterez...*" "*Qui, parmi vous, ne peut ajouter, avec ses préoccupations, une seule coudeée à sa hauteur ? Ne vous souciez donc pas de l'avenir, car l'avenir apportera sans doute ses propres soucis*" (25).

L'anthropologie historique, qui montre cet *homme-religieux* nous permet aussi de comprendre, de ce point de vue, l'*homme-contemplatif* qu'est le Grec.

Il existe plusieurs arguments destinés à prouver que la culture grecque aurait pu développer une industrie et qu'elle aurait pu utiliser la machine pour la mettre au service du travail. Il a été affirmé que l'existence de l'esclavage a provoqué une sorte de blocage mental et que, d'ailleurs, elle a rendu ce développement innécessaire.

Cependant, la pensée contemplative (théorique, spéculative au sens propre) fut paradigmatique chez les Grecs. S'il est vrai qu'ils découvrirent la machine à vapeur, il n'en demeure pas moins qu'ils ne s'intéressèrent pas à en faire usage à des fins pratiques. Rappelons, à cet égard, que la controverse entre Aristote et Anaxagore (26) à propos de la relation "cerveau-mains", se termina par la victoire du Stagirite.

Par conséquent, l'*homme-contemplatif* est un autre des archétypes anthropologiques, qui n'est pas nécessairement celui d'aujourd'hui.

La *Physique* d'Aristote (27), où il est question de l'objet fabriqué, nous fournit un argument supplémentaire. Pour le philosophe grec, cet objet n'est pas véritablement un être, ni une substance. Sa nature ontologique ne lui a été qu'attribuée, car les choses qui sont vraiment telles sont les choses naturelles et non les choses fabriquées.

L'homme qui est le nôtre, celui d'aujourd'hui, c'est l'*homme-pratique* (celui qui cultive l'action et qui lui donne la primauté sur la pensée). Nous trouvons son archétype dans le *Faust* de Goethe, lorsqu'il dit : "*Au commencement c'était l'action*". La nature est un vaste champ qui ouvre ses entrailles pour être fécondé par l'action humaine. L'homme se sent comme une Nature qui pense à elle-même, en pensant à l'oeuvre. Il assume le rôle de dieu (avec minuscule) dans le cosmos transformé et dans l'univers d'objets fabriqués.

Il a mis tout son être dans cette oeuvre, qui n'est pas celle d'adorer Dieu (comme pour les Hébreux) ni celle de contempler le Cosmos (comme pour les Grecs), mais celle de cultiver la *praxis* en faisant de la Nature une nature *hominisée* (et non pas humanisée). Il est devenu l'esclave de cette idée et son obstination l'a marqué. L'argent n'est qu'un symbole, un instrument parmi d'autres - très important, d'ailleurs - pour atteindre le but qu'il s'est proposé. Mais il ne faut pas oublier pour autant que l'esprit du gain - qui n'est qu'une déviation presque naturelle du système, et susceptible d'être prédite - entraîne aussi la transformation de l'homme *fabriquant en chose*, et, par la suite, l'anéantissement de ses caractères essentiels.

En somme, s'il est possible de trouver une issue à cette crise, elle ne peut se produire que par la prise de conscience du problème, et seulement avec la conviction qu'un homme sans une économie de l'argent est anthropologiquement viable.

NOTES

(1) Cfr. Chirardi, O.A., *Filosofía del Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

(2) L'homme d'autrefois s'est soucié autant que celui d'aujourd'hui de calculer les "prix" et il est possible qu'il ait d'abord utilisé un objet ou un autre bien comme étalon de valeur. C'est cela que nous rappelle le mot latin *pecunia*, qui provient de *pecus*, bétail. Le terme grec *obolo* (monnaie de faible valeur) était le mot utilisé pour désigner la "broche de fer". Le vocable *denarius* s'appliqua à une monnaie d'argent qui était à la base du système monétaire romain et il constitue la racine du terme *dinero* (argent) dans notre langue espagnole. De son côté, le mot *moneda* (monnaie) provient de *moneta*, terme d'origine carthaginoise, qui, parmi les Carthaginois, désignait leur déesse tutélaire.

Je ne peut pas résister à la tentation de reproduire ici un long paragraphe tiré d'un texte de Luis de Molina, théologien et juriste espagnol qui, au XVI^e siècle, affirmait ceci : "Il faut remarquer que, au début, les hommes n'utilisèrent que le troc (*permutatio*), en échangeant du vin contre du blé, de l'huile contre du miel, un boeuf contre un cheval, des chaussures contre une maison, et ainsi de suite pour les autres choses, comme l'affirme le Jurisconsulte *leg. 1. ff. de contrah. empt.* et tel qu'on peut le lire dans les *Inst. de empt. et vent.* - Dans ce genre d'échanges, chacun mutait ce dont on n'avait pas besoin contre d'autres choses qui étaient nécessaires et aucune des choses échangées ne jouait le rôle de prix ou de marchandise de préférence à l'autre, raison pour laquelle les deux parties contractantes envisageaient le contrat dans la même perspective, n'ayant aucune raison de recevoir elles-mêmes des noms différents. Cependant, par la suite, et à cause de l'inégalité des choses qui étaient échangées et étant donné que la plupart des fois, ceux qui avaient besoin des choses que les autres possédaient abondamment, n'étaient pas nombreux, on inventa la monnaie afin de faciliter les échanges, nécessaires pour le maintien de la vie et de la société humaines, car personne ne peut se suffire à soi-même et que, bien au contraire, on a besoin des choses et des services des autres. La monnaie, ainsi inventée, aurait une valeur fixe, déterminée par l'autorité publique, afin de servir de prix et de mesure pour toutes les autres choses, ainsi que de garantie pour les futurs échanges, tel que l'affirme Aristote dans *5. Eth. c. 5* ; car celui qui voudrait désormais rendre l'argent reçu auparavant en échange de biens dont il n'avait pas besoin, souhaiterait avoir la certitude qu'il recevrait en échange de l'argent ce dont il aurait alors besoin. La monnaie ayant été introduite par l'autorité publique et par la loi afin de rendre plus agile le commerce des biens, les Grecs l'appelèrent *nummus*, terme qui provient de *nomos*, qui signifie loi, comme dit Aristote dans le *c. 5* cité ci-dessus. Les Latins l'appelèrent *pecunia*, mot qui dérive de *pecus*, car, selon Pline (*livre 33, c. 3*), il y eut un temps où les Romains frappèrent la monnaie avec l'image du bétail". (*Disp. 336, n. 1*). Cfr. *La teoría del justo precio*, édition préparée par Francisco Gomez Camacho, d'où la citation de Luis de Molina a été extraite, Madrid, Editoria Nacional, 1981.

(3) Morgan E.V., *Historia del dinero*, Madrid, Ediciones Istmo, 1972, p. 17.

Cfr. l'oeuvre de G.D.H. Cole, *Presente y futuro del Dinero*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947. Dans l'Introduction l'auteur affirme que "l'argent en lui-même ne crée rien ; c'est un lubrifiant du véritable processus économique de production et de distribution des biens et des services, un étalon de valeur et un moyen d'accumulation du pouvoir d'achat". "Il n'est pas créateur, mais s'il y a en lui quelque chose qui manque, qui ne marche pas correctement,

.../...

.../... cela peut empêcher de créer des choses utiles et provoquer des pertes économiques et des misères humaines". Un peu plus loin, au Chap. I, intitulé "Qu'est-ce que l'argent ?", l'auteur énumère les classes d'argent et il déclare que les monnaies métalliques et les billets sont de l'argent. D'après lui, les chèques ne le sont pas étant donné que la caractéristique essentielle de l'argent est celle de "passer de main en main dans des actions successives de circulation. En revanche, le chèque ne circule, d'ordinaire, qu'une fois. "Cependant, et cela est important, les dépôts bancaires, pour Cole, sont de l'argent.

Cfr. également de Prados Arrarte, J., *Filosofía de la Economía*, Buenos Aires, Americalee, 1942. Au chapitre Premier, l'auteur soutient que l'un des problèmes fondamentaux de la science économique est le prix, auquel tous les autres (intérêts, salaires, revenus, etc.) peuvent être réduits.

(4) Morgan, E.V., *ob. cit.*, p. 33. C'est moi qui ai souligné.

(5) *ibid.*, p. 42.

(6) Ghirardi, O.A., *Hermenéutica del saber*, Madrid, Gredos, 1979, p. 26 et suivantes.

(7) Le prologue de Francisco Gómez Camacho à l'oeuvre de Luis de Molina, précédemment citée (note 2), contient une étude magnifique qui effleure certains sujets dont il est question ici. Il est extrêmement intéressant de voir, d'après cet auteur, que Luis de Molina, déjà au XVII^e siècle, en était arrivé à des conclusions semblables. Dans la *Disp. 336*, Molina affirme - selon Gómez Camacho - que "l'argent fut introduit pour avoir une valeur fixe, déterminée par l'autorité publique, pour être utilisé comme prix et mesure des choses et ... pour servir comme garantie dans les futurs échanges" (*ob. cit.*, p. 30). L'auteur du prologue se plaît à signaler d'ailleurs que Molina reconnaît les trois fonctions que la théorie économique actuelle attribue à l'argent. Et le fait que la définition opérationnelle soit partagée par un économiste actuel et par un scolastique, ne doit pas nous surprendre : en effet, tous les deux définissent une **entité idéale**, dont les caractéristiques correspondent - voilà l'intéressant paradoxe - au monde de la praxis.

John Hicks a été aussi traduit par Cemla, Biblioteca Financiera, México, 1971.

(8) Kurt, H. *Historia del dinero*, Barcelona, Editorial Ferma, 1963, p. 7, 8, et 182.

(9) Il est conseillé de consulter sur ce sujet l'oeuvre de P. W. Bridgman, Philipp Frank et Cornelius Benjamin.

(10) Les économistes et les moralistes citent fréquemment Aristote. Cfr. les *Ethiques* et la *Politique*.

(11) L'oeuvre de Simmel, *Filosofía del Dinero*, a été publiée à Madrid par l'Institut des Etudes Politiques, en 1977, traduite de l'édition de 1958, Dunter & Humblot, Berlin. C'est la seule oeuvre de ce titre que nous connaissions.

(12) *ob. cit.*, p. 123.

(13) *ibid.*, p. 137, 138 et 140.

(14) *ibid.*, p. 160. C'est moi qui ai souligné. Simmel ajoute qu'aucun autre genre de valeurs (religieuses, éthiques) ne se trouve dans cette situation privilégiée. Il conclut le paragraphe en disant ceci : "C'est ainsi que le concept pur de l'argent est justifié, comme la simple expression de la valeur des choses, mesurée de façon réciproque, étrange à toute valeur propre, bien que la réalité historique opère toujours en diminuant ce concept au moyen de son opposé, c'est-à-dire, de la valeur propre de l'argent. Notre intelligence ne peut saisir et comprendre que la mesure de la réalité comme une limitation aux concepts purs qui, alors qu'ils s'éloignent de la réalité, se légitiment au moyen du service qu'ils rendent pour leur interprétation" (p. 174).

Simmel apporte une grande richesse par ses fines analyses, bien que ses conclusions ne diffèrent pas trop d'autres qui ont été signalées ici. Il affirme, par exemple, que "la valeur de l'argent réside dans sa sécurité, dont le véhicule est le pouvoir politique central..." (197) et que "sa rationalité fonctionnelle a grandi par-dessus sa valeur substantielle jusqu'à l'inversion .../...

.../...de son importance" (203). Et, dans une expression synthétique, il avait affirmé précédemment : "Telle est la signification historique de l'argent ; dans le monde pratique, il constitue ce qu'il y a de plus décisif et de plus visible, la réalité la plus évidente des formes de l'être en général, au moyen desquelles les choses trouvent leur sens les unes dans les autres ; et où, par la réciprocité des rapports auxquels elles participent, elles trouvent leur être et leur paraître". (p. 117).

(15) Morgan, E.V., *ob. cit.*, p. 22/23.

(16) Morgan, *ob. cit.*, p. 30, affirme, par rapport aux prix : "Les prix en hausse sont naturellement avantageux pour les commerçants et, à cette époque-là (XVI^e siècle en Espagne), par suite de la tendance des prix vers la hausse, l'accumulation des capitaux commerciaux s'accrut considérablement". Voilà un autre mal endémique.

(17) *ob. cit.*, p. 510.

(18) Cfr. l'article "Epistémologie Economique" de G.G. Granger, inclus dans l'oeuvre **Logique et connaissance scientifique**, publiée sous la direction de Jean Piaget, in Encyclopédie de la Pléiade, en France, 1967, p. 1019.

(19) Cfr. les oeuvres de Luigi Bagolini, **La simpatia nella morale e nel Diritto** (Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali), Torino, Giappichelli, 1975 ; et **David Hume e Adam Smith** (Elementi per una ricerca di filosofia giuridica e politica) Bologna, Patron, 1976.

(20) Cfr. Rawis, J., **Teoría de la justicia**, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979.

(21) Tresmontant, C., **La doctrine morale des prophètes d'Israël**. Paris, Editions du Seuil, 1958, p. 16.

(22) *ibid.*, p. 26.

(23) Tresmontant, C., **Ensayo sobre el pensamiento hebreo**, Madrid, Taurus, 1962, p. 75.

(24) *ibid.*, p. 77. L'auteur ajoute que "L'Hébreu n'a pas le concept qu'il "pourrait ne rien y avoir", que l'être est une conquête sur le néant et que, finalement, le néant précède ontologiquement l'être, parce que, dans la pensée biblique, Dieu, qui est l'être par excellence, existe de toute éternité. L'Hébreu n'a pas non plus le concept qu'il pourrait ne pas y avoir d'ordre, que le désordre, l'indéterminé, la matière se trouvent, dans la réalité concrète, d'une certaine manière sous la détermination et la forme. L'Hébreu n'a ni le concept de "matière" ni celui de "corps" séparé de l'âme : les êtres vivants **ne sont que des âmes vivantes**".

(25) Mathieu, 6 ; 25 et suivants. Luc, 12 ; 22 et 23.

(26) **De partibus animalium**, IV, 10, 687.

(27) II, 1, 192 b.

LES DROITS DE L'HOMME : INDIVIDUALISME ET MARXISME

"La question juive" de Marx

Par

M. le Professeur D.F. SCHELTENS

Une des tâches principales de la philosophie du droit, c'est la réflexion sur le dernier fondement des droits de l'homme. Sur ce point il n'existe pas d'unanimité dans le monde. C'est plutôt le point de la plus profonde divergence entre l'Est et l'Ouest, entre la démocratie sociale et l'extrême libéralisme de certains philosophes américains.

En parcourant certaines revues juridiques des pays de l'Est, on est frappé par le nombre d'articles consacrés au thème des droits de l'homme. Mais on est encore plus étonné du fait qu'on y défend une conception radicalement différente de la conception occidentale. Quand je dis ici "radicalement" différente, j'entends ce mot dans le sens littéral ; je veux dire : différente jusque dans la racine. Je me suis trouvé plus d'une fois devant la déclaration que la conception des pays communistes n'a absolument rien de commun avec celle du monde occidental.

Je crois qu'il est de grande importance, pour le dialogue entre les deux camps qui divisent le monde, d'essayer de se comprendre. C'est d'ailleurs en comprenant mieux l'autre, que nous arriverons peut-être à mieux nous comprendre nous mêmes.

La compréhension de la conception marxiste pourrait aussi nous immuniser contre la façon dont l'idée des droits de l'homme est comprise par l'extrême libéralisme qui s'est manifesté, ces derniers temps, sous les noms de "néolibéralisme" ou "néoconservatisme". Un des défenseurs de cette conception commence son livre par la phrase : "les individus ont des droits". Cette phrase se trouve en tête du livre comme une évidence indiscutable. Je crois que la réflexion sur la position marxiste pourrait immuniser contre cette évidence, un peu trop simple.

Une bonne entrée dans la problématique de la conception marxiste des droits de l'homme est, naturellement, l'étude des idées de Marx sur ce sujet.

C'est pour cela que je veux vous entretenir d'un texte important du jeune Marx auquel nous sommes renvoyés par tous les philosophes actuels du marxisme. Je veux parler de "La question juive", étude écrite par Marx, à Paris, en 1843. Il s'agit donc d'un ouvrage de jeunesse, dans lequel Marx ne se révèle pas encore l'économiste qu'il sera plus tard. Il y aborde les problèmes d'une façon encore plus philosophique, plus humaniste, comme on a l'habitude de le dire.

Cela ne signifie pas que Marx abandonnera plus tard ce qu'il a écrit étant jeune. Je ne pense pas qu'on puisse parler, comme font certains au-

teurs d'une rupture entre le jeune Marx et celui de la maturité.

Mais limitons-nous au texte que nous voulons étudier. Ce texte est important parce que nous y trouvons d'une façon assez systématiquement élaborée, la critique de Marx à propos de trois aspects de l'Etat libéral de son temps.

Ces aspects sont :

- 1) la neutralité de l'Etat dans le domaine de la religion.
- 2) la séparation de l'Etat par rapport à la société civile.
- 3) La conception du droit tel qu'il a été conçu dans la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", conception de base de l'Etat libéral.

Il s'agit au fond, trois fois d'une même séparation entre le secteur public et le secteur privé, qu'on pourrait mettre en schéma comme ceci :

<u>public</u>	<u>neutralité religieuse</u>	<u>égalité devant la loi</u>	<u>citoyen</u>
privé	diversité de confessions	inégalité socio-econ.	homme

1. Je commencerai par la neutralité de l'Etat par rapport à la religion.

La question juive fut écrite par Marx comme réplique à un article de B. Bauer sur le problème juif. Le problème juif consiste, d'après Bauer, dans le fait que les minorités juives restent en marge de la nation prussienne et ne se laissent pas intégrer. D'où provient cette situation ? Elle est due, d'après Bauer, au fait que l'Etat prussien est chrétien et professe donc une religion qui n'est pas celle de la population juive. En conséquence, le juif n'est pas admis à tous les droits de la citoyenneté et il se sent en marge. Comment remédier à cette situation ? La solution est simple. Il suffit à l'Etat d'adopter une attitude neutre, de ne professer aucune religion, tout en laissant les citoyens libres d'embrasser la religion de leur choix.

Cette solution paraît simple, en effet. Pourtant elle ne plaît pas à Marx. Le motif sous-jacent à la conviction de Marx réside dans sa conception de la religion. Quelle est cette conception ?

En 1841, Ludwig Feuerbach*, disciple et critique de Hegel, avait écrit un livre qui eut un énorme retentissement : Das Wesen des Christentums (L'essence du christianisme). Dans ce livre, la foi en Dieu est dénoncée comme étant une espèce d'hyprocrisie égoïste. La foi en Dieu est le fruit de l'imagination humaine, mais elle est une projection dangereuse, parce qu'elle est cause de l'aliénation humaine. Elle signifie la destruction de la solidarité sociale.

Marx, et la plupart des jeunes hégéliens, ont salué les idées de Feuerbach avec admiration. Pour eux, le sort de la religion était réglé définitivement par la critique de Feuerbach. Pourtant nous verrons, dans le texte, que Marx ne partage pas entièrement l'avis de Feuerbach. Pour ce dernier, la religion est *cause* de la misère humaine, tandis que pour Marx, elle en est plutôt le *symptôme*. La présence de la religion est pour Marx le symptôme de la maladie de l'humanité dans le domaine politique et social. De la présence de la religion, on peut donc conclure à l'existence de la corruption dans le domaine profane. Je pourrais illustrer la conception de Marx de la façon suivante : si on s'imagine une jolie fleur qui ne fleurit que dans un terrain empoisonné, on pourrait conclure qu'un champ de fleurs

de cette espèce est l'indice d'un terrain empoisonné, quoique la jolie fleur essaie de cacher la pourriture qui est à sa base.

Etant donnée cette conception de la religion, Marx ne pouvait se rallier à la thèse de Bauer, qui se contente d'éliminer la religion de la sphère publique. Même reléguée dans la sphère privée, la religion continue sa fonction de symptôme et de camouflage. Elle est en outre :

- 1) cause d'opposition entre l'Etat athée (ou neutre) et la population croyante. L'Etat français n'a pas de confession, mais les Français peuvent être catholiques, protestants, bouddhistes, etc.
- 2) cause aussi d'opposition entre différents groupes de la population adhérant à différentes confessions. Parmi les Français, les uns qui sont catholiques s'opposent à d'autres qui ne le sont pas.
- 3) cause même d'opposition ou de schizophrénie à l'intérieur de chaque homme, athée en tant que citoyen, tout en étant croyant dans sa vie privée. Un fonctionnaire d'Etat n'est pas catholique ou protestant dans l'exercice de sa fonction ; mais dans sa vie privée, il peut prier et aller à la messe. Il mène donc une vie double.

Quand on réfléchit à ces critiques de Marx contre la religion, même reléguée dans le secteur privé, on pourrait se demander si Marx n'en arrive pas à un état confessionnel inversé, puis qu'un état confessionnel ou anticonfessionnel semblent fondés sur le même principe. Ne voyons-nous pas déjà l'impossibilité de supprimer toute distance entre le secteur public et le secteur privé ?

Pour illustrer les idées de Marx, que je viens d'exposer, je veux vous lire quelques lignes de son texte à lui.

Marx constate que le seul pays où la neutralité du secteur public par rapport à la religion est réalisée, c'est les Etats-Unis. Pourtant, dit Marx, cela n'a pas empêché que les Etats-Unis sont le pays par excellence de la religiosité. Or (et ici je cite son texte) "Si même dans le pays de l'émancipation politique achevée, nous rencontrons, non seulement l'existence de la religion, mais une existence qui a la force et la fraîcheur de la vie, alors la preuve est administrée que la présence de la religion n'est pas en contradiction avec la perfection de l'Etat. Mais comme l'existence de la religion, c'est l'existence d'un manque, la source de ce manque ne peut être cherchée que dans l'essence de l'Etat lui-même. La religion ne passe plus à nos yeux pour le *fondement* mais seulement pour le *phénomène* de la limitation laïque. Nous expliquons en conséquence l'obnubilation religieuse des citoyens libres, à partir de leur obnubilation profane".

Dans les dernières phrases, nous apprenons que Marx ne partage pas, comme je l'ai dit, l'opinion de Feuerbach par rapport au rôle néfaste de la religion. Il souligne, au contraire, que la suppression de la religion dans le secteur officiel n'est pas la fin du problème religieux. C'est plutôt la transplantation du problème du secteur religieux vers le secteur profane. Le problème change de nature. De problème théologique, il devient problème profane. Le vrai problème commence là où Bauer croyait qu'il était résolu.

2. Le problème théologique, le problème de la religion est remplacé par celui de la politique. Passons donc, avec Marx, à l'examen de l'Etat politique.

En quoi consiste le mal politique de l'Etat libéral ? Marx caractérise l'Etat libéral comme étant "Die vollendete politische Emanzipation", une expression qui revient sans cesse et qui veut dire : l'émancipation achevée au niveau politique.

Cette expression est à la fois positive et négative. L'Etat libéral est, en effet, une importante forme de libéralisation, d'émancipation, et, à ce titre, il mérite l'approbation, voire la louange de Marx. Marx écrit, à ce sujet, une phrase que certains marxistes semblent avoir oubliée. Il dit ceci :

"L'Emancipation *politique* est certes un grand progrès ; elle n'est sans doute *pas* la forme ultime de l'émancipation humaine en général, mais la forme ultime de l'émancipation humaine, à *l'intérieur* de l'ordre humain qui a existé jusqu'ici".

Mais, comme c'était le cas pour l'émancipation par rapport à la religion, cette émancipation politique reste limitée au domaine de la sphère publique, au secteur public par opposition au secteur privé. Elle ne s'étend donc pas à la vie réelle, à la société économique-sociale. La sphère publique, ou, si vous voulez, l'homme en tant qu'appartenant à la sphère publique, est émancipé ; mais l'homme total, l'homme réel ne l'est pas. C'est que l'Etat libéral n'est seulement neutre par rapport à la religion, il garde la même neutralité de non-intervention dans la sphère de l'économie.

Cela donne à l'Etat libéral un caractère abstrait : il n'englobe pas, comme Marx le voudrait, la totalité de la vie et des activités des hommes. Il ne fait que réaliser une communauté purement formelle et superficielle en soumettant tous à la même loi. Il supprime les états privilégiés de l'ancien régime et il donne -au moins dans l'Etat libéral in optima forma- le droit de suffrage à tous, indépendamment du "census".

Mais avec tout cela, il laisse intactes les inégalités de la société, qu'il prend même sous sa protection. On pourrait dire que l'Etat libéral est pour Marx le grand parapluie sous lequel marchent les plus grands et les tout petits. Marx lui-même illustre sa conception de l'Etat libéral par une autre image. Il compare l'Etat libéral avec le ciel chrétien. Le ciel, bien entendu, est, pour Marx, une projection humaine, symptôme de la misère de l'homme, un ciel qui ne change en rien la vallée de larmes qu'est notre monde. Ainsi l'égalité juridique, assurée par l'Etat libéral, pourrait bien évoquer pour tous, même les plus impuissants, une force de lion (l'image est de Marx), mais elle ne change rien à la réalité humaine. Sous le ciel fantaisiste de l'égalité juridique, la guerre de tous contre tous continue. L'exploitation des faibles par les forts reste possible et l'humanité entière se laisse dominer par les forces aveugles des lois du marché. C'est pour cela que l'Etat libéral est à la fois immoral et inhumain : immoral parce qu'il favorise l'exploitation, inhumain parce qu'il abandonne la direction de la société aux forces aveugles du marché. Je cite quelques phrases de Marx à propos de ce que je viens d'expliquer :

"L'Etat abolit à sa façon la différence de naissance, de condition, d'instruction, d'emploi, lorsqu'il déclare que naissance, condition, instruction, emploi sont des différences *non politiques*, lorsque, sans tenir compte de ces différences, il proclame que chaque membre du peuple participe de façon *équivalente* à la souveraineté du peuple, lorsqu'il traite tous les éléments de la vie réelle du peuple du point de vue de l'Etat. Il n'en reste pas moins que l'Etat laisse la propriété privée l'instruction, l'emploi, *exercer*

leur action et faire valoir leur nature particulière à leur manière, c'est-à-dire comme propriété privée... Bien loin de supprimer ces différences de fait, l'Etat libéral n'existe au contraire qu'en les présupposant ; il ne s'éprouve lui-même comme *Etat politique* et ne fait valoir son universalité que dans l'opposition à ces éléments qui lui appartiennent".

3. Nous avons parlé de la neutralité de l'Etat libéral en matière religieuse, de la séparation de la sphère publique et privée dans le domaine économique. Nous descendons maintenant jusqu'au fond de la question la conception du droit telle qu'elle est décrite dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

La critique de Marx attaque ici la distinction, ou plutôt la division de l'homme entre :

- le citoyen d'une part et
- l'homme de l'autre.

Cette distinction nous mène à la racine du dualisme que nous avons déjà constaté dans les deux points précédents.

- le "citoyen" c'est l'homme en tant que membre de la société politique
- "l'homme", c'est le même homme en tant qu'il n'est pas citoyen, en tant qu'*individu isolé*, se marginalisant de la communauté et de la solidarité avec les autres. C'est l'individu qui ne pense qu'à ses propres intérêts et ne voit tout le reste -les autres et l'Etat y compris- que comme moyen dans la réalisation de ses buts égoïstes.

Quand on parle des *droits du citoyen*, Marx n'a aucune objection à formuler. Dès qu'il est question des *droits de l'homme*, sa critique devient acerbe. Reconnaître ces droits, c'est assurer à l'individu la possibilité de vivre en égoïste et de traiter les autres comme des moyens au service de ses propres buts.

Je cite quelques phrases de Marx :

"On distingue les droits de l'homme comme tels, des droits du citoyen. Qui est *l'homme* distinct du citoyen ? Nul autre que le membre de la société bourgeoise... Avant tout nous constatons donc les droits *dits* de l'homme ; les droits de l'homme, *par opposition aux droits* du citoyen ne sont rien d'autre que les droits du membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire, de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la collectivité."

Le premier de ces droits c'est la liberté. Comment est-elle conçue ? La liberté, telle qu'on la rencontre dans la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", telle aussi qu'on la retrouve dans beaucoup de définitions du droit, notamment chez la plupart des philosophes politiques, est également rejetée par Marx et traitée avec mépris. Voici ce qu'il écrit :

"La liberté est donc le droit de faire et d'entreprendre tout ce qui ne nuit à aucun autre. (Jusqu'ici Marx ne fait que formuler une idée assez généralement admise, comme je viens de dire. Mais voici que commence sa critique en tournant cette idée en ridicule). La frontière à l'intérieur de laquelle chacun peut se mouvoir sans être *nuisible* à autrui est définie par la

loi, de même que la limite de deux champs est déterminée par la palissade. Il s'agit de la liberté de l'homme en tant que monade isolée, repliée sur elle-même."

Pour ceux qui ne comprennent pas le terme "monade", je peux dire que ce terme est emprunté à la philosophie de Leibniz et qu'il désigne un être complètement fermé, n'ayant ni porte ni fenêtre. La liberté libérale est donc comprise par Marx comme la délimitation d'un petit jardin, dans lequel l'individu peut faire ce qu'il veut, sans s'occuper de qui que ce soit. Cette critique radicale me paraît très dangereuse en ce sens que Marx a l'air de refuser à l'individu toute espèce de vie privée, tout domaine soustrait à l'Etat.

Un autre droit, appelé droit naturel et ayant une signification décisive, c'est la propriété.

Ce droit de propriété est le principal droit de l'homme : droit absolu, droit égoïste, plaçant l'exploitation des uns par les autres sous la protection de l'Etat libéral. Par là-même, cet Etat se trouve en face de la population. Il constitue une barrière à la réalisation de l'émancipation totale de l'homme, qui ne pourra se réaliser que par la solidarité de tous dans tous les secteurs de la vie. Marx écrit ceci :

"Le droit de l'homme à la propriété privée est donc le droit de jouir et de disposer de sa fortune arbitrairement (à son gré), sans se rapporter à d'autres hommes, indépendamment de la société ; c'est le droit de l'égoïsme. Cette liberté individuelle-là, de même que son application, constituent le fondement de la société bourgeoise."

On ne s'étonnera plus de la conclusion par laquelle Marx termine son exposé sur les droits de l'homme dans la déclaration de la Révolution Française. La voici :

"Aucun des droits de l'homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme tel qu'il est comme membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu replié sur lui-même, sur son intérêt privé et son bon plaisir privé et séparé de la communauté. Loin qu'en eux l'homme soit conçu comme un être générique, la vie générique, la société apparaît au contraire comme un cadre extérieur aux individus, comme une limitation de leur autonomie primitive. Le seul lien qui les nuit, c'est la nécessité naturelle, le besoin et l'intérêt privé, la conservation de leur propriété et de leur personne égoïste."

Voilà, en bref, un aperçu des idées de Marx dans la question juive. Je veux terminer mon exposé par quelques remarques en guise de conclusion.

- 1) Une première remarque pourrait être que Marx oriente sa critique contre l'Etat libéral in optima forma. L'Etat libéral contre lequel il dirige ses critiques existait à peine à son époque : la stricte neutralité en matière religieuse et le suffrage universel étaient réservés à un avenir plus ou moins lointain pour les pays occidentaux. Mais c'est l'essence même de l'Etat libéral dont il s'agit et cette essence consiste dans la séparation des sphères publique et privée.
- 2) Marx semble comprendre la libération de l'homme comme une espèce de fusion de la vie privée avec la société publique, une fusion des secteurs public et privé. Comme je l'ai déjà dit, cela me paraît une idée dangereuse, à tendance dictatoriale. On pourrait

se demander, si une véritable libération et une vraie solidarité n'exigent pas aussi, dans certains domaines, le respect de la possibilité de chacun d'agir par lui-même, indépendamment des autres. La garantie de la sphère privée me paraît un aspect essentiel de notre conception du droit.

- 3) On sera d'accord pour admettre que la critique de Marx contre l'Etat libéral de son temps et -par anticipation- contre le néo-libéralisme actuel, est justifiée. Peut-on prétendre qu'il a touché quelque chose d'essentiel dans la conception traditionnelle des droits de l'homme ? En d'autres termes, peut-on trouver dans la Déclaration des droits de l'homme quelque chose de cet égoïsme que Marx lui reproche ?

Je crois qu'il faut répondre à cette question par l'affirmative. Je crois en plus que la critique de Marx nous fait toucher du doigt un des points essentiels de la différence entre l'Est et l'Ouest dans leurs conceptions des droits de l'homme.

Pour illustrer ce que je viens de dire, il suffit peut-être de lire le second article de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*. Je suppose que vous connaissez cet article par coeur. Je voudrais pourtant attirer votre attention sur un mot qui pourrait avoir échappé à votre attention. L'article dit ceci :

"Le but de toute association politique est la *conservation* des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ; ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression".

Le terme qui mérite notre attention, c'est le mot : *conservation*. L'Etat se voit attribuer la fonction de *conserver les droits naturels et imprescriptibles*. Ces droits ne sont pas établis par l'Etat ; ils existaient déjà avant l'Etat. Or, qu'est-ce qu'il y a avant l'Etat ? Quel est ce monde d'où proviennent les droits naturels et imprescriptibles ? C'était dans la pensée de l'époque le fameux "état de nature", situation fictive dans laquelle il n'y avait que des individus isolés sans aucun lien entre eux. C'est cette situation qui doit être conservée par l'Etat. Est-ce que cela ne veut pas dire que l'origine de la conception des droits de l'homme est marquée par un individualisme qui n'est pas moins extrême que le collectivisme de Marx ?

4) Finalement je voudrais remarquer ceci. Dans la tradition qui est à l'origine de notre conception des droits de l'homme c'est l'individu isolé qui est le dernier sujet, le dernier porteur des droits. Par opposition à cet individualisme, Marx a pris le contrepied en désignant la société comme le sujet du droit. Ne devrait-on pas dire que le sujet du droit n'est pas l'homme isolé, ni la société, mais la synthèse des deux c'est-à-dire, l'homme en société. Vous pourriez me dire que cette affirmation est encore extrêmement pauvre. C'est vrai. Remarquons pourtant qu'elle suffit à refuser dès le début la position du néo-libéralisme américain, tout autant que l'accentuation unilatérale de la société.

* Ne pas confondre avec Anselm von Feuerbach dont on parle en droit pénal.

R. R. J. 1986
Pages 177 à 250

EPISTEMOLOGIE

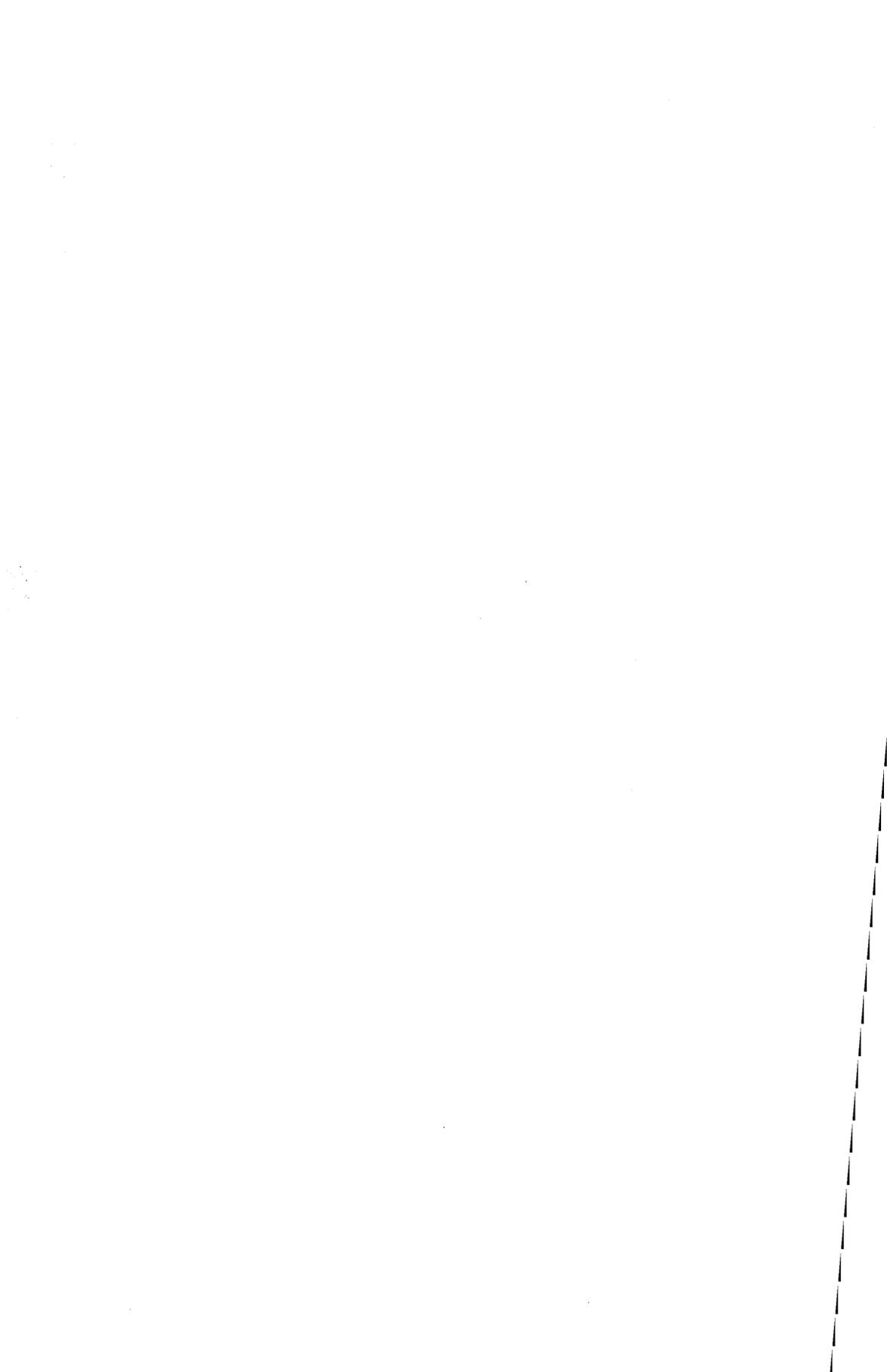


TABLE RONDE
DU
CLUB EPISTEMOLOGIE

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)

"Rien n'est donné. Tout est construit..."

J.-L. LE MOIGNE

"...Et quoi qu'on en dise, dans la vie scientifique, les problèmes ne se posent pas d'eux-mêmes. C'est précisément ce sens du problème qui donne la marque du véritable esprit scientifique. Pour un esprit scientifique toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir de connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit".

C'est sans doute en lisant cette ouverture de "*la formation de l'Esprit Scientifique*" (1938, p. 14) alors que je travaillais - il y a dix ans - à traduire l'étonnante proposition épistémologique d'H.A. Simon fondant, à côté des "Sciences Naturelles", les (nouvelles ?) "Sciences de l'Artificiel" ("the sciences of the artificial") que l'actualité de la pensée de Gaston Bachelard, enfin, m'impressionna.

Que l'on entende ici le témoignage. Nullement le plaidoyer : lequel devrait être long et nuancé, car ni l'une ni l'autre de ces deux oeuvres ne se laissera réduire à cet aphorisme épistémologique - aphorisme dont pourtant on devra se demander s'il n'est pas fondateur d'un autre *Discours de la Méthode*, celui qu'un siècle avant Descartes, Léonard de Vinci proposait pour fonder les Sciences du Génie.

Dès lors en effet que l'on peut tenir pour épistémologiquement légitime un *paradigme* (disons nous aujourd'hui : G. Bachelard, en 1934 parlait d'un *discours de la méthode*, parmi d'autres possibles, également contingents et légitimes) qui fasse de la connaissance une construction du sujet - et non plus un don de l'objet - dès lors, la reconnaissance de la scientificité fondamentale des sciences de l'artificiel (l'informatique aujourd'hui par exemple) devient argumentable devant les académies. On peut y désormais développer des recherches fondamentales autant qu'appliquées, on peut les enseigner, non plus seulement sur le tas, à la façon des recettes et tours de mains, mais de la chaire magistrale. On entend peu encore en France cette thèse puissante d'H.A. Simon qui fait des Sciences de l'artificiel (ou sciences de la conception) des sciences aussi nobles, fondamentales et fécondes que les sciences de la nature (ou sciences d'analyse) : la caution de Bachelard n'est-elle pas ici bienvenue, au moins pour encourager à la réflexion ?

Témoignage donc : l'aphorisme m'incita à lire ou à relire les grands textes de G. Bachelard - et ceux des grands chercheurs que l'on peut tenir dans sa lignée épistémologique ; ainsi G. Canguilhem, qui ne conteste pas la filiation ; ainsi J. Piaget qui sans doute l'aurait sinon récusé, au moins ignoré. Moisson riche, foisonnante, base je crois d'une épistémologie constructiviste que l'on peut établir à côté - et parfois contre - les épistémologies positivistes et néopositivistes que l'on tient encore pour dominantes dans cette fin de siècle. Dominantes, mais désormais contingentes. Il est un chapitre étonnant, rarement commenté par les exégètes de la pensée Bachelardienne, qui clot "le Nouvel Esprit Scientifique". G. Bachelard l'intitule - en 1934 il lui faut quelque audace - "*L'épistémologie non-cartésienne*" : "*on peut, croyons-nous - assure-t-il - mettre en doute l'efficacité des conseils cartésiens*" (p. 141) : sacrilège et blasphème pour ces cohortes d'esprits cartésiens qu'assurent devoir former nos universités !

Ce chapitre m'importe ici par une proposition qui permet de reconnaître en G. Bachelard le père de la théorie des paradigmes que fondera officiellement, trente ans plus tard, l'auteur de *"la structure des révolutions scientifiques"*, T.S. Kuhn : certes ce dernier ajoutera à la caractérisation proprement épistémologique du paradigme scientifique une définition socio-culturelle importante. Mais lorsqu'on lit sous la plume de Gaston Bachelard, en 1934, qu'*"un discours sur la méthode scientifique sera toujours un discours de circonstance : il ne décrira pas une constitution définitive de l'esprit scientifique"*, on ne peut qu'être impressionné par le caractère proprement "révolutionnaire" (pour les positivismes cartésiens régnants) du "Nouvel" esprit scientifique (lui aussi contingent !).

Si on entend en effet l'institutionnalisation contemporaine d'une épistémologie constructive (dans les termes où la fonde G. Bachelard, J. Piaget, G. Canguilhem, H.A. Simon, E. Morin...) comme un changement de paradigme, la normalité et la marginalité de bien des discours disciplinaires familiers tendent peut-être à s'inverser ?

Ainsi les nombres pour la mathématique sont-ils données par la nature, ou par Dieu, ou construits, artificiellement, par l'homme ? Kronecker (en Allemagne), ou B. Brouwer (en Angleterre) avaient peut-être raison au siècle dernier lorsqu'ils assuraient que *"pour qu'un objet mathématique existe (un nombre, un théorème, une preuve), il faut qu'il existe une stratégie ou un programme (artificiel) permettant de le construire"*.

Ainsi les théories de la Nature pour la Physique : n'est-ce pas ce que voulait dire G. Bateson dans son célèbre Métalogue, qu'admire tant H. Von Foerster : *"la fille : mais Newton n'a-t-il pas découvert la gravitation avec une pomme ?" "le père : non ma chérie, il ne l'a pas découverte, il l'a inventée"*.

Ainsi les énoncés multiples - et parfois futuristes - de la chimie : son fondateur en France, Marcellin Berthelot, n'assurait-il pas que *"la chimie crée son objet"* : qui oserait alors évoquer l'humble soumission au réel du savant chimiste derrière ses cornues ?

Ainsi l'Histoire : G. Simmel, dont l'on vient de traduire en français *"les problèmes de la philosophie de l'histoire"* (1924) annonçait son propos : *"ces constructions théoriques que nous appelons l'histoire"*.

Ainsi les autres sciences Sociales, y compris sans doute la science du Droit ? que F.A. Hayek pouvait interpellier en ces termes : *"le fait qu'un nombre croissant de praticiens des sciences sociales se confinent dans ce qui existe ...ne rend nullement leurs conclusions plus réalistes... Une science sociale féconde doit être largement une étude de ce qui n'est pas : une construction de modèles hypothétiques pour des mondes qui seraient possibles..."*.

Ne faut-il pas ici inviter à l'échange, voir au débat, les chercheurs en sciences du Droit qui tiennent pour légitime un "Droit Naturel" (donc donné ?) et ne considèrent pas volontiers la science du Droit comme une science de l'artificiel ? En les invitant à discuter par exemple de l'une des récentes interpellations d'H.A. Simon : *"les sciences de la cognition, les plus nouvelles des sciences de l'artificiel ?"* ("cognitive sciences, the newest science of the artificial").

Rien n'est donné, tout est construit ? On pourrait poursuivre le florilège, et reconnaître mille traces de ces ruissellements épistémologiques, souvent souterrains qui légitiment au moins l'attention que l'on pourra

porter à la révolution Bachelardienne, une révolution que nous avons peut-être tendance à normaliser pour l'ignorer ou l'oublier. C'est me semble-t-il ce qu'avait su reconnaître, Dominique Lecourt, "nouveau" lecteur, en 1968 précisément de G. Bachelard : *"la découverte de G. 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 sa pratique, productrice de ses propres normes et du critère de son existence. Thèse audacieuse, concluait D. Lecourt, que révolutionne le champ de l'épistémologie"*.

N'est-il pas important, précisément, de reconnaître de telle révolution ?

M'autorisera-t-on un ultime commentaire ? : ce témoignage ne doit pas être un plaidoyer mais l'avocat avait rassemblé dans son portefeuille de nombreuses fiches évoquant bien d'autres témoins, de K. Marx à Paul Valéry ou R. Musil. Il vaut sans doute mieux, pour la bonne administration de la justice épistémologique que gère chaque lecteur, éviter un trop long défilé qu'alourdiraient en outre les nécessaires présentations et transitions. Mais on m'autorisera peut-être deux exceptions symboliques ? : Umberto Eco (le nom de la rose) d'abord :

"Alors, il y a de l'ordre dans le monde", criai-je triomphant.

"Alors il y a un peu d'ordre dans ma pauvre tête", répondit Guillaume.

Léonard de Vinci, enfin (carnets) :

"Toi qui médites sur la nature des choses, je ne te loue point de connaître les processus que la Nature effectue ordinairement d'elle-même, mais je me réjouis si tu connais le résultat des problèmes que ton esprit conçoit".

Rien n'est donné. Tout est construit. Cet énoncé lui-même m'est-il donné ? Ou l'ai-je re-construit avant que le lecteur, à son tour... ?

BACHELARD

ou :

POUR UNE REVOLUTION COPERNICIENNE DE L'IMAGINATION

(Exposé et illustration par l'étude d'une situation-limite)

Michel R I B O N

Agrégé de Philosophie

-*-*-*-*

*"L'imagination, plus que la raison, est
la force d'unité de l'âme humaine"*

(L'Air et les Songes)

*"L'imagination invente plus que des choses et des drames,
elle invente de la vie nouvelle, elle invente de l'esprit
nouveau"*

(L'Eau et les Rêves)

Bien qu'elle ne soit pas ici l'objet essentiel de notre propos, la question insistante de l'unité de la pensée de Bachelard ne cesse de se poser à travers le parcours d'une oeuvre tout à la fois diverse, féconde et renouvelée ; gageons que cette question toujours controversée restera ouverte, aussi ouverte qu'a voulu l'être la philosophie de Bachelard.

En elle, l'exigence scientifique et l'exigence poétique se partagent deux mondes ; ceux du concept et de l'image, de la science et de l'imaginai-re, de la raison et de l'imagination, du diurne et du nocturne : deux mondes non seulement distincts et hétérogènes mais, comme la dualité du sujet et du contre-sujet dans une fugue, opposés l'un à l'autre et l'un pour l'autre.

On sait que pour Bachelard la connaissance objective, qui se conquiert le long d'"une chaîne de raisons qui ne soient pas des flammes" (1), doit commencer et se poursuivre par un arrachement au narcissisme rêveur et à ses bonheurs d'images, à "l'adhésion aux confidences de notre esprit ainsi qu'à la séduction des premiers choix", bref aux floraisons d'images et aux illusions nées des premiers contacts avec l'objet, que valorisent les pulsions de l'inconscient. Psychanalyser la connaissance objective consiste à lire, en effet, les erreurs, les obscurités et les piétements de la pensée savante comme la trace des conduites positives d'errance et de rêve, ayant leur source d'énergie dans cet inconscient affectif qui accompagne le travail de l'esprit scientifique. Au nom du droit de la raison à se gouverner elle-même, l'imagination, accusée ici d'être fauteur de troubles, est l'obstacle épistémologique premier : les images ont alors "la seule utilité d'être détruites" par le pouvoir polémique de la raison.

Pourtant, exclue par principe du domaine de la connaissance objective, l'imagination est superbement réhabilitée dans le monde de la rêverie et de la poésie, et Bachelard assure qu'elle y devient source d'énergies mutantes et commencement absolu ; il lui rend ici ce que là il lui avait ôté : son légitime pouvoir de séduction, d'enchantement et de création, ainsi que la légitime adhésion du Cogito à en épouser le lyrisme des productions. Dès lors et symétriquement, Bachelard dénonce "l'obstacle onirique" que représentent par exemple l'analyse conceptuelle et les habitudes mentales de la connaissance objective, obstacle que les grands poètes, nous dit-il, ont l'heureux pouvoir de dissoudre. Bachelard troque donc l'ironie soupçonneuse du savant contre la "sympathie enthousiaste" de l'amateur d'images et de poètes.

Deux mondes donc, deux types de Cogito, deux versants d'une oeuvre dont il n'a cessé de souligner la rupture essentielle qui marque le passage de l'un à l'autre (2), et si hétérogènes et opposés qu'ils ne peuvent pas ne pas être complémentaires dans un univers mental duophonique. "Penser les pensées", mais aussi, à côté, "rêver les rêveries", de manière à se préserver de la névrose qui s'attache aussi bien à la seule existence scientifique qu'à l'exclusive existence rêveuse et poétique ; l'homme tout entier est dans ces deux faces qu'il faut faire coexister l'une à côté de l'autre : ainsi, profondément humaniste, Bachelard, offrant son bon sourire fleuri désormais inscrit dans sa légende, se désignait souvent lui-même comme un "Penseur-Rêveur", un "Philosophe-Poète".

Cependant, ne pourrait-on dire qu'un même projet anime ces deux parcours ? L'oeuvre de science et l'oeuvre d'imagination participent en effet d'une même dialectique qui commande en chacune d'elles la dénégation et l'écartement des obstacles, la rupture et la purification, et toutes les audaces généreuses de la philosophie du Non ; car ce Non de la discontinuité est le corrélat obligé de ces actes de création, sans cesse repris, de soi et du monde, que posent tout aussi bien la raison connaissante que l'imagination du rêveur ou du poète. Deux démarches - celle du "nouvel esprit scientifique" et celle du "nouvel esprit littéraire" (3) - qu'accompagne enfin une même tonalité affective : la jubilation enthousiaste inséparable de l'homme qui crée et qui s'émerveille devant le monde enfin connu et, plus encore, devant et dans le monde rêvé. Un esprit de réveil anime toute la philosophie de Bachelard : philosophe de l'ouvert et du nouveau, il n'a cessé de prôner un rationalisme ouvert et l'ouverture de l'imagination dynamique ; fidèle à sa propre exigence de dialectisation - constitutive du savoir comme de l'imaginaire - sa pensée s'est toujours refusée à se clore et à se mutiler dans la tristesse fatale d'un système.

Sans trahir cette pensée, on serait tenté d'y voir un primat de valeur et de réalité accordé à l'imagination sur la raison connaissante. "Nous sentons biens que ces deux thèmes écrit J. Hyppolite (4), sont développés à partir d'une même pensée, d'un même projet imaginatif qui est un projet d'ouverture intégral". Opinion qu'accentue G. Canguilhem : "si la raison n'était que raisonnable, écrit-il (5), elle finirait bien un jour par se contenter de sa réussite. Mais c'est toujours non et non. Comment expliquer cette puissance de négation perpétuellement relancée ? Or, il se trouve au coeur même de l'homme une source qui ne tarit jamais... C'est la permanence de son pouvoir originaire, littéralement poétique qui contraint la raison à son effort de dénégation, de critique, de réduction". On comprend que le but avoué de Bachelard ait été d'élaborer une métaphysique de l'imagination et que, reprenant une idée de Novalis (on sait que, pour les romantiques allemands, la nature est une fixation de l'imagination qui soutient et précède, en tant que créatrice, la perception et la fonction du réel), il ait projeté de fonder une "Fantastique transcendante".

- II -

Sans doute, l'imagination - mais il s'agit ici de "l'imagination imaginée" plus que de "l'imagination imaginante" - restera-t-elle toujours pour Bachelard, du point de vue de la constitution de la connaissance objective, maîtresse d'erreurs et de fausseté : elle demeure l'obstacle épistémologique. Mais, envisagée pour elle-même - il s'agit cette fois de l'imagination imaginante - elle est positivement, non pas "la faculté de former des images que la perception rendrait conformes à la réalité", mais la faculté de déformer les images, de nous libérer de nos premières images pour en produire de nouvelles qui "dépassent et chantent la réalité" (6) ; notre "faim d'images", notre "besoin d'images", notre "instinct d'images" sont si profonds et si vivaces que cette fonction de l'irréel engendre une sorte de sur-réel (7).

Il n'est pas sans intérêt de noter que, fidèle à l'exigence dialectique de dépassement, la conception que Bachelard se fait du statut de l'imagination a évolué : sous l'effet de retouches successives afin de conférer à cette dernière la plus large autonomie dans le déploiement de son dynamisme et d'en faire "le noyau essentiel du psychisme".

Ainsi, lorsque, à propos de l'imagination matérielle, il évoque l'univers des quatre éléments (le feu, l'air l'eau et la terre) qui, dépassant son rôle de pur décor, séduit, provoque et apostrophe l'imagination, c'est pour ajouter bien vite que ces éléments ne sont pas de simples prénoms de la matière et qu'ils n'ont de valeur que par tout ce qu'ils reçoivent de l'imagination elle-même : celle-ci, au contact de l'univers matériel, en extrait, pour ses images, une matière qu'elle anime à son gré dans la fantaisie inattendue de ses valorisations multiples ; devenue à son tour un obstacle onirique, la loi des quatre éléments doit perdre sa raideur et sa rigueur de loi ; susceptibles de s'associer dans d'innombrables combinaisons, ces éléments ne sont plus que l'occasion d'un événement et d'un avènement produits par la conscience imaginante : ils ne sont plus des déterminants réels, comme si l'Imagination, finalement apatride, ne pouvait qu'être autonome et multipatride pour produire du nouveau. Bref, l'Imagination va vraiment au réel et n'en vient pas.

C'est d'ailleurs dans le même esprit que Bachelard prend ses distances à l'égard de la psychanalyse freudienne et de la phénoménologie de Sartre.

Un moment séduit par la première, c'est dans la Psychanalyse du Feu (précisément au quatrième chapitre) qu'il affirme que "l'imagination échappe aux déterminismes de la psychologie, psychanalyse comprise". Sous l'image, dit-il, la psychanalyse cherche la réalité ; mais elle oublie la démarche inverse : sur la réalité, chercher plutôt la positivité de l'image ; pour la psychanalyse, la fabulation n'est que symptômes, indices ou camouflage d'une réalité passée et d'un désir refoulés, alors que, tout au contraire, elle est dans son authenticité profonde, ouverture à..., éclatement vers..., et jaillissement. Bachelard est convaincu que la causalité antécédente n'épuise pas - et à la limite interdit - l'intelligibilité d'un phénomène psychologique tel que l'image, qui déborde de la sphère du psychologique. En se bornant à définir les images par leur symbolisme, l'explication psychanalytique, trop massive, cesse d'être pertinente pour explorer l'imaginaire puisque pour elle la vie fantasmatique n'est que répétition, compensation, refuge, immobilité, clôture ; coupable de naturalisme, de mécanisme et de causalisme, elle est tout juste bonne à se réserver le domaine du rêve nocturne (8), elle n'aperçoit pas plus la consistance spécifique de l'imaginaire que son autonomie par rapport au symbolisme des "symptômes". Bref, elle méconnaît "la sphère de la sublimation pure" (9) ; elle veut ignorer que l'imaginaire est sublimation" qui, comme absolu, ne sublime rien. Le rapport de causalité doit y être inversé : véritable émergence, l'image première n'est pas l'écho d'un passé, c'est elle, au contraire, qui fait résonner et retentir le passé pour y retrouver un éternel noyau d'enfance cosmique qui n'est en nous qu'"une fausse mémoire" ; et c'est aussi en elle que s'inscrit "la causalité du futur". Ne valant que pour l'imagination seconde, troisième ou dérivée, c'est-à-dire médiocre et indigne, la réduction psychanalytique doit être réduite à son tour. Se rapprochant de Jung et de cette psychologie des profondeurs dont lui conviennent le finalisme et l'idée d'une libido qui n'est pas, par essence, sexuelle, Bachelard tentera d'accorder la psychanalyse et la phénoménologie par le biais de la référence à ces archétypes (10) qui représentent "nos grandes et premières images", "notre être dans le monde" (11), et le support "du projet de notre situation personnelle" (12) ; racines rêveuses de nos images qui sont l'arc-en-ciel de leurs concrétions et non la reproduction du réel, les archétypes sont en outre "des réserves d'enthousiasme" (13). Cependant, le rapport de l'image poétique à l'archétype n'est pas causal : c'est un rapport de résonance par lequel l'éclat des images se répercute dans la

profondeur de l'inconscient archétypal qui conditionne la communication poétique.

En ce qui concerne la phénoménologie qui, dit-il, l'a aidé à se débarasser de la psychanalyse, Bachelard est d'accord avec Sartre pour affirmer lui aussi que l'image, loin d'être reflet perceptif ou symptôme d'un passé enfoui, est un "acte de la conscience donatrice de son produit", ce dernier fût-il des plus fugaces : au lieu de le rencontrer comme le fait la perception, la conscience imageante est créatrice de son objet. Mais soupçonnant que l'image sartrienne (on se souvient de l'exemple de "l'image-de-mon-ami-Pierre") n'est probablement que l'écho ou le reflet dans le présent de son objet absent ("mon ami Pierre"), Bachelard entend souligner, bien davantage que Sartre, la fonction novatrice et créatrice de l'imagination : les images créées n'ont pas d'analogon existentiel et sont totalement étrangères, dans leur jaillissement, à l'univers de la perception. Enfin, parfaitement réflexive, la démarche de Sartre va de l'apparition de l'image à la nature de la possibilité qui la fonde. Moins traditionaliste et plus soucieuse d'explorer dans son épaisseur concrète l'univers instauré par l'imagination, la démarche de Bachelard procède de façon inverse : elle va de l'apparition de l'image vers ses conséquences pour en mesurer les effets, en apprécier le retentissement, "le virement d'être" et les raisons de l'âme qui l'invitent à habiter tel ou tel monde de l'imaginaire. Pour lui, l'image n'est pas un terminus ad quem, mais un terminus a quo. "Se placer au départ de l'image", insiste Bachelard, comme pour la mieux habiter, l'accueillir en une "sympathie du tremblement" (14) et en approfondir le retentissement. Ayant usé librement, selon son habitude, de greffes de vocabulaire et d'assimilations de notions dont certaines provoquent toujours en lui quelque réaction de rejet, Bachelard prend ses distances par rapport à la phénoménologie pour s'ouvrir à une perspective ontologique où il retrouve, dit-il "les beaux mots abstraits de la philosophie" ; ainsi, réduit-il la réduction phénoménologique elle-même (la mise entre parenthèses du corps et de l'existence réelle du monde) ; et les verbes "augmenter" et "réduire", et surtout le vocable "être", pris comme verbe et comme substantif, se multiplient dans le texte de ses derniers ouvrages. Dans la rêverie poétique, l'être du sujet et l'être du monde, ouverts l'un et l'autre à une dialectique de l'enveloppement, se donnent et s'enlacent l'un à l'autre dans une réciproque donation. La catégorie distinctive et traditionnellement tenace du sujet et de l'objet ou du monde, dans laquelle s'inscrivent le nom, l'idée et la présence de la mort, se réduit à n'être que ce qu'elle a toujours été : un schéma grammatical privé de dignité ontologique. Epistémologue, Bachelard supprime l'être et la substance ; penseur-poète, il les récupère et les réhabilite dans la sphère de la rêverie.

L'ontologie onirique de Bachelard encadre des pratiques destinées à accroître l'être dans l'émergence d'un temps cette fois vertical : plus d'être et un être meilleur. N'est-il pas significatif que, dans la Poétique de la Rêverie, le nom même de la Mort soit absent ?

- III -

Rupture, émergence, dynamisme, temps vertical, retentissement, bonheur d'images, augmentatif d'être.

Qu'on veuille bien me permettre, ici, d'apporter un témoignage personnel, épaulé par d'autres, qui confère à ces notions, essentielles pour Bachelard, un fort coefficient de consistance, d'effectivité et donc de vérité.

Témoignage sans doute marginal, mais qui offre l'intérêt de s'enraciner dans les confins d'une expérience-limite (15) : celle de l'homme concentrationnaire des camps nazis - celle de l'homme nu, luttant contre la dépossession de son être (16).

Très vite, en effet, la perception du détenu cesse d'être cette expérience privilégiée par laquelle, normalement, le sujet se révèle à lui-même comme présence au monde, devant les choses et les êtres vers lesquels il s'engage concrètement ; le monde qui lui est désormais offert est précisément celui qui refuse au sujet la possibilité d'avoir un monde en général. L'interdiction qui lui est faite - ne rien voir, ne rien entendre, ne pas parler - sinon pour répondre à un système de signaux absolument contraignants... ; le fait que son corps, disgrâcié par le travail forcé, les privations, l'absence de soins, la maladie, les sévices, etc..., cesse d'être son constituant perceptif pour n'être plus qu'un accompagnement extérieur et étranger à sa propre existence... ; l'évanescence de l'altérité de ses compagnons qui ne lui renvoient uniformément que l'image spéculaire de son manque à soi... ; l'anesthésie progressive de sa sensibilité qui se traduit par la conscience fantasmatique de sa mutilation essentielle... ; tout cela interdit au sujet, contraint à subir la condition d'esclave, d'objet ou de déchet, la possibilité de déployer le temps et l'espace autour de soi ; bref, de pouvoir affirmer : "JE suis là". L'odyssée de la conscience concentrationnaire est celle d'une conscience qui lutte désespérément pour tenter de trouver un champ nécessaire à sa reconstitution et dans lequel elle pourra exercer ce pouvoir donateur de sens, constitutif de toute conscience.

Pour cela, elle cherche d'abord à investir ce qui lui reste d'activité intentionnelle dans une zone apparemment résiduelle : celle de l'imaginaire, tant il est vrai, comme le rappelle Bachelard, que l'imagination est sollicitée par l'adversité du réel, par la résistance même de ce dernier et à laquelle elle ne peut, par vocation, que résister.

Pourtant, au camp, les formes de résistance par l'imaginaire qui apparaissent les premières, appartiennent à ce type d'imagination que Bachelard qualifie de "seconde" ou "dérivée", parce qu'elle n'est pas au sens littéral du terme, poétique ; pauvres dans leur contenu et surtout dans leur dynamisme, de telles images sont inopérantes dans leurs effets escomptés, et leur retentissement s'avère négatif. Ainsi, l'imagination de l'avenir, souvent commandée par la circulation des rumeurs, se partage-t-elle passivement entre les images d'une impatiente et prochaine libération et celles, puisque cette dernière tarde à venir, d'une destruction d'apocalypse sur le thème du "nous y passerons tous" : ruineuse alternance. Appelées au secours, les images du passé, vécues dès lors sous le signe de la coupure, ne parviennent pas davantage - sauf pour ceux qui, dans la clandestinité, avaient mené leur combat contre l'occupant - à la réanimation de soi ; en outre, colorées par la mélancolie du ressassement, du regret nostalgique ou du remords, affectées d'un sentiment de plus en plus ténu d'appartenance au moi, de telles "images-souvenirs" font mal ; ruinées, ces dérisoires fragments, en ne tissant que rideaux de larmes et de désespoir, s'avèrent ruineux, comme, l'est tout autant la complaisance accordée aux fantasmes nés directement de la faim, du froid, de l'épuisement et qui ne font alors qu'aggraver le sentiment de perte d'être, dans un temps déconstitué. L'évolution de la fonction de la mémoire est ici celle de sa progressive détérioration, tant il est vrai que la représentation du passé et son efficace utilisation ne sont possibles, comme l'a souvent souligné Merleau-Ponty, que si le sujet parvient d'abord à se constituer un monde présent et à se l'approprier.

Ce n'est que bien après la constatation renouvelée de l'échec de semblables tentatives, qu'une imagination, cette fois poétique, cherchait enfin d'elle-même à se glisser dans "les trous" du système concentrationnaire ; c'est dans l'actualité présente de ce dernier que, soudain et spontanément, elle captait des inducteurs ou des opérateurs d'images pour se lever comme un anti-destin.

Rêveries d'objets ; un dérisoire chosier (poche de tissu, boîte en fer blanc) toujours tenu sur soi et en secret, vulnérable aux fouilles mais prodigieux talisman de rêveries, pouvait contenir : boule de pâte à modeler, bille de roulement ou de verre, bouton de nacre, fragment de pierre jaspée, rondelle de nickel, bouts de crayon, morceaux de craie, petits coquillages, etc... Jaillie du fond de la matière par l'effet d'un simple regard ou d'une palpation, une végétation se mettait à fleurir et, dans cette contemplation jalouse, le lisse, le pâteux, la lumière, la couleur, la brillance, la rondeur, devenaient la substance nourricière de l'être ; dans une telle solitude contemplative, l'être du monde, comme le rappelle Bachelard, s'amasse enfin autour du cogito du rêveur.

Rêveries d'éléments ; ces "hormones psychologiques" (la terre, l'eau, l'air, le feu) étaient tantôt arrachées à un décor de terrassements, de parpaings et de béton planté autour d'une carrière, tantôt extraites des galeries suintantes d'une mine de schistes bitumineux ; le rythme des saisons et des intempéries multipliait les possibles variations de ces rêveries d'éléments et de leurs organisations dichotomiques ; que la terre fût boueuse ou pierreuse, gluante ou durcie par le gel ; que l'eau fût ruisse-lante ou gelée, disposée en flaque ou métamorphosée en neige dure, molle ou poudreuse... ; que l'air fût humide ou sec, calme ou venteux... ; l'imagination parvenait à tisser des images emportées par des mouvements de cortèges. Le feu, surtout, offert par la proximité des flammes d'un brasero ou par les braises d'énormes monticules de schistes brûlés pour en extraire le naphte, ou encore, durant le travail de nuit, par le piquetage des étoiles et les lueurs lointaines de quelque bombardement, le feu lui-même se donnait comme tremplin pour des constellations d'images de sécurité et de puissance, de douceur et de vengeance, d'espoir et d'invulnérabilité.

Rêveries de mots, après le travail forcé ; lorsque la parole d'un proche détenu appartenait à une communauté linguistique étrangère, elle se réduisait - ou plutôt s'élargissait - à la texture d'une mélodie vocale dans un univers sonore pré-significatif ; liquide ou rocailleuse, nasarde ou gutturale, aérienne ou grave, flûtée ou métallique, elle devenait le support substantiel (17) de paysages imaginaires. De même, le rare possesseur d'un carnet clandestin ou se notaient un peu de tout et n'importe quoi, rêvait à partir des pauvres mots qu'il écrivait ; dans la perception visuelle que le scripteur s'en donnait, le signe, redevenu graphème, sollicitait une nouvelle magie de l'imaginaire que, pourtant, la main ne transcrivait pas : le sens des mots s'évacuait derrière leur chair révélée par les images aventureuses de la rêverie (18).

Conjurant l'expérience et les symboles de la chute, se levait aussi un imaginaire ascensionnel. Sollicitées par les attentes forcées et interminables sur la dureté d'un sol gelé, ou par la position occupée par le corps sur un des hauts-lieux du travail dans le camp, ces rêveries d'envol (19), réanimant le personnage mythique d'Icare, permettaient toutes les fantaisies "d'une contemplation monarchique" (20) et, à la vision, de se substituer à la simple vue ; à l'inverse d'Icare, elles refusaient la chute.

Rêveries d'intimité claustrophilique dans un univers miniaturisé à l'intérieur du monde concentrationnaire, et offertes par quelques lieux auxquels l'imagination conférerait privilège et valeur : excavations de fondations, fonds de tranchées, recon de maçonnerie ou de wagon de tourbe, recreux de labyrinthe de la mine et, plus couramment et cette fois sans danger, espace enveloppant le corps emmailloté dans la misérable couverture d'une paillasse où il se lovait comme un fœtus.

Rêveries cosmiques, enfin, tissées parfois à plusieurs voix, comme si chacun avait besoin des images des autres pour colorer les siennes et les faire rebondir ; celle du Fil, par exemple, dont j'ai tenté, ailleurs (21), de décrire le développement. Le Fil, à la fois matière et métaphore première du tissage de l'imaginaire, avec ses variations et leurs multiples retournements et avatars, s'était vu conférer, par la complicité de notre petit groupe, la valeur d'un mytheme qui perdura pendant des mois ; mytheme qui, lorsqu'il était évoqué à l'occasion d'une rencontre, remettait en branle, avec le dynamisme de ses images poétiques, une activité langagière défunte qui en retour les enrichissait.

Comment donc expliquer, non pas les images, mais, secrétée par la spontanéité de l'imaginaire, cette extraordinaire jubilation qui, du fond d'une mémoire concentrationnaire traversée par toutes les figures de la Mort émerge aujourd'hui comme des instants absolument privilégiés ?

La toute première raison en est, sans aucun doute, dans l'apparition de ce temps vertical dont a souvent parlé Bachelard et qu'instaure l'imagination "première".

Le temps horizontal est le temps banal enchaîné, celui de la continuité pâteuse, de la durée visqueuse qui subit une poussée a tergo. Concept négatif, le continu, en s'alignant sur une sorte de surface apparemment indivisible, serait "le lieu géométrique de notre paresse" (22). Rompant cette continuité, le temps vertical - comme celui des grandes images, comme celui du récit et des décisions instauratrices - délie l'être prisonnier du temps horizontal, brise dans son surgissement les cadres sociaux, phénoménaux et vitaux de la durée continue carcérale : il institue l'homme debout. "Cette ligne, écrit Bachelard (23), perpendiculaire à l'axe temporel de la simple vitalité, donne précisément à la conscience du présent ses moyens de fuite, d'expansion, d'approfondissement et fait apparaître l'instant présent à une éternité" ; soudain, l'horizontalité s'efface, le temps ne coule plus vers la mort : "il jaillit" (24). Instant détaché de tous côtés, le temps vertical est un absolu ; "une image poétique, rien ne la prépare, surtout pas la culture dans le monde littéraire puisqu'elle n'est pas l'écho d'un passé" (25), et elle éclaire d'une telle lumière la conscience qu'"il est bien vain de lui chercher des antécédents inconscients" (26) ; en raison de son instantanéité, elle relève de l'ordre de la "présentation" plus que de l'ordre de la représentation : la chose semble être là de toute éternité ; tel un inconditionné, l'imagination nous hisse à une radicale nouveauté et à une solitude qui nous arrachent à toutes les promiscuités ; elle nous fait participer au temps des choses où se dépose la substance de l'univers.

Discontinuité, rupture, mutation, verticalité, jaillissement ; voilà bien les métaphores indicatives d'une métaphysique de l'instant ; capable, selon le mot de Schiller, de "supprimer le temps dans le temps", l'image poétique est une "métaphysique instantanée" (27).

Parente de l'expérience surréaliste, l'expérience verticale du temps est celle d'instants qui jamais ne s'enchaînent pour former une durée continue ;

dans la rêverie poétique qui, centrée sur un objet ou sur un thème, "travaille en étoiles ou en étoilements" (28), le temps s'éprouve comme une série d'instantanés déconnectés, un peu "comme les longues chaînes de la chimie macromoléculaires" ou selon une syntaxe dont l'analyse peut établir "le diagramme analogue à celui d'une fleur" (29). De même, l'espace iconographique de l'imaginaire est un espace hyper-euclidien : délivrées des contraintes des plans successifs de la perspective où s'inscrit généralement la présence de la mort, les images s'y déforment et s'y déplacent avec la liberté d'un art primitif. Le temps et l'espace de l'imaginaire ne sont donc pas une plénitude morte et opaque; ce qui compte, ici, ce ne sont pas essentiellement les formes et leur contenu - qui d'ailleurs s'éclatent toujours pour courir après un sens - c'est la force d'un dynamisme iconoclaste qui les emporte : aussi, Bachelard s'est-il parfois autorisé à parler d'une Imagination sans images. Enfin, empruntant cette métaphore à un modèle de la physique ondulatoire, Bachelard parle aussi d'un "temps vibré" (30) dont il faudrait, dit-il, faire la "rythmanalyse" des scansions et montrer qu'il est l'approximation la plus intense de l'immobilité métaphysique et de l'énergie d'existence.

Ce temps vertical selon lequel l'instant, dans sa scintillance, se dresse pour faire surgir l'ordre des ambivalences et des simultanités, ne serait-il pas le lieu et le moment de l'Eternel retour ? Eternel retour de l'imagination transcendante qui, dans une éternelle reprise, revient pour donner une forme toujours jeune, tragique et soudaine à ce qui revient, afin de repousser la simple et triste répétition dans l'univers du morne et la perte d'être ; certains textes de Bachelard, appuyés par le témoignage des expériences singulières de l'imaginaire concentrationnaire, permettent de créditer cette interprétation.

Aucun doute que l'éternel retour du temps vertical ne soit la source de ce bonheur de rêver dont Bachelard parle si souvent ; bonheur qui est aussi celui d'une unité que consacre la rêverie toujours à la poursuite de densités internes. L'instant poétique, cet "inverseur d'hostilité", devient le principe d'une simultanéité essentielle où l'être le plus dispersé, le plus démuné, conquiert son unité : la dialectique des joies et des peines s'y noue et s'y dénoue. Dans l'aperception imaginative, la synthèse est première : c'est celle des formes et du sujet personnel rendu à la puissance de sa volonté ; celle de l'imagination voulante et de la volonté imaginante qui est peut-être, au fond, le vouloir-vivre ou le vouloir-survivre ; celles enfin, du moi et du monde : le rêveur parle au monde et voici que le monde lui parle (31). Effacée, la distinction infernale de l'en-soi et du pour-soi fait place à la catégorie du "chez-soi", élargie à la dimension d'un monde nouveau où l'ego, dans une sorte de co-naissance, se love dans le lieu propre qu'il habite et qui l'habite. Dans cette familiarité ludique, pré-réflexive et antépédicative qui s'établit entre l'homme et le monde, se célèbrent les retrouvailles d'un être d'enfance éternelle en qui retentissent toujours les grands archétypes et qui, accordant sa confiance dans le seul fait d'être au monde, ignore le temps horizontal ; l'image poétique est sous le signe d'un être nouveau et "cet être nouveau, est l'être heureux" (32). En se référant à une métaphysique de l'instant, Bachelard vise, non pas le vide et l'indifférencié, mais le plein-plénitude dont l'image symbolique est la rondeur inentamable (33).

On comprend que, même dans les pires conditions, comme celles de l'existence concentrationnaire, le sujet, ayant pu saisir l'occasion de s'ouvrir à la rêverie et de s'y engager à fond, ait eu le sentiment plus ou moins durable, pendant et après sa rêverie, d'une sorte de puissance et de son in-

vulnérabilité psychologique. La puissance de retentissement de cette expérience première fait, disait Bachelard, toute la "dignité de l'image".

Retentissement, d'abord, dans le retour à la perception présente et au temps horizontal où cette dernière se déploie : Comme s'il venait de faire provision d'humour, de recul, de résistance ou de générosité, le détenu concentrationnaire - tant il est vrai que l'imagination commande à la perception (34) - jetait sur le monde dans lequel il se trouvait rejeté un regard désormais différent : d'une lucidité plus aiguë (35) à l'égard du fonctionnement de la machine concentrationnaire, plus pragmatique afin d'élaborer des conduites pratiques plus adaptées, plus attentif et plus ouvert aussi aux autres, ce regard s'offrait en outre le luxe d'habiller, des suffixes de l'imaginaire, les radicaux insupportables du réel ; ainsi, la brutalité sadique des gardes S.S., la charrette des morts et le spectacle des exécutions nocturnes se revêtaient-ils soudain de métaphores spontanées, de métonymies, de litotes ou d'anti-phrases. Sourires du tragique, ces greffes de l'imagination devenue dès lors un second regard, euphémisaient les figures de la Mort et en feutraient l'impact ; c'est ce travail syntaxique de l'imagination sur le réel que j'ai appelé ailleurs la "déclinaison" (36). Face au réel, l'Imagination devenait alors cette puissance d'écart, cette force oblique, comme, sur un échiquier, celle du Fou.

Retentissement dans le passé et sur le passé. Soudain réanimés, les souvenirs cessaient de faire mal, le sujet se les réappropriait, ils offraient enfin leur sourire tout bruissant d'une vie retrouvée. Parfois, à l'occasion d'une sensation apparemment banale (l'odeur d'un feu, le bris de glace d'une flaque d'eau gelée, le chant d'une alouette, une senteur végétale), une bouffée de passé, grosse de l'image des circonstances qui lui étaient liées, surgissait dans une tonalité d'extase comme un souvenir proustien : elle enveloppait des essences intemporelles qui, arrachées à la force destructive du temps et de l'Histoire, semblaient garantir à l'identité personnelle retrouvée une sorte de pérennité.

L'Avenir lui-même se mettait à tinter autrement. Avec ce second regard qu'elle avait fait naître, l'expérience imagière du temps vertical permettait, surgi du fond de l'être, un acte apparemment insensé d'affirmation : malgré les démentis opposés par la surface du réel qui les multipliait, le sujet était rendu à l'espoir de s'en tirer ; plus que pari, cet espoir devenait volonté et serment de se tenir debout et de s'y engager à fond.

Alors, présence du présent, présence du passé et présence du futur rendaient la conscience présente à elle-même dans un monde qui cherchait à la nier. Reconstitué, le temps se remettait en marche, le long d'une durée continue.

Mais pour combien de temps ?

Car dans les camps, une telle victoire de l'imagination instauratrice n'était jamais durablement assurée. La puissance de retentissement qu'elle avait fait naître s'émoissait et il fallait de nouveau faire appel à la vertu des images du temps vertical ; alors, comme une prière sans écho, il arrivait que cet appel à l'éternel retour fût sans réponse ou que la volonté de le faire revenir fût sans efficacité. L'extrême inhumanité de la vie concentrationnaire ôtait à la conscience, pendant un temps variable, son pouvoir donateur d'un monde imaginaire qui se refusait ; alors la conscience se dissolvait dans une expérience vide. Puis, comme un point d'orgue d'harmonie, l'imagination première était soudain de retour, pour s'éclipser

ensuite et revenir encore. Mais pour certains, ce médiateur fondamental ne reviendrait jamais plus. Alors, une chute en spirale s'amorçait ; ces hommes-là avaient un comportement si étrange et si marqué que la plupart des autres détenus, les jugeant contagieux, s'en détournèrent d'instinct (37) ; leur allure était raide, leur démarche celle d'un automate, leur parole rare et monosyllabique et leur regard ne se posait sur rien de précis ; leur obéissance aux ordres était absolue et, parfois, ils semblaient, avec leurs bourreaux, former un couple ; ils finissaient par refuser, avec la nourriture, toute sollicitude. C'était le point de non retour. A ce stade d'anorexie physique et existentielle généralisée qui, en verrouillant tout appel à l'imaginaire, faisait d'eux une forteresse vide et ruinée, ils ne tardaient pas à mourir comme s'ils avaient choisi par commodité - victoire absolue du système - d'installer en eux, définitivement, la mort avec laquelle ils s'étaient accouplés.

- IV -

L'imagination est "avant les pensées, avant le récit, avant tout émoi" (38). Plus que l'élan vital, elle est la force même de la production psychique : "nous sommes créés par notre propre rêverie" (39) ; l'imaginaire, qui n'est pas échappatoire au réel, est un espace protégé, en réserve du réel. Dans son opération fantastique, l'imagination transcendante (40) enveloppe un projet affirmatif de contre-métamorphose dressé contre cette métamorphose qui, comme par exemple dans le monde fictionnel de Kafka ou dans la réalité de l'univers concentrationnaire, est toujours un malheur : celui de la réduction, de l'avitissement, de la chute, de l'anéantissement. Pouvoir de métaphores, l'imagination première est puissance de méta-phrase : elle transporte l'être au-delà de lui-même pour l'augmenter et en faire un être-contre-la-mort qui doit réduire l'hostilité du réel, d'abord symboliquement pour pouvoir le faire ensuite réellement.

Car la simple fonction du réel apparaît à Bachelard comme une fonction de conformisme et de répétition. Ouvrir ce monde clos pour reprendre son élan, telle est la fonction de l'irréel qui dynamise l'existence ; telle est aussi la réalité de l'irréel, car ce qui s'oppose au réel n'est pas l'imaginaire, mais l'illusoire. A l'inverse de Bergson pour qui rêver c'est perdre le sens du réel et côtoyer l'aliénation, c'est, selon Bachelard, l'homme privé de la fonction de l'irréel qui est un névrosé, voué à une perte d'être (41). Pour s'écrire et se tenir debout, la prose agissante du réel a besoin de la poétique de l'irréel, cette voie de traverse qui permet de franchir le réel. Bachelard suggère qu'il n'est pas de plus profonde certitude que celle de la rêverie. Le Cogito est d'abord onirique : en lui, l'infini est premier, celui du possible, puisqu'il y a filiation du réel à l'imaginaire. Plus encore qu'ontologique, la possibilité est ici onto-poétique : pour que "la raison recommence", il faut bien que "l'imagination commence" et que l'esprit soit d'abord vision et poésie pour que la raison soit, dans sa technique, analyse et révision.

C'est pourquoi, la finitude de toutes choses n'est pas d'abord affaire de connaissance, mais affaire de décision dans un temps vertical. "Suivant notre courage ou notre lassitude, nous dirons que le monde est commencé ou qu'il est inachevé" (42) - comme le poète qui, par ses images nouvelles, continue l'oeuvre de la natura naturans - L'exploitation des pépites de l'Etre est à ce prix : à ce risque.

Sagesse de Bachelard.

Aix, avril 1985

NOTES

- (1) Psychanalyse du Feu, page 5.
- (2) "Image et concept fonctionnent sur deux lignes divergentes de la vie spirituelle où l'on ne trouve que mécompte si l'on prétend les faire en même temps coopérer" (Poétique de la Rêverie, p. 45).
- (3) La Terre et les rêveries du repos, page 176.
- (4) in Hommage à Gaston Bachelard, page 25 (P.U.F. 1957).
- (5) Idem, page 8.
- (6) L'Eau et les Rêves, page 12 ; l'Air et les Songes, page 7.
- (7) On sait tout l'intérêt porté par les surréalistes à certains cours professés par Bachelard en Sorbonne, et, bien sûr, à ses oeuvres.
- (8) Pour Bachelard, le rêve nocturne - „il opposera toujours à la rêverie - est un monde tiraillé de revendications, de fantômes, de monstres et de terreurs ; le rêveur nocturne a perdu sa présence à soi, comme sa présence au monde imaginaire ; ombre qui a perdu son moi, cet être éclaté est un homme sans sujet (Poétique de la Rêverie, p. 125 et s.).
- (9) Poétique de l'Espace, p. 12 et s.
- (10) Selon Jung, l'archétype, inscrit dans le patrimoine d'un inconscient collectif, se définit par la conjonction d'un thème (la force d'une tendance) et d'un schème (une représentation générique susceptible de se monnayer en une floraison d'images et de symboles particuliers) ; ainsi, les archétypes des luminaires, du sommet, du père, de la mère, du creux, de la nuit, du médiateur, du magicien noir, etc...
- (11) La Terre et les Rêveries de la Volonté, p. 327.
- (12) La Terre et les Rêveries du Repos, p. 227.
- (13) Poétique de la Rêverie, p. 27.
- (14) Poétique de l'Espace, p. 36.
- (15) Mais une expérience-limite, en tant que telle, est-elle en toute rigueur, conceptualisable ?
- (16) "Le passage à Niveau". Michel Ribon (Ed. Pensée Universelle, 1972) ; il s'agit d'un récit-essai phénoménologique sur l'existence concentrationnaire.
- (17) Bachelard a souvent noté l'isomorphisme des images et du retour à la substance.
- (18) Cf. Le Passage à Niveau. Michel Ribon. o.c. p. 216 et s.
- (19) Idem.
- (20) L'expression est de Bachelard.
- (21) Le Passage à Niveau. o.c. : p. 225 et s.
- (22) Essai sur la connaissance approchée et Dialectique de la Durée.
- (23) L'intuition de l'Instant, p. 106. Ici, Bachelard s'en prend souvent à la conception bergsonnienne de la durée ; reconnaissons que Bachelard, simplifiant la pensée de Bergson comme pour mieux fortifier la sienne par la polémique, ne se montre pas toujours équitable dans la critique qu'il fait de ce grand adversaire.

- (24) Poétique de l'Espace, p. 1 à 8.
- (25) Poétique de la rêverie.
- (26) et (27) Le Droit de Rêver, p. 224.
- (28) La psychanalyse du Feu, p. 18.
- (29) L'Air et les Songes, p. 195.
- (30) La Dialectique de la Durée, p. 131 et s.
- (31) La Terre et les Rêveries de la Volonté, p. 59.
- (32) Poétique de la Rêverie, p. 12 et 60.
- (33) Cf : Van Gogh : "La vie est probablement ronde" (Correspondance) et Joë Bousquet : "On lui a dit que la vie était belle ; non, elle est ronde".
- (34) La Terre et les Rêveries de la Volonté, p. 63.
- (35) On peut se souvenir que, dans un tout autre univers et sur un registre différent, Don Quichotte le rêveur, fait souvent preuve d'une conscience du réel beaucoup plus élevée et plus aigüe que son "ré"iste" écuyer, Sancho Pança.
- (36) Le Passage à niveau, o.c. ; p. 261 et s.
- (37) Dans le langage des camps, on les appelait dérisoirement les "Musulmans" probablement parce qu'ils avaient l'air de s'incliner devant l'inéluctable fatalité de leur environnement et de leur mort - analogie évidemment bien grossière - (cf. le Passage à niveau, o.c., p. 294 et s.).
- (38) L'Air et les Songes, p. 119.
- (39) La Psychanalyse du Feu, p. 215 et la Poétique de la Rêverie.
- (40) Souhaitant aller plus loin que Kant, c'est dans une "Fantastique transcendante" que Novalis voyait le rameau manquant de la philosophie transcendante : "... De l'imagination productrice doivent être déduites toutes les facultés, toutes les activités du monde intérieur et du monde extérieur". (Novalis, Schriften, p. 365).
- (41) L'Air et les Songes, p. 14.
- (42) Bachelard, "Paysages d'Albert Flocon", p. 61 ; introduit et cité par G. Canquihem, in "Hommage à Gaston Bachelard", o.c. ; p. 12.



BACHELARD ET LA PHYSIQUE MODERNE

par
Jozef Hurwic

Dans cette intervention je voudrais faire quelques remarques en marge de l'ouvrage fondamental de Bachelard de 1938 : "La formation de l'esprit scientifique". Dans le chapitre "Discours préliminaire", l'Auteur fait débiter l'ère du nouvel esprit scientifique en 1905, c'est-à-dire à l'apparition de la relativité einsteinienne (il parle, naturellement, uniquement de la relativité restreinte et non généralisée). Cette ère se caractérise ensuite, suivant Bachelard, par "la mécanique quantique, la mécanique ondulatoire de Louis de Broglie, la physique des matrices de Heisenberg, la mécanique de Dirac...". Or, on sait aujourd'hui que la mécanique ondulatoire, la physique de matrices de Heisenberg et la mécanique de Dirac sont, du point de vue physique, à peu près équivalentes. On trouve uniquement une différence dans le formalisme mathématique utilisé. Autrement dit, ces trois méthodes (théories) représentent ce qu'on appelle actuellement mécanique quantique. La signification donnée par Bachelard à l'appellation "mécanique quantique" qu'il place parallèlement aux trois formes de cette doctrine n'est donc pas pour moi suffisamment claire.

Ailleurs dans ses écrits Bachelard mentionne également le principe d'incertitude de Heisenberg et la théorie probabiliste de l'électron de Max Born. C'est toujours la mécanique quantique. On peut alors résumer que Bachelard trouve le nouvel esprit scientifique dans la relativité et la mécanique quantique.

Et la physique nucléaire, et les particules dites élémentaires ? - C'est la question qu'on peut poser en lisant l'oeuvre de Bachelard. Mais après réflexion, on aboutit à la conclusion que c'est Bachelard qui a raison. C'est vrai que la découverte de la radioactivité, la naissance de la physique nucléaire et les découvertes des particules élémentaires ébranlèrent tout l'édifice de la physique classique, toute la science sur la matière, mais, contrairement à la théorie de la relativité et de la mécanique quantique, ils n'introduisirent pas une nouvelle façon de raisonnement.

Revenons à l'appellation "mécanique ondulatoire de Louis de Broglie" utilisée par Bachelard. Sans aucun doute, c'est le concept de Louis de Broglie attribuant le caractère ondulatoire aux corpuscules matériels qui était à l'origine de la création par Erwin Schrödinger de la mécanique ondulatoire. Mais la théorie de Schrödinger est basée surtout sur les travaux du mathématicien irlandais William Rowan Hamilton. En tout cas, je ne pense pas qu'en citant la mécanique ondulatoire on a le droit d'omettre le nom de Schrödinger.

D'ailleurs, la fonction ψ de la mécanique ondulatoire est appelée fonction d'onde parce qu'elle rappelle par sa forme mathématique, et pour cette raison seulement, la fonction qui décrit la propagation d'une onde

électromagnétique. La seule représentation physique concerne le carré du module qui détermine la probabilité de présence du corpuscule considéré dans un endroit donné. Par conséquent, presque dans tous les pays on a abandonné l'appellation mécanique ondulatoire et on ne parle plus que de mécanique quantique. La France appartient aux rares exceptions. Par exemple, le centre scientifique, d'ailleurs de renommée mondiale, dirigé par Raymond Daudel, 23, rue du Maroc à Paris, porte le nom : Centre de Mécanique Ondulatoire Appliquée.

REEL ET VERITE EN CHIMIE

Par

M. le Doyen Jean-Claude MAIRE

Quoi de plus réel en apparence qu'une substance chimique, qu'on peut mettre dans un flacon étiqueté, à qui on peut attribuer une vraie carte d'identité de la société chimique. Pourtant, au moment où je prenais vraiment contact avec l'oeuvre de Gaston Bachelard, un éditeur très sûr de lui m'a dit à propos d'un ouvrage en cours de rédaction "ne traitez que les produits qui existent réellement". Cela me paraissait clair et puis au fil des pages, cela ne le fut plus. Exister, c'est "être en réalité, durer, subsister" quand cela s'applique aux choses, c'est aussi "être actuellement en vie, vivre", en parlant des êtres animés. Alors, ces damnées substances chimiques me paraissent bien vivantes.

En matière d'identité, le moins qu'on puisse exiger c'est que les critères choisis doivent permettre de distinguer deux sosies. Or, la comparaison même de deux substances chimiques n'est pas chose évidente. Les sensations initiales ne font pas du diamant, du graphite et du noir de fumée la même substance, pourtant ils sont constitués uniquement d'atomes de carbone, l'action de l'oxygène peut les transformer en gaz carbonique. Identiques ? Mais voilà que le cristallographe indique que dans le premier les atomes de carbone sont disposés suivant des tétraèdres réguliers, dans le deuxième suivant des feuillets de structure hexagonale et dans le troisième au hasard. Différentes. Et quand bien même, deux substances possèderaient cinquante propriétés identiques, qui garantit que la cinquante et unième ne va pas les différencier ? Deux isomères optiques possèdent une quasi infinité de propriétés identiques, mais ils diffèrent par leurs pouvoirs rotatoires opposés. De là, on peut concevoir des réactions chimiques dont les produits ne diffèrent également que par ce paramètre. Qu'est-ce qui caractérise alors une substance chimique : on peut dire que c'est la nature, le nombre, et la disposition géométrique des atomes qui la constituent. Mais que dire de deux molécules qui diffèrent seulement par la substitution d'un isotope à un autre carbone 13 pour carbone 12, ou deuterium pour hydrogène : identiques ou différentes ?

On ne peut répondre à cette question de façon absolue car on pourrait continuer à complexifier le problème. Il n'y a d'identité que par rapport à des critères généralement considérés comme suffisants par la communauté scientifique.

Mais peut-on seulement toujours dire d'une substance chimique qu'elle existe ? Lorsqu'on étudie la température de fusion d'un mélange de deux corps A et B supposés bien délimités, en fonction de la composition du mélange, il arrive que la courbe présente deux types d'accidents, un minimum ou un maximum. Le minimum correspond au mélange eutectique,

c'est par exemple 1 A pour 2 B. Ce mélange fond à température fixe, le liquide obtenu a même composition bref, il a des propriétés bien caractéristiques. Mais que se présente une troisième substance et il s'évanouit dans une complexité plus grande : Existe-t-il ou pas ? Le maximum correspond à ce qu'on appelle un composé défini, par exemple AB. Il peut lui aussi être fondu et recristallisé sans transformation, il possède son système cristallin propre, mais sur le plan des réactions chimiques, il se comporte comme un mélange. AB Existe-t-il ou pas ? L'impression initiale conclut à l'existence mais elle n'est confirmée que par un très petit nombre de critères. Mais il y a plus vicieux. Il arrive que le composé défini, lorsqu'on le chauffe, se décompose avant que la température de fusion ne soit atteinte. On parle de fusion non congruente. Pourtant sur la courbe de fusion il y a un accident, qui montre que le composé joue son rôle bien qu'on ne puisse absolument pas obtenir à l'état solide quelque chose d'unique répondant à la composition AB. Existe-t-il ou pas ? En renversant la proposition, on peut dire que s'il n'existait pas la courbe serait différente.

Que dire alors de ces nombreux intermédiaires réactionnels à durée de vie courte qui constituent le point de passage obligé pour aller des réactifs aux produits : parfois ils se manifestent de façon temporaire par des propriétés optiques ou spectroscopiques, c'est-à-dire au fond sous la forme d'une énergie ou de niveaux d'énergie, même s'il y a possibilité de sensation première : couleur par exemple. Pourtant celui qui douterait de leur existence serait hérétique et il est article de foi que s'ils n'existaient pas les produits de la réaction seraient différents.

Que penser de certaines réactions qui conduisent à des mélanges qui défient l'analyse et dans lesquels on ajoute un réactif très énergétique, souvent de l'eau, qui conduit à des produits analysables dont on admet qu'ils ne peuvent provenir que d'une substance S présente dans le mélange dont on écrit d'emblée la formule sans qu'elle ait jamais été vue ni caractérisée par aucune autre propriété.

On est très loin de la carte d'identité, tantôt on pousse l'identification jusqu'aux groupes sanguins et tantôt on donne un état civil à un fantôme. On peut donc suivre Bachelard quand il écrit "En chimie, l'objet n'est pas immédiat, il ne se présente pas à l'examen du savant dans des voies toujours aussi uniformes qu'on pourrait le croire. Il est même légitime de se demander si la substance chimique apparaît jamais bien nettement, bien circonscrite dans ses attributs et ses modes". En fait, le chimiste saisit la substance par rapport à d'autres au terme d'expériences et on peut à juste titre parler de substance-limite, de réel-limite.

Bachelard a d'ailleurs consacré quelques pages dans le pluralisme cohérent de la chimie moderne au problème de la pureté des substances, comme une condition de leur réalité.

Les corps purifiés sont très loin des produits naturels "ce sont de véritables constructions chimiques, frappés du caractère technique du déterminisme scientifique".

Il n'y a pas de pureté sans purification. Les méthodes de purification, ou de contrôle de la pureté font appel très souvent à une réaction avec une autre substance chimique dite réactif. Il n'y a donc jamais pureté en soi, le mythe de la pureté naturelle fait place à celui de pureté relative par rapport à certains réactifs. Il y a pureté par rapport à une batterie de textes ou de standards comme il y a orthodoxie par rapport à un corps

de doctrine.

Le problème n'est pas futile car une infinie quantité d'une substance étrangère peut avoir des effets spectaculaires. Des traces d'oxydes métalliques font de l'alumine, le rubis, le saphir, la topaze, tous matériaux qui seraient déclarés différents sur la base de critères immédiats.

Que dirait aujourd'hui Bachelard, quand il verrait, non plus des réactifs, mais des machines sophistiquées que sont par exemple le spectromètre de masse, servir à contrôler la pureté d'une substance. Il aurait la "mesure" du relativisme de la pureté car la sensibilité de ces méthodes est telle que tout est dans tout. Pour peu qu'on s'en donne la peine, on trouve de l'alcool dans le milieu spatial, de l'or dans l'eau de mer, des produits organiques dans les roches et ainsi de suite. Les écologistes seraient bien inspirés de relativiser leurs idées sur la "pureté" du milieu naturel.

D'ailleurs, même la définition abstraite d'une substance chimique n'est pas chose si simple. On peut dire que c'est un groupement d'atomes doué de permanence ou au moins d'une certaine durée de vie, dans le temps et dans l'espace ; mais voilà que même cette idée se relativise. Quand on enregistre un spectre photo-électronique, on enlève à la substance un électron, qu'observe-t-on ? Une propriété de la substance, de l'ion qui se forme ?

Bien sûr, on peut adopter l'idée de Bachelard selon laquelle la "matière n'est qu'un transformateur d'énergie" et que par l'intermédiaire de l'énergie on peut voir "comment un mouvement devient une chose" mais à l'époque de Bachelard les atomes n'étaient composés que de protons, de neutrons et d'électrons, que penserait-il aujourd'hui s'il voyait ces leptons, ces quarks, ces bosons, ces gluons posséder des propriétés telles que le charme et être affublés de qualificatifs aussi peu scientifiques que "étrange" ou "beau". Il est évident qu'il y a là une formulation qualitative spectaculaire de la limitation des attributions réalistes qui dépasse l'indétermination qui nous est presque familière depuis qu'Heisenberg a montré l'impossibilité de connaître à la fois, avec précision, la position et la vitesse d'une particule. La chimie se trouve visiblement au sommet d'un double cône, d'un côté l'infinie variété des combinaisons possibles, existantes, ou à créer. C'est dans ce vivier que la chimie puise son objet qui lui est en partie imposé par la nature lorsqu'elle analyse et identifie ce qui existe mais aussi qu'elle crée et choisit, oriente en fonction des propriétés qu'il s'agit de mettre en évidence, des structures qu'il s'agit de créer. La chimie cherche à réduire, à rationaliser cette variété en s'appuyant sur des données permanentes. De l'autre, la variété constamment croissante des particules qui constituent les atomes qui sont les briques servant à construire les substances. A ce titre, on peut effectivement dire que les chimistes se sont attribués le droit de substituer à une diversité phénoménale non récusée, une diversité atomique non précisée.

En fait, la vérité de la réaction chimique n'est pas plus accessible qu'une autre, la description est faite en fonction des critères en usage dans une communauté scientifique, qui apporte sa garantie mais impose ses principes. On est porté à croire que, seule la nature impose ses choix, ce n'est pas si évident. Quand l'homme a inventé les nombres, il a découvert les nombres premiers et il a créé des problèmes comme par exemple "la suite des nombres premiers est-elle illimitée ?" La nature n'a pas imposé les nombres, mais les nombres ont imposé le problème. Je me demande si des questions du même style n'apparaissent pas en chimie. Quand R. Robinson puis B. Ersterb

ont proposé de représenter la liaison chimique par un trait symbolisant deux électrons mis en commun, peut-être ont-ils créé à terme un blocage ? En effet, à partir de là, toutes les réflexions, toutes les inférences sur des structures nouvelles possibles l'ont été sur la base de cette image érigée en dogme. Il a fallu des années pour que soit admis qu'une liaison chimique était avant tout un minimum d'énergie et que des liaisons impliquant un ou trois électrons pouvaient conduire à des structures stables : par exemple dans certains composés de bore ou de l'aluminium. De même en rationalisant les composés organiques en termes d'un atome de carbone tétraédrique, on a créé un vrai problème au moment où il a fallu écrire des formules où un atome de carbone est lié à cinq de ses voisins par ces mêmes liaisons à l'électron. La nature n'a pas du tout imposé ce problème, il est venu du modèle qu'il a fallu ensuite violer, complexifier avant de réduire le tout à l'idée simple que la liaison chimique est avant tout comme la matière, de l'énergie.

Une substance chimique existe par ses rapports aux autres, on dirait presque par ses rapports sociaux. Des réactions l'identifient, d'autres la créent, d'autres la modifient plus ou moins profondément, mais toutes contribuent à son existence. Une réaction chimique, c'est tout simple sur le papier, on mélange des réactifs dans des conditions données, en fixant les valeurs de quelques grandeurs qu'il est d'usage de prendre en compte et tout est dit, il ne reste qu'à établir la nature des produits. Pourtant, la littérature chimique moderne fourmille d'exemples où le mélange final n'est identifié qu'à 40 ou 50 %, qui sont alors les vrais produits, ceux dont les propriétés ont permis l'isolement ou ceux qui restent non identifiés. Même si la nature et les proportions des produits identifiés sont reproductibles, en est-il à coup sûr de même des autres ? Même si les produits sont identiques, ce n'est que dans la limite où on a cherché à vérifier qu'ils le sont et par suite dans les limites de certitude des méthodes qui ont été utilisées. Ce n'est pas sombrer dans le doute systématique paralysant ni dans une exigence de perfection stérile que de penser qu'en ce domaine aussi la vérité n'est pas nue, la certitude n'est pas absolue et que la prédictibilité du résultat est relative.

Ce premier pavé jeté dans la mare du déterminisme chimique, il faut aller jusqu'au bout. Bachelard ne pouvait connaître les réactions oscillantes, dont le résultat évolue avec le temps, non pas suivant une progression monotone mais avec des allers et retours dont on peut donner une idée en se référant à un exemple très classique, où le mélange passe alternativement du rouge au bleu. De tels phénomènes sont assez rares pour qu'on puisse parler d'exemplar mais c'est quand même "une fait suffisant, un minimum de réalité nécessaire pour lester la pensée".

Le signification profonde de ces réactions est que connaissant l'état du système à un moment donné, il est impossible de savoir ce qu'il sera à tout instant ultérieur, le système semble évoluer au hasard sans prédictibilité. En fait, le comportement au bout d'un temps macroscopique dépend de modifications imperceptibles sur les données initiales, que l'expérimentateur ne peut pas contrôler de façon absolue. Le système serait déterminé si les données de départ l'étaient, or le plus habile expérimentateur laisse nécessairement une marge d'erreur dont le système est déterminé en fonction de données qui paradoxalement ne le sont pas.

Le pire est qu'il est impossible de prévoir au bout de combien de temps une modification infinie va produire une turbulence dans le comportement

du système dont l'impact peut être immense. Il semble bien que la croissance d'un cyclone fasse appel à des phénomènes de ce type.

Après avoir relativisé la substance, voilà que la réaction l'est aussi, dans son déterminisme, dans sa prédictibilité.

Domage pour les amateurs d'absolu, normal pour des esprits qui, comme Bachelard accrochent la science aux ailes du temps et la font sans cesse renaître de ses cendres, asseoir ses succès sur les ruines de ses erreurs, enthousiasmant pour Valéry qui écrivait :

C'est l'imprévu, le discontinu, la forme du réel et d'être à laquelle on n'aurait jamais pensé

- qui font le charme et la force de l'observation et des expériences on croyait contempler ou pressentir les solutions possibles et il y en a d'autres.

REEXAMEN D'UNE EPISTEMOLOGIE

Paul C H A N I E R

Ayant été étudiant de Bachelard et admirateur de ses oeuvres, je me suis spécialisé depuis dans l'épistémologie économique et l'enseignement de l'économie. Repenser l'oeuvre de Bachelard prend alors pour moi la forme d'une nouvelle aventure, n'étant plus sensibilisé aux mêmes aspects. On pourrait récuser ce projet et penser qu'il faut se limiter à la physique. Mais une épistémologie riche en thèses métaphysiques à l'état naissant ne se laisse pas ainsi circonscrire, et, peut-être, certaines imprudences sont-elles déjà commises sur le terrain de la physique.

Cette question peut se poser non seulement à propos de Bachelard mais à propos de tout un courant de pensée universitaire. Le souci d'examiner des thèses philosophiques, méthodologiques, mathématiques en songeant à leur retentissement sur l'analyse économique et en se demandant à quoi elles engagent, lui est à peu près étranger. Si l'on avait dit à L. Brunschvicg que les préoccupations logiques de Russell s'ajustent à celles de Keynes dans le Treatise on probability et le Treatise on money, on se serait heurté à la plus tranquille incrédulité. A plus forte raison, si l'on avait dit que les problèmes ainsi posés étaient fondamentaux pour la conception de la philosophie elle-même. On aboutit à une situation où les conclusions les plus indiscutables d'une économie critique sont ignorées, où sont accueillis comme réalistes des dogmes de physique économique de "droite" ou de "gauche", où l'on ne se doute même pas que ces dérivés de l'opinion ont leur source dans l'obscurantisme des diffuseurs d'idées.

A quoi bon une philosophie de la physique ? Réponse possible, très différente de celle de Bachelard : veiller à ce que la théorie ne détruise pas, par ses prétentions, le fait le plus indubitable de tous, l'existence de l'homme. Le philosophe ne serait plus seulement le "mauvais élève" du physicien, toujours en retard d'une leçon, comme le dit Canguilhem. La philosophie biologique a été reconnue. La philosophie de l'économie reste le parent pauvre de l'Université, alors que c'est là, tout comme dans le domaine politique ou juridique, que la lucidité philosophique serait le plus nécessaire. Il existe chez certains économistes (citons Keynes, N. Georgescu-Roegen, F. Perroux) une "philosophie silencieuse" qui porte en elle un germe de renouvellement de la philosophie, mais dans un sens très différent de celui de Bachelard.

Ce qui est gênant, c'est que tout ce qui n'appartient pas au physicien est rejeté dans le rêve, dans l'imaginaire. Bachelard connaît bien la littérature dadaïste et surréaliste, qu'il cite à l'occasion, et où les allusions à la science, si étrange que ce soit, sont nombreuses. La science procure des attrapes propres à scandaliser le bourgeois, elle donne des arguments pour admettre une sur-réalité, tandis qu'une imagination gratuite se complait dans la folie d'un instant totalement déconnecté. Or, les analogies sautent aux yeux. Qui n'a pas assisté à un cours de Bachelard ne peut savoir quelle joie il éprouvait à détruire l'évidence première, à propos du ruban de Moebius, de la courbe de von Koch, considérés comme des objets surréalistes.

Cette ivresse "libératrice" une fois passée, on peut se demander à quoi aboutit cet autodafé du "bon sens". Le Châtelier dans Science et technique, parlait, à propos d'Einstein, du "sabotage organisé" des sciences et des techniques les plus couramment utiles. Ne serait-il pas plus rassurant

et plus démocratique de montrer les faits observables qui s'expliquent scientifiquement ? Je pense par exemple à l'admirable On growth and form de D'Arcy Thompson où les faits évidents de la morphologie et du mouvement des animaux trouvent leur explication scientifique et où l'effort d'exploration du milieu par le vivant n'est pas traité de préjugé réaliste. Insister unilatéralement sur la rupture, n'est-ce pas favoriser une nouvelle dogmatique fondée sur un "consensus" d'experts et à laquelle il est, cette fois, interdit de désobéir ?

La destruction du sujet

C'est un des thèmes les plus inquiétants de la métaphysique de Bachelard, tout comme de celle de Nietzsche. Je me souviens d'avoir été rebuté par un sujet de dissertation qu'il avait proposé et que je n'avais pas choisi, une citation de Hofmannstahl où le "moi" était présenté comme une simple métaphore. Détruire le sujet, c'est détruire le jugement responsable, c'est détruire l'agent. Que signifie "épistémologie non-cartésienne" ? Que l'on doive mettre en question la méthode mathématique ou les théories physiques de Descartes, cela ne fait pas de doute. Mais que penser des attaques constantes contre le cogito ? Eachelard écrit (Nouvel esprit scientifique, VI, § 5) : "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 deux expériences différentes ?" Sommes-nous revenus à l'animisme le plus naïf, celui de Condillac où la statue enregistre les qualités sensibles déjà constituées en dehors d'elle ? Oublie-t-on que la perception du changement est un phénomène de conscience, qu'elle suppose la mémoire immédiate ? A force d'attaquer l'évidence, ne détruit-on pas les évidences fondamentales et indispensables ?

Le moi est incarné. L'incarnation de l'homme est la victime suivante. Depuis que la Convention, tout comme Le Maître et Bonald y ont vu le symbole du droit divin, l'incarnation a mauvaise presse. La "pensée rationaliste se doit d'être désincarnée (Rationalisme appliqué, p. 64).

La force d'un anneau, argumente Bachelard, se mesure à ce qu'on y suspend, "je vous attends au moment où vous voudrez conclure quelque chose de votre cogito". On pourrait poser la question inverse : quelles sont les notions qui faute d'un cogito incarné et temporel se trouvent accrochées dans le vide ? Comment expliquer à un extra-terrestre par téléphone que la main droite est plus habile que la main gauche, qu'on a choisi le mètre comme unité, dans la mesure où la désignation in concreto est exclue ? Peut-on réellement et sans cercle vicieux construire par la pure arithmétique l'équivalent du continu sensible ?

La négation de l'incarnation a été parfois présentée comme un aspect essentiel du rationalisme, ce qui est évidemment absurde. Spinoza par exemple, occulte ce fait fondamental : c'est dans une conscience particulière que s'opère la représentation du divers spatial et de la succession temporelle, le pouvoir de transformer les vibrations en couleurs, fait inconciliable avec son système et dont il ne paraît pas s'étonner. Tout son effort tend à détacher la pensée de l'idée d'une cause extérieure, de sorte qu'on ne voit pas pourquoi ma pensée est attachée à mon corps plutôt qu'à l'anneau de Saturne, ni comment à l'anneau de Saturne correspondrait une complaisante idée d'un cercle particulier, même si personne ne le perçoit. Ce "rationalisme" rejoint la superstition. Comme dit Leibniz de Spinoza : "Il a cru à une transmigration de type pythagoricien : les âmes pouvaient aller d'un corps dans un autre" (Mss de Hanovre, Bodemann, 1895, p. 103).

La désagrégation du cogito entraîne logiquement la rechute dans l'animisme, ce qui est arrivé à Diderot, Schelling, Nietzsche et bien d'autres. Bachelard, qui polémique contre l'usage des qualités sensibles en physique ne peut être accusé de cela, mais quel statut donne-t-il à ces qualités ? Suffit-il de les mépriser comme imaginaires ? On peut faire la comparaison avec les mésaventures de Heidegger passant de l'animisme antique au Gestell moderne, comme si la vie et la conscience avaient été réellement réduites par les prétentions de certains physiciens. Ici aussi la qualité est rejetée dans un "être" que l'on présente de façon antinomique comme n'existant pas, comme si nos sens avaient cessé de fonctionner.

Les thèses sur le temps menacent d'une autre manière l'existence du sujet. Bachelard s'en prend à la durée comme donnée immédiate de la conscience en lui opposant deux métaphores, l'une tirée de la théorie des quanta, l'autre de la Relativité. Le "temps à petits quanta" règne dans la vie intellectuelle, où seuls comptent les instants décisifs, la durée n'étant qu'une construction sans réalité absolue, puisqu'elle peut être altérée par la transformation de Lorentz. L'appréciation psychologique de la durée est niée. Il faudra sans doute expliquer au chef d'orchestre que son sens du temps se réduit à "des reconstructions sentimentales qui s'agglomèrent par-delà la sensation réelle". Il faut, suivant la suggestion de G. Roupnel "arithmétiser le temps" (Intuition de l'instant, p. 49).

Que de questions sans réponses ! Comment sont séparés les instants ? Comment dire malgré Cantor : "La durée n'est qu'un nombre dont l'unité est l'instant" ? (*ib.*, p. 50). On retrouve l'écho d'une mode esthétique de l'époque. Mais le "Nu qui descend l'escalier" de Marcel Duchamp descend-il réellement, est-il plus qu'une juxtaposition de lignes ? Reconnaître la réalité de la durée psychologique ne veut pas dire que l'on bloque la recherche physique, pas plus que voir les couleurs n'interdit d'analyser les vibrations. Il n'est pas interdit de placer des quantités d'événements dans un instant qui paraît psychologiquement simple. Mais expulser la conscience du domaine qui est le sien c'est nier un fait.

Pour la conscience et pour la vie, la distinction de l'espace et du temps est fondamentale. On ne peut l'effacer au nom d'une "correction relativiste" dont on reconnaît qu'elle est trop faible pour changer quoi que ce soit à notre échelle. Brouillez cette distinction et vous faites disparaître la naissance et la mort, la lutte pour l'existence, le vouloir, l'action, la créativité. On ne voit que trop bien, par contre, les motifs de facilité théorique qui peuvent inciter un physicien à assimiler le temps et l'espace. Bachelard (Ration. appl., p. 62) ne trouve rien à redire à la représentation pédagogique du temps par une ligne. Les formules prudentes sont rapidement transgressées et un courant de pensée d'une force incroyable, où science et science-fiction sont mal séparées, a bel et bien pris comme objectif de détruire la distinction intuitive entre l'espace et le temps.

Avant de montrer comment Bachelard est solidaire de ce courant, il faut dire quelques mots sur le statut qu'il accorde à la métaphysique. Je me bornerai à une remarque. Le traitement du sujet comme sujet du verbe apprendre, et apprendre une certaine physique entraîne la réduction de son activité sérieuse à la résolution des problèmes au sens mathématique et physique du mot. Je suis d'accord pour dire que c'est le sens propre du mot "problème" et que, comme l'a montré le mathématicien Abel, on ne peut parler de problème que si l'on a déjà l'idée d'une méthode pour le résoudre. Mais, et là les choses ne vont plus, il n'y a pas que des "pro-

blèmes" qui préoccupent les hommes, malgré l'abus de ce mot dans le langage courant. Et cet abus lui-même est révélateur. On rêve de transformer en problèmes l'éveil de l'intérêt, l'échec au chômage, à l'inflation, mais il n'existe pas de recette pour l'initiative. 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", c'est-à-dire l'identité personnelle (*Etudes*, p. 79). Mais par la 4^{ème} dimension nous accédons à l'éternité : "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". Le cas de la mort lui-même n'est pas une exception : il n'y a que des problèmes mathématiques. On verra à quelle littérature Bachelard fait ici allusion. Constatons avec stupéfaction qu'il paraît y croire. Il oublie, par contre, comme le fait également Marx, que l'humanité ne rencontre pas que des problèmes. Il y a aussi les malaises dus à l'étroitesse des vues, au manque d'idées, à la mesquinerie des motivations. C'est une optique toute différente.

Autre conséquence : les problèmes se posent tout seuls. Ce sont les mathématiques qui les posent. La pratique n'est qu'une conséquence donnée par surcroît, elle n'a pas de rôle moteur.

La destruction du sujet a des effets dévastateurs, que les plaisanteries dadaïstes ne suffisent pas à dissimuler. En économique, cela voudrait dire qu'il n'y a pas d'agents mais seulement des exécutants des mécanismes ou des processus dialectiques. Bachelard n'a pas voulu cela, il n'a pas tiré ces conséquences. D'autres l'on fait pour lui : une métaphysique, même ébauchée ou implicite, échappe à son auteur.

Il faut souligner que l'économique théorique est rendue en un point où elle doit manoeuvrer dans un sens radicalement contraire. La réductio ad absurdum des mécanismes et des processus a été la conséquence parfois involontaire des tentatives pour préciser les modèles et pour prouver certaines conclusions. Force est de réintroduire, comme le fait par exemple F. Perroux, la topologie des postes d'action et des variables commandées, entraînées ou influencées, le rôle des "agents stratégiquement actifs". La Théorie des jeux a montré les limites des solutions calculables, parfois le danger du seul calcul, et le rôle des conventions, des initiatives. Là où l'on mesure le mieux les méfaits de la destruction de la personnalité, c'est lorsque des postes d'action décisifs sont occupés par des hommes étroitement conditionnés par l'idéologie secrétée par le rôle passif qu'ils avaient joué jusque là. Les meilleures occasions sont alors systématiquement manquées.

Je voudrais montrer maintenant que certaines idéologies de la physique ont leur part de responsabilité dans cette situation.

Science et science-fiction

Pourquoi, dans La poétique de l'espace, Bachelard traite-t-il seulement des rêves d'enfance sur la cave, le grenier, l'armoire, et ne saisit pas l'occasion qui lui est offerte de compléter sa collection des erreurs pittoresques de l'esprit para-scientifique ?

La réponse est aisée : c'est que ces thèmes littéraires ressemblent de trop près, sous une forme peu avouable, à ceux du "nouvel esprit scientifique". Très révélatrices sont les rêveries sur les animaux à 1, 2, 3 ou 4 dimensions, en gros de 1884 (A. Square : Flatland, a romance of many

dimensions) à 1928 (M. Maeterlinck : La vie de l'espace, véritable survey des divers écrits). Ces ouvrages se réfèrent aux espaces à n dimensions étudiés par les grands mathématiciens en les interprétant comme des espaces perceptifs possibles. On cherche donc, et l'on croit trouver des animaux dont le sensorium serait à une ou deux dimensions. On croit proche l'avènement du surhomme, défini par l'accès à la 4ème dimension.

On connaît K. Pearson, au moins pour les coefficients de corrélation et le phénomène de "régression" vers la moyenne. On sait moins qu'il a rêvé de mettre toute réalité en ellipsoïdes de densité de probabilité qu'il suffirait de couper en tranches pour obtenir les distributions conditionnelles. Bachelard, dans La connaissance approchée, le loue de remplacer par la corrélation la vieille notion de causalité. On trouve dans Grammaire de la science (1892, trad. 1912, p. 377) de Pearson l'argument du poisson plat à deux dimensions pour qui l'exploration de la 3ème dimension prend l'apparence d'une succession temporelle. Et il pense que pour nous le caractère temporel de la 4ème dimension est une illusion du même genre. C'est le mythe sous-jacent à la réduction de la causalité à la corrélation : tout est déjà donné dans l'espace complet à quatre dimensions. A l'inverse de Bachelard, Keynes a critiqué Pearson avec une violence qui ne lui est pas habituelle (dans ses articles de 1910 et dans le Treatise on probability à propos de l'adhésion de Pearson à la "règle de succession" de Laplace). Pour Keynes il est absurde de parler de corrélation sans causalité, une corrélation non analysée causalement a peu d'intérêt pratique. Rappelons que H. Simon défend la causalité au sens de "levier de commande" : ce n'est pas une notion "métaphysique", c'est la notion la plus fondamentalement opérationnelle.

Si le désir et la volonté sont dans le temps, il suffira de le considérer comme une 4ème dimension pour qu'il contienne déjà tout ce que nous pouvons désirer. Maeterlinck était disposé à croire que notre avenir est tout préparé, il nous reste à assister avec ahurissement à son déroulement. C'est peut-être dans le Voyage au pays de la 4ème dimension de G. de Pawlowski (1913) que les rêveries pseudo-philosophiques sont développées de la façon la plus complète et la plus explicite. La suppression d'une dimension équivaut à la descente d'un degré vers la stupidité. Des souris japonaises n'ont qu'un sens à deux dimensions, elles n'ont pas l'idée de franchir la bordure d'un plateau. Euclide ayant ignoré la 4ème dimension, rien d'étonnant que le mot "euclidien" devienne une injure, comme il a été dans les milieux surréalistes. Avec 2, 3, 4 on passe de l'apparence à la réalité et à la sur-réalité dont nous recevons quelques vagues révélations sans comprendre ce qui nous arrive. L'imagination travaille sur l'image spatiale. On peut couper un pudding de plusieurs façons en passant par le même point, ce point étant lui-même choisi de façon arbitraire. De n à $n-1$ dimensions l'arbitraire s'accroît. On trouve aussi chez Tristant Tzara l'idée de coupe transversale, la déclaration de guerre à la causalité.

Lisons maintenant Bachelard (Nouvel esprit sc., V, § 1) : "Nous avons appris que le temps est inséparable de l'espace. Parler de l'état de l'Univers à un instant donné n'a donc pas un sens absolu, il faut en réalité parler d'une section à trois dimensions de l'espace-temps... Parler de l'Univers à un instant donné, c'est se livrer non seulement à l'arbitraire de l'instant choisi, mais encor. à l'arbitraire de l'état dans l'instant même". Comprenez qui pourra : comment l'instant où la Terre sauterait dans une explosion atomique pourrait-il être identifié d'une façon arbitraire ? J'entends bien qu'on s'appuie sur la théorie de la Relativité. Mais il n'est plus question d'une approximation imperceptible à l'échelle humaine, c'est la théorie

de l'arbitraire de la coupe transversale sous sa forme la plus extrême, telle qu'elle se trouve chez Pawlowski. Ce thème est antérieur à la théorie de la Relativité (1884 au moins, chez Square) et, par la suite largement indépendant d'elle. Il est implicitement admis dans l'idée courante d'une lacune que la théorie de la Relativité aurait justement comblée. Ce courant littéraire a créé l'atmosphère propre pour des présentations où l'on ne distingue pas ce qui est simple artifice de calcul et ce qui est susceptible d'être pris à la lettre.

Essayons de prendre à la lettre cette idée d'une coupe doublement arbitraire dans l'espace-temps. Mais il m'est impossible, tout comme au plus armé des expérimentateurs de modifier mon présent. Quant à la dislocation de la simultanéité telle qu'elle m'apparaît, elle supposerait selon la théorie relativiste des moyens matériels énormes pour un déplacement ultra-rapide. Seul un rêve à la Pawlowski peut me donner l'impression d'arbitraire. Alors la désincarnation du sujet peut aussi être prise à la lettre. L'instant présent est une illusion que je peux surmonter en passant à la 4^{ème} dimension ; je peux m'incarner où je veux, passer le week-end dans un autre corps doué d'autres sens.

Autour de la Relativité.

Bachelard n'est pas le seul épistémologue à s'appuyer de façon essentielle sur la théorie de la Relativité. Citons Carnap, Cassirer, Popper. Qu'en attendent-ils ? Certainement pas la précision à 10^{-8} près. Ils en attendent un argument d'autorité, la justification immédiate, par importation en contrebande, de thèses philosophiques qu'ils seraient fort en peine d'établir autrement. Ils éludent ou plutôt ignorent cent questions embarrassantes que l'on pourrait poser au sujet de la Relativité et auxquelles ils ne sauraient généralement pas répondre. Comme en politique, l'injure prend rapidement la place de l'argument. Quels sont les enjeux ? L'un d'eux est assez évident : montrer le triomphe d'une pensée purement théorique, seule juge de ses problèmes et de ses solutions, et prétendant néanmoins au nom de science parce que réfutable, bien que tout soit fait pour que cette réfutabilité soit rejetée à l'infini. Que serait la "réfutation" expérimentale d'un artifice de calcul ? Poincaré notait déjà que recourir à des déformations de l'espace et du temps, emprunter à l'un pour ajouter à l'autre, était un procédé un peu trop commode.

Dans Valeur inductive de la Relativité (1929, p. 189), Bachelard veut fonder cette théorie sur "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". Cette prétendue évidence recouvre une grave confusion, sur laquelle H. Bouasse, L. Brillouin, E. Wigner ont insisté. S'agit-il de l'équivalence de plusieurs systèmes de référence ? Alors la formule est exacte, mais le changement de système de référence est un acte purement mental : on ne touche rien, on ne manipule rien, et ce changement n'a évidemment aucune conséquence réelle. S'agit-il au contraire de déplacer un dispositif expérimental, objet matériel et lourd parmi d'autres ? Alors l'invariance ne peut plus être postulée a priori. Supposons la désincarnation de Pawlowski, alors les deux conditions se confondent : un déplacement idéal est en même temps un déplacement réel et l'on croit pouvoir écarter a priori et sans autre argument l'hypothèse de Bouasse d'une constance de la vitesse de la lumière par rapport à la Terre (champ de gravitation intense) et dans son voisinage. Le principe de Bachelard s'appliquerait par ailleurs aussi

bien à la remarque anti-relativiste de Brillouin (Relativity reexamined, 1971) : l'effet Döppler départ-arrivée (resserrement et desserrement des ondes) suffit à expliquer le résultat de l'expérience de Michelson.

Le principe relativiste de la double mesure est inquiétant. En fait je n'en fait qu'une, dans mon système. Celle que j'attribue au système S' vu depuis S est simplement pensée, idéale. Comment éviter de conclure que c'est une sorte d'illusion d'optique ? Comment éviter la preuve par auto-référence : "on ne peut en juger qu'en y adhérant" (Rat. appl., p. 133) ? Ou par l'appel à un super-sens : "Un aveugle parlant des couleurs aurait autant de compétence" (ib.) ? Là aussi, le procédé habituel de la pensée abstraite, la désincarnation-réincarnation, multipliant les doubles mesures possibles, permettrait d'altérer presque à volonté les mètres et les horloges, et l'on peut même utiliser cette liberté pour décrire des phénomènes réels. Je suis cependant enclin à penser, et je ne suis pas le seul, qu'on parviendra à éviter dans la description des faits le recours à la transmutation du temps en espace ou inversion.

L'exemple suivant illustre la notion d'artifice de calcul. Si un rayon se déplace dans la direction Ox à la vitesse c, il aura parcouru la distance $x = ct$. Dans un plan espace-temps, seule la diagonale $x = ct$ correspond au phénomène ainsi défini. Passer à $X^2 = c^2t^2$ introduit une ambiguïté. Si l'on se permet d'exploiter cette ambiguïté, on introduit le vecteur $(-x, ct)$, avec toujours $x = ct$ dans le modèle, inversion de l'espace sans inversion de vitesse, c'est-à-dire que le point x ne correspond plus à rien de défini. En combinant les vecteurs (x, ct) et $(-x, ct)$, qui sont les deux vecteurs propres de la transformation de Lorentz, on peut obtenir tous les vecteurs du plan, par exemple (x', ct) avec $x' = vt$. C'est en appliquant la transformation de Lorentz à ce dernier vecteur qu'Einstein (1906) aboutit au décalage cumulé que résume l'apologue du "voyageur de Langevin". L'exploitation de l'ambiguïté a joué un rôle décisif dans la valeur inductive de ce raisonnement.

C'est de la même manière que Bachelard utilise l'ambiguïté du signe + ou - pour conclure à une induction, à une "dialectique" libératrice. Je pense que c'est tout à fait incorrect, c'est précisément calculer sans penser. Il y avait chez Galois une théorie de l'ambiguïté mais cette dernière était soigneusement circonscrite et les moyens étaient indiqués pour sortir de l'ambiguïté (voir le livre de Verriest sur Galois). Ce procédé d'induction pourrait en outre conduire à la notion absurde d'existence négative. On aimerait que Bachelard précise dans La Philosophie du non ce qu'il entend par masse négative, énergie négative (p. 37), probabilité négative (p. 92).

Keynes est un de ceux qui ont refusé les dérives philosophiques fondées sur la Relativité restreinte. Son bref essai sur l'homme Einstein dans Essays on biography est tout entier sur le mode humoristique et il est difficile d'en tirer une interprétation précise. Il s'en dégage toutefois un contraste entre l'histoire réelle où les hommes doivent se décider et la spéculation sur l'invariance dans l'espace-temps. La comparaison avec Charlie Chaplin suggère une certaine bonté du mouvement spontané et aussi un talent acrobatique déployé dans le raisonnement quoi qu'il arrive.

La philosophie des Mathématiques et les antinomies.

Les péchés commis dans une théorie sont souvent à l'origine commis sur le terrain des mathématiques. Bachelard, R. Martin l'a souligné, s'est peu occupé de cette question. S'il ne fait pas état du théorème de Goedel (1931), je pense qu'il a eu raison en cela. Mais ce n'est pas le fond du problème : le bruit fait par certains autour du théorème de Goedel dissimule mal l'existence d'un autre problème autrement grave, celui de l'existence de discours antinomiques et des moyens d'y remédier. J'en ai examiné les divers aspects dans de nombreux textes politiques et économiques (P. Chanier, Ce que la logique peut apporter aux sciences économiques, Economies et sociétés, série M, 1982, et Si Robespierre avait lu Tarski, in "Philosophies de la Révolution française", Vrin 1984). Les discours fondés sur l'auto-référence, dénoncée par Russell, occupent ceux qui veulent parler et n'ont ni le courage de savoir ce qu'ils pensent ni de savoir ce qu'ils aiment. Dans le discours scientifique, le danger n'est pas non plus absent. La tradition universitaire française n'a pas réalisé la gravité du diagnostic russellien.

Bachelard considère le problème du fondement des mathématiques comme relevant d'une "problématique autonome (Rat. appl., p. 119), sorte de rite formel qui ne retentit pas sur la conception de l'édifice. Pour comprendre ce jugement, il faut rappeler la question de la "non-contradiction de l'arithmétique" telle qu'elle a été posée par Goedel. A vrai dire, l'idée d'une contradiction qui pourrait se révéler un jour dans l'arithmétique est une idée tout à fait étrange, une "crainte superstitieuse", comme dit Wittgenstein (Remarks on the foundations of Mathematics, 1943, p. 53). En fait, ordinairement, suivant l'exemple de Kleene (1943), on substitue au "théorème" de Goedel un théorème "généralisé" qui est en réalité issu des résultats de Church (1936) et de Turing (1936) (voir Kleene, Logique mathématique, Colin 1971, p. 258). Il ne s'agit plus de contradiction mais d'incomplétude, ce qui est entièrement différent et ne comporte aucun paradoxe. A propos de E. Nagel et J.R. Newman, Goedel's proof (N. York U.P. 1958), Kleene note, p. 260 ; "Les auteurs donnent l'impression trompeuse que le théorème généralisé est impliqué par le raisonnement de Goedel en 1931 et pourrait s'obtenir sans la thèse de Church-Turing".

Le procédé de Goedel, trop complaisamment accueilli par Cavallès, est un amusement numérolgique. Son travail, assez lourd, consiste à coder en nombres les signes symboliques. Puis il choisit une expression antinomique également codable. Il aurait pu prendre, comme le remarque Kleene, la proposition " p " = p est faux, et en conclure directement que l'arithmétique était contradictoire. Il a préféré coder : " p " = p est indémontrable. Mais c'est tout aussi trivialement antinomique et ne prouve absolument rien pour l'arithmétique. De plus, on ignore ce qu'énonce p et quel procédé de démonstration on emploierait. Croire que ce résultat signifie quelque chose en lui-même, c'est admettre une numérologie cabbalistique où le sens serait immanent aux nombres. Wittgenstein a souligné avec une parfaite clarté le non-sens de ce procédé (ib., p. 176 sq.). Russel aussi s'est récrié. Goedel viole ouvertement la hiérarchie des types logiques.

Le "théorème" de Goedel n'est absent qu'en apparence chez Bachelard, son rôle est de faire croire que l'interrogation sur la manière de concevoir les mathématiques relève seulement d'un doute hyperbolique qui ne peut être pris au sérieux. Au contraire, l'incomplétude, établie sur la base de la construction par degrés selon la méthode Herbrand-Skolem, fait nettement apparaître que les mathématiques n'existent pas en soi, que l'on ne peut

sans antinomie présenter comme déjà faites les constructions de nouveaux objets à partir de ceux qui sont déjà définis, qu'on ne peut plus éluder, comme le faisait Cavallès, la reductio ad absurdum de Spinoza par Cantor qui est pourtant très explicite (voir en particulier G. Cantor, Abhandlungen, 1966, p. 375). Il est incorrect de laisser croire que les Mathématiques réalisent le passage de l'essence à l'existence au sens métaphysique du mot, ce que fait constamment Bachelard. Il n'y a pas, dans le domaine des idéalités, de dialectique inductive génératrice de vérité objective.

La tâche des mathématiques critiques est une oeuvre de longue haleine, depuis Galois ou Abel. Il n'y a eu "crise" que pour ceux qui conservaient contre vents et marées une conception retardataire des mathématiques existant en soi et permettant de construire a priori le réel ; cette dernière par contre est bien en crise.

Bachelard (Val. ind. de la Relativité, p. 251) 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 résoudreait en ses éléments, elle se place à l'origine de l'action qui engendre cet espace". Brunschvicg applique ceci à la Relativité (tout en niant, comme entaché de réalisme, le "voyageur de Langevin" !) 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'idéalité et de la réalité, le travestissement de l'idéalisme en "matérialisme rationnel" ? Brunschvicg, Étapes, p. 421 à 423, se débarrasse de l'auto-référence en disant que l'essentiel est ce que l'on bâtit sur un principe. Mais que bâtir sur une assertion qui se vide de tout sens ? Le même Brunschvicg ne s'aperçoit pas que son Spinoza et ses contemporains est vicié d'un bout à l'autre par l'auto-référence. Il a fallu la rigueur de J. Vuillemin pour faire apparaître dans le Spinozisme "la maladie la plus grave de l'intelligence" (Première philosophie de Russel, p. 222).

L'un des produits de l'auto-référence est le paradoxe de la mesure ; il consiste à construire des concepts supposant la mesure et à déclarer ensuite que cette mesure n'est pas effectuable ou n'est qu'une apparence. Inutile d'insister sur la présence de ce paradoxe chez Spinoza, Marx, Althusser. "La contraction de Lorentz rompt avec le principe de la mesure", écrit Bachelard (Conn. appr., p. 48).

Dans l'oeuvre de Georgescu-Roegen, on trouve au contraire une étude précise des diverses relations possibles, de l'ordre partiel à l'ordre indexable et à la mesure, chaque fois rattachées à des opérations concrètement réalisables. Il montre remarquablement que l'abstraction mathématique ne peut engendrer le continu perceptif pas plus qu'aucune mesure, qui suppose toujours une invariance constatable. Il montre que si des concepts "arithmomorphiques" ne correspondent à rien de mesurable, il faut tout simplement y renoncer, sous peine d'aboutir à un simple dévidage de formules. Mais ceci est une tout autre étude.

Epistémologie et pédagogie.

Quelle satisfaction pour la pensée théorique ! Tout aboutit à enseigner et à apprendre. Les activités finalisées disparaissent. Un architecte, un

urbaniste qui n'est que "la limite de ses illusions perdues" n'a guère de perspective pour aménager et embellir la vie quotidienne.

Que reste-t-il pédagogiquement du nouvel esprit scientifique chez les étudiants qui ne sont pas tellement décidés à faire l'effort nécessaire ? Il ne doit plus y avoir de "pont aux ânes" depuis qu'on démontre le théorème de Pythagore par la similitude (Rat. appl., ch. 5). (En fait, cette démonstration "nouvelle" était déjà textuellement dans Euclide VI 31 où est souligné son caractère "principliel" par rapport à la démonstration de I 47). Ne triomphons pas trop vite. Que donne la notion de "coupure épistémologique" exportée à d'autres domaines ? Quels sont les "obstacles épistémologiques" ? Je note que Lucien Sfez emploie ce terme, dans Critique de la décision (1973), en un sens complètement inversé : l'obstacle est dans les "discours dits théorisés et inopérants". Il est aussi très sensible à la dégradation et au cynisme qu'entraîne la suppression du sujet.

Un économiste peut faire un bout de chemin avec Bachelard, celui précisément qu'a emprunté M. Foucault à propos des mercantilistes, ou M. Serres, faire l'histoire de l'alchimie de la valeur-substance, de l'or comme point fixe ou équivalent universel. Mais à ce point tout s'arrête : est-ce science ou superstition ? Le lecteur ignorera toujours qu'il existe une analyse moderne du circuit monétaire. Bien plus, la tentation est forte de mettre la coupure épistémologique à rebours, et de dire : Lavoisier, c'est nous, les partisans de la valeur-substance. En fait, au contraire, c'est cette théorie qui est et a toujours été le répondeur économique du philogistique, théorie exploitée par le changeur Ricardo dans des buts intéressés, et où la réalité de la production finalisée est scandaleusement méconnue. Mais tant que l'on conçoit l'économique comme une pseudo-physique, des erreurs de ce genre sont presque inévitables. Il faut prendre garde à la massification de l'opinion, y compris scientifique.

Reste le rêve ? Mais il n'est pas toujours innocent. La Poétique de la rêverie de Bachelard prépare les esprits à la métaphysique de la 4^{ème} dimension :

*"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".*

LE DROIT DE REVER OU LE DEVOIR DE NE PAS DISSIPER BACHELARD

Jean-Philippe RAVOUX
Professeur de Philosophie

*"Retourne aux sources transparentes
du jardin des mythes."*

Sohrabe Sepehrî

Quand un auteur publie son oeuvre, ce n'est jamais une oeuvre terminée, il n'en finit jamais de dire une pensée qui s'enrichit dans la méditation, qui s'explicité dans les pensées reprises, qui s'élargit dans des images et des métaphores chaque fois amplifiées par des analyses plus à même de traduire l'être saisi dans l'intuition primitive. Pour suivre une pensée dans sa genèse et son déploiement, auxquels seule la mort met un terme, il faudrait que nous puissions nous faire silence. Mais voilà, à chaque instant de lecture, nous interposons, dans la pensée de l'autre, nos propres pensées, nos critiques, nos rêveries et nos désirs. Nous provoquons ainsi des dérives, nous quittons le continent parcouru par une lecture irrespectueuse ou inattentive pour nous installer sur le continent de notre pensée, provoquant ainsi des déviations, des mutations souvent monstrueuses, tout en restant persuadés d'une parfaite compréhension et d'une absolue fidélité.

Ces dérives pervertissantes sont dans l'ordre des choses, sans doute, comme toute pensée est destinée à se diluer dans l'opinion et l'idéologie. Mais quand on veut parler d'un auteur, quand on veut comprendre sa pensée, il faut se les interdire. Cet effort de fidélité est parfois rendu difficile par l'auteur lui-même, peut-être même impossible avec Bachelard. Le monde est au refus, voire au rejet de Descartes et en même temps à l'apologie de la psychanalyse freudienne. Comment, dès lors, échapper aux dérives lorsque Bachelard nous dit que le nouvel esprit scientifique annonce la fin de l'épistémologie cartésienne et qu'il parle de psychanalyse ?

Il y a là deux véritables obstacles épistémologiques que nous voulons révoquer en doute en nous efforçant d'éviter le sophisme de la compétence ou de nous réclamer d'un quelconque bachelardisme. Nous allons étudier quelques textes, nous resterons le sujet du verbe étudier, n'osant pas penser, même s'il est vrai que les philosophes pensent avant d'étudier. Nous n'évoquerons que les avant-propos, les préfaces ou les prologues des oeuvres de la confluence, celles écrites de 1938 à 1940, le tryptique-manifeste constitué par La formation de l'esprit scientifique, La psychanalyse du feu et La philosophie du non, en même temps que les aveux qui ouvrent l'oeuvre et ceux qui la concluent dans l'espace éclairé par la flamme d'une chandelle, pensées du clair-obscur qui nous révèlent l'intention de l'auteur, qui nous permettent de saisir le tempo et la clé de l'oeuvre, qui nous disent la tâche confiée aux disciples et par lesquelles nous espérons inviter au dialogue.

-*-*-*-*

Pour ceux qui parlent de ou à partir de l'oeuvre, il y a deux Bachelard et cette affirmation toute subjective leur suffit pour légitimer la dissociation qu'ils opèrent. Il y a l'épistémologie qui a su penser non seulement la

science de son temps, mais mieux encore le futur et l'avenir de cette science, de sorte que cinquante ans après les premiers mots il n'est pas une ligne qu'il faille changer. Il y a le poète, le rêveur des poétiques, le phénoménologue qui invite à vivre les images littéraires, celui qui s'est efforcé de sonder non pas l'inconscient du sujet, mais le mystère du sujet créateur et de révéler les arcanes de la connaissance objective élaborée par une conscience qui crée le monde au risque de ne plus savoir l'habiter.

La thèse que nous voulons soutenir est qu'il y a UN et UN SEUL Bachelard. Philosophe des commencements que l'on pourrait, comme Janus, assimiler au chaos primordial, dont le double visage rappellerait le caractère indistinct. Philosophe de la lumière, du feu, que l'on pourrait placer à la tête de toutes les initiatives et de toutes les entreprises. Philosophe des entrées et des départs, philosophe des portes, dont les deux visages permettent de méditer à la fois sur l'intérieur et sur l'extérieur, de réfléchir sur toutes les voies, celles de l'errance heuristique et celles de la communication. L'épistémologue et le poète sont les deux faces du philosophe : l'un cherche à comprendre la création conceptuelle, l'autre veut expliquer la pensée créatrice. Bachelard est UN par sa démarche qui est au plus haut point l'accomplissement d'un projet philosophique et l'on ne peut pas, sans le mutiler et le trahir, privilégier l'un des versants de son oeuvre, même si on se donne de bonnes raisons de le faire.

- * - * - * -

Elucider le sens et la valeur de la connaissance objective saisie dans son évolution : tel est le projet philosophique de Bachelard. D'un côté l'intention de la science, de l'autre l'énigme d'un inachèvement : telle est la raison d'une dualité qui paraît irréductible.

I - L'intention de l'esprit scientifique se trouve définie dans les premières pages de La formation de l'esprit scientifique :

- "rendre géométrique la représentation"
- "dessiner les phénomènes et ordonner en série les événements décisifs d'une expérience"
- "en arriver à la quantité figurée, à mi-chemin entre le concret et l'abstrait, dans une zone intermédiaire où l'esprit prétend concilier les mathématiques et l'expérience, les lois et les faits" (1).

Cette tâche de géométrisation qui intéresse l'épistémologue et qui "sembla souvent réalisée soit après le succès du cartésianisme, soit après le succès de la mécanique newtonienne, soit encore après l'optique de Fresnel", et l'on pourrait ajouter soit enfin après le succès de la théorie de la relativité et de la physique quantique, cette tâche "en vient toujours à révéler des insuffisances". Tôt ou tard on est forcé de constater que cette première représentation géométrique, fondée sur un réalisme naïf des propriétés spatiales, implique :

- "des convenances plus cachées"
- "des lois topologiques moins nettement solidaires des relations métriques immédiatement apparentes"
- "des liens essentiels plus profonds que les liens de la représentation géométrique familière". (1).

Il faut alors travailler "pour ainsi dire sous l'espace, au niveau des relations essentielles qui soutiennent et l'espace et les phénomènes", ce qui entraîne la pensée scientifique "vers des constructions plus métaphoriques que réelles, vers des espaces de configuration dont l'espace sensible

n'est, après tout, qu'un pauvre exemple" (1). De ce fait, on est en droit de poser l'abstraction comme démarche normale et féconde de l'esprit scientifique.

Ainsi s'opère une inversion spirituelle où la curiosité fait place à l'espérance de créer et par laquelle Bachelard rejoint le paradoxe cartésien de la connaissance : il faut perdre le monde pour pouvoir le connaître. C'est dans cette réforme de l'entendement que se rencontre l'énigme de l'inachèvement.

2 - L'énigme de l'inachèvement est implicitement résolue dans le temps où se trouve énoncée la raison polymorphe qui la suscite :

- "Quand on cherche les conditions psychologiques des progrès de la science, on arrive bientôt à cette conviction que c'est en termes d'obstacles qu'il faut poser le problème de la connaissance scientifique" (1).

Il ne s'agit pas, là, des obstacles externes tels que la complexité et la fugacité des phénomènes, ni même des obstacles internes tels que la faiblesse des sens et de l'esprit humain, mais des obstacles énigmatiques inhérents à l'acte de connaître, ceux que Bachelard appelle les obstacles épistémologiques :

- "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"
- "on trouve la vérité en un véritable repentir intellectuel, en revenant sur un passé d'erreurs" (1).

Il s'ensuit donc que la connaissance objective ne peut être élaborée que :

- "contre une connaissance antérieure"
- "en détruisant des connaissances mal faites"
- "en surmontant ce qui, dans l'esprit même, fait obstacle à la spiritualisation"
- "en détruisant l'opinion qui traduit des besoins en connaissances" (1).

La philosophie de Bachelard, dans son versant épistémologique, affirme que l'esprit scientifique doit se former "CONTRE la Nature, contre ce qui est en nous et hors de nous, l'impulsion et l'instruction de la Nature, contre l'entraînement naturel, contre le fait coloré et divers", qu'il ne peut se former qu'en se réformant et qu'il ne peut s'instruire devant la Nature "qu'en purifiant les substances naturelles et qu'en ordonnant les phénomènes brouillés" (1).

Dans sa démarche, Bachelard rejoint celles de Platon, de Descartes, de Spinoza ou de Husserl, mais ce ne sont pas l'ironie, le doute, la réforme de l'entendement ou "l'époché" qui vont délivrer l'esprit et le projeter vers une recherche en quête de vérité, ce sont l'imagination, la rêverie, la poésie qui vont permettre de sortir par effraction des pensées qui se donnent comme croyances, certitudes ou systèmes. Ce n'est pas le sujet qui retient l'attention, mais la connaissance objective, ou plus exactement l'entre-deux dont parlent les phénoménologues, cet espace où le monde se met à exister en même temps que la conscience se constitue et s'informe, ce lieu où il nous faut chercher la raison profonde de l'inachèvement de la connaissance objective.

Toute l'oeuvre de Bachelard témoigne d'un double effort de compréhension. Comprendre la connaissance objective, ce qui le conduit à l'épistémologie. Comprendre les images génératrices et fondatrices qui sont ensuite canalisées par la raison, ce qui le conduit aux essais sur l'imagination de... et aux poétiques. Deux efforts solidaires, complémentaires, indissociables, par lesquels il s'agit seulement d'habiter le monde. Double effort qui se déploie en quatre étapes :

- 1928 à 1932 : la connaissance objective, la thèse de la connaissance approchée
- 1932 à 1938 : le temps, avec l'intuition de l'instant et la dialectique de la durée, c'est-à-dire la conscience, qui marque le passage à l'esprit scientifique
- 1938 à 1940 : la formation de l'esprit scientifique, celui qui dans une sorte d'exil intérieur risque de perdre la réalité de vue, qui doit avoir recours à l'esprit poétique pour ne pas oublier l'homme-au-monde
- 1940 à 1961 : la maturité, avec, d'un côté, la réflexion sur le rationalisme et le matérialisme, et de l'autre, les essais sur l'imagination de... et les poétiques

Le tout se concluant en 1961 avec La flamme d'une chandelle où se trouve définie l'attitude philosophique.

On peut remarquer que les articles suivent le même mouvement, mais sur des points particuliers, dans le mode schopenhauerien des suppléments.

-*-*-*-

Dès le début de son oeuvre, Bachelard sait :

"qu'en n'importe quel temps on a des difficultés à s'installer dans une position purement rationaliste", que "quand on combat des erreurs et surtout quand on les combat directement et vigoureusement, on ne rompt pas complètement avec leur principe" (2).

C'est cette certitude, ou peut-être seulement cette intuition, qui le conduit à faire cet aveu par lequel s'inaugure son oeuvre :

"cet essai qui prétend suivre la connaissance dans sa tâche de précision, de clairvoyance, a eu à écarter à tout moment la tentation de déterminer les conditions primitives de la pensée cohérente. Mais ce dernier problème est manifestement étranger à la question plus restreinte que nous voulions traiter" (3).

Ce sont donc les exigences universitaires de la thèse, le carcan des impératifs formalistes qui garantissent l'honorabilité et la validité de ce genre de production intellectuelle, qui retardèrent la bi-polarisation de l'oeuvre, mais l'idée de ce qu'il présentait comme la seule solution possible au problème qui l'engageait dans la voie de l'interrogation philosophique est là dès le début, explicitée dans le très beau Fragment d'un journal de l'homme :

"Ah ! si le philosophe avait le droit de méditer de tout son être, avec ses muscles et son désir, comme il se débarrasserait de ces méditations feintes où la logique stérilise la méditation !" (4).

Par la solitude de la pensée rêveuse, par l'anabase poétique, le philosophe est rendu au destin de la méditation première qui est en même temps réceptivité totale et productivité cosmologisante, méditation qui a toute l'efficacité de l'étonnement. Dans la solitude investie par les images de la rêverie irradiant vers l'être du monde, le philosophe reconnaît :

"que tous les aspects sensibles sont des prétextes à des cosmologies séparées. Mais il va trop vite aux grandes synthèses et, dans sa croyance verbale à l'unité du monde, il croit n'avoir qu'un monde à projeter. La protéiforme théatralité de la rêverie cosmologique échappe alors au philosophe d'école".

"Mais le monde est intense avant d'être complexe. Il est intense en nous. Et l'on sentirait mieux cette intensité, ce besoin intime de projeter un univers, si l'on obéissait aux images dynamiques, aux images qui dynamisent notre être. Ainsi, nous croyons qu'avant les grandes métaphysiques synthétiques, symphoniques, devraient apparaître des études élémentaires où l'émerveillement du moi et les merveilles du monde seraient surpris dans leur plus étroite corrélation. Alors la philosophie serait bien heureusement rendue à ses dessins d'enfant" (4).

Intuition, ou certitude, partagée par tous les grands physiciens et que Max Planck, par exemple, formulait en 1938, dix ans après Bachelard :

"La science signifie un effort constant et un développement en progrès continuels vers un but que l'intuition poétique peut appréhender mais que l'intellect ne peut jamais complètement saisir" (5).

et qu'avait formulée Descartes trois siècles avant Bachelard :

"On pourrait s'étonner que les pensées profondes se trouvent dans les écrits des poètes plutôt que des philosophes. La raison en est que les poètes écrivent par les moyens de l'enthousiasme et de la force de l'imagination : il y a en nous des semences de science, comme dans le silex, que les philosophes tirent au jour par les moyens de la raison et que les poètes, par les moyens de l'imagination, font jaillir et mieux briller" (6).

Bachelard s'est souvenu que l'oeuvre de Descartes est sortie toute entière de trois songes, que toute pensée surgit de l'imaginaire, "vocal fondamental qui correspond à l'imagination", et s'inaugure dans l'irrationnel. Il a placé cette évidence au seuil de sa philosophie, lorsqu'ayant étudié la physique contemporaine, il a voulu élucider les modalités de la connaissance objective, selon une méthode héritée de Descartes, cet autre philosophe de la solitude qui a connu à sa table d'existence une existence maxima, éclairé par la flamme d'une chandelle, qui a cru qu'avec du Rien, avec des rêveries, on peut faire des livres, qui a vu clair en lui-même et qui cependant a rêvé et n'a pas risqué toute sa lumière, n'a pas été le jouet, la victime de

"cette rêvasserie qui tombe à la nuit, qui nous livre pieds et poings liés à ces spoliateurs du psychisme, à ces brigands qui hantent les forêts du sommeil que sont les cauchemars dramatiques," (7)

philosophe du clair-obscur, du clair-obscur que Bachelard a voulu inscrire dans le psychisme, juste à la frontière d'un psychisme brun foncé et d'un psychisme d'un brun plus clair, là où la pensée jaillit avant de se laisser enfermer, et peut-être amoindrir, dans les formes de l'énonciation où elle espère trouver sa fécondité.

Avant de suggérer pourquoi il nous semble que Bachelard est cartésien dans son esprit comme dans sa méthode, nous voulons rappeler une anecdote.

De 1930 à 1940 il est à Dijon. Lui qui écrira en 1938 que "donner et surtout garder un intérêt vital à la recherche est le premier devoir de l'éducateur, à quelque stade de formation que ce soit", il pratique cette recherche. Il fréquente la bibliothèque municipale où parmi d'assez nombreux livres scientifiques touchant le XVII^e et XVIII^e siècle, il découvre un ouvrage qui lui semble "mériter une mention spéciale". C'est un petit in quarto relié, de 242 pages, de typographie serrée, qui ne comporte aucune indication de privilège ni d'approbation, sans nom d'éditeur, dont l'édition est indiquée comme ayant eu lieu à Paris en 1667, avec pour nom d'auteur R. Descartes. Au catalogue, la fiche ancienne a été corrigée par une surcharge plus récente par laquelle l'ouvrage est inscrit sous le nom de R. Descartes (8).

Que Bachelard se soit efforcé de réunir des documents sur l'existence de R. Descartes, qu'il ait pris la peine d'analyser ce livre pour s'assurer qu'il pouvait, ou non, être attribué à Descartes et en donner des preuves, montre assez qu'il a éprouvé l'émotion qu'aurait ressenti n'importe quel philosophe pour qui Descartes compte. Et Descartes compte pour Bachelard puisqu'il en conserve la méthode et l'esprit.

Pour nous en convaincre il suffit de lire l'oeuvre dans son versant épistémologique, mais plus particulièrement le Nouvel esprit scientifique, La formation de l'esprit scientifique et La philosophie du non, et une démonstration nous est donnée dans l'avant-propos de La psychanalyse du feu, en sept points.

1. Il y a un réel, un monde, dans lequel il y a des objets définis par nous, et lorsque nous en parlons nous croyons être objectifs, alors que l'objet ne désigne pas le monde, mais nous.

2. Le premier choix ne parle pas du monde, mais de nous. Ce que nous prenons pour des pensées fondamentales révèle la jeunesse de notre esprit, nos croyances et nos préjugés, c'est-à-dire un esprit qui n'est pas encore habité par des pensées qui ne recommencent pas, celles de la science, les pensées qui recommencent étant celles qui sont faites avec ou à partir des mythes et des rêveries.

3. Il peut arriver que nous nous laissions prendre par l'émerveillement devant un objet élu, moment de l'étonnement philosophique où le problème est posé, offrant un avenir à la pensée, alors

"nous accumulons les hypothèses ET les rêveries"

qui sont le fondement à partir duquel nous formons des convictions qui ont l'apparence d'un savoir.

4. Mais la source initiale est impure,

"l'évidence première n'est pas une vérité fondamentale".

Comment ne pas songer à l'ironie platonicienne ou au doute cartésien puisque nous retrouvons l'essence de ce retour de la pensée sur elle-même dans,

5. les conditions de l'objectivité scientifique, seule forme de pensée qui importe, seul discours qui dise le monde et qui permette de l'habiter puisque par lui l'homme construit sa demeure :

"rompre avec l'objet immédiat"

et pour cela :

"refuser la séduction du premier choix"
 "arrêter et contredire les pensées nées de la première observation"
 en sachant que :
 "toute objectivité, dûment vérifiée, dément le premier contact avec l'objet".

La pensée objective, celle qui veut dire le monde, doit donc :

- "tout critiquer, la sensation, le sens commun, la pratique, l'étymologie, car le verbe, qui est fait pour chanter et séduire, rencontre rarement la pensée"
- "éviter l'émerveillement pour ironiser"

ironie autocritique où Bachelard nous avoue qu'il était passé maître.

Il y a là une analogie, peut-être même une identité troublante, si l'on compare ce texte avec les Méditations métaphysiques qui sont une application stricte des règles posées par Descartes dans le Discours de la méthode. Mais le disciple ne répète pas le maître parce que Bachelard savait que Descartes n'avait pas enseigné "la méthode que chacun doit suivre pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences", qu'il devait forger sa propre méthode, exprimée dans les deux points suivants.

6. S'il s'agit d'examiner des hommes :

"la sympathie est le fond de la méthode".

Est-ce pour Bachelard reconnaître l'impossibilité de constituer des sciences de l'homme, où les problèmes renvoient à la métaphysique et à l'axiologie ? C'est sans doute la raison pour laquelle il n'y a dans son oeuvre, à proprement parler, ni métaphysique, ni morale (9) et qu'il la centre sur la connaissance objective, affirmant que :

"devant le monde inerte qui ne vit pas de notre vie, qui ne souffre d'aucune de nos peines et que n'exalte aucune de nos joies, nous devons arrêter toutes les expansions, nous devons brimer notre personne".

Mais il y a là un risque d'exil intérieur, d'un enfermement dans le dogmatisme des systèmes qui nous fait oublier la réalité vivante du monde. Alors voici la clé de l'oeuvre :

7. les axes de la poésie et de la science étant d'abord inverses, ce que peut espérer la philosophie, c'est de rendre la poésie et la science complémentaires, les unir comme deux contraires bien faits.

C'est en ce point précis que Bachelard radicalise la méthode cartésienne qui s'épanouit dans la méthode expérimentale, pour fonder le surrationalisme où s'exprime son originalité. Il le fait, non pas en ironisant, en doutant ou en réformant son entendement, mais en assignant à l'imagination le rôle que Descartes lui avait refusé par crainte de la voir aliéner par le pouvoir du désir.

Il reconnaît en l'imagination la faculté de déformer les images fournies par la perception, de nous libérer des images premières, de changer les images :

"si une image présente ne fait pas penser à une image absente, si une image occasionnelle ne détermine pas une prodigalité d'images aberrantes, une explosion d'images, il n'y a pas imagination, il y a perception, souvenir d'une perception, mémoire familière, habitude des couleurs et des formes" (10),

c'est-à-dire que la pensée reste enfermée dans des convictions qui ne sont pas les siennes, dans des certitudes qu'elle n'a pas forgées, dans les préjugés qui rendent aveugles et les systèmes qui sclérosent la pensée.

C'est grâce à son auréole imaginaire que l'imagination est essentiellement ouverte, évasive, qu'elle forme dans le psychisme humain l'expérience même de l'ouverture, de la nouveauté et rend à la pensée sa vertu d'être conquérante. C'est lorsqu'elle quitte son principe imaginaire et qu'elle se fixe dans une forme définitive qu'elle prend peu à peu les caractères de la perception présente et qu'au lieu de nous faire rêver et parler, elle nous fait agir.

-*-*-*-*

La nature de l'homme est double, elle comprend une fonction du réel et une fonction de l'irréel, fonction positive dans la fabrication du sens et l'élaboration des images. C'est par les images que l'on construit le sens parce qu'elles ne sont pas comme les métaphores de simples déplacements de pensée, elles permettent de quitter le monde réel pour le monde imaginé, elles offrent la possibilité de tenir une vérité de l'être, un avenir de l'être humain, elles sont une concentration d'être, cette parole par laquelle l'homme rêveur actualise sa conscience primitive. Cette alchimie libératrice, qui affranchit l'esprit des pensées faites et des séductions premières, est le fondement du surrationalisme et c'est pour en faire la science que Bachelard constitue sa psychanalyse TRES SPECIALE.

Dans un petit article, publié en 1936 (11) et que nous considérons comme l'énoncé de l'intuition fondatrice de la pensée bachelardienne, Bachelard dénonce la confusion que nous faisons entre l'action décisive de la raison et le recours monotone aux certitudes de la mémoire, répétitions qui donnent une impression de cohérence objective et rationnelle. Comme Descartes il dénonce le rationalisme élémentaire "gai comme une porte de prison, accueillant comme une tradition". La révolution spirituelle qu'il propose après et avec Descartes, c'est de "tourner le rationalisme du passé de l'esprit à l'avenir de l'esprit, du souvenir à la tentative, du logique au surlogique", pour rendre à la raison humaine sa fonction de turbulence et d'agressivité, pour multiplier les occasions de penser.

Il s'agit de promouvoir la raison polémique au rang de raison constituante, de reprendre les formes bien épurées et économiquement agencées par les logiciens pour "les remplir psychologiquement", pour "les remettre en mouvement et en vie". Il s'agit de réformer l'expérience première, de quitter les expériences acquises, d'aller contre les idées régnantes, de découvrir des idées. "Il faut aller du côté où l'on pense le plus, où l'on expérimente le plus artificiellement, où la raison aime à être en danger". Il faut admettre que dans le règne de la pensée, l'imprudence est une méthode. Le réel ne doit plus être chargé de nous donner tort parce que le réel délié fait écho à notre liberté d'esprit. Il faut une raison en évolution, une cohérence dynamique. Il faut refuser le réel immédiat et corrélativement le goût de la certitude et du système. Il ne faut plus juger de toutes choses par les antécédents, origine, raison ou cause ; se débarasser de l'idéal d'identification pour que le mouvement s'empare des dialectiques rationnelles. C'est ainsi qu'au rationalisme fermé fera place un rationalisme ouvert, le surrationalisme qui ne comptera plus sur la mémoire pour réciter des tautologies parce que la raison prouvera en s'éprouvant.

-*-*-*-*

C'est ce surrationalisme très cartésien que Bachelard applique pour résoudre le problème à partir duquel s'organise sa méditation philosophique, c'est en son nom qu'il refuse l'essentiel de la théorie de Freud qui, dit-on, avec Pavlov et Einstein, a tué Descartes (12), c'est la science de l'élaboration des images qu'il veut constituer lorsqu'il décide de ne plus résister à la tentation de déterminer les conditions primitives de la pensée cohérente tout en déplorant que :

"la psychologie contemporaine préfère suivre Freud dans son exploration archérontique",
parce que cela entraîne une négligence grave à l'égard d'un aspect essentiel :
"l'étude du problème de la valorisation des images",
problème que nous savons être capital en philosophie depuis la réflexion sur les métaphores conduite par Aristote, le Nietzsche de l'Introduction théorétique (13) ou Heidegger.

De cette science il nous donne les fondements théoriques (14), mais il sait que la méthode ne doit pas être établie a priori, qu'elle doit se concevoir dans le temps de la pensée. C'est la raison pour laquelle, en étroite corrélation avec la pensée épistémologique, il se propose d'étudier un problème :

"où l'attitude objective n'a jamais pu se réaliser"
parce que la séduction première
"est si définitive qu'elle déforme encore les esprits les plus droits et qu'elle les ramène toujours au BERCAIL poétique où les rêveries remplacent la pensée, où les poèmes cachent les théories".
Le problème psychologique posé par nos convictions sur le feu.

Ce problème paraît à Bachelard :
"si directement psychologique",
en écho à la
"contribution à une psychanalyse de la connaissance objective",
qu'une psychanalyse devient nécessaire et urgente, parce que les convictions non discutées, comme celles du feu
"sont autant de lumières parasites qui troublent les légitimes clartés que l'esprit doit amasser dans un effort discursif".

Il y a problème parce que :

"le feu n'est plus objet scientifique. Le feu, objet immédiat saillant, objet qui s'impose à un choix primitif en supplantant bien d'autres phénomènes, n'ouvre plus aucune perspective pour une étude scientifique".

La question "Qu'est-ce que le feu ?" reste posée dans une zone objective impure, où se mêlent les INTUITIONS PERSONNELLES et les EXPERIENCES SCIENTIFIQUES. Les intuitions entraînent à des convictions immédiates dans un problème où il ne faudrait que des expériences et des mesures.

Jusqu'alors, Bachelard avait essayé de décrire
"un axe bien déterminé de l'objectivation scientifique".
Il avait montré comment
"la géométrie et l'algèbre apportèrent peu à peu leurs formes et leurs principes abstraits pour CANALISER L'EXPERIENCE dans une voie scientifique".

Avec La psychanalyse du feu ce n'est plus l'axe de l'objectivation, mais l'axe inverse, celui de la subjectivité qu'il faut explorer
"pour donner un exemple des doubles perspectives qu'on pourrait attacher à tous les problèmes posés par la CONNAISSANCE D'UNE REALITE PARTICULIERE, même bien définie".

Derrière cette exploration, qui n'est pas une exploration des profondeurs, mais une exploration de la pensée confuse et imaginante à partir de laquelle se constitue la pensée claire selon les exigences de la raison, il y a une hypothèse :

"la réelle implication du sujet et de l'objet".

Si l'hypothèse est vérifiée, il faut s'efforcer de distinguer l'homme pensif, le rêveur de rêveries, et le penseur, mais

"sans espérer que cette distinction soit jamais achevée".

Avec sa psychanalyse, appliquée au feu, c'est l'homme pensif que Bachelard veut étudier,

"l'homme pensif à son foyer, dans la solitude, quand le feu est brillant, comme une conscience de la solitude".

Et s'il le fait, c'est pour montrer les dangers,

"pour une connaissance scientifique, des impressions primitives, des adhésions sympathiques, des rêveries nonchalantes".

Il s'agit de parler des erreurs humaines, entreprise qui refuse le plan historique,

"les conditions anciennes de la rêverie n'étant pas éliminées par la formation scientifique contemporaine".

Lorsque le savant quitte son métier, il retourne aux valorisations primitives.

Aussi, Bachelard précise-t-il son intention :

"Nous consacrerons une partie de nos efforts à montrer que la rêverie reprend sans cesse les thèmes primitifs, travaille sans cesse comme une âme primitive, en dépit des succès de la pensée élaborée, contre l'instruction même des expériences scientifiques".

Il s'agit donc de poursuivre ce qui est :

"la trace d'une résistance à l'évolution psychologique : le vieil homme dans le jeune enfant, le jeune enfant dans le vieil homme, l'alchimiste sous l'ingénieur",

quête où Bachelard, encore une fois, rejoint Descartes, homme de premier mouvement, décidé, grand rêveur, grand voyageur aux confins de l'intimité, curieux de tous les spectacles et toujours à la recherche de perceptions, dont Alain disait qu'il

"devait savoir et sentir mieux qu'aucun homme que l'esprit ne commence rien, et que le premier départ de nos vertus, de nos résolutions et même de nos pensées est dans les secousses de la nature, non pas une fois, mais toujours" (15),

Descartes dont la phrase reprend, redresse et achève toujours un mouvement d'enfance.

C'est là, peut-être, que nous pouvons comprendre l'intention qui gouverne le Bachelard de la rêverie, des songes, de l'imagination et des poétiques :

"comme, pour nous, le PASSE EST IGNORANCE, comme la REVERIE EST IMPUISSANCE, voici notre but : guérir l'esprit de ses bonheurs, l'arracher au narcissisme que donne l'évidence première, lui donner d'autres assurances que la possession, d'autres forces de conviction que la chaleur et l'enthousiasme".

A cause de l'analogie évidente dans le processus et parce qu'il a employé le terme "psychanalyse", non est tenté de réduire la psychanalyse de Bachelard à celle de Freud, mais Bachelard lui-même nous dit que c'est une erreur d'aller dans ce sens.

Il nous le dit d'abord dans l'avant-propos de la Philosophie du non : "Nous demanderons aux savants : comment pensez-vous, quels sont vos tâtonnements, vos essais, vos erreurs ? Sous quelle impulsion changez-vous d'avis ? Pourquoi restez-vous si succincts quand vous parlez des conditions psychologiques d'une NOUVELLE recherche ? Donnez-nous surtout vos idées vagues, vos contradictions, vos idées fixes, vos convictions sans preuve. On fait de vous des réalistes. Est-il bien sûr que cette philosophie massive, sans articulations, sans dualité, sans hiérarchie, corresponde à la variété de nos pensées, à la liberté de nos hypothèses ? Dites-nous ce que vous pensez, non pas en SORTANT du laboratoire, mais aux heures où vous quittez la vie commune pour ENTRER dans la vie scientifique. Donnez-nous, non pas votre empirisme du soir, mais votre vigoureux rationalisme du matin, l'a priori de votre rêverie mathématique, la fougue de vos projets, vos intuitions inavouées...".

Il nous le dit ensuite dans l'avant-propos à La psychanalyse du feu, lorsqu'il affirme que :

- "quand nous nous tournons vers nous-mêmes, nous nous détournons de la vérité",
- "quand nous faisons des expériences intimes, nous contredisons fatalement l'expérience objective",
- "en faisant des confidences, nous énumérons des erreurs",

et en conclue que la psychanalyse du feu s'offre comme un exemple de PSYCHANALYSE TRES SPECIALE, utile à la base de toutes les études objectives, illustration des thèses générales soutenues dans La formation de l'esprit scientifique, dont la pédagogie gagne à expliciter ainsi les séductions qui faussent les inductions.

Il nous le dit enfin, et d'une manière explicite, dans l'avant-propos à La flamme d'une chandelle :

"Nos rêveries sont de véritables HABITUDES PSYCHIQUES fortement enracinées. La vie active ne les dérange guère. Il y a intérêt, pour un psychologue, à retrouver tous les chemins de la familiarité la plus ancienne".

"Nos rêveries peuvent donner à une psychologie de l'inconscient tout un appareil d'images pour interroger DOUCEMENT, NATURELLEMENT, SANS PROVOQUER LE SENTIMENT D'ENIGME, l'être rêveur",

le double de notre être, clair-obscur de l'être pensant la pensée claire, la pensée scientifique.

~*~*~*~*

Nous sommes alors en droit d'affirmer que la psychanalyse de Bachelard est absolument différente de celle de Freud, au moins sur trois points essentiels.

1. L'inconscient n'est point une fiction, un concept opératoire, l'élément central "d'une superstructure spéculative" "dont chaque pièce peut être sacrifiée ou échangée sans dommage ni regret, dès l'instant où une insuffisance est avérée (17), c'est

"l'inconscient tranquille, l'inconscient sans cauchemar, l'inconscient en équilibre avec sa rêverie",

un inconscient normal, logé dans l'espace de son bonheur et non l'inconscient freudien dont l'essence est tragique, un inconscient qui est très exactement

"le clair-obscur du psychisme, le psychisme du clair-obscur",

vérité psychologique qui nous fait comprendre que quand la pensée se

repose, les images veillent, mais qu'il n'y a plus d'images quand la pensée est au travail, quand la conscience est bien claire (17).

2. Il y a une différence radicale entre la rêverie et le rêve nocturne : "dans le rêve nocturne règne l'éclairage fantastique. Tout est en fausse lumière. Souvent on y voit trop clair. Les mystères eux-mêmes sont dessinés en traits forts... C'est en animus que le psychanalyste étudie les images du rêve. Pour lui, l'image est double, elle signifie toujours autre chose qu'elle-même. C'est une caricature psychique. Il faut s'ingénier à trouver l'être vrai sous la caricature. S'ingénier, penser, toujours penser. Pour jouer des images, pour aimer les images pour elles-mêmes, il faudrait sans doute qu'en marge de tout savoir le psychanalyste reçût une éducation poétique. Donc moins de rêve en animus et plus de rêverie en anima. Moins d'intelligence en psychologie inter-subjective et plus de sensibilité en psychologie d'intimité".

Les rêveries d'intimité n'appartiennent pas à un psychisme tragique purement spéculatif, qu'il serait aisé d'invalider, malgré les résistances d'une pratique lucrative et de notre goût pour les mythes (18). C'est pourquoi le fantastique instrumenté par des concepts tirés de l'expérience des cauchemars ne retient pas l'attention de Bachelard :

"Je ne trouve pas d'instruction psychologique dans les rêves nocturnes".
 "Les psychanalystes sont des gens qui veulent nous faire croire que Baudelaire est l'enfant de sa mère" (19).

3. La psychanalyse bachelardienne n'a pas la même visée que la psychanalyse freudienne. Il oppose sa méthode à celle de Freud :

"le psychanalyste quitte l'étude ontologique de l'image, il creuse l'histoire de l'homme. Le phénoménologue ne va pas si loin. Pour lui l'image est là, la parole parle".

L'image n'est pas un simple contenu oublié et ressuscité, elle est un produit direct de l'âme saisie dans son actualité naïve, elle est "une concentration de tout le psychisme".

Sa méthode d'analyse a pour fonction "de trouver l'action des valeurs inconscientes à la base même de la connaissance empirique et scientifique". C'est une psychanalyse de la CONNAISSANCE OBJECTIVE dont l'avantage lui paraît être :

"l'examen d'une zone moins profonde que celle où se déroulent les instincts primitifs, et c'est parce que cette zone est intermédiaire qu'elle a une action déterminante pour la pensée claire, pour la pensée scientifique".

Ce que Bachelard veut réussir, c'est :

"à transférer les valeurs esthétiques du clair-obscur des peintres dans le domaine des valeurs esthétiques du psychisme, pour enlever ce qu'il y a de diminué, de péjoratif dans la notion d'inconscient".

Il veut étudier l'être d'un rêveur de rêveries

"à l'aide des images de la petite lumière, à l'aide des images TRES ANCIENNEMENT HUMAINES",

ce qui donnerait, pour une enquête psychologique, une garantie d'homogénéité et permettrait à la psychanalyse de la connaissance objective d'effacer les images pour déterminer une organisation des idées.

Ce n'est plus l'inconscient-fiction qui est interpellé, mais l'inconscient-réel, la MEMOIRE, qui a pour fonction d'enregistrer les événements vécus par l'individu en même temps, sans doute, que ceux qui ont été vécus par l'espèce, et de les intégrer en une cohérence qui définit la personnalité

et l'adéquation au monde. Mais la mémoire n'est pas seulement un processus qui se borne à enregistrer le passé, il se tourne aussi vers l'avenir. Machine à enregistrer le vécu, la mémoire devient capable d'inventer l'avenir, aidée par l'imagination, avant d'être canalisée par la raison.

"Il y a une parenté entre la veilleuse qui veille et l'âme qui songe. Pour l'une comme pour l'autre le temps est lent... Alors le temps s'approfondit, les images et les souvenirs se rejoignent. Le rêveur de flamme unit ce qu'il voit et ce qu'il a vu. Il connaît la fusion de l'imagination et de la mémoire. Il s'ouvre à toutes les aventures de la rêverie, il accepte l'aide des grands rêveurs, il entre dans le monde des poètes",

c'est-à-dire le monde des inventeurs d'images que sont les savants.

-*-*-*-*

Pour la pratique de cette psychanalyse, Bachelard demeure fidèle à l'esprit de la méthode cartésienne. Il faut que chacun :

- "s'attache à détruire en soi-même les convictions non discutées"
- "s'apprenne à échapper à la raideur des habitudes d'esprit formées au contact des expériences familières"
- "détruise plus soigneusement encore que ses phobies, ses philies, ses complaisances pour les intuitions premières".

C'est là une pédagogie libératrice tout à fait analogue à celle que nous propose Descartes, une conquête de l'autonomie intellectuelle qui n'a qu'une fausse ressemblance avec la démarche psychanalytique freudienne (20). Il ne s'agit jamais des rêves nocturnes, des actes manqués ou des névroses, mais de la rêverie ; il ne s'agit pas d'une marche récurrente vers les phantasmes de l'enfance, mais de renouer avec les images, avec les mythes, par quoi s'inaugure toute activité intellectuelle ; il ne s'agit pas de délivrer un homme incapable d'être au monde, mais de faire comprendre à la connaissance objective comment elle advient à l'existence au milieu des images et des mythes empruntés à la mémoire individuelle et à la mémoire collective.

Attirer Bachelard dans le champ freudien ou dans celui de certains épigones, c'est être victime d'une idéologie régnante, ce qui constitue une erreur au regard de la psychanalyse bachelardienne, et plus, c'est une manière de se laisser détourner par un obstacle épistémologique. Bachelard savait que l'on ne peut pas expliquer l'univers dans tous ses détails par une seule formule ou par une seule théorie sans verser dans le mythe et sans produire un discours vide, même si nous avons besoin d'unité et de cohérence. Il savait le psychanalyste incapable de repérer la subtile frontière qui sépare une théorie heuristique d'une croyance stérile, une croyance qui au lieu de décrire le monde réel peut s'appliquer à tous les mondes possibles, une croyance qui invalide le freudisme parce qu'elle le rend irréfutable.

Bachelard n'a rien retenu, malgré tout ce qu'il a pu admirer en elle, d'une théorie où Freud s'efforce de nous convaincre, et de se convaincre lui-même, du rôle que jouent les pulsions inconscientes dans les affaires humaines, par laquelle il tente désespérément de rationaliser l'irrationnel, de l'enfermer dans un infranchissable réseau de causes et d'effets. Il n'a pas cru dans les vertus de l'extraordinaire arsenal comprenant refoulement, complexes, interprétation des rêves, transfert, sublimations, etc... par lequel Freud croyait possible l'explication de n'importe quel aspect du comportement humain par quelque lésion cachée de la vie psychique.

Si la psychanalyse ne nous lâche plus quand on s'est laissé séduire (21), nous qui avons pour elle la naïveté des esprits primitifs, elle n'a jamais séduit Bachelard qui pour rêver ses rêveries a eu la sagesse d'Ulysse, voulant échapper aux charmes des sirènes de la modernité. Il ne va jamais vers l'inconscient-fiction de Freud, inconscient qui n'a de consistance que par la grâce du mécanisme de refoulement et par les avatars de la sexualité infantile.

Si on doit ou si on veut absolument entraîner Bachelard vers autre chose que lui-même, ce doit être vers ceux à qui il doit sans doute beaucoup ou qui dans leur démarche répondent à des intentions similaires : Schopenhauer, Maine de Biran, Husserl ou Jung. Comme eux il sait que l'homme doit "habiter le monde en poète", qu'il ne peut pas habiter le monde de la positivité scientifique (physique ou psychanalyse), monde dévalorisant que nous savons aujourd'hui être mortel, non pas dans le sens dit par P. Valéry, mais dans le sens mortifiant, qu'il ne faut pas perdre de vue le monde vivant et habitable menacé de n'être bientôt plus qu'un columbarium et une toile d'araignée, et que pour cela il faut retourner aux éléments premiers, aux images vives et aux mythes.

"Comme je ne voudrais rien laisser en arrière dans l'activité qui devrait encore mener ma vie, je veux dire que malgré toutes les déviations vers la littérature, vers la psychanalyse, j'ai toujours voulu reprendre le droit chemin. Je suis resté avide de connaître, toujours plus nombreuses, les constructions conceptuelles et, comme j'aimais également les beautés de l'imagination poétique, 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" (22).

Mais tout à la volonté de démontrer les valeurs philosophiques de la pensée scientifique de notre temps, il réunissait ses deux vies, celle où il écrivait des livres d'enseignement et celle où il écrivait des livres de loisir, dans l'élaboration d'un rationalisme appelé à se renouveler chaque fois qu'il aborde les constructions d'une science nouvelle, les organisations nécessaires pour mettre en ordre des expériences qui atteignent des domaines nouveaux. Dans la conviction où il était qu'un rationalisme actif doit s'associer au travail scientifique, transmuant tout savoir en savoir scientifique, il affirmait que l'on :

"ne peut plus être rationaliste tout seul, en marge de l'activité scientifique d'aujourd'hui. Il faut s'instruire en la compagnie des travailleurs de rationalité, des travailleurs de la preuve. 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, opérée par la grâce des images, au-dessus des plaines de l'empirisme" (22).

-*-*-*--

Epistémologue voulant comprendre les progrès de la connaissance objective, c'est en cartésien radicalisant la méthode qu'il fonde sa PSYCHANALYSE TRES SPECIALE, sa psychanalyse de la connaissance objective. Sa double enquête n'empêche pas l'unité de l'oeuvre qui se traduit dans une évidente volonté d'habiter le monde et de l'habiter en poète.

Vouloir habiter le monde, c'est 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, c'est savoir que l'on ne peut l'habiter qu'en poète, c'est-à-dire en créateur d'images porteuses d'un sens destiné à être éclairé par la raison, sur le versant de la positivité de la science technicienne en même temps que sur le versant de la rêverie et de l'imagination qui nous donnent à comprendre ce que l'on fait, au croisement d'une poésie qu'il affirmait être au commencement de toute science et de toute connaissance objective, comme source des concepts et comme ouverture pour échapper à la tentation de nous installer dans l'entropique positivité des systèmes.

Il nous demande à tous d'avoir cette volonté démiurgique, en nous proposant deux postérités.

1. "Ce qui n'est pas difficile, refaire pour l'eau, l'air, la terre, le sel, le vin, le sang, etc... ce que nous avons EBAUCHE pour le feu".

C'est ce que nous pouvons reconnaître dans la critique dite bachelardienne et la thématique littéraire qui prolonge les livres de loisir.

2. "Plus difficile et plus fécond : porter la psychanalyse A LA BASE d'évidences plus raisonnées, moins immédiates et partant moins affectives que les expériences substantialistes".
"Si nous méritons de trouver des émules, nous les ENGAGERIONS alors à étudier, du même point de vue d'une PSYCHANALYSE DE LA CONNAISSANCE OBJECTIVE, les notions de totalité, de système, d'élément, d'évolution, de développement, etc..." "A la base de ces notions on trouverait des valorisations hétérogènes et indirectes au ton affectif indéniable. Pour tous ces exemples on trouverait sous les théories, plus ou moins facilement acceptées par les savants et les philosophes, des convictions ingénues".

C'est la thématique que nous pourrions qualifier d'épistémologique ou de philosophie, qui n'a pas encore été élaborée, bien qu'elle nous semble devoir être le seul fondement possible pour un dialogue authentiquement inter-disciplinaire, peut-être à peine ébauchée avec les travaux de G. Poulet ou d'Ilya Prigogine et Isabelle Stengers, plutôt que par ceux de R. Girard, de M. Foucault, de M. Serres ou du colloque de Cordoue sur Science et conscience.

NOTES

- (1) La formation de l'esprit scientifique, Vrin 1969, p. 5 à 14. Les citations pour lesquelles nous ne donnons pas de notes sont extraites de La psychanalyse du feu.
- (2) Un livre d'un nommé R. Descartes, in Archeion 1937, p. 161 à 171.
- (3) Essai sur la connaissance approchée, Vrin 1928, Introduction.
- (4) Fragment d'un journal de l'homme, in Mélanges d'esthétique et de science de l'art offerts à E. Souriau, Nizet, 1952, p. 23 à 30.
- (5) Max Planck, The Philosophy of Physics, New-York, Norton, 1938, p. 83.
- (6) R. Descartes, *Cogitationes privatae*.
- (7) G. Bachelard, La flamme d'une chandelle, P.U.F., 1980, p. 10.
- (8) Cf. la note 2.
- (9) Mise à part une intervention au congrès international d'éducation morale à Cracovie en 1934, sous le titre "Valeur morale de la culture scientifique", il est vrai que l'oeuvre de Bachelard ne comporte aucun ouvrage et aucun article qui soit consacré explicitement à la métaphysique ou à la morale. Mais il serait facile de montrer que le versant épistémologique est en fait métaphysique et que le versant poétique est en réalité éthique.
- (10) G. Bachelard, L'air et les songes, José Corti, 1943, p. 7.
- (11) G. Bachelard, Le surrationalisme, in *Inquisitions* 1936, Editions sociales internationales.
- (12) Cf. G. Bonnot, Ils ont tué Descartes, Denoël "Médiations" 1968. P. Feyerabend, Contre la méthode, Seuil, 1979. Ces deux ouvrages sont en fait, et sans aucun doute à l'insu de leurs auteurs, une sorte d'apologie de la méthode cartésienne.
- (13) F. Nietzsche, Le livre du philosophe, Aubier-Flammarion bilingue 1969, p. 171 à 201.
- (14) Le nouvel esprit scientifique et La formation de l'esprit scientifique.
- (15) Alain, *Etude sur Descartes*, in *Idées*, 1932.
- (16) S. Freud présenté par lui-même, N.R.F. coll. "Connaissance de l'inconscient" 1984 p. 55.
- (17) Cf. Platon, La République livre IX.
- (18) Cf. J.M. Masson, Le réel escamoté, Aubier, 1984.
J.Ph. Ravoux, De quoi jeter Freud par la fenêtre, thèse.
- (19) In Film de J.Cl. Bringuier "Bachelard". Il faut également se reporter à la conférence de Gand de 1938.
- (20) Cf. De Freud à Descartes, ou l'inconscient inutile et le psychanalyste superflu, J.Ph. Ravoux, op. cit., note 18.
- (21) Cf. F. Roustang, ...elle ne le lâche plus, Editions de Minuit 1980.
- (22) "Introduction à la poétique du Phénix" in J. Lescure, Un été avec Bachelard, Luneau Ascot Editeurs, 1983, p. 175.

BACHELARD : LE SAVANT ET L'ARTISTE

par

Pierre BELTRAME

*Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

"L'individu n'est pas la somme de ses impressions générales, il est la somme de ses impressions singulières" (1).

La personnalité de Bachelard à la fois ouverte et pudique est difficile à saisir, mais son oeuvre, partagée entre deux moitiés étrangères et pourtant soeurs, reste une énigme qu'on ne prétend pas ici résoudre mais seulement exposer.

Gaston Bachelard, ce "philosophe du quotidien", ce "faiseur de livres" (2), ainsi qu'il se nommait lui-même, est peut-être, avant tout, un enseignant. Il veut, au premier chef, éveiller l'intérêt, entrer en rapport de sympathie, être aimé.

Comme tout bon enseignant, c'est un séducteur. Il sait faire miroiter les faces multiples d'une idée pour susciter la curiosité et entraîner l'adhésion. Il ne manque pas, d'ailleurs, de coquetterie. Au cours du service de presse de son dernier ouvrage, "la flamme d'une chandelle", la plume sergent-major qu'il utilisait, à l'exclusion de tout stylo, crachait sur le papier bouffant. Robert Sabatier qui assistait à la scène le lui fit remarquer. Alors Bachelard "fouilla de la plume au fond de l'encrier et jeta exprès sur la page des pâtés d'encre en grognant : "une écriture vivante, parfaitement, une écriture vivante... (et désignant le titre de son livre), comme une flamme vivante !" (3).

Mais la séduction qu'il exerçait sur les auditoires d'étudiants, de savants, de poètes qu'il fascinait avait des racines bien plus profondes que ses coquetteries de langage, de plume ou de comportement, elle tenait, et tient encore pour ses lecteurs, à l'émerveillement communicatif de sa pensée devant le savoir, à son art d'exprimer par des mots ce sur quoi la science bute : la création du sens, la poésie.

Ces deux sources du magnétisme bachelardien : l'émerveillement scientifique et la création poétique constituent la trame de sa vie et de son oeuvre. Elles sont indissociables car "s'il y a quelqu'un chez qui l'on ne peut séparer les divers aspects de l'oeuvre et même le penseur de l'homme, c'est bien lui" (4). Il avait réduit le hiatus entre l'intelligence et l'intuition, le corps et l'esprit à tel point que le médecin qui l'assista dans ses derniers moments a pu dire : "Je viens de voir une âme qui avait oublié depuis vingt ans qu'elle avait un corps" (5).

"L'essai sur la connaissance approchée", la thèse de doctorat qui ouvre son oeuvre épistémologique, est soutenue en 1927, au milieu d'un foisonne-

ment de théories scientifiques "dont une seule, écrira-t-il, suffirait à illustrer un siècle" (6). L'auteur est fasciné par le dynamisme de la pensée scientifique qu'il oppose à l'immobilisme de la réflexion philosophique. Il pourrait reprendre à son compte l'exclamation de B. Russel en 1913 : "L'atmosphère du monde scientifique à notre époque est merveilleusement réjouissante, comparée à celle de la culture... Les gens sont extraordinairement vivants, ils sentent qu'il est en leur pouvoir de faire de grandes choses, ils ne sont absolument pas dominés par les réalisations du passé..." (7).

Pour Bachelard, comme pour Russel et pour bien d'autres à cette époque : "Toute l'audace intellectuelle réside dans les sciences exactes" (8). Qu'il s'agisse de l'Essai, de "La valeur inductive de la relativité" (1929), du "Nouvel esprit scientifique" (1934), les premières oeuvres de Bachelard mettent toutes en évidence le pouvoir libérateur de la science. "L'allure révolutionnaire de la science contemporaine doit réagir profondément sur la structure de l'esprit" écrit-il alors (9).

Le système du monde qu'avait établi Auguste Comte le siècle dernier, l'ordre, où toutes les sciences et toutes les philosophies trouvaient leur place, vole en éclat comme la raison qui le régissait. "La doctrine traditionnelle d'une raison absolue et immuable n'est qu'une philosophie. C'est une philosophie périmée" affirme Bachelard (10). L'ordre unique, la hiérarchie universelle est remplacée par une poussière d'ordres partiels et concurrents où s'exercent des rationalismes spécialisés que Bachelard appelle des "rationalismes régionaux". Le réel même voit sa certitude remise en question. Désormais il n'est plus pour la science un donné, mais un construit. "Il n'y a pas de phénomène simple, le phénomène est un tissu de relations" constate Bachelard dans "Le nouvel esprit scientifique" (11) avant de préciser quelques années plus tard : "Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit" (12).

Mais, comme le notait Wittgenstein : "Il y a du charme dans la destruction des préjugés" (13) et le savant n'est pas toujours innocent. Robert Musil qui entreprend alors dans son grand roman (L'homme sans qualités) une vaste méditation sur la science et le monde contemporain, analyse ainsi l'esprit scientifique : "... Si l'on regarde... quelles sont les qualités qui conduisent aux découvertes, on trouve l'absence des scrupules et des inhibitions traditionnels, le courage, le plaisir de détruire autant que d'entreprendre, l'exclusion des considérations morales, le marchandage patient des moindres bénéfices, l'attente tenace, quand il faut, sur le chemin qui mène au but et un respect pour la mesure et le nombre qui est l'expression la plus aigüe de la méfiance à l'égard de toute espèce d'incertitude : en d'autres termes, on n'aperçoit rien d'autre que les vieux vices des chasseurs, des soldats et des marchands, qui ont été simplement transposés ici dans la sphère intellectuelle et métamorphosés en vertus" (14).

Ce côté "prédateur intellectuel" (15) du savant occidental n'échappe pas à Bachelard. Ainsi que le montre malicieusement Michel Serres, "La formation de l'esprit scientifique" est, en fait, "Traité de la Réforme" : il s'agit pour Bachelard de moraliser la science ! Certes, l'enthousiasme, une certaine candeur et l'optimisme foncier de Bachelard l'amèneront à gommer la violence scientifique, ou tout au moins à la cantonner dans la polémique philosophique. "Dans les congrès de philosophie on voit des philosophes échanger des arguments, dans les congrès de physique on voit les expérimentateurs et les théoriciens échanger des renseignements" (16) dit-il. Mais il faut savoir qu'il n'ignorait pas cette forme de violence et qu'elle

l'excitait autant qu'elle le gênait.

La science n'offusque pas seulement sa sourcilleuse vertu, elle met plus profondément son être en danger.

Certes la science est merveilleusement libératrice lorsqu'elle ouvre le champ des possibles et remet en cause le réel. Mais il y a quelque chose d'essentiellement ironique, corrosif, voire pernicieux dans sa démarche "qui s'évertue à malignement montrer à quel point les choses peuvent être finalement différentes de ce que l'on admet généralement qu'elles sont" (17).

Que deviendrait l'homme qui calquerait son comportement sur cette démarche, qui croirait en rien, ni en personne, qui ne verrait dans la réalité qu'un système de relations et changerait à tout instant d'attitude au gré des caprices stochastiques du principe d'incertitude ? Pour Bachelard, le combattant des tranchées, le champenois attaché au terroir, l'ami indéfectible, cet homme de tous les possibles, cet "homme sans qualités", est impensable.

A l'encontre de son épistémologie antimétaphysique et antisystématique où l'on ressent l'influence d'Ernst Mach (l'un des maîtres de Musil précisément), il éprouve le besoin d'affirmer une certaine pérennité de l'être. Ainsi, dès 1932 dans "L'intuition de l'instant" Bachelard oppose à la discontinuité objective du temps, l'amour "qui est une coordination de toutes les possibilités de l'être... un idéal d'harmonie temporelle où le présent est sans cesse occupé à préparer l'avenir. C'est à la fois une durée, une habitude et un progrès" (18). Et lui qui, après son veuvage précoce, vécut toute sa vie dans le souvenir de l'absente peut écrire : "C'est parce qu'on aime et qu'on souffre que le temps se prolonge en nous et qu'il dure" (19).

De façon plus subtile et ambitieuse, "La philosophie du non", publiée en 1940, n'est-elle pas une tentative pour concilier la stabilité profonde de l'être et de ses aspirations avec l'instabilité qu'impose à l'esprit l'incessante révolution de la science ? "La philosophie du non" est une philosophie du refus de l'enfermement de la réflexion dans une doctrine qu'il s'agisse du rationalisme kantien ou de l'empirisme. Mais, Bachelard prend soin de le préciser, "La philosophie du non n'est pas psychologiquement un négativisme et elle ne conduit pas... à un nihilisme" (20). C'est "une philosophie concordataire" où l'idéalisme et le réalisme entament le dialogue, une philosophie de l'ambiguïté aussi qui se fonde sur la complexité du réel.

Cette ambiguïté qu'il cultive (ne va-t-il pas jusqu'à préconiser "une pédagogie de l'ambiguïté" ?), son goût pour le paradoxe qu'il appelle dialectique, son attrait pour l'imaginaire vont l'amener à la poésie qui est à la fois le siège de l'indicible et le moyen de sortir de l'indéterminé par la libre parole. Au moment de sa rencontre avec Jean Lescure, en 1939, Bachelard écrit dans la revue Messages : "L'instant poétique est la conscience d'une ambivalence. Mais il est plus, car c'est une ambivalence excitée, active, dynamique" (21).

Cette ambivalence n'est pas seulement ambiguïté elle est aussi et surtout médiation. En 1937, dans "La psychanalyse du feu", Bachelard constatait : "Les axes de la poésie et de la science sont d'abord inverses. Tout ce que peut espérer la philosophie, c'est de rendre la poésie et la science complémentaires, de les unir comme deux contraires bien faits" (22). Mais cette mission que Bachelard confie au philosophe (et que certains philosophes comme Platon, Schopenhauer ont effectivement remplie) n'est-ce-pas essen-

tiellement celle de l'artiste ? L'artiste, qui se sait "voluptueusement, sensuellement et coupablement attaché au monde des phénomènes, au monde des images, car il a conscience d'appartenir en même temps au monde des idées et l'esprit". Cette ambivalence de l'artiste lui permet d'exercer, "sa mission médiatrice, son rôle magique d'Hermès, d'intermédiaire entre le monde supérieur et le monde inférieur, entre l'idée et le phénomène, l'esprit et la sensualité" (23). Toute l'oeuvre de Thomas Mann, auquel ses propos sont empruntés, met en évidence "cette dignité compromise" de l'art, l'équivoque mais aussi la plénitude de la vision esthétique. La riche nature de Bachelard ne pouvait se contenter d'embrasser le monde des idées, il lui fallait rendre compte du monde plus secret des sens, du rêve et de l'intuition. C'est pour cela que répondant plus à un appel intime, à une vocation, qu'à un quelconque calcul ou plan rationnel, il va, en doublant le cap de la cinquantaine, s'aventurer dans le monde poétique.

L'entrée en poésie de Bachelard s'effectue d'autant plus facilement qu'elle s'accompagne des "fêtes de l'amitié" et qu'elle convient parfaitement à l'impressionnisme de sa pensée. Chez les pointillistes, la juxtaposition de touches de couleurs pures parvient à fixer la lumière la plus évanescence ; chez Bachelard, la pensée la plus nuancée née de la juxtaposition de formules paradoxales qui captent les idées à l'état naissant. L'oeuvre de Bachelard, comme celle d'un Monet ou d'un Debussy, est un univers suggestif qui ne fournit pas de clef du réel, mais qui incite à le découvrir, à le rêver, à le reconstruire. "Ce bonheur de penser et de vivre, de faire passer la vie dans la pensée, qu'il produisait magiquement, c'est à mon sens le trésor le plus précieux de son enseignement philosophique" dira l'un de ses anciens étudiants (24). On pense à Nietzsche qui écrivait de Schopenhauer

"Ce qu'il enseigne n'est plus
Ce qu'il vécuit demeure
Regardez-le donc !
Il ne fut soumis à personne."

Dans le dialogue du jour et de la nuit, de l'animus et de l'anima, de la rationalité et de la rêverie que poursuit Bachelard, "l'anima" parle plus haut à partir des années quarante. De cette période datent les méditations poétiques sur les éléments (25) qu'avait introduite la "Psychanalyse du feu" en 1939.

Certes "Le rationalisme appliqué", "L'activité rationaliste de la physique contemporaine" et "Le matérialisme rationnel" maintiennent encore étroitement au début des années cinquante le lien avec la science. Mais à partir de 1954, lorsque Bachelard quitte, bien à regret, l'enseignement, sa production proprement scientifique se tarit. Il lui manque le contact avec la science vivante, mais il ressent aussi le besoin à 70 ans d'explorer plus à loisir l'entrelac de ses racines intimes. "C'est à "l'animus", nous confie-t-il dans la "Poétique de la rêverie", qu'appartiennent les projets et les soucis, deux manières de ne pas être présent à soi-même. A "l'anima" appartient la rêverie qui vit le présent des heureuses images... C'est dans le royaume des images que, philosophe songeur, nous cherchons les bienfaits de "l'anima" (26).

Lui qui avait tant bataillé pour épurer la pensée scientifique des scories de la subjectivité, découvre dans celles-ci des pépites cachées. Le champion de l'objectivité scientifique se plonge dans la subjectivité la plus exclusive,

la plus profonde. Mais il ne se renie pas. Car l'affirmation de sa subjectivité n'a rien du subjectivisme conquérant qui prétent régenter le monde, c'est plutôt "un humble sentiment de l'être, éprouvé dans la rêverie" (27), "le minimum minimorum de l'être pensant" comme il dit (28). Cette "rêverie du repos" loin de le conduire au nirvana, à la dissolution dans le cosmos, l'éveille au monde, lui révèle "l'émerveillement d'être" qui s'épanchera désormais dans une oeuvre devenue un chant de création, "un acte universel d'acquiescement, une philosophie du oui" (29).

Au service de cette vision à la foi intimiste et cosmique, Bachelard met son sens de la métaphore, son "génie de la formule" (30), sa conscience aiguë de la beauté du verbe. Mais la transmutation du savant en artiste est accomplie lorsque le mot, serviteur parfois impertinent devient un maître tyrannique, lorsque "la page qui reste blanche (devient) le signe d'une solitude sans fin recommencée", lorsque le désir prend de "naître en écriture" et qu'à la lueur de la chandelle toute la vie se concentre sur l'écrivoire promu au rang de "table d'existence" (31).

Bachelard nous a heureusement convaincu que les progrès de la science ne font qu'approfondir l'inconnu, mais le livre et la page blanche, l'étude et la création restent pour lui, et pour tous ceux qui l'entendent, des raisons de se réjouir d'exister.

Que le respect que nous inspire son oeuvre, qui est en même temps son être, ne nous prive cependant pas d'un plaisir auquel il se livrait sans réticence, celui de la glose. Pour Bachelard, en effet, "la parole apparaît un sommet psychique de l'être..." (32). "La parole aujourd'hui comme toujours, écrit-il dans son ultime texte, crée de l'humain" (33).

N O T E S

- (1) Gaston Bachelard : "L'eau et les rêves", p. 10.
- (2) cité par J.C. Margolin "Bachelard" Seuil 1974, p. 97 et 108.
Bachelard aurait donné comme sous-titre à la "Poétique du Phénix" "Coup d'oeil rétrospectif sur la vie de travail d'un faiseur de livres".
- (3) Cité par R. Sabatier, Gaston Bachelard au quotidien, in **Solaire**, numéro spécial Bachelard, 1983, p. 68.
- (4) R. Poirier : "Autour de Bachelard épistémologue", Colloque de Cevisy, 1970, Coll. 10/18.
- (5) Cité par J. Lescure, "Introduction à la poétique de Bachelard", in **Bachelard** "L'intuition de l'instant". Gonthier 1971, p. 140.
- (6) Gaston Bachelard : "La formation de l'esprit scientifique", Librairie J. Vrin 10ème édition, 1977, p. 7.
- (7) Cité par R.W. Clarke : "The life of Bertrand Russel", Knopf 1976, p. 213.
- (8) R. Musil : "L'homme sans qualités", trad. Ph. Jaccotet, Ed. du Seuil.
- (9) G. Bachelard : "Le nouvel esprit scientifique" P.U.F.
- (10) G. Bachelard "La philosophie du non" P.U.F. Ed. 1981, p. 145.
- (11) G. Bachelard : "Le nouvel esprit scientifique", op. cit..
- (12) G. Bachelard : "La philosophie du non", op. cit..
- (13) : Cité par J. Bouveresse : "La science sourit dans sa barbe" L'arc n° 74 p. 1.
- (14) R. Musil : "L'homme sans qualités", op. cit..
- (15) M. Serres : "La réforme et les sept pêchés" in **Bachelard**. Colloque de Cerisy 10/18 . p. 84.
- (16) G. Bachelard "Le rationalisme appliqué" P.U.F. 1949, p. 2.
- (17) J. Bouveresse, op. cit.
- (18) G. Bachelard : "L'intuition de l'instant", op. cit., p. 92.
- (19) G. Bachelard : "L'intuition de l'instant", op. cit., p. 93.
- (20) G. Bachelard : "La philosophie du non", op. cit., p. 17.

- (21) G. Bachelard : "Métaphysique et poésie" *Revue Message*, 1939, in "L'intuition de l'instant", *op. cit.*, p. 104.
- (22) G. Bachelard : "La psychanalyse du feu", p.
- (23) Thomas Mann : "Schopenhauer" in "Les Maîtres", Grasset, 1979, p. 182.
- (24) Cité par J.C. Margolin, *op. cit.*, p. 108.
- (25) "L'eau et les rêves" (1942)
"L'Air et les songes" (1943)
"La Terre et les Rêveries de la volonté" (1948)
"La Terre et les Rêveries du repos" (1948)
- (26) G. Bachelard : "Poétique de la rêverie", *op. cit.* p. 8.
- (27) G. Poulet : "Bachelard et la conscience de soi", *Revue de métaphysique et de morale*, 1965, p. 16.
- (28) Cité par G. Poulet, Bachelard, *L'Eau et les Songes*, p. 194.
- (29) C. Audry : "Notes sur la pensée de Gaston Bachelard", *Rencontres*, n° 18, Août, 1953, p. 44.
- (30) R. Poirier, *op. cit.*
- (31) G. Bachelard : "La flamme d'une chandelle", P.U.F., 1961, p. 108-111.
- (32) Cité par J.C. Margolin, *op. cit.*, p. 87.
- (33) Cité par J.C. Margolin, *op. cit.*, p. 98.

LA VALEUR HEURISTIQUE DE LA DISTINCTION INTERNE/EXTERNE COMME GRANDE DICHOTOMIE POUR LA CONNAISSANCE DU DROIT.

Éléments d'une démystification.

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'essouffent à trouver des solutions aux perturbations qui l'atteignent, dans un ordre de la contrainte qui, par définition, exclut la scientificité.

Pour assurer le caractère scientifique d'une science du droit, les plus fins des philosophes juristes contemporains proposent d'utiliser, comme outil conceptuel, la distinction de la perspective interne et de la perspective externe. Je voudrais dire pourquoi je tiens personnellement la mise en vedette, dans la réflexion juridique, de la dichotomie interne/externe, pour l'une des entreprises de mystification les plus habiles, les plus sophistiquées et les plus pernicieuses qu'ait engendrées la philosophie du droit occidentale, en quête d'une épistémologie.

Je ne dis pas que la distinction en soi est une mystification. Au contraire, je la crois utile en ce qu'elle permet notamment de poser clairement un certain nombre de problèmes fondamentaux. Mais je crois que la présentation de cette distinction comme l'une des grandes dichotomies, avec ce que cela entraîne d'efforts pour la surmonter, 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.

I. Non sûre, cette proposition l'est en ce qu'elle n'est ni valide, ni vraie.

I.1. 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 évoquée par F. Ost et M. Van de Kerchove (Pour une théorie interdisciplinaire du droit, Bruxelles, FUSL, 1984), 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 (J. Carbon-

nier, coll. 'Thémis', t. I). 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 vision globale suppose une conjonction des perspectives interne/externe, du type, p. ex. de celle que donnent F. Ost et M. Van de Kerchove = avoir une vision critique externe tout en étant impliqué. 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 vision externe", le rapport devient pluridisciplinaire - je reprends volontiers cette terminologie, et oppose le terme à l'interdisciplinarité recherchée.

1.2. 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. Or la simple proposition selon laquelle il existerait deux types de perspectives, interne et externe, est fautive. 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 de l'ensemble des auteurs du numéro spécial de la *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques* consacrée à poser des "jalons pour une épistémologie juridique" (1982/8). F. Ost et M. Van de Kerchove 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. J. Commaille jette *ab initio* un regard qu'il nomme "reconstruction a posteriori". J. F. Perrin dit "je ne retiendrai... et j'appellerai perspective interne la dogmatique, perspective externe celle qui est sociologique" (p. 35). Et, d'ailleurs, il fait preuve de pessimisme en n'hésitant pas à déclarer qu'il y a toujours, dans la démarche prétendument externe, une part relevant de la décision. Ph. Robert recommande que chacun reste à sa place, le chercheur dans sa perspective externe, et le législateur dans sa perspective interne, en quelque sorte. Anne Devillé, que rejoint sur ce point M.F. Rigaux, doute de la "capacité d'écoute" de chacun à l'endroit des disciplines qui lui sont extérieures. Etc.

En s'accrochant à l'illusion de la vérité de la distinction interne/externe, on ne 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.

2. La proposition n'est pas heuristique.

2.1. 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 ?

2.2. La proposition n'est pas heuristique, 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" (Théorie pure du droit, trad. fr. Eisenmann, p. 95). Ce qu'il faut éviter avant tout, c'est un "synchronisme des méthodes" (Ibid., p. 2). Quant à Hart, il oppose utilisateur à observateur.

C'est pourquoi je n'ai pas hésité à parler, en commençant, de mystification de la part de ceux qui tiennent pour la valeur heuristique de cette dichotomie. Je ne veux pas dire qu'ils soient malhonnêtes : ils sont, à mon avis, les premiers mystifiés. Et s'ils prétendent le contraire, qu'ils montrent clairement où se situe la rupture épistémologique. Jusque là, je continuerai à parler de mystification. A faire croire qu'il est 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 réalité, on se trouve devant une idéologie scientifique, au sens où l'entendait Canguilhem (Idéologie et rationalité, p. 39 sq.). "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" (Ibid., p. 41-42). 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.

BIBLIOTHEQUE MUNICIPALE DE MARSEILLE

Gaston BACHELARD

(Catalogue 1984)

La Bibliothèque Municipale a dressé ce catalogue bien sûr à l'intention de ceux qui apprécient déjà Gaston Bachelard, mais surtout pour ceux, universitaires, étudiants, simples curieux qu'intéresse une réflexion sur la science, l'art, la poésie.

Au moment où la Bibliothèque s'enrichit d'une production en français importante dans ces domaines ce catalogue vient à point appeler à la lecture ceux qui désireraient puiser dans la diversité de ses fonds.

D'autres catalogues, où les acquisitions seront signalées par thèmes : photographies, architectures, romans, sciences et techniques... viendront renforcer ce premier lien établi entre la Bibliothèque et un public qu'elle espère de plus en plus nombreux.

-*-*-*--

OEUVRES DE GASTON BACHELARD

classées par date de 1ère édition

I - OUVRAGES :

- 1928 - Essai sur la connaissance approchée. - 2ème édition.
- J. Vrin, 1968. (Cotes : J. 26235 - K 16 290)
- Etude sur l'évolution d'un problème de physique : La propagation thermique dans les solides. - 2ème édition.
- J. Vrin, 1973. (Cotes : KJ 21 357 - K 21 356)
- 1932 - Le Pluralisme cohérent de la chimie moderne. - 2ème édition.
- J. Vrin, 1973. (Cotes : KJ 21 364 - K 21 363)
- L'Intuition de l'instant : Etude sur "Siloé" de Gaston Roupnel, suivi de : Introduction à la poétique de Bachelard par Jean Lescure
- Gonthier, 1966. (Cote : 23 274)
- 1934 - Le Nouvel esprit scientifique.
- P.U.F., 1963. (Cotes : J. 20 896 - J. 23 371 - WA. 1202)
- P.U.F., 1975. (Cotes : KJ. 6143 à KJ. 6151)
- P.U.F., 1983. (Cotes : KJ 21 365 - K 21 366 - K 17 626)
- 1936 - La Dialectique de la durée. - 4ème tirage de la nouvelle édition 1950. - P.U.F., 1980. (Cotes : KJ 21 368 - K 21 367)
- 1938 - La formation de l'esprit scientifique : Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective. - 10ème édition.
- J. Vrin, 1977. (Cotes : KJ 8508 à KJ 8510 - K 8507)
- La Psychanalyse du feu.
- Gallimard, 1983. (Cotes : KJ 21 359 - K 21 358)
- Gallimard, 1965. (Cote : J. 22 834)

- 1940 - La Philosophie du non : Essai d'une philosophie du Nouvel esprit scientifique. - P.U.F., 1983. (Cote : KJ 21 353)
- 4ème édition. - P.U.F., 1966. (Cote : J 23 637)
- 1942 - L'eau et les rêves. Essai sur l'imagination de la matière. Nouvelle édition. - J. Corti, 1956. (Cotes : J 16 659 - J 25 256 - K 3760)
- 1943 - L'Air et les songes. Essai sur l'imagination du mouvement. - Nouvelle édition. - J. Corti, 1950. (Cote : J 16 660)
- 14ème réimpression. - J. Corti, 1983. (Cote : KJ 21 362)
- 1948 - La Terre et les rêveries de la volonté : Essai sur l'imagination des forces. - 12ème réimpression.
- J. Corti, 1984. (Cote : KJ 21 354)
- J. Corti, 1973. (Cote : KJ 4171)
- 1948 - La Terre et les rêveries du repos : Essai sur les images de l'intimité. - 13ème réimpression.
- J. Corti, 1984. (Cote : KJ 21 355)
- 6ème réimpression.
- J. Corti, 1971. (Cote : KJ 4172)
- 1949 - Le Rationalisme appliquée. - 3ème édition.
- P.U.F., 1966. (Cote : W 5724)
- 1950 - Paysages : Notes d'un philosophe pour un graveur.
- Edition de l'Aire, 1982. (Cote : G 1539)
(Le texte accompagne des gravures d'Albert Flocon)
- 1951 - L'Activité rationaliste de la physique contemporaine.
- P.U.F., 1965. (Cote : J 23 405)
- 1953 - Le Matérialisme rationnel.
- P.U.F., 1972. (Cote : KJ 21 352)
- 1957 - La Poétique de l'espace.
- P.U.F., 1974.
(Cotes : KJ 10 359 - KJ 10 540 - KJ 10 802 - KJ 5 320)
- 1960 - La Poétique de la rêverie.
- P.U.F., 1978.
(Cotes : K 12 214 - KJ 12 215 à 12 217 - J 26 073)
- La Poétique de la rêverie.
- P.U.F., 1960. (Cote : J 18 179)
- 1961 - La flamme d'une chandelle...
(Du renouvellement de la rêverie... dans la contemplation d'une flamme solitaire).
- P.U.F., 1961. (Cote : J 19 068)
- 1970 - Le Droit de rêver. - 5ème édition.
- P.U.F., 1983. (Cotes : K 21 361 - K 21 360)
- Etudes : Recueil posthume de cinq textes, présenté par Georges Canguilhem.
- J. Vrin, 1970. (Cote : KJ 1013)
- 1971 - Bachelard : Epistémologie, textes choisis par Dominique Lecourt.
- P.U.F., 1971. (Cote : KJ 169)

- 1972 - L'Engagement rationaliste : Recueil posthume de textes divers.
Préface de Georges Canguilhem.
- P.U.F., 1972. (Cote : KJ 1051)

II - ARTICLES :

- 1932 - Noumène et microphysique. Réédité dans "Etudes".
- 1934 - Le Monde comme caprice et miniature. Réédité dans "Etudes".
- Lumière et substance.
"Revue de la métaphysique et de morale", 1934. - Tome 41
pp. 343-366. (Cote : PER 171). Réédité dans "Etudes".
- 1939 - Instant poétique et instant métaphysique.
Réédité dans l'"Arc, Cahier méditerranéens", 1961, n° 13, pp. 45-52
(Cote : PER 1123)
Réédité dans l'"Intuition de l'instant" et dans "Le Droit de rêver".
- 1942 - Une psychologie du langage littéraire : Jean Paulhan "Les Fleurs
de Tarbes ou la terreur dans les lettres", "Revue philosophique de
la France et de l'étranger", 1942-43, tome 132, pp. 151-156.
(Cote : 28 578). Reproduit dans "Le Droit de rêver"
- 1946 - Lautréamont, poète du muscle et du cri.
"Cahiers du Sud", 1946, n° 275, pp. 31-38. (Cote : PER 100)
- 1952 - Les Nymphéas sur les surprises d'une aube d'été. "Verve", 1952,
n° 27-28, pp. 56-64
(Cote : PER 459). Réédité dans "Le Droit de rêver"
- 1953 - Germe et raison dans la poésie de Paul Eluard. "Europe", 1953
(vol. 31) n° 91-92, pp. 115-119.
(Cote : 79 614). Réédité dans "Le Droit de rêver"

-*-*-*-*

A PROPOS DE GASTON BACHELARD

I - OUVRAGES :

- BACHELARD : Présentation, choix de textes, bibliographie par Pierre Quillet
- Seghers, 1964. (Cotes : J 21 752 - J 21 949)
- BATHO (John) / LEKEMAL (Nadhira) - Images imaginées. Douze photographes
contemporains et la pensée de Gaston Bachelard.
- Contrejour, 1984. (Cote : K 21 375)
- CANGUILHEM (Georges) - Etudes d'histoire et de philosophie des sciences.
- 5ème édition augmentée.
- J. Vrin, 1983. (Cote : J 21 369)
(Gaston Bachelard : pp. 187-207)
- DURAND (Gilbert) - L'Imagination symbolique.
- P.U.F., 1964. (Cotes : J 21 647 - J 22 126). (pp. 68-81)
- CAGEY (Jacques) - Gaston Bachelard ou la conversion à l'imaginaire.
- M. Rivière, 1969. (Cote : J 27 794)
- GINESTRIER (Paul) - La Pensée de Bachelard.
- Bordas, 1968. (Cote : J 26 074)

- LACROIX (Jean) - Panorama de la philosophie française contemporaine.
- P.U.F., 1966. (Cote : 23 959)
(Le rationalisme appliqué de Gaston Bachelard) (pp. 199-200)
- LALONDE (Maurice) - La Théorie de la connaissance scientifique selon Gaston Bachelard.
- Fidès, 1966. (Cote : J 23 638)
- LECOURT (Dominique) - Bachelard ou le jour et la nuit : Un essai du matérialisme dialectique.
- Grasset, 1974. (Cote : J 5438)
- LECOURT (Dominique) - L'Epidémiologie historique de Gaston Bachelard. Avant propos de Georges Canguilhem. - 3ème édition.
- J. Vrin, 1972. (Cote : K 2717)
- J. Vrin, 1969. (Cote : J 26 596)
- LESCURE (Jean) - Introduction à la poétique de Bachelard. Dans : Bachelard (Gaston) L'Intuition de l'instant, suivi de : Introduction...
- Gonthier, 1966. (Cote : J 23 274)
- LESCURE (Jean) - Un Eté avec Bachelard. - Nouvelle édition - Luneau Ascot Editeurs, 1983. (Cote : KJ 19 563)
- MANSUY (Michel) - Gaston Bachelard et les éléments.
- J. Corti, 1967.
- MARGOLIN (Jean-Claude) - Bachelard.
- Le Seuil, 1974. (Cote : KJ 5661)
- MELANGES BACHELARD (Gaston) - Hommage à Gaston Bachelard. Etudes de philosophie et d'histoire des sciences par G. Bouligand, G. Canguilhem, P. Costabel...
- P.U.F., 1957. (Cote : W 3235)
- NAUD (Julien) - Structure et sens du symbole : l'Imaginaire chez Gaston Bachelard.
- Desclée, 1971. (Cote : HJ 1539)
- PIRE (Gaston) - De l'imagination poétique dans l'oeuvre de Gaston Bachelard
- J. Corti, 1967. (Cote : J 26 078)
- PRECLAIRE (Madeleine) - Une Poétique de l'homme : Essai sur l'imagination d'après l'oeuvre de Gaston Bachelard.
- Desclée, 1971. (Cote : KJ 5183)
- SCHAETTEL (Marcel) - Bachelard critique ou l'alchimie du rêve : Un Art de lire et de rêver.
- Editions l'Hermes, 1977. (Cote : KJ 14 639)
- THERRIEN (Vincent) - La Révolution de Gaston Bachelard. En critique littéraire, ses fondements, ses techniques, sa portée.
Du nouvel esprit scientifique à un nouvel esprit littéraire.
- Klincksieck, 1970. (Cote : HJ 196)
- VADEE (Michel) - Gaston Bachelard ou le nouvel idéalisme épistémologique.
- Editions Sociales, 1975. (Cote : KJ 10 377)

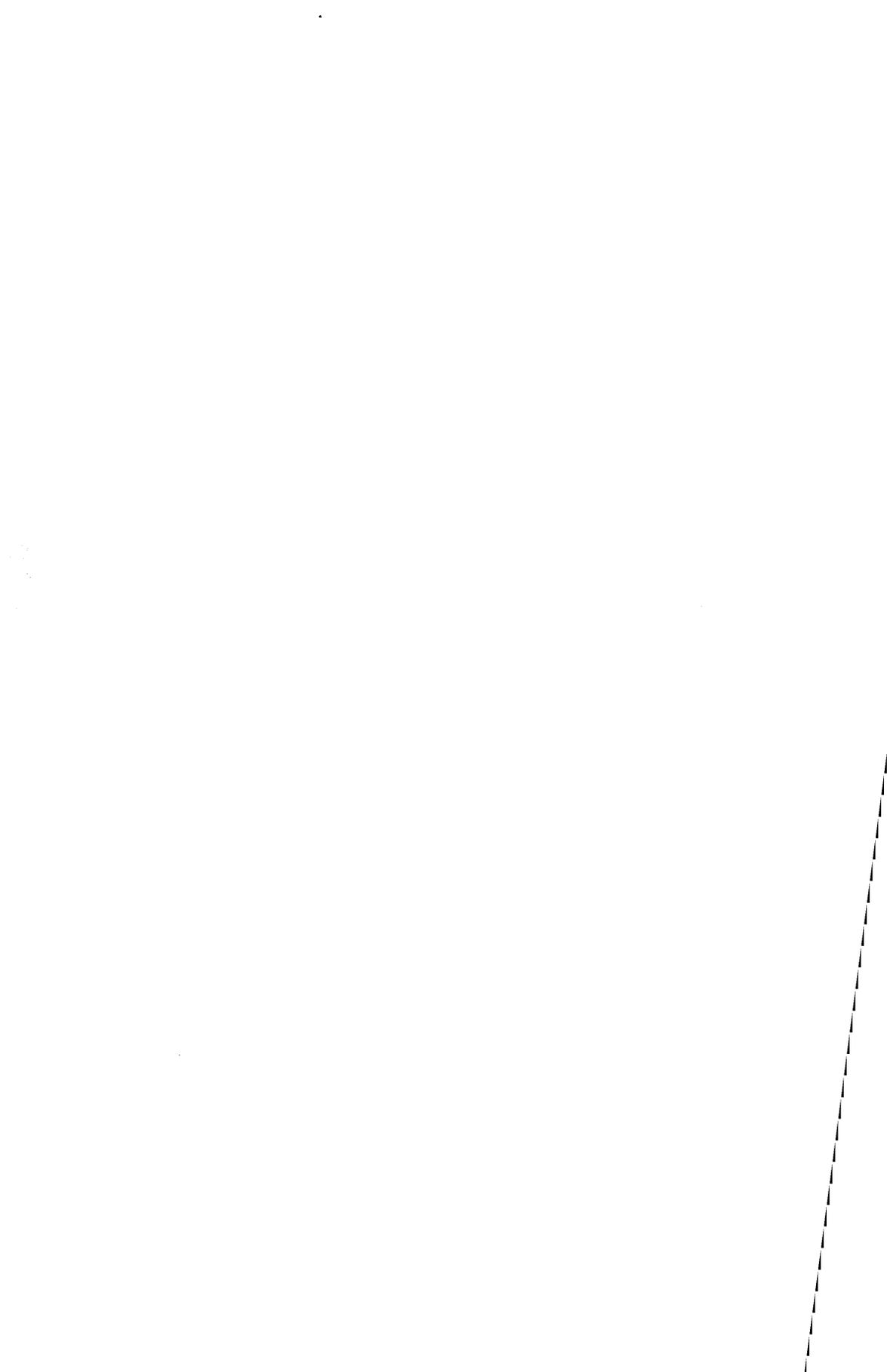
II - ARTICLES :

- BACHELARD - "L'Arc", 1970, 42ème cahier. (Cote : PER 1123)
 En hommage à Gaston Bachelard - "Revue de Métaphysique et de morale", 1965, n° 1. (Cote : PER 171)
 En hommage à Gaston Bachelard - "Les Etudes philosophiques", 1963, n° 4 (Cote : PER 5)
 Gaston Bachelard et les poètes - "Cahiers du Sud", 1964, n° 376. (Cote : PER 100)
- BENDA Julien - De la mobilité de la pensée selon une philosophie contemporaine. "Revue Métaphysique et de morale", 1945, n° 50, pp. 161-202. (Cote : PER 171)
- CAILLET (Gérard) - Du Bibliomène à l'anabaptiste : La pensée de Gaston Bachelard. "La Nef", 1951, n° 77-78, pp. 243-246. (Cote : 79 624)
- CAMPBELL (Robert) - Physique et physicien. "Critique", 1961, n° 169, pp. 541-562. (Cote : PER 299)
- CATESSON (Jean) - Bachelard et les fondements de l'esthétique. "Critique", 1964, n° 200, pp. 41-51. (Cote : PER 299)
- DAGONET (François) - Brunschvicg et Bachelard. "Revue de métaphysique et de morale", 1965, n° 1, pp. 43-54. (Cote : PER 171)
- DUFRENNE (Michel) - Gaston Bachelard et la poésie de l'imagination. "Les Etudes philosophiques", 1963, n° 4, pp. 395-408. (Cote : PER 5)
- FAYE (Jean-Pierre) - Gaston Bachelard et les poètes. "Cahiers du Sud", 1964, n° 376, pp. 200-206. (Cote : PER 100)
- GARDERE (Pierre) - Gaston Bachelard ou la poétique de raison. "Cahiers du Sud", 1964, n° 376, pp. 195-199. (Cote : PER 100)
- GUILLAUME (Louis) - Gaston Bachelard et les poètes. "Cahiers du Sud", 1964, n° 376, pp. 179-190.
- HYPOLITE (Jean) - Gaston Bachelard ou le romantisme de l'intelligence. "Revue philosophique", 1954, n° 1-3, pp. 85-96. (Cote : 28 578)
- JEAN (Raymond) - Lieu de la rêverie bachelardienne. "L'Arc", 1970, 42ème cahier, pp. 76-81. (Cote : PER 1123)
- LECOURT (Dominique) - De Bachelard au matérialisme historique. "L'Arc", 1970, 42ème cahier, pp. 5-13. (Cote : PER 1123)
- LESCURE (Jean) - Paroles de Gaston Bachelard : Notes sur les derniers cours de Gaston Bachelard à la Sorbonne. "Mercure de France", 1963, n° 348, pp. 118-125. (Cote : 28 535, 9ème et.)
- LYOTARD (Jean-François) - L'Eau prend le ciel. "L'Arc", 1970, 42ème cahier, pp. 38-54. (Cote : PER 1123)
- MANSUY (Michel) - L'Imagination de Gaston Bachelard, théoricien de l'imagination. "Information littéraire", 1965, n° 2, pp. 54-63. (Cote : PER 1142)
- MANSUY (Michel) - Gaston Bachelard et les lois de l'imagination littéraire. "Travaux de linguistique et de littérature", 1966, Tome 4, n° 2, pp. 103-109. (Cote : PER 1218)

- MARTIN (Roger) - Dialectique et esprit scientifique chez Gaston Bachelard.
"Les études philosophiques", 1963, n° 4, pp. 409-419. (Cote : PER 5)
- MILNER (Christiane) - Sur une conception moderne de la durée. "Les
Etudes philosophiques", 1963, n° 4, pp. 421-427. (Cote : PER 5)
- PARIENTE (Jean-Claude) - Présence des images, Gaston Bachelard.
"Critique", 1964, n° 200, pp. 3-27. (Cote : PER 299)
- POULET (Georges) - Gaston Bachelard et la conscience de soi. "Revue de
métaphysique et morale", 1965, n° 1, pp. 1-26. (Cote : PER 171)
- RAMMOUX (Clémence) - Avec Gaston Bachelard, vers une phénoménologie
de l'imaginaire. "Revue de métaphysique et de morale", 1967,
n° 70, pp. 27-42. (Cote : PER 171)
- THEOBALD (D. W.) - Gaston Bachelard et la philosophie de la chimie.
"Archives de philosophie", 1982, Tome 45, pp. 63-83.
(Cote : PER 917)

R. R. J. 1986
Pages 251 à 267

ACTUALITES
BIBLIOGRAPHIQUES



COMPTE RENDU DE L'OUVRAGE
"LA FORMATION DES NORMES EN D.I.D."

par
Pierre S. AGATE

La conférence de Genève de 1964 marque le début d'un effort d'adaptation des normes à la réalité des relations internationales. Depuis, malgré les stratégies de développement proposées, les divergences d'intérêts, et les controverses doctrinales, une évolution a eu lieu dans les principes, dans les textes et dans la doctrine. Un bilan s'avère donc impératif. Les organisateurs de la table ronde franco-maghrébine tenue à Aix sur la formation des normes en droit international du développement ont répondu à cet appel et ont voulu, sans doute, réunir des juristes des deux rives de la Méditerranée sensibles au concept de droit international du développement. Certains de ces juristes ont d'ailleurs contribué largement à l'enrichissement de ce concept. En réunissant cette table ronde, les organisateurs ne tentent pas seulement d'établir un bilan mais d'éclairer un concept largement discuté.

Aussi pour ce faire, il fallait établir un inventaire, préciser les idées et déceler les nouvelles tendances en vue de faire avancer la recherche qui paraît s'essouffler sous l'effet de la crise actuelle à tel point que, pour certains, le concept même du D.I.D. est déjà dépassé (voir le compte rendu du même ouvrage par G. Feuer (1)).

Le blocage des travaux du groupe d'experts, constitué par la commission des droits de l'homme à l'O.N.U. constitue sans doute un témoin éloquent pour les partisans de cette thèse.

L'intérêt de l'ouvrage, issu de la table ronde (2) n'est pas seulement dû à la qualité des participants, à leur appartenance géographique, politique et culturelle, mais également au fait qu'il représente un apport doctrinal qui prend en considération, dans ses analyses, les conditions objectives des relations internationales contemporaines et pour contribuer parfois à donner à l'indispensable positivité le rôle qui lui revient dans un domaine précis du droit international.

Une lecture de la liste des participants et des titres présentés (3) nous permet de constater le choix des organisateurs, un choix orienté vers la diversité dans la complémentarité des idées, plutôt que dans la confrontation. Comme l'indique la table des matières, le sujet se répartit en trois sous-thèmes.

Le premier porte sur le concept de D.I.D. (ses origines, son évolution et sa spécificité : pp. 15-108) en tant que droit de finalité. Puis l'accent est mis dans une deuxième partie sur les processus de formation de la norme en D.I.D. et de sa positivité (pp. 109-234). La question épineuse de l'efficacité et de la sanction de la norme en D.I.D. constitue la troisième partie (pp. 235-360). Quant à la conclusion, elle est le fruit de la participation de huit intervenants, dont celle de l'animateur principal Maurice Flory.

(1) : G. Feuer, Note de lecture sur l'évolution du droit international de développement, RGDI, T. 89, pp. 22-25.

(2) : La formation des normes en droit international du développement, Ed. CNRS-OPU, 1984.

(3) : Voir annexe.

Les débats ont été riches et ont permis de bien cerner les problèmes épineux que pose la D.I.D. avec cependant certains débordements dus peut-être à la dimension de la matière traitée. Cependant, la complexité du sujet traité a rendu, parfois, le respect de la répartition en trois sous-titres difficiles à observer.

En effet, pour traiter de l'objet et de la finalité du D.I.D. les auteurs se sont vus parfois obligés de traiter de la formation de la norme et de son effectivité. Cette remarque est aussi valable dans l'autre sens. Pour parler de l'effectivité on se trouve, à plusieurs reprises retourné à la case du départ.

* * *

L'introduction comme la conclusion générale sont présentées par Maurice Flory. Pour certains, le système de formation des normes en droit international "classique" répond imparfaitement aux exigences d'une paix par le développement. Cette lacune, pour Maurice Flory, qui pose le problème dans son introduction, va être relayée par un effort d'adaptation des techniques juridiques "qui trouve sa justification dans la finalité choisie par la communauté internationale".

Dans l'introduction générale divisée en deux parties, Maurice Flory pose la problématique et expose les opinions des tenants des deux thèses (4) : celle qui accuse le D.I.D. "de compromettre le droit avec la politique et l'économie" et celle qui l'accuse "de compromettre le droit international avec l'ordre capitaliste et dominant", avec lequel elle prône la rupture. Entre le problème de la positivité et de l'inadaptation, l'expression D.I.D. recouvre ainsi deux interprétations qui aboutissent à son ambiguïté. Mais l'auteur remet les choses en ordre en concluant "quelqu'en soit l'étiquette, il s'agit en tout cas des aspects nouveaux d'un droit international tendu vers le développement ou vers un N.O.E.I. et de ce fait il refuse dès le départ, la qualification du D.I.D. de "non-droit", la démonstration sur l'évolution vers la positivité faite dans sa conclusion générale fait suite à cette confirmation annoncée dès le départ.

I - OBJET ET FINALITE :

A - Une droit de dépendance :

Pour Ahmed Mahiou, comme d'ailleurs pour J.R. Henry et M. Bencheikh le D.I.D. "porte l'empreinte de sa filiation historique qui le rattache au courant de pensée du développement dépendant", une dépendance dont le support aujourd'hui "semble découler du D.I.D."

Dans la deuxième partie, Ahmed Mahiou met l'accent sur l'objet du D.I.D. qui n'est pas l'intégration des P.E.D. au marché capitaliste. D'ailleurs, l'indépendance politique des P.E.D. est devenue, souvent "une sorte de **pavillon de complaisance**". D'où deux courants de pensée, celui qui prône pour un développement autocentré défendu par M. Bencheikh (5) et celui qui se rattache à l'autonomie interdépendante dans le cadre d'une stratégie globale, idée généralement admise par les participants (c'est l'approche du N.O.E.I.). Dans cette optique le D.I.D. apparaît comme une sorte de "droit social international réformateur". Un droit représentant "un compromis", qui devient "la soupape de sûreté qui canalise et régule les contradictions du système international".

(4) : Voir la synthèse faite par M. Flory dans son opinion concluante à la fin de l'ouvrage, pp. 383 et s.

(5) : Voir p. 41.

Au delà de l'étude de la portée positive ou négative du D.I.D. et après avoir constaté que la mutation de la société internationale fait appel à la création indispensable "de nouvelles images juridiques du réel", J.R. Henry reprend l'idée de la filiation historique du D.I.D. qui se rattache à la législation coloniale toute ne passant par le droit de coopération. Le D.I.D. hérite ainsi de ses prédécesseurs "son objet géographique et certains de ses règles". D'ailleurs, l'émergence du D.I.D. "rejoint les différentes tentatives doctrinales visant à faire reconnaître la place du fait économique dans le D.I.D.

La filiation du D.I.D. et le rôle qu'il joue dans les relations internationales ont amené M. Bencheikh à présenter une communication pessimiste et militante qui plaide pour la théorie de la rupture. Pour l'auteur s'il existe aujourd'hui un droit international du développement, c'est parce que ce droit justifie son nom par le processus de développement global, or les réalisations de l'O.N.U. et de la C.N.U.C.E.D. ne laissent aucun choix au P.E.D. "Pour remplir son rôle, le droit international du développement doit rompre avec le système qui l'a produit". Aussi partant du postulat que le sous-développement est le produit historique du développement capitaliste, la conclusion à laquelle M. Bencheikh aboutit rejoint, dans certaines mesures, celle d'A. Mahiou. Pour l'auteur, dans la perspective de l'économie de marché et à la lumière de la division actuelle du travail "le D.I.D. est au fond, malgré sa nouveauté un droit international du sous-développement" (l'année suivante est sorti son ouvrage sur le droit international du sous-développement).

C'est "l'école d'Alger", soutenue par une bonne partie des juristes maghrébins et à laquelle appartiennent les trois auteurs précédents, qui s'exprime. Les trois auteurs rejoignent dans l'essentiel de leurs pensées, celle de M. Bedjaoui, à laquelle plusieurs intervenants ont fait référence.

Cependant, E. Van Buu s'interroge sur la théorie de la rupture en se demandant "si elle n'est pas en train de conforter dans la réalité le droit international classique dans son statut quo ? Pour l'auteur "déplorer les insuffisances est une chose" mais "saper l'idéologie du développement" et "affirmer que le D.I.D. est en crise parce qu'il n'est autre que le droit du sous-développement" en est une autre. E. Van Buu trouve ensuite l'explication dans la thèse de "l'autonomie interdépendante".

Sur un autre chapitre que celui de l'objet du D.I.D., A. Mahiou traite dans cette première partie des méthodes du D.I.D. qui "sont plus sous-cieuses des effets que des causes de la dépendance. Pour l'auteur, le D.I.D. ne fait que "mettre en oeuvre des techniques de compromis", il aborde également la question de la mise en oeuvre de la norme du D.I.D. et le problème de son effectivité qui suscite, chez lui une conclusion pessimiste reprise par M. Bencheikh.

Dans son deuxième point J.R. Henry explique la dialectique de la formation des règles. L'auteur donne l'exemple des deux principes : la souveraineté et la légalité en droit international qui "avant d'être des principes actifs, normatifs du droit international sont des figurations du réel", qui coexistent avec des nouvelles figurations. Cette représentation pose à un moment donné "le problème de la coexistence des nouvelles figurations avec les représentations antérieures", d'autant que "la mise en forme juridique de ces perceptions du réel va dépendre l'efficacité de la règle de droit".

Aussi les changements structurels de la société internationale se manifestent au niveau de l'interdépendance à l'intérieur du système international et à celui de la mondialisation du système économique tout en tenant compte, bien évidemment de l'évolution du rôle de l'Etat dans ce contexte.

L'idée de droit finalisé est reprise également par B. Stern qui aborde la question d'un angle différent. S'agirait-il d'un droit autonome à cause de ses finalités ou bien est-ce "un droit à caractère embryonnaire mais qui serait destiné en se développant à s'intégrer au droit international général ?" Dans sa réponse, elle refuse les deux hypothèses étant donné que tout droit est finalisé et suit certains idéaux. Seulement "la finalité" varie selon la structure de système juridique". Cela s'est reflété en droit interne par l'émergence des droits économiques et sociaux la finalité étant en D.I.D. l'établissement d'un N.O.E.I. Son raisonnement l'amène à affirmer qu'un système juridique "ne s'instaure pas pour son adéquation à une finalité idéale mais résulte des rapports existants". Sur ce point B. Stern qualifie le D.I.D. d'indicateur de l'évolution du droit international général.

Pour P.S. une approche souple se dessine en Grande-Bretagne. Le nouvel raisonnement s'oriente vers l'acceptation du droit international du développement avec une finalité économique nouvelle.

Dans sa communication qui rentre, en principe dans le cadre de la deuxième partie de cet ouvrage, J.M. Dupuy aborde les trois aspects de la question (définition, processus de formation et sanction). Aussi il tente dans son introduction de dégager la définition et le contenu du D.I.D. en constatant que "l'essentiel est la finalité" et traite ensuite de la "non spécificité formelle de la norme juridique de développement".

B - Le droit au développement :

Une autre approche n'est fournie par deux auteurs, le Père H. Sanson et A. Pellet. Le Père Sanson nous présente une projection du contenu chrétien du droit "au" développement sur le D.I.D. H. Sanson parlant en "humaniste" et en "sociologue attentif" n'a pas manqué de démontrer que le droit au développement se présente comme une sorte de "norme-juridique-valeur dépassant, englobant, expliquant les normes juridiques-objets aujourd'hui constitutifs du droit au développement".

C'est une règle "métajuridique" qui implique une obligation morale donnant droit au développement à "un seuil de développement analogue au S.M.I.C.". Le Père Sanson précise qu'il s'agit d'un droit de l'homme à la foi personne et communauté.

Dans cette perspective "le métadroit du développement est, en quelque sorte, la métaphysique de ce droit et le droit au développement en est un principe constitutif". On est donc en pleine philosophie juridique du développement qui nous présente "les normes valeurs" sous-jacentes aux "normes-objets" déjà formalisées.

L'idée de droit au développement est reprise par A. Pellet. Tout en demeurant flou, le droit au développement "apparaît comme un concept de droit positif à la recherche d'un contenu". Il est vrai que ce droit "n'est consacré par aucun texte juridique universel et à valeur contraignante". Elle prend aujourd'hui appui sur le nombre d'instrument juridique internationaux".

L'auteur affirme ensuite que le principe droit au développement est impliqué par de nombreux principes de droit positif et "constitue le fondement commun de certains droits de l'homme et du D.I.D."

Pour justifier son idée, il présente un recensement quasi systématique des rapports, discours et travaux à l'intérieur et en dehors des N.U. Dès lors, peut-on admettre ce raisonnement par implication ?

La réponse de l'auteur est affirmative. Pour lui, la notion du droit au développement est une notion en voie de consécration formelle (malgré l'enlèvement aujourd'hui du groupe constitué en 1981 par la commission des droits de l'homme à l'O.N.U.) et à la recherche d'un contenu (à propos du contenu du droit au développement, voir la communication de H. Sanson).

A ce niveau, la réflexion s'oriente vers 3 axes :

1. Vers les titulaires qui sont "à la fois les être humains (principaux sujets des droits de l'homme), les Etats et les autres collectivités (sujets reconnus du D.I.D.)"

2. vers les débiteurs du droit au développement qui sont les mêmes titulaires car droits et devoirs sont indissolublement liés

3. vers l'objet de ce droit.

Pour A Pellet, ce droit évoque un devoir de solidarité qui entraîne des obligations "non de résultat mais de comportement", puisque l'existence d'obligations de comportement dans le domaine des droits de l'homme n'a rien de nouveau.

Le contenu de l'intervention de H. Cassan nous amène à la présenter avec les communications de H. Sanson et A. Pellet. Pour l'auteur c'est par un glissement idéologique que les fins de l'humanité se sont progressivement confondues avec les revendications du Tiers-Monde. L'humanité à travers les textes est aujourd'hui une personne juridique qui jouit d'un patrimoine. Ce patrimoine devrait répondre à l'impératif de son développement. Aussi en cas de conflit entre les droits de l'Etat (membre de l'humanité) et les droits de l'humanité "ces derniers prévaudront". C'est une nouvelle hiérarchie des normes que nous propose H. Cassan.

II - JURIDICITE ET PROCESSUS DE FORMATION DE LA NORME EN D.I.D.

La deuxième partie de l'ouvrage pose la question de la juridicité du D.I.D. et s'interroge sur le processus de sa formation.

Le droit international classique offre-t-il au D.I.D. les techniques qui répondent à la nécessaire évolution des normes internationales ; permet-il aux P.E.D. de participer équitablement au processus de formation des règles dans un domaine aussi stratégique que le développement ? Dans d'autres termes assistons-nous à une évolution dans la technique de l'élaboration des règles en droit international général ?

Partant du postulat que rien ne s'oppose à cette évolution, B. Stern admet que dans le cas d'une réponse affirmative, l'évolution ne peut pas remettre en cause le fondement du D.I.D. qui est la volonté des Etats, et si l'on arrive à une certaine manipulation de la volonté des Etats au niveau de l'élaboration, la norme dépend de cette même volonté pour son exécution car seule l'application d'une résolution peut lui conférer une valeur juridique. La résolution d'une organisation internationale joue ainsi un rôle "médiatiste" et manifeste incontestablement l'opinio juris d'un certain nombre d'Etats. Mais il arrive que l'opinio juris soit seulement celle d'un groupe d'Etats avec les conséquences qui en découlent. Elle en conclut que "loin de rejeter le positivisme ceux qui souhaitent l'émergence d'un N.O.E.I. devraient être des positivistes attentifs" et cela malgré le rôle que joue actuellement les résolutions des O.I. "pendant cette période que l'on pourrait qualifier de préjuridique".

M. Bennouma en contradiction avec la conclusion de B. Stern part en

croisade contre les positivistes qui ne peuvent plus se réfugier dans le confort du positivisme traditionnel. Pour l'auteur les techniques formelles de création des normes reposent sur l'accord tacite ou explicite et cela prive le D.I.D. de toute originalité.

D'autre part, le libéralisme profite aux pays industrialisés d'où la réclamation des P.E.D. d'une "dose minimum de dirigisme et de planification" qui suppose un processus d'élaboration des normes générales. Pour traiter cette idée qui constitue son premier point, l'auteur tient un langage formellement très énergique mais juridiquement modéré. Pour montrer l'effort de planification, il rappelle l'évolution depuis les années 60 en passant par les négociations globales et le III^e conférence des N.U. sur le droit de la mer.

Son deuxième point porte sur la négociation permanente et le rôle qu'elle joue dans les processus de formation des normes à partir des compromis "ce qui alimentent la pratique des Etats et favorisent, en conséquence, la formation des normes coutumières". Tel est le rôle, notamment des résolutions. A ce niveau, la résolution joue également pour lui un rôle médiatisé avant de devenir une norme coutumière la différence est due au fait qu'elle représente, au départ, un compromis auquel les P.E.D. n'ont pas participé.

La conclusion à laquelle aboutit l'auteur est que "le volontarisme normatif, nourri aux réalités internationales et soutenu par une imagination créatrice s'impose désormais comme la composante essentielle de la déontologie du juriste de D.I."

Contrairement aux deux auteurs précédents, J. Touscoz après quelques observations terminologiques soutient deux idées principales qui traitent de la positivité et des acteurs internationaux.

Le D.I.D. fait partie du droit international général, ce n'est donc ni "anti-droit" ni même "un autre droit". Sa juridicité, comme celle de tout autre norme "est équivalente à sa positivité d'où vient le rôle des acteurs qui ne se limitent pas aux Etats. Pour l'auteur toute entité dotée d'une volonté autonome est un acteur international. Les Etats n'ont pas le monopole de la légitimité et de l'effectivité. Il met particulièrement l'accent sur les sociétés multinationales en tant qu'acteurs non-étatiques. Point de vue refusé par plusieurs orateurs.

Mais le rôle des acteurs non-étatiques, bien qu'indirect est particulièrement actif au cours de la phase de la cristallisation des normes. C'est une étape qui se situe entre l'apparition de l'idée juridique et son adoption.

J.P. Dupuy choisit le terrain des sources du D.I.D. Pour l'auteur, traités coutumes et jurisprudence "constituent, à la lumière des pratiques, des sources très classiques du D.I.D.". La question qui mérite attention dans son exposé touche au phénomène de Soft Law. Pour l'auteur ce phénomène n'affecte pas la classification des sources car il ne fait que "caractériser les conditions nouvelles de formation de la coutume" à partir d'une résolution.

De la généralisation de la Soft Law et la fonction (résolutions consécration et normes programmes) résulte "un brouillage des critères" de positivité. Aussi pour être une règle coutumière, il faut un minimum d'effectivité et de reconnaissance. Mais considérer une norme comme étant positive "uniquement parce qu'elle bénéficie d'une forte revendication de légitimité (conformité à la finalité éthique) serait simplement irréaliste". Selon l'auteur une norme "aura dépassé le statut pré-positif de la Lex Ferenda lorsqu'elle aura déjà influencé sur les pratiques juridiques en entamant ainsi un processus d'effectuation".

Cependant l'inadéquation des cadres de codification traditionnels (UNITAR et C.I.D.) a abouti d'après L. Bouony à une nouvelle orientation ; le dialogue dans le cadre des conférences internationales afin d'éviter la majorité automatique des P.E.D. Cependant la résolution de l'Assemblée Générale de l'O.N.U., Res. 32/174, marque le retour au cadre onusien, idée reprise par R. Ben Achour (6).

Dans un deuxième point, L. Bouony reprend l'idée de J.M. Dupuy en constatant que les Etats "sont souvent portés à concevoir la formation des normes du D.I.D. de façon globale" et il tire les exemples des résolutions et déclarations adoptées depuis 1960, d'où la difficulté de distinguer le droit du "pré-droit" ou du "non-droit".

Pour M. Virally, comme pour J. Touscoz, le D.I.D. fait partie du D.I. avec les mêmes processus de formation. On peut cependant noter quelques particularités de ces processus. Cette remarque est aussi valable concernant la positivité du D.I.D. par rapport à celle du D.I.

Les observations formulées par l'auteur lui permettent de mettre en lumière l'insuffisance de débit des sources du D.I. ; il remarque la tendance de certains juristes à rechercher la positivité par des voies nouvelles pour combler cet insuffisance ; ce qui les rend peut-être "coupables de juridicentrisme". Sauf cas précis, les résolutions ne créent pas d'obligations. Mais la positivité n'est pas indispensable pour qu'un Etat se considère tenu par une obligation "si la positivité est nécessaire devant un tribunal elle ne l'est pas pour l'engagement", et les Etats prennent souvent "des engagements politiques" en se plaçant délibérément en dehors du droit. Des engagements dont l'efficacité "est souvent plus grande que celle des remèdes juridiques".

M. Chemillier-Gendreau soulève la question de la formation des normes en D.I.D. à l'occasion de son intervention sur leur effectivité et sur sa sanction. Pour elle la formation des normes en D.I.D. n'est pas différente de celle dans les autres secteurs du D.I.

Après avoir signalé que le dialogue et "un cadre propice à l'application de certains principes", R. Ben Achour pense que l'originalité du dialogue réside dans son caractère temporaire complémentaire et plus ou moins informel.

Cependant pour la transformation de l'ordre international et malgré ses imperfections "la préférence des P.E.D. va vers le cadre onusien". La multiplication des initiatives sectorielles et la revendication des négociations globales ont fait retour au cadre traditionnel, une opinion qui rejoint en définitive celle de L. Bouony.

M. A. Bekhechi rappelle le débat doctrinal qui accorde à la résolution une valeur morale et la considère dans certaines conditions comme un acte juridique pour affirmer finalement que les résultats "fournissent une base objective de référence et de discussion pour analyser les changements", tout en soulignant que "les juges n'ont pas manqué tous des reprendre les nuances qui s'attachent à la matière".

Après avoir passé en revue les résolutions qui "forment la charte de l'assistance technique" et rappelé le rôle qu'a joué la résolution 1514, M. A. Bekhechi se rallie à l'opinion de Castenada et Virally en affirmant qu'il ne fait plus de doute que les résolutions remplissant certaines conditions vont produire des effets juridiques concrets de nature et de degrés très variables".

(6) : Voir intervention de L. Bouony p. 145.

Le rapport résolution-coutume est resté la préoccupation d'un grand nombre d'intervenants. G. de Lacharrière a choisi de traiter le phénomène de "la coutume incidente à la négociation d'une convention" puisque pour se développer la coutume se nourrit aussi bien des actes des organisations internationales que des conventions entre Etats.

L'exemple cité par l'auteur est celui des règles juridiques nouvelles inscrites dans la convention sur le droit de la mer et admises par une grande majorité d'Etats bien que la convention elle-même n'ait pas été encore ouverte à la signature des gouvernements participants. En faisant référence aux travaux de la 3ème conférence les gouvernements qui ont introduit les textes concernant la zone économique dans leurs législations ont considéré que l'exigence de "l'opinio juris" correspondante est satisfaite. L'auteur étudie d'abord la preuve de telles affirmations et leur imputabilité aux divers gouvernements pour expliquer ensuite que l'affirmation doit porter sur l'existence d'une règle faisant déjà partie du droit positif. Or certains traits de la négociation du droit de la mer cadrent mal avec ce principe. Puisque en adoptant le principe du "paquet" chaque solution était officiellement conditionnée par les autres, d'autant plus que les délégations n'avaient pas pouvoir, au cours des négociations de conclure un acte pour des raisons diverses.

Les conséquences d'une orientation sont étudiées par P. Tavernier, le nouveau droit de la mer apparaît comme le révélateur des contradictions de la société internationale actuelle. Le mouvement d'organisation et d'appropriation maritime nationale et internationale peut aussi bien être favorable à un approfondissement du D.I.D. comme il peut le contrecarrer. L'appropriation nationale va aggraver les difficultés des autres Etats, celle internationale va "traduire les tensions existant dans le D.I.D. entre les deux principes de l'égalité souveraine et de la solidarité. Ambiguïté et contradictions mal surmontées au détriment du progrès du D.I.D.

Cette insatisfaction on la constate également au niveau des règles régissant les relations commerciales internationales. En étudiant les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial dans les domaines de l'arbitrage, de transport maritime et de vente de marchandises, Ph. Fouchard constate que les nouveaux instruments normatifs auxquels ils ont abouti n'ont pu donner qu'une satisfaction partielle en ce qui concerne la prise en compte des préoccupations du N.O.E.I. A travers le contenu du règlement d'arbitrage adopté en 1976 Ph. Fouchard constate que la moisson est finalement assez maigre. Les raisons tiennent à ce que l'oeuvre de la C.N.U.D.C.I. "ne peut être que réformiste" ; que le droit des relations internationales privées existe et à la différence du droit privé de "vacuum juris" on est, donc, toujours dans la positivité.

Si les auteurs précédents ont traité la formation de la norme au niveau international, F. Horchani aborde la question sous l'angle régional dans le cadre des relations sud-sud et plus précisément dans le cadre de l'expérience interarabe. Au départ, il constate que l'expérience arabe dans le domaine d'assurance des investissements a réussi là où l'expérience internationale dans ce domaine a échoué. Dans l'expérience arabe, les différentes parties (Etats exportateurs de capital, Etats importateurs de capital et investisseurs) se sont intéressés d'abord à la garantie financière de l'investissement contre les risques non commerciaux et elles se sont attelées ensuite à l'élaboration d'une convention globale régissant et protégeant l'investissement régional dans les perspectives de la réalisation d'un plan régional de développement économique.

Il décrit ensuite le système arabe de garantie financière basé sur la convention du Koweït du 25.5.1971 et instituant la compagnie interarabe pour la garantie de l'investissement C.I.A.G.I. dont l'objet principal est de garantir les risques non-commerciaux. L'auteur explique les raisons pour lesquelles, il a fallu attendre 1980 pour voir "mettre sur pied un véritable code régional des investissements" (la convention unifiée pour l'investissement de capitaux arabes dans les pays arabes) et faire ensuite quelques remarques sur ce texte très récent.

III - EFFECTIVITE ET SANCTION EN D.I.D.

Pour qu'elles soient considérées comme telles, les normes du D.I.D. doivent être dotées d'un minimum d'effectivité et de sanction. Ce problème est considéré par les intervenants comme étant au coeur des problèmes que soulève le N.O.E.I. Ce n'est pourtant pas l'idée de J.P. Dupuy qui dissocie la norme de sa sanction.

La lecture de cette troisième partie permet de constater deux approches pour traiter la question posée : l'une penche vers l'analyse théorique, l'autre vers l'approche pratique qui n'a pas manqué de nous présenter une étude de cas concret dans le cadre d'une coopération régionale sud-sud, celle de la coopération inter-arabe.

A - L'approche théorique :

A la fin de son exposé P.M. Dupuy dissocie la norme de la sanction en rappelant qu'il "faut affranchir la norme de tout lien automatique avec l'usage de la coercition". Ce n'est pas l'idée de R. Mahboule pour qui les normes du D.I.D. étaient "interventionnistes" et "de finalité" ne doivent pas être seulement effectives mais également "efficaces". Son exposé l'amène à étudier la difficulté de définir la substance de la norme pour porter, enfin, sa réflexion sur les deux éléments : effectivité et efficacité de la norme.

Pour étudier les sanctions de la norme en D.I.D. l'auteur étudie "le rôle principal des organisations internationales dans la mise en oeuvre des sanctions et le rôle des procédures judiciaires.

Dans son exposé M. Chemillier-Gendreau reprend les principales questions soulevées par les participants. Après avoir constaté que la norme est l'expression juridique d'un phénomène social pose "le problème fondamental" à savoir "si la norme crée le phénomène ? ou si elle se contente de l'exprimer ? ou si elle peut à terme le modifier ? et elle propose d'y répondre en abordant la question à partir de quatre éléments de réponse".

Tout d'abord, elle démontre comment "la formation des normes en D.I.D. n'est pas différente de la formation des normes dans les autres secteurs du D.I.", idée déjà exprimée par M. Virally et J. Touscoz. Elle explique ensuite "les rapports du droit avec la justice... ou l'idéologie". Le troisième point qui est centré sur "l'efficacité de la norme en D.I.D." le développe "à partir de la distinction entre le juridique et l'idéologie". Pour finir elle essaye d'appliquer "cette trame complexe d'explications du D.I.D."

Pour parler de l'effectivité de la norme A. Hasbi nous ramène à l'évolution des règles du commerce international à partir de 1961 passant par le développement collectif "auto-dépendant et endogène" et "la mise en place d'un système global de préférence entre P.E.D."

C'est à partir de ces principes "en gestation" que l'auteur examine les tentatives d'application des règles du D.I.D. Les obstacles sont divers. Ils se situent au niveau des mécanismes adoptés et de la pratique des Etats concernés et leur environnement.

Etant "rédigées de façon voisine" l'examen de l'évolution des interprétations permettrait "que l'on mesure comment le D.I.D. prend son assise même si c'est par des voies détournées".

Pour illustrer son idée, l'auteur évoque deux sentences (Libye-Texaco et Kueït/Aminoïl) qui portent sur l'interprétation à donner aux clauses qui tendent à protéger les investisseurs et les conséquences à tirer de leur violation.

A travers ces deux exemples l'auteur constate "le jeu subtil qui existe pour passer du discours politique à l'énoncé de la norme et de l'énoncé de la norme à sa reconnaissance et en définitive à son application. Les sanctions en découlent immédiatement".

L'importance croissante de l'arbitrage ne fait aucun doute. Plusieurs orateurs ont traité de l'arbitrage comme l'institution qui apparaît aujourd'hui la plus adaptée parce qu'elle est sans doute la plus adaptable au stade de l'évolution des normes de D.I.D. La question qui reste à élucider concerne la capacité de cette institution de prendre part au processus législatif.

Sur ce point A. Redfern constate que l'arbitrage "dénationalisé" devient plus réel et l'arbitre comme le juge, doit jouer un rôle dans l'évolution du droit. Cela apparaît d'ailleurs à travers l'étude de l'affaire entre le Kueït et Aminoïl dont la concession est protégée par une clause de stabilisation mais dont l'effet a été limité par la sentence arbitrale. La raison étant due au pouvoir souverain de l'Etat contrairement à la sentence dans l'affaire Texaco.

L'étude de l'impact de ces sentences a été présentée par J. Paulsson. L'auteur analyse la phase post-arbitrale en se posant la question de savoir si les sentences arbitrales sont respectées et si oui pour quelles raisons?

Tout au long de son exposé J. Paulsson nous montre comment le recours à l'arbitrage a pu donner satisfaction à des parties du Tiers Monde et l'attachement de certains tribunaux des pays industrialisés "aux principes du caractère définitif et obligatoire des sentences arbitrales internationales".

A la question : Que vaut une sentence arbitrale contre une partie du Tiers-Monde ? L'auteur constate que "le rejet des sentences régulièrement rendues détruit les rapports de confiance nécessaire en matière de développement y compris l'autorité de la juridiction arbitrale" et que l'entreprise publique d'un P.E.D. dans une telle hypothèse "nuirait également aux rapports avec l'ensemble des investisseurs et des finances indispensables à la stratégie de développement du pays".

A la question : Si un nouveau droit du développement s'appliquant à des arbitrages mettant en cause des parties de droit privé est souhaitable? L'auteur oppose des doutes sur une telle opportunité.

Une autre approche régionale axée sur les relations inter-arabes dans le domaine de l'arbitrage est présentée par J.F. Rycx comme sanction des accords de coopération économique.

Pour étudier les clauses d'arbitrage contenues dans les accords il les répartit en 4 types d'accords, mais il révèle tout de suite qu'elles portent, dans leurs totalité, sur l'arbitrage ad-hoc. Dans son exposé il répond à deux questions : la première concerne l'ordre juridique. Il s'agit d'examiner d'une part si les clauses d'arbitrage incluses dans les accords inter-arabes entraîne des arbitrages du droit international public ou privé ? La réflexion de l'auteur s'oriente vers une conception publiciste et il expose les raisons. De même pour le choix de la procédure. D'autre part, si les textes étudiés "doivent être qualifiés de traités internationaux".

Pour étudier le droit applicable, l'auteur constate, dès le départ, qu'il "fait partie de l'ensemble de la clause compromissoire". Mais dans sa réponse à une question concernant les conséquences de l'existence de ces clauses sur la fixation d'une pratique inter-arabe, J.F. Rycx relève l'existence des "cases vides dont on aurait besoin" et "des principes qui ne peuvent s'appliquer qu'à un contenu concret...".

L'ensemble de remarques qu'il présente permet à l'auteur de conclure "qu'à aboutit à une confusion entre l'idée de développement et celle de transnationalisation du capital au niveau régional... et que les règles régionales du développement arabe sont des adaptations fonctionnelles aux réalités du commerce international".

Cette présentation générale sur l'insertion des nouvelles normes dans l'ordre national va être précisée également par N. Turki qui expose l'exemple algérien d'une pratique nationale.

L'effort de l'Algérie se situe à deux niveaux : celui de la récupération des richesses naturelles (la nationalisation) et celui de la récusation de l'extraterritorialité des sociétés multinationales. La récupération de la richesse nationale s'est renforcée par l'abolition du système de la concession en faisant recours à des sociétés mixtes et par la possibilité de valoriser les hydrocarbures.

Sur le plan juridique, les sociétés multinationales évoquant l'extraterritorialité prétendent se soustraire aussi bien à la compétence législative de l'Etat hôte sous la forme d'un "prétendu droit transnational" qu'à sa compétence juridictionnelle. Alors pour trouver une solution à un conflit elle préfère un juge indépendant, mais le P.E.D. "a également raison de se méfier de la juridiction arbitrale" et tend comme c'est le cas de l'Algérie "à restreindre au maximum son domaine d'intervention".

* * *

La conclusion est le fruit de plusieurs participations dont l'une et la première est celle de P. Weil. Son étude publiée dans la R.G.D.I.P. en 1982 "vers une normalité relative en droit international" lui a valu de nombreuses critiques.

C'est le professeur M. Flory qui conclut en humaniste tout en gardant la vision d'une analyse réaliste. Pour ce faire il donne tout d'abord un éclaircissement sur les deux courants d'idées accompagné d'une mise au point sur les débats.

Venant de deux univers différents les participants ne pouvaient avoir le même regard sur le droit international. Aussi pour atteindre des objectifs de synthèse, M. Flory explique l'inévitable évolution vers une normativisation corollaire de l'évolution de la société internationale.

La finalité du droit de la société internationale est plus complexe que celle du droit international classique. Pour les juristes du Tiers-Monde le processus réformiste ne répond pas à l'urgente nécessité de changement. Par conséquent le débat se situe autour du seuil de la normativité qui est de surcroît difficile à identifier.

La problématique étant ainsi posée, l'auteur essaye d'expliquer ensuite, la mutation qui s'effectue dans l'ordre international. On assiste aujourd'hui à "un long processus de juridicisation". La formation de la norme se fait par une progression logique et inter-actionniste. Aussi la lente progression remplace ici le seuil. Une situation injuste à laquelle il faut trouver remède (l'éthique). Ensuite vient le rôle "des ateliers de pensée".

La seconde étape est "celle de l'accession de l'idée à la légitimité internationale", tandis que la troisième correspond au passage de la légitimité à la légalité "franchissement du seuil de la positivité" à ce niveau intervient la volonté implicite déclarée des Etats.

Mais en plus de l'accord et de la coutume un troisième vecteur peut intervenir dans le cadre du D.I.D. : la résolution. Celle-ci "peut se développer par des négociations pour accéder au niveau de la légitimité" et puis à celui de la "légalité" grâce à la coutume. La voie de la résolution est un processus nouveau. L'adoption de la résolution par consensus ou même par vote à l'unanimité "ne modifie pas sa nature juridique".

Cette présentation qui a l'avantage d'être, en même temps, théorique et pratique sur la formation de la norme en D.I.D. propose une réflexion qui ne peut que satisfaire les deux courants puisqu'elle répond positivement aux exigences de la mutation sans s'éloigner des préoccupations des positivistes. C'est par le biais de ce processus brièvement mais clairement expliqué que la société internationale qui proclame le développement et à laquelle appartient l'Etat, "naturellement et indépendamment d'un acte d'adhésion" peut échapper à la contradiction (nécessité de développement et souveraineté) en contournant les abus de la souveraineté.

* * *

J.-M. Trigeaud, **Humanisme de la liberté et philosophie de la justice**,
t. I, Bordeaux, Ed. Bière, 1985, coll. Bibliothèque de philosophie
comparée-Philosophie du droit, 173 pages ; version française d'un
ouvrage publié en espagnol (Ed. Reus, Madrid).

Tous ceux qui connaissent les nombreux et importants travaux de Monsieur Trigeaud ne seront pas étonnés d'apprendre que ce nouveau livre est une grande réussite, une oeuvre à lire sans retard, à relire sans cesse, à réfléchir, à citer, une oeuvre à laquelle il faudra revenir maintes et maintes fois. Les publications antérieures de l'auteur se signalaient déjà par leur nombre, par la qualité de leur documentation et par leur richesse théorique ; les voici tissées les unes aux autres dans une synthèse qui permet d'en mieux mesurer l'importance et qui aide à comprendre comment il faut passer de l'une à l'autre. Finalement, ce qui frappe le plus dans ce tableau des philosophies du droit, de Platon et Aristote, saint Thomas, Hobbes, Kant, Bergson, Radbruch, Reale ou encore Heidegger, présent au début et à la fin de l'ouvrage, sans oublier l'important Rosmini, c'est la vigueur d'une exigence philosophique peu commune.

Comment sommes-nous passés de la "perspective réaliste de la liberté incarnée" à la "perspective idéaliste de la liberté transcendante" ? Qu'est-ce que l'humanisme ? Pour répondre à de telles questions, il fallait définir "un véritable humanisme qui ne retient pas une conception de l'homme tronquée, ni dans les facultés qui le singularisent, ni dans son mode d'être fondamental. Si un tel humanisme peut être qualifié de transcendantal, c'est simplement de préférence à la notion d'un idéalisme transcendantal, qui privilégierait avec excès la *res cogitans* et qui gommerait l'expérience vécue de l'être au monde social à laquelle est lié le sens authentique de la liberté" (p. 151, n. 7, en conclusion de la présentation des pensées d'Ortega y Gasset, Recasens-Siches, Garcia-Maynez et Legaz y Lacambra). La ligne générale de l'ouvrage se résume dans son dernier titre : "Retour au concret et expérience de la liberté" ou encore REALISME PAS MORT (p. 127).

Le livre de Monsieur Trigeaud constitue désormais la référence inévitable sur les thèmes de la vérité et du réalisme, de la justice et de la liberté, de la volonté et de la personne. Sur la liberté, il faudra d'abord retenir la distinction fondamentale entre l'incarnée et la transcendante ; "la liberté incarnée répugne autant à la liberté pure déterminée par la connaissance qu'elle invite à suivre Platon qu'à cette liberté transcendante à laquelle conduira l'idéalisme kantien, liberté s'accordant à une légalité universelle issue de la raison" (p. 77). Ses avatars juridiques sous l'influence du volontarisme sont ensuite décrits de la manière la plus nette (voir notamment, p. 96). Il ne reste plus qu'à retourner au concret pour constater que "si l'essence de la personne est sa liberté, cette essence ne peut être véritablement comprise qu'en se tournant vers l'existence de la personne, vers l'*activité volontaire* qui l'exprime. Une telle activité est personnelle, libre, quand elle est soumise à l'être, au juste qu'il indique comme une normativité objective. Car l'être prescrit sa loi en se présentant comme un bien - un bien qui rend morale la volonté qui le poursuit et lui assure sa liberté" (p. 141 : sur Rosmini.- Voir aussi le passage d'une conception à l'autre de la liberté, p. 78-79.- Et, chez Aristote, "la liberté ne reçoit aucune expression juridique... La liberté n'est pas plus le fondement qu'elle

n'est le but de la justice juridique;.. La liberté est toutefois la condition de la justice juridique", p. 54).

C'est surtout l'histoire et la théorie du réalisme en philosophie du droit qui sont présentées avec un rare bonheur. La réflexion liminaire sur la culture en offre une première occasion. "Le recours au vocable "création" qui désigne l'intervention la plus révélatrice de la liberté doit être limité quand il s'applique à la description du droit comme oeuvre ou bien de culture. Il n'est de création que de la forme, de la conceptualisation qu'elle représente ou de signifié, ce qui ne saurait s'étendre à la substance même de la chose, c'est-à-dire à la justice" (p. 35); la justice "n'est pas un produit de l'homme" (p. 45). La deuxième occasion est donnée par les craintes que suscitent certaines pensées qui "à force de vouloir enfermer l'homme dans le droit, (sont) tentées de nier l'homme en dehors du droit" (p. 44, sur les droits de l'homme; pour une nuance, voir p. 69 et 74). Le risque est que "la liberté transcendante (ne soit) comprise, comme l'humanisme dont elle dépend, par un excès de rationalisme qui la vicie dans le principe" (p. 127). Ainsi l'auteur peut-il classer les différentes philosophies en fonction de leur plus ou moins grande distance à l'égard du réalisme classique: "Si l'hégélianisme raticalise le réel plus qu'il ne l'explique, il a le mérite de l'assumer. On ne peut en dire de même ni du cartésianisme, ni du kantisme, exclusivement rattachés à une subjectivité métémpirique et à une Humanité idéale" (p. 139).

C'est assez dire que la question centrale - ici magistralement traitée - est celle de la définition de l'humanisme. L'auteur en distingue deux conceptions, l'une spécifique, idéaliste qui regarde l'essence de la justice "comme immanente à l'esprit humain et comme découlant des seules régulations de la conscience" (p. 39), l'autre générique. "Générique, l'humanisme peut l'être dans la mesure où il correspond à une conception implicite dans toutes les démarches métaphysiques tournées vers la justice, dont la démarche idéaliste n'est qu'une variante. Mais ... si l'humanisme générique s'attache à la nature de l'homme, ce n'est pas pour en observer les caractères, ni s'efforcer d'en dégager un principe de justice dans sa généralité conceptuelle. Il ne s'intéresse qu'au rôle de la nature humaine: il la considère dans sa dimension éminemment personnelle, en ce qu'elle désigne le *pour soi* et la *liberté* qui sont la condition du savoir noétique et culturel" (p. 40).

Pour mener la réflexion sur le mode de connaissance de la justice ou du droit comme juste (p. 18 et 15), l'ouvrage examine très précisément la plupart des principaux concepts juridiques, celui de personne constamment repris à travers toutes les philosophies (voir notamment p. 23-24, 53, 57, 63, 66, 79, 85-86, 95, 123-124, 127, 136, 140-141, 147, 148, 158) et celui de propriété (p. 56, 113, 144-145) ou de contrat (sur l'imprévision, voir p. 65), sans oublier l'inévitable droit subjectif (p. 63, 69, 74-75, 94, 99, 110, 120, 154). Avions-nous tort de dire qu'une nouvelle pièce irremplaçable venait de s'ajouter à la bibliothèque du juriste français? Qui, parmi nous, pourrait se passer des éclaircissements donnés sur les différents sens de ces mots? On est pris de vertige en mesurant une fois de plus l'étendue de ses lacunes et chaque lecteur concevra une réelle reconnaissance à l'égard de Monsieur Trigeaud qui l'aide si bien à les combler. Telle est l'importance essentielle de cette oeuvre qu'elle contribuera au développement, chez tous ses lecteurs, de cet *habitus* de la justice dont le juriste peut être présumé doué (p. 64-65). Encore lui faut-il, pour conserver cette "faculté permanente de dire ce qu'est l'égalité dans le cas d'espèce qui lui est soumis" (ibidem), demeurer conscient de ses exigences: "l'homme

de culture prétend n'être satisfait par aucune des explications qui lui sont proposées de la réalité du système juridique, de l'expérience qu'il en fait, de la conscience qu'il en a, au plan dianoétique. Il déclare n'avoir d'autre connaissance que celle de la présence d'un principe de justice, dont l'analyse est de la compétence du philosophe, mais dont il est possible de dire qu'il désigne une vérité inconditionnée où l'humanité de l'homme se reflète et qui le rend libre" (p. 33).

Christian ATIAS.

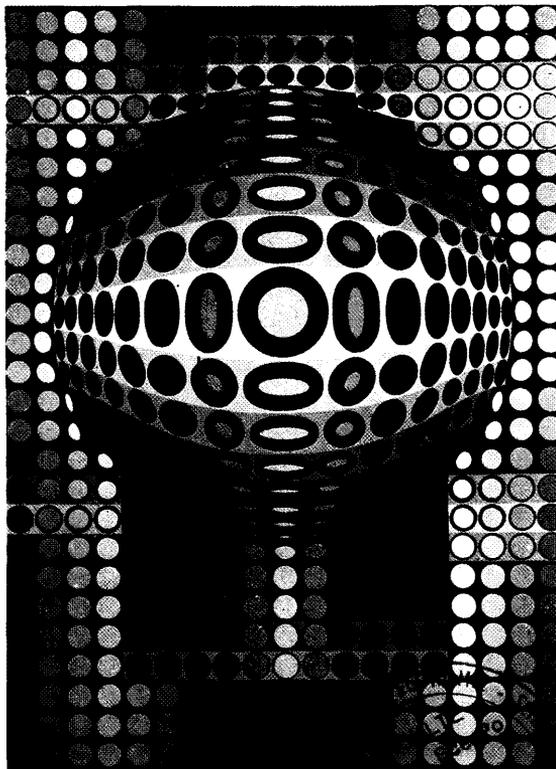
Dépôt Légal - 4ème Trimestre 1986



N° ISSN 0249-8731

Revue de la Recherche Juridique

DROIT PROSPECTIF



CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

N° 1

**LES DÉFINITIONS DANS LA LOI
ET LES TEXTES RÉGLEMENTAIRES**

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

1986 - 4



La Direction de la Revue de la Recherche 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.

**REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF**

1986 - 4

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

Abréviation de référence : R. R. J.

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 à 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. 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 TERRÉ	Professeur à l'Université de Paris II
M. André TUNC	Professeur à l'Université de Paris I
M. Marcel WALINE (†)	

❖ - ❖ - ❖

Rédacteur en Chef : C. ATIAS

Secrétaire de Rédaction : M. GARCIN

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

COMITÉ SCIENTIFIQUE

M. le Professeur	D. BERRA	M. le Professeur	M. FLORY
M. le Doyen	F. BOULAN	M. le Professeur	D. LINOTTE
M. le Professeur	Y. DAUDET	M. le Professeur	J. MESTRE
M. le Président	Ch. DEBBASCH	M. le Professeur	J.-L. MESTRE
M. le Président	L. FAVOREU	M. le Professeur	C. MOULY

Service Commercial : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
3, Avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex

ABONNEMENT : 4 numéros par an - Tarif 1986

Abonnement de Soutien : 350 F
Abonnement (France) : 240 F

Abonnement étranger : 300 F
Numéro (France) : 80 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'UNIVERSITÉ
12, RUE NAZARETH - AIX-EN-PROVENCE
Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

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

Cartes de Fidélité - Recherches Bibliographiques

TABLE DES MATIERES

-	M. le Professeur Jean-Louis BERGEL, Un "atelier de méthodologie juridique" : Pourquoi ?	11
-	M. Pierre LECLERCQ, Observations sur les problèmes posés par les définitions dans la conception et l'application des textes législatifs et réglementaires	21
-	M. le Professeur Jean-Louis BERGEL, Typologie des définitions dans le Code civil	29
-	M. Emmanuel PUTMAN, Recherche sur les définitions dans les lois commerciales	47
-	M. le Professeur Jean-Yves CHEROT, Les définitions dans les textes du droit administratif économique	65
-	M. Pierre BELTRAME, Les définitions en droit fiscal	75
-	M. le Professeur Maurice FLORY, Les définitions en droit international	85
-	Annexes	95
-	Bibliographie	109

CAHIERS DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

- N° 1 -

Les définitions dans la loi et les textes réglementaires

Travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille avec la collaboration du groupe français de l'Association internationale de Méthodologie Juridique.

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.

UN "ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE" :

POURQUOI ?

Par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille
Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique

UN "ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE" : POURQUOI ?

par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique

"L'Atelier de Méthodologie Juridique" est un groupe de réflexion, à caractère pluridisciplinaire, institué au sein de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, à l'Institut d'Etudes Judiciaires. Il a pour objet de réunir des universitaires, juristes de droit public et de droit privé, historiens du droit, économistes, sociologues, anthropologues... et des personnalités extérieures diverses, s'intéressant particulièrement aux problèmes de méthodologie juridique.

I - LA JUSTIFICATION D'UN ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

La création d'un "atelier de méthodologie juridique" répond à une conviction profonde de la nécessité actuelle d'une réflexion pluridisciplinaire sur la méthodologie juridique.

Alors que le début du XX^e siècle fut marqué par une réflexion très intense sur les méthodes juridiques et particulièrement, avec François Gény, sur "la méthode d'interprétation" et les "sources en droit privé positif", de même que sur les "procédés d'élaboration du droit civil" (V^o C. Atias "Epistémologie juridique" P.U.F. 1985, n^o 94 et les références citées), on constate à notre époque, spécialement en France, une certaine indifférence des juristes pour les difficultés méthodologiques du droit. Il n'y a plus guère que les problèmes de l'interprétation dans le droit qui semblent les préoccuper ("L'interprétation dans le droit", Arch. de Philo. du Dr. 1972 T. XVII; "L'interprétation par le juge des règles écrites" "Travaux de l'association Capitant", journées louisianaises T. XXIX 1978 ; P.A. Côté "Interprétation des lois" (Ed. Y. Blais Inc. C.R.D.P. Fac. de Dr. Univ. de Montréal ; J.C. Cueto-Rua "Judicial methods of interpretation of the law" Ed. L.S.U., Paul M. Hebert Law Center (1981) ; "L'interprétation en droit-approche pluridisciplinaire", sous la direction de M. Van de Kerchove, Publ. des Fac. Univ. de St Louis, Bruxelles, 1978 ; L.P. Pigeon "Rédaction et interprétation des lois" Ed. officiel Québec, 1978 ; R.J. Vernengo "La interpretacion juridica" Univ. nacional Autonoma de Mexico (1977) ; "La interpretacion literal de la ley y sus problemas" Ed. Abeledo-Perrot Buenos-Aires (1971)).

De nos jours, les juristes ont tendance à se contenter de l'observation et de la connaissance des règles de droit et de la jurisprudence. Ils y sont incités par une production législative et réglementaire abondante et souvent désordonnée et par la multiplication du contentieux et des sources documentaires.

La spécialisation conduit à se cantonner à des branches particulières du droit et à perdre de vue l'armature du système juridique, l'organisation et le développement de la pensée, les principes généraux, les concepts fondamentaux, les mécanismes essentiels, les méthodes de raisonnement...

Cette désaffection est grave car le droit doit remplir dans la vie sociale une double fonction de stabilité et de sécurité. "L'individu ne se sent protégé par le droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer"... "Le juriste se doit de croire que la règle dont il est le gardien n'est pas le simple enregistrement des faits alors qu'elle a pour raison d'être de les discipliner... Qu'il y ait des évolutions nécessaires, c'est l'évidence. Que le système d'aujourd'hui soit appelé à céder quelque jour la place à une systématisation nouvelle, comment le nier ?" Mais, la mission du droit et du juge étant "de créer de la sécurité par la stabilité et la généralité de la règle", ce n'est pas jouer abusivement "les faiseurs de système" que de réfléchir sur la méthodologie juridique (J. Rivero "Apologie pour les "faiseurs de systèmes" D. 1951 I 99 et s.) et sur son renouvellement.

Il est même plus que jamais nécessaire de s'attacher à la théorie générale du droit et à la méthodologie juridique.

- Sur un plan général

Sous les assauts d'une réglementation tatillonne, de la diversification des sources et des informations, de la multiplication d'exceptions aux règles générales, les concepts et les principes s'estompent ou paraissent dénaturés et les contradictions du droit positif se développent. Dans une approche plus ponctuelle du droit, du fait de l'importance accrue de la jurisprudence et de la floraison constante de réglementations très spécifiques et souvent éphémères, des "vides juridiques" se créent ; il est nécessaire de les combler par un recours systématique à la théorie générale, aux concepts et aux principes fondamentaux, aux méthodes du raisonnement juridique et aux grands instruments du droit.

Plus le droit devient de la réglementation et plus il est dense et spécialisée, plus il est nécessaire de résorber ses contradictions, de combler les pseudo-vides juridiques, de redécouvrir les méthodes de raisonnement et d'interprétation et les grands instruments et mécanismes du système juridique. Indépendamment des évolutions inéluctables, ils conservent une permanence et une universalité plus grandes et sont la garantie principale de la cohérence du système juridique, de même que les clefs de la compréhension et de l'application du droit.

Le juriste ne peut se contenter de la connaissance de la loi, des règlements ou de la jurisprudence. A l'heure où l'ordinateur supplante sa mémoire et fournit la matière brute du droit positif en quelques minutes d'interrogation, il doit aller au-delà, vers une meilleure exploitation de l'information documentaire, une réflexion plus approfondie, une imagination plus grande, une meilleure utilisation des instruments dont il dispose... Ceci est vrai pour les praticiens comme pour les universitaires, et à tous les niveaux de formation et de compétence.

C'est une question de survie pour les juristes d'être autre chose que des banques de données imparfaites et de ne pas se laisser supplanter par l'ordinateur. Le juriste doit savoir utiliser l'informatique mais ne doit pas se laisser submerger par elle.

- Sur le plan pédagogique

Il faut former les étudiants à comprendre et à utiliser le droit, et non pas seulement leur transmettre des connaissances éphémères. L'étudiant qui se borne à apprendre, oubliera vite. Ce qu'il aura appris au début de ses études sera souvent modifié avant même qu'il ne les termine. De toutes façons, il aura toujours à sa disposition des moyens documentaires capables de lui révéler le contenu brut du droit positif.

On observe une tendance dans les facultés de Droit à multiplier les enseignements spécialisés et à négliger la formation de l'esprit juridique. On constate une insuffisante conjonction entre les différentes disciplines.

Il faut former des têtes bien faites plutôt que des têtes bien pleines. Former des juristes efficaces, c'est forger leurs mécanismes et leurs réflexes intellectuels ; ce n'est pas les submerger sous des connaissances ponctuelles et passagères.

On confond parfois trop encyclopédisme et qualité de la pensée. Plutôt que de rechercher une pensée et un style clairs, on est souvent trop tenté d'abuser d'hermétisme pour donner l'illusion du savoir. La méthodologie doit contribuer à la clarté du droit positif ; elle ne doit ni l'encombrer, ni l'éluider.

L'enseignement de la méthodologie juridique doit préparer à l'enseignement spécialisé, l'accompagner et en renforcer l'efficacité et l'utilité . Il n'a pas pour objet de s'y substituer.

On observe, en définitive, tant sur le plan général que sur le plan pédagogique, une nécessité absolue de redécouvrir les fondements, les méthodes et les raisonnements principaux, bref, l'essentiel de la pensée et de la technique juridiques ; on constate l'utilité renforcée de la pluridisciplinarité pour toute recherche et toute pratique juridique.

L'Atelier de Méthodologie a pour objet de favoriser cette démarche.

II - LES DEFINITIONS DE LA METHODOLOGIE JURIDIQUE

- La méthodologie juridique ne doit être confondue ni avec la stricte approche de droit positif, ni avec la philosophie du droit.

Elle n'ignore pas ces composantes de la démarche juridique. Mais, à la différence de la philosophie du droit, elle se préoccupe plus de ce qu'est le droit que de ce qu'il devrait être et plus de sa substance que de son essence. A la différence de la stricte approche de droit positif, elle ne se cantonne pas à de la technique spécialisée : elle se réfère toujours aux choix, aux instruments, aux raisonnements, aux principes généraux du droit et aux méthodes diverses de la recherche, du raisonnement et de la science juridiques, indépendamment du cloisonnement des matières et mêmes des divers ordres juridiques nationaux.

- La méthodologie juridique inclut diverses approches.

* Il y a d'abord une méthodologie appliquée à l'enseignement.

Celle-ci est essentielle sur le plan pédagogique, surtout pour des étudiants débutants. On y trouve l'initiation et la formation à la recherche documentaire, à l'analyse de texte, à la rédaction et la formulation des textes et des actes, à la terminologie juridique, au style juridique ou judiciaire aux principaux types de raisonnements, au plan, au commentaire d'arrêt, à la solution des cas pratiques.

Cet apprentissage de la démarche juridique, indispensable à la formation des juristes, est largement encouragé, de nos jours, par un certain nombre d'ouvrages de qualité (par ex. H. Mazeaud "Méthodes générales de travail - Nouveau guide des exercices pratiques pour les licences en droit et en sciences économiques", Ed. Montchrestien 1977 ; R. Mendegrès "Le commentaire d'arrêt en droit privé. Méthode et exemple", préface P. Catala, Ed. Dalloz, Coll. "Méthodes du droit" 2^e Ed. 1983 ; A. Dunes "Documentation juridique" Ed. Dalloz, Coll. "Méthodes du droit", 1977 ; J.L. Souriou et P. Lerat "L'analyse de texte -Méthode générale et application au droit", Ed. Dalloz Coll. "Méthodes du droit", 1980 ; "Conseils de méthode pour les études de droit : de la première année au doctorat, du commentaire d'arrêt à la thèse" Rev. Rech. Jur. 1982-1 n° VII - 12 p. 41 et s. ; M. El Hatimi "Méthodes d'assimilation et de recherche en droit" Rev. Rech. Jur. 1983-3 n° IX-20 p. 569 et s. ; Leurquin, de Visscher et Simonart "Documentation et méthodologie juridique" Louvain, 1980).

On peut cependant observer que l'enseignement du droit est actuellement "trop exclusivement axé sur l'étude du droit positif" et qu'il doit aussi avoir pour but de "porter un jugement de valeur sur la règle de droit, étudier cette règle de *lege ferenda*" grâce aux ressources de l'histoire, du droit comparé, de la sociologie, de la philosophie, des sciences les plus diverses (H.L. et J. Mazeaud et F. Chabas "Leçons de droit civil" T.I vol. 1, 2^e Ed. Montchrestien, 1986, n° 22). Pourtant, dans les pays anglo-saxons, on reproche souvent à l'enseignement du droit, en Europe continentale, de trop se cantonner à un exposé de principes plutôt que de privilégier des études de cas (*ibidem*). Cette discussion tient essentiellement à des différences de méthodes et de sources entre les systèmes anglo-saxons et les systèmes romano-germaniques.

Mais il est souhaitable d'initier les futurs juristes aux structures, aux instruments et aux raisonnements essentiels du droit, pour susciter davantage l'esprit et les réflexions juridiques que la mémorisation de connaissances souvent fugaces et de circonstance.

* Il existe ensuite la méthodologie fondamentale, orientée vers la recherche fondamentale.

Celle-ci ne néglige ni les choix idéologiques et techniques fondamentaux, ni l'approche comparative, historique ou des autres systèmes de droit, ni les perspectives sociologiques, économiques, scientifiques... Mais, elle est centrée surtout sur le phénomène juridique (finalités du droit, étude des normes juridiques, sources du droit, principes généraux, environnement temporel, spatial et social du droit...), sur la mise en oeuvre du droit (institutions, concepts et catégories juridiques, langage juridique), sur les méthodes d'interprétation, de raisonnement, de traitement juridique et judiciaire des situations.

Le contenu de la règle de droit dépend à la fois des finalités du droit et des choix opérés par les autorités qui la détermine. "La systématisation du droit repose sur l'existence de définitions et de classements, souvent liés à ce qu'on appelle la nature juridique d'une institution, d'un contrat, d'un bien..." avec un certain nombre de "constantes de l'ordonnement juridique (A. Weill et F. Terré "Droit civil - Introduction générale" Précis Dalloz 4^e Ed. n° 34). Il ne faut pas oublier, non plus, l'importance du discours juridique et les prescriptions particulières de son langage ("Le langage du droit Arch. philo. du Droit, T. XIX, 1974 ; J.L. Souriou et P. Lerat "Le langage du droit", Ed. P.U.F., 1975).

C'est probablement la méthodologie fondamentale qui est actuellement la plus négligée, en France, alors qu'elle fait l'objet d'importantes études dans certains pays étrangers comme la Pologne (par ex. récemment, A. Peczenick "The basis of legal justification", Lund 1983 ; Z. Ziembinski "Essais de méthodologie des sciences juridiques particulières" (traduction du titre polonais) Warszawa-Poznan, PWN 1983 "Metodologia nauk" T. XXIV). Il est vrai que la permanence des problèmes est, en ce domaine, plus grande qu'ailleurs. Mais la science juridique gagnerait à une recherche plus active dans des matières aussi essentielles.

* Il est enfin une méthodologie appliquée à la création est l'application du droit.

Celle-ci, que doivent pratiquer le législateur ou le rédacteur de textes réglementaires, le juge, le rédacteur d'actes, l'auxiliaire de justice..., a des aspects très divers mais que l'on peut regrouper ou subdiviser selon la tâche à entreprendre. Il s'agit d'abord des différentes méthodes d'investigations, destinées à rassembler les éléments nécessaires à l'activité juridique poursuivie, puis de l'utilisation des matériaux recueillis.

Le législateur, le rédacteur de textes réglementaires et la doctrine s'attachent à des recherches historiques, de droit comparé, de droit positif, à l'organisation de sondages d'opinion, à des études statistiques, à des enquêtes professionnelles, à l'utilisation de l'informatique...

Pour l'activité judiciaire, il s'agit de la méthodologie de la preuve, des techniques d'instruction...

Pour les rédacteurs de textes, de décisions juridictionnelles ou d'actes, il s'agit de méthodes d'expression, de la méthodologie tendant à améliorer la terminologie et la phraséologie juridiques, de même que les modes de présentation des textes, des actes ou des décisions.

Pour tous les juristes, il est indispensable de dominer les méthodes d'instrumentation pour bien utiliser et mettre en oeuvre les instruments du droit, ses normes, ses sujets (personnes juridiques), ses objets (droits subjectifs, choses...), ses outils (formalisme, consensualisme, concepts, catégories juridiques, apparence, fictions, publicité...), ses règles techniques... Cela inclut notamment la mise en application des méthodes d'interprétation de la loi ou des actes juridiques, de la méthode des classifications, des méthodes de raisonnement, etc...

Les juristes doivent alors respecter et utiliser les principes de la logique. Confrontés aux faits, ils doivent les qualifier pour les mettre en "équation juridique" et découvrir les règles de droit qui leur sont applicables, par l'interprétation des règles existantes ou la déduction de nouvelles règles. Tout cela requiert un appel constant à la logique, bien qu'il faille savoir s'arrêter à temps dans la chaîne des déductions, sous peine d'arriver à un résultat inadmissible (H.L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit. n° 21). Mais, pour éviter les pièges de la logique formelle, encore faut-il "qu'aucun principe, en aucune matière ne soit proclamé ou accepté sans l'acceptation au même moment du principe contraire" (E. Bertrand "Le rôle de la dialectique en droit privé positif" D. 1951. I. 151 et s.). Aucune prémisse ne peut alors être admise sans admettre en même temps la prémisse opposée, de sorte qu'aucune conclusion ne peut être tirée sans avoir envisagé la conclusion inverse et sans avoir fait un choix entre les deux conclusions possibles. C'est la controverse qui, permettant de dégager des conclusions vraisemblables, permet d'exclure certains arguments et certaines solutions déraisonna-

bles ou insatisfaisants. Selon les cas et les approches, on parlera de dialectique ou de dialogique, "association de deux logiques différentes" (C. Atias op. cit. n° 95). Tout juriste a recours à ces diverses méthodes, parfois inconsciemment, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose sans le savoir. Mais pour mieux les utiliser, pour en exploiter toutes les richesses, il faut en discipliner la connaissance et l'usage. En tant que prise de conscience et en tant qu'approfondissement des démarches que requiert la création et l'application du droit, la méthodologie juridique est nécessaire à tout juriste alors qu'elle est trop souvent estompée par la simple accumulation de solutions disparates et contradictoires.

III - OBJET ET COMPOSITION DE L'ATELIER DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

L'atelier de méthodologie juridique n'a pas pour objet direct l'organisation d'enseignements. Ce n'est qu'indirectement par la prise de conscience de l'importance de la méthodologie juridique et par l'approfondissement de la consistance, du rôle et de l'utilisation des méthodes du droit, que tous ceux qui y travaillent les répercuteront dans leurs propres enseignements.

L'atelier de méthodologie a pour préoccupation principale l'étude de ce que l'on a appelé ci-dessus "la méthodologie fondamentale" et "la méthodologie appliquée à la création et l'application du droit".

A cette fin, il réunit ceux de nos collègues qui s'intéressent particulièrement à la méthodologie ou à l'approche méthodologique du droit et qui sont sensibles à l'intérêt essentiel de la théorie générale du droit pour la connaissance, l'application et l'évolution du droit positif. Il se caractérise ainsi par sa pluridisciplinarité non seulement parmi les juristes (privatistes, publicistes, historiens du droit), mais aussi en dehors des disciplines juridiques (participation d'économistes, de sociologues, de philosophes).

Il s'enrichira de contacts avec des personnalités extérieures du monde professionnel ou politique, des membres de la haute administration, des juristes étrangers dont la participation occasionnelle peut être très fructueuse. Certains étudiants de troisième cycle pourraient aussi y être associés.

Le thème de recherche choisi est la méthodologie de l'élaboration législative.

Ce domaine reste peu exploré en France, alors qu'il est l'objet de nombreuses et importantes recherches, dans certains pays étrangers, comme le Canada par exemple, où la "légistique" suscite de nombreux travaux. La multiplication des textes à l'époque actuelle, les problèmes de leur insertion dans le système juridique, leur fréquente improvisation et les lacunes de leur formulation, de même que les moyens actuels d'investigation (médias, sondages, échanges internationaux) ou de documentation (informatique par exemple) rendent indispensable une réflexion sur les méthodes d'élaboration de la loi et des règlements.

Cette réflexion est essentielle, même si elle n'est pas unique, ni sans précédent (J. Carbonnier "Essais sur les lois" Ed. Rep. not. Défrenois 1979, spéc. "Tendances actuelles de l'art. législatif en France" p. 231 et s. ; "Principes et méthodes d'élaboration des normes juridiques, "Actes du XII^e Colloque de droit européen. Fribourg 1982 - Conseil de l'Europe ; "Enquête de droit comparé sur le processus législatif (aspects de droit privé) sous la direction de A. Viandier, Fondation européenne de la science 1984 dactyl.).

Le sujet est immense, du rassemblement des données juridiques et extra juridiques, aux choix des finalités, des instruments et des solutions, à la formalisation des textes (procédures d'élaboration, formulation,...), à leur entrée en vigueur et leur mise en application.

Dans un premier temps, il a été convenu de privilégier deux questions particulièrement sensibles à l'heure actuelle et pour lesquelles les réponses théoriques et pratiques sont spécialement incertaines : celle des définitions dans la loi et celle de l'expression liminaire d'intention dans les textes.

Les travaux de l'Atelier de Méthodologie Juridique donneront lieu à la publication de "Cahiers de Méthodologie Juridique" annuels. Monsieur le Doyen Fernand Boulan et Monsieur le Professeur Christian Atias ont eu l'amabilité d'accueillir cette publication dans la "Revue de la Recherche Juridique" dont elle constituera le quatrième numéro annuel.

Qu'ils en soient très chaleureusement remerciés. Ils marquent ainsi l'intérêt qu'ils attachent eux-mêmes à la méthodologie juridique et contribuent mieux encore au développement des recherches poursuivies à Aix-en-Provence, en cette matière.

En 1986, les travaux de l'atelier ont porté sur "les définitions dans les lois et les textes réglementaires" et se poursuivront sur ce thème en 1987.

Après une réflexion globale et collective, les divers participants ont choisi de traiter un aspect particulier de ce problème. Chacun s'est alors efforcé, sur son propre sujet, de livrer ses premières conclusions à la discussion, puis de les corriger, les compléter et les enrichir grâce aux observations, voire aux critiques qu'elles ont suscitées, pour parvenir à leur publication

Ce volume regroupe les premières études consacrées, au sein de "l'Atelier de Méthodologie Juridique", aux définitions dans la loi et les textes réglementaires. Il sera suivi d'autres contributions dans le cahier de 1987.

Dans l'un, comme dans l'autre, il s'agit d'explorer les aspects méthodologiques des définitions dans les textes en dégagant la problématique générale, les choix possibles et les méthodes de mise en oeuvre des choix opérés.

Il convient de rechercher non seulement les modes de définition, mais aussi pourquoi et quand le législateur définit ou, au contraire, s'abstient de définir, dans les textes, les concepts juridiques auxquels il a recours. Il serait intéressant aussi de déterminer, selon les matières, les concepts définis et ceux qui ne le sont pas et le devenir des définitions légales.

Puisse ce premier cahier fournir déjà certaines réponses utiles à ces importantes questions !

**LES PROBLEMES POSES PAR LES DEFINITIONS DANS LA
CONCEPTION ET L'APPLICATION DES TEXTES LEGISLATIFS
ET REGLEMENTAIRES**

Par

Pierre LECLERCQ

Directeur des Affaires Civiles et du Sceau au Ministère de la Justice

**LES PROBLEMES POSES PAR LES DEFINITIONS DANS LA
CONCEPTION ET L'APPLICATION DES TEXTES LEGISLATIFS
ET REGLEMENTAIRES**

Pierre LECLERCQ

Directeur des Affaires Civiles et du Sceau au Ministère de la Justice

Monsieur Pierre Leclercq, Directeur des Affaires Civiles et du Sceau au Ministère de la Justice, a bien voulu nous faire part de ses précieuses observations sur les problèmes posés par les définitions dans la conception et l'application des textes législatifs et réglementaires, marquant ainsi l'intérêt qu'il attache à cette question.

Nous reproduisons ci-dessous, avec son autorisation dont nous le remercions, les termes de sa lettre du 14 août 1986.

Jean-Louis BERGEL

... Vous avez bien voulu m'informer de votre intention de susciter diverses recherches sur les problèmes que posent dans la conception et l'application des textes législatifs et réglementaires les définitions des concepts et notions diverses. Vous avez souhaité recueillir mes avis, conseils et orientations.

Je vous confirme que le sujet évoqué coïncide avec plusieurs des préoccupations de mes collègues de la direction des affaires civiles et de moi-même sur l'évolution des méthodes de préparation du travail législatif. Les conceptions que les rédacteurs de textes normatifs peuvent avoir pour la formulation des définitions reflètent, en effet, d'abord leur volonté de laisser une plus ou moins grande marge d'interprétation aux praticiens ou aux tribunaux. Elles traduisent également leur plus ou moins grand souci de rédiger différemment les textes conjoncturels d'application qui supposent des définitions techniques mais soumises à révisions et les textes généraux constituant des cadres juridiques permanents.

D'une façon générale, d'ailleurs, les études à mener devraient permettre de dégager des critères précis de catégorisation entre les divers domaines du droit. A titre indicatif, la formulation des définitions me semble devoir distinguer :

- * La législation générale (notamment celle qui se rattache aux "grands codes") et les législations spécifiques

- * Les textes déterminant des avantages précis à certaines catégories de citoyens (attribution de la nationalité, droit à certains prestations ou allocations) ou au contraire certaines charges (droit fiscal par exemple), et ceux qui se réfèrent à des concepts fondamentaux,

- * Ceux qui découlent de la souveraineté, plus ou moins libérale de l'Etat ou ceux qui expriment le résultat de négociations.

La formulation des définitions devrait également permettre de déceler, dans les textes, les influences étrangères, une certaine fidélité aux conceptions kelseniennes de la hiérarchie des normes, ou, au contraire, une appréhension prétendument égalitaire de celles-ci, un certain souci de permanence des règles juridiques fondamentales ou une résignation de leur dépendance de la conjoncture, la croyance en un vocabulaire juridique irréductiblement spécialisé ou la volonté de formulation du droit en "langage contemporain".

Ma réflexion sur le sujet n'a jamais été synthétisée. Mais elle se nourrit de deux expériences fondamentales :

- 1° L'aspiration de M. le Doyen Carbonnier, en sa qualité de rédacteur de nos législations des années 1965 à 1972 sur le droit de l'état des personnes et des régimes matrimoniaux, à ne pas figer les définitions, pour laisser ouvert le rôle de la jurisprudence dans l'adaptation des textes aux évolutions de la société et à la réaction que ces textes suscitent de sa part,

- 2° La fréquentation de législations américaines, notamment de "régulations" techniques émanant d'autorités autonomes, en droit bancaire ou en droit de la consommation ; ces textes commencent toujours par des articles de définitions des concepts essentiels et ceux-ci sont répétés constamment dans toutes les dispositions subséquentes, parfois même plusieurs

fois dans une même phrase (alors que les juristes français sont formés à éviter toute répétition et à utiliser des synonymes, par nature approximatifs, donc à introduire en permanence un certain flou). J'observe que les conventions internationales, et les textes préparés par les organes de la communauté économique européenne recourent usuellement à cette méthode des articles préalables de définitions. Est-ce à cause de la technicité des matières le plus fréquemment traitées ? Est-ce parce que les textes résultent de négociations prolongées ? Est-ce parce qu'on légifère "cas par cas" sans conception de synthèse (le rôle de maturation synthétique étant à Washington et à Luxembourg assumé par la cour suprême qui se réfère, elle, à des principes permanents et "téléologiques", alors que ce rôle est, dans notre tradition française, dévolue au législateur) ?

Je suis persuadé qu'au-delà de l'aspect formel des modes de rédaction des définitions, leur étude sur le fond devrait apporter divers éclairages sur "l'esprit des lois". L'analyse du "thésaurus" constitué par le vocabulaire utilisé dans les diverses législations pour formaliser les définitions ou les suggérer implicitement devrait également établir les incohérences profondes existant entre certaines législations et les difficultés de les appliquer conjointement. Elle devrait, enfin, être instructive pour l'évolution des outils de la documentation juridique automatisée.

Les enjeux révélés par l'étude de ces différentes techniques législatives sont, en tout cas, importants pour le ministère de la justice à plusieurs égards. En effet, les méthodes utilisées peuvent avoir une incidence sur l'importance du contentieux. Ainsi la précision des notions peut éviter le recours au juge pour fixer leur contenu. Mais des vides juridiques peuvent apparaître du fait que la loi aura omis des situations masquées, rares ou inexistantes lorsqu'elle est intervenue. Le législateur pourra alors être contraint d'intervenir de nouveau, ce qui entraînerait un accroissement sensible des travaux législatifs. En même temps, la succession, dans un espace de temps rapproché, de lois ayant un objet identique ou similaire ne va pas sans poser de très délicats problèmes d'application, en particulier pour déterminer le domaine de chacune d'entre elles, ce qui peut amener un autre contentieux.

Je vous prie de me tenir informé des résultats, même provisoires, des recherches évoquées. . .

ANNEXE : GRILLE D'ANALYSE DES DEFINITIONS

1 - ORIGINE

Epoque napoléonienne
 Postérieure à l'Empire
 Définition récente (postérieure à 1958)

2 - FONDA - Objet

Règles et principes
 Dérogation
 Institutions
 Personnes
 Droits et obligations
 Choses et biens
 Actes juridiques
 Concepts
 Catégories principales
 Sous-catégories
 Instruments juridiques (autres)

B - Finalités de la définition

Définition d'une notion
 Terminologie
 Interprétation ou application d'un texte
 Classification
 Ordre juridique général

C - Contenu de la définition

Éléments constitutifs
 Critère fonctionnel (ou finaliste ou des effets)
 Énumération limitative
 Énumération énonciative
 Critère de génération
 Critère qualitatif
 Critère quantitatif
 Critère qualificatif
 Critère d'assimilation
 Critère objectif
 Critère subjectif
 Critère de temps
 Critère de lieu
 Critère de personne
 Éléments négatifs (ou passifs)
 Éléments positifs (ou actifs)
 Expression d'une limite

D - Nature de la définition

Définition directe
 Définition induite
 Définition conceptuelle (ou matérielle)
 Définition terminologique (ou formelle)
 Définition ouverte (ou souple, ou indicative)
 Définition fermée (ou rigide)
 Définition impérative (ou directive)
 Définition indicative (ou interprétative)
 Définition principale
 Définition dérivée (rattachée ou opposée à d'autres éléments)
 Définition générale (interdisciplinaire)
 Définition spécialisée

3 - FORMEA - Place dans les textes

Dans un texte général
 Dans un texte spécial (dérogatoire)
 Dans un article spécial
 Sans article spécial
 En exergue
 Dans le corps du texte
 Dans un ensemble de définitions groupées
 Dans un ensemble de définitions éparées
 Isolée
 Par un intitulé

B - Formulation de la définition

Directe
 Indirecte (ou dérivée)
 Homogène
 Hétérogène
 Langage courant
 Langage technique
 Par synonymie (ou par dénomination)
 Par antinomie
 Par hiérarchie
 Par renvoi
 Par rattachement
 Par dérogation
 Par utilisation d'exemples

C - Qualité de la définition

Claire
 Ambigue
 Complète
 Incomplète

TYPOLOGIE DES DEFINITIONS DANS LE CODE CIVIL

Par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

TYPOLOGIE DES DEFINITIONS DANS LE CODE CIVIL

par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

1 - En dépit du nombre important de ses définitions, regroupées dans le "De Verborum significatione" (livre 50, titre XVI), on invoque toujours la fameuse leçon du Digeste : "Omnis definitio in jure periculosa".

Portalis soutenait que la plupart des définitions générales ne comportent que des expressions vagues et abstraites dont le sens est souvent plus difficile à saisir que celui de la chose définie, elle-même ; selon lui, tout ce qui est définition, enseignement ou doctrine relève du domaine de la science, alors que l'ordre et la règle, au sens strict, appartiennent à celui des lois (G. Fenet "Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil" (1827) 42). On observe souvent que les rédacteurs du Code Civil se sont efforcés d'éviter la difficulté d'un trop grand nombre de définitions (A. Levasseur "On the structure of a civil code", Tulane Law Review 1970 698).

On saisit ici la problématique des définitions légales, plus spécialement des définitions dans les codes, au sens traditionnel du droit français. La codification se présente alors comme une oeuvre législative fondamentale, correspondant à un système juridique organisé et structuré, destiné à régir durablement une matière et à servir de base à son développement.

Cette approche systémique des Codes semble impliquer une solide armature conceptuelle, fondée sur des définitions nombreuses et rigoureuses, ayant une vocation générale et permanente. Mais on fait souvent aux définitions substantielles, destinées à exprimer durablement dans les textes essentiels les concepts de base du système juridique, le reproche de trop d'abstraction et de rigidité. Afin de ne pas méconnaître les réalités et de ne pas figer le droit sous un masque déformant et intemporel, d'éminents auteurs n'en préconisent qu'un usage modéré pour ordonner et féconder les règles de droit positif (F. Gény "Science et technique en droit privé positif" T.III n° 222 et 227). Il faut alors savoir s'il appartient au législateur lui-même de fixer le sens des notions et des termes dont il se sert, dictant ainsi sa propre interprétation au juge, ou si c'est à ce dernier qu'incombe, avec une plus grande liberté, le soin d'interpréter souverainement la loi, en en définissant lui-même les concepts. Dans le "discours préliminaire", Portalis avait indiqué : "L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est aux magistrats et aux juristes, pénétrés de l'esprit général des lois, qu'il revient d'en diriger l'application... La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au droit commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée

aux hypothèses prévues" (G. Fenet T.I, p. 463). Il y aurait alors une alternative méthodologique : des définitions légales, avec une souveraineté absolue du législateur entraînant à la fois sécurité juridique et rigidité du droit, ou pas de définitions légales, mais une grande liberté du juge, impliquant une certaine fragilité de l'édifice législatif et une grande flexibilité de la règle de droit.

A vrai dire, aucun de ces choix ne peut être exclusif et brutal. La réalité du droit se situe à un point d'équilibre intermédiaire entre ces deux tendances extrêmes. Il est alors intéressant de rechercher ce point d'équilibre dans le Code Civil qui constitue à la fois la pierre angulaire de la codification française, voire de la codification réelle dans une bonne partie du monde, et le monument législatif le plus général de notre système juridique, incarnant le droit privé commun dont procèdent ou sont issues les autres matières. On observe d'emblée qu'il ne comporte pas un stock complet de définitions, mais qu'il en contient un certain nombre.

2 - L'étude de ces définitions est toutefois difficile.

La première difficulté réside dans leur recensement. Une définition doit énoncer les attributs nécessaires et caractéristiques de l'objet défini, ainsi que les relations spécifiques existant entre ses éléments constitutifs. Ce doit être "un modèle permettant une comparaison" et, particulièrement en matière juridique, une référence susceptible de permettre, par leur qualification, d'y rattacher les situations juridiques concrètes. Bref, une définition a pour objet de dégager la signification exacte du concept ou du vocable qui la désigne (J.L. Bergel "Théorie générale du droit", Ed. Dalloz 1985, n° 182 et s. ; "Différence de nature égale différence de régime" R.T.D. Civ. 1984, p. 255 et s. n° 7). Se référant au modèle aristotélicien, selon lequel la définition est destinée à extraire "l'essentiel de l'essence d'un objet", M. le Doyen Cornu rappelle que la définition, en rattachant l'objet à un genre, puis en le distinguant, par ses caractères propres, des autres espèces de ce genre, énonce ses traits spécifiques caractéristiques. Mais il observe que le législateur use souvent du procédé de l'énumération, qu'il opère des classifications ou procède par assimilation, et que la définition légale ne peut se réduire à aucune de ces démarches. Il constate aussi "l'extrême diversité des définitions légales" et la multitude des dispositions qui, "réunissant les éléments caractéristiques d'une notion, n'énoncent pas en la forme, sa définition" (ex : prestation compensatoire, art. 270 C. Civ. ; délit civil, art. 1382 C. Civ.) (G. Cornu "les définitions dans la loi" in "Mélanges dédiés" à J. Vincent", éd. Dalloz 1981, p. 77 et s. n° 4 et s.). L'hétérogénéité des modes de conceptualisation et des formulations utilisées rend aléatoire tout inventaire des définitions dans les textes et, en particulier, dans le Code Civil. M. le Doyen Cornu y recense plus de cent définitions (art. précit. n° 1 note 1), en ne comptant "que les définitions qui, en la forme, se donnent évidemment pour telles". Retenant aussi ce critère, bien que sa liste nous ait servi de point de départ, nous l'avons un peu modifiée. Certains textes retenus par M. Cornu nous ont semblé ne pas être de véritables définitions (art. 1354 et s., l'aveu ; art. 1916 et s., le dépôt) ; d'autres, non retenus par lui, nous ont semblé devoir l'être (art. 606, grosses réparations et réparations d'entretien ; art. 687, servitudes urbaines et servitudes rurales ; art. 1197 et 1200, solidarité active et solidarité passive ; art. 1350 et 1353 présomptions légales et présomptions du fait de l'homme). Par ailleurs, nous avons parfaitement conscience que notre inventaire, lui-même, peut-être contesté sur certains points et qu'il n'y a probablement pas de recensement parfaitement incontestable. Mais il y a tout lieu de

penser que l'analyse des "définitions" retenues fournit des indications globalement exactes, si l'on dépasse l'idée d'une précision arithmétique pour s'en tenir aux traits significatifs de la méthode, du contenu et des procédés formels des définitions dans le Code Civil.

En définitive, notre étude a porté sur les textes suivants : Art. 388, 427, 516 et s., 524, 525, 528, 529, 533, 534, 535, 544, 546, 556, 567, 578, 583, 584, 606, 637, 687, 688, 689, 735, 736, 739, 894, 895, 1003, 1010, 1101, 1102, 1103, 1104, 1105, 1106, 1168, 1169, 1170, 1171, 1181, 1183, 1185, 1197, 1200, 1217, 1218, 1226, 1265, 1267, 1268, 1317, 1347, 1349, 1350, 1353, 1356, 1357, 1371, 1582, 1601-1, 1601-2, 1601-3, 1659, 1700, 1702, 1709, 1710, 1711, 1779, 1792-6, 1800, 1804, 1818, 1821, 1831, 1831-1, 1832, 1874, 1875, 1892, 1915, 1949, 1956, 1964, 1984, 2044, 2071, 2072, 2095, 2114, 2219, 2228. Certains articles comportent deux ou trois définitions. Inversement, il arrive qu'une définition soit répartie entre deux articles (art. 1217-1218). Nous avons ainsi recensé 105 définitions dans le Code Civil.

3 - Quant à la méthode utilisée pour l'étude de ces définitions, elle repose sur une grille d'analyse établie en fonction de préoccupations et de critères essentiellement juridiques et non des seules exigences de la logique formelle. Elle ne s'attache donc pas spécialement à l'analyse habituelle de "la compréhension" et de "l'extension" des concepts, comme le voudrait une approche purement logique, attachée à l'essence et à la circonscription des notions envisagées. Bien qu'elle ne néglige pas la conception générale de la définition, cette étude a pour objet un aspect de la méthodologie législative française. Elle est dominée par l'observation des définitions juridiques dans le Code Civil, quant au fond, à travers leurs objets, leurs finalités, leurs contenus et leurs natures et, quant à la forme, par l'examen de la place des définitions dans les textes, de leurs formulations et de leur qualité, en tenant compte de l'origine des textes étudiés.

A partir de la grille détaillée, reproduite en annexe, chaque définition a été analysée afin d'en déterminer les différents traits. L'exploitation des résultats de cet examen peut se faire par ordinateur, en établissant, à partir d'un programme de fichiers, les listes des définitions correspondant à chacun des critères retenus ou à deux ou plusieurs critères associés. Cette utilisation d'un programme informatique serait indispensable pour un grand nombre de définitions. Même pour un échantillon restreint, tel que celui-ci, elle a l'avantage d'un appréciable gain de temps et d'une étude plus diversifiée des définitions, par caractères associés.

A cet égard, diverses explications s'imposent quant aux critères retenus.

Ne s'agissant que de définitions issues du Code Civil, on peut considérer qu'elles ont toutes pour finalité l'ordre juridique général : le droit civil a longtemps régi globalement le vie privée et les rapports juridiques particuliers entre les hommes. Les matières spéciales qui s'en sont détachées restent soumises, sauf dispositions contraires, aux principes généraux du droit civil qui demeure le droit commun. Quant à leur nature, ce sont toujours, pour les mêmes raisons, des définitions générales à vocation interdisciplinaire, même si la spécificité de leur objet, suscite parfois des doutes sur ce point. Ainsi, les art. 1800, 1804, 1818 et 1821 sur les baux à cheptel, ou les art. 735, 736 et 739 définissant les degrés de parenté, les lignes ou la représentation en matière successorale, paraissent bien spécialisés. Ils sont cependant utilisés aussi par le droit rural ou par le droit fiscal, par exemple.

La grille d'analyse comporte intentionnellement certaines répétitions apparentes de rubriques. Il s'agit alors de retenir un même caractère à des points de vue différents. La nature "directe" de la définition est recherchée, quant au fond, par opposition aux définitions "induites" d'une règle ou d'une définition, comme la définition du droit d'accession s'induit de la règle posée par l'art. 546 al. 1, ou la solidarité entre créanciers des cas où l'obligation est solidaire, selon l'art. 1197. Le caractère direct de la formulation qui caractérise les définitions expressément énoncées en tant que telles (ex : art. 2228 "la possession est...") s'oppose, quant à la forme, aux définitions indirectes, ou dérivées de règles de droit, comme celles des présomptions du fait de l'homme, extraites de l'art. 1353 ou des espèces de louage d'ouvrage ou d'industrie qui se dégagent de l'art. 1779. Le dualisme de certaines définitions peut d'ailleurs entraîner des hésitations : les art. 1168, 1181, 1197, relatifs respectivement à la condition en général, à la condition suspensive et à la solidarité active, sont libellés, malgré l'existence des titres très explicites des sections ou paragraphes concernés du code, comme définitions de "l'obligation conditionnelle" ou de "l'obligation solidaire". Si l'on s'en tient à la notion de condition ou de solidarité, ce sont des définitions indirectes ; si l'on en retient la définition de l'obligation conditionnelle ou de l'obligation solidaire, ce sont définitions directes.

On trouve, en outre, dans la grille d'analyse utilisée, des critères susceptibles d'être, selon les cas, alternatifs ou cumulatifs. Une définition peut utiliser à la fois un critère de temps, un critère de lieu, un critère fonctionnel ou finaliste et un critère objectif, par exemple. On pourrait croire, en revanche, que des critères, en principes opposés, tels que l'énumération énonciative et l'énumération limitative, le critère fonctionnel ou finaliste et le critère de génération, le critère objectif et le critère subjectif, ou positif et négatif... soient exclusifs l'un de l'autre dans une même définition. Mais il n'en est rien. Des critères apparemment antinomiques se côtoient souvent dans une même définition. Ainsi, l'art. 1181 définit l'obligation sous condition suspensive comme celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain (critère objectif) ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties (critère subjectif). L'art. 525, pour les effets mobiliers attachés à perpétuelle demeure, utilise à la fois un critère positif (ils sont scellés) et un critère négatif (ils ne peuvent être détachés sans...). Dans l'art. 1267, la cession de biens volontaire est "celle que les créanciers acceptent volontairement (critère de génération et critère subjectif), et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat..." (critère des effets et plutôt objectif). On observe d'ailleurs, pour les contrats, que leur définition peut emprunter à la fois un critère de génération, pour ce qui concerne les obligations qui en sont issues, et le critère fonctionnel, finaliste ou des effets, pour ce qui est de l'instrument qu'utilisent les parties pour parvenir à leurs fins.

La réunion, dans une même définition, de critères apparemment antinomiques est donc concevable non seulement en raison d'éventuels illogismes internes, mais surtout parce que la définition est normalement un ensemble complexe s'attachant simultanément à des aspects différents d'un même concept, et pouvant se fonder sur des critères alternatifs et pas nécessairement sur des critères cumulatifs. Les règles de la logique supposent qu'une bonne définition soit "caractéristique", autrement dit, qu'elle convienne à tout le défini et au seul défini, ce qui peut englober, au-delà de ce qu'il est nécessairement, l'indication de ce qu'il ne peut pas être.

Il faut enfin souligner que certains caractères relèvent d'une appréciation subjective. En dépit de la prudence qu'exige toute référence à ces caractères, l'étude des définitions ne serait pas complète si elle en faisait

abstraction : Il est utile de rechercher si les définitions sont formulées en langage courant ou en langage technique, si elles sont claires ou ambiguës, complètes ou incomplètes. L'incertitude du jugement ainsi porté sur elles ne suffit pas à le rendre superflu.

Les difficultés et les facteurs d'approximation d'une étude systématique des définitions dans le Code Civil n'empêchent pas que l'image dégagée de cette étude soit globalement exacte et riche d'enseignements car les traits dominants qui s'en dégagent neutralisent inévitablement les erreurs ou les imprécisions de détail qui s'y sont immanquablement glissées.

Ainsi, de cette approche expérimentale des définitions du Code Civil, se dégagent une trame générale des définitions du Code Civil (I) et une typologie plus spéciale des définitions selon leur objet (II).

I - LA TRAME GENERALE DES DEFINITIONS DU CODE CIVIL

4 - On sait que toutes les définitions du Code Civil sont, par hypothèse (V° Supra n° 3), issues de textes codifiés et généraux et qu'elles ont pour vocation de pourvoir à l'ordre juridique général, grâce à une portée pluridisciplinaire. 94 définitions sur 105, soit 90 % d'entre elles, datent de la codification napoléonienne et n'ont pas été modifiées depuis. C'est dire la permanence et le caractère fondamental des définitions du Code Civil. Cela tient probablement à la qualité intrinsèque des textes, mais cela souligne aussi l'importance et la gravité de toute oeuvre de définition légale de concepts fondamentaux. Un tel engagement pour l'avenir contribue à la solidité du système juridique mais peut être redoutable et inquiéter le législateur lui-même. On comprend mieux ainsi le domaine assez restreint des définitions, tant dans les textes initiaux du Code Civil, que dans les matières où il a été réformé ou complété à l'époque récente. Il n'y a guère que dans le droit des incapacités (art. 388 et 427) et surtout en droit de la construction (art. 1601-1 à 1601-3, art. 1792-6 ; art. 1831-1) que le législateur contemporain s'est risqué à des définitions, préférant, ailleurs, s'en abstenir, dans le droit de la famille notamment.

Pourtant, les définitions rencontrées paraissent généralement fortes, en ce sens qu'elles sont le plus souvent délibérées et non fortuites ou improvisées. La volonté manifeste de définir qui s'y exprime procède à la fois de leur substance (B) et de leur expression (A).

A - Essai de typologie formelle

5 - L'analyse de la présentation formelle des définitions est importante d'abord parce qu'elle permet d'établir des repères extérieurs et immédiats pour discerner, parmi toutes les dispositions du Code, celles qui constituent des définitions et celles qui n'en sont pas. Elle l'est ensuite parce qu'elle peut déterminer un modèle de définition pour d'autres textes législatifs et réglementaires.

Il faut alors tenter de déterminer les caractères formels des définitions par leur place dans les textes (a), puis par leur formulation (b).

a) Place dans les textes

6 - L'examen des textes du Code Civil montre que, dans près de 90 % des cas (94 définitions), les notions définies le sont dans un texte spécial de définition, généralement consacré à une seule définition mais aussi, plus rarement, destiné à regrouper deux ou plusieurs définitions (art.

687, 688 et 689 pour les diverses catégories de servitudes ; art. 1104 pour les contrats commutatifs et aléatoires ; art. 1779 pour les louages d'ouvrage et d'industrie). L'énoncé des définitions est alors normalement concentré en un seul texte et, exceptionnellement, écartelé entre deux textes (art. 1217 et 1218 : obligation indivisible), même éloignés l'un de l'autre, voire redondants (art. 1104 et 1964 pour les contrats aléatoires).

Dans plus des trois quarts des cas, les définitions s'intègrent dans un ensemble de définitions, le plus souvent regroupées (par ex. : art. 516 et s. pour les biens ou art. 1101 et s. pour les contrats), mais aussi parfois éparses (par ex., pour les baux à cheptel, art. 1800, 1804, 1821, 1831). Ce regroupement souligne le rôle des définitions au sein d'un large phénomène de catégorisation ou de classification inhérent à la pensée juridique (Ch. Eisenmann "Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique" in "la logique du droit" Archives de Philosophie du Droit T. XI (1966) p. 25 et s. spéc. n° 7). Il marque aussi l'importance dans le système français de définition, des séries de définitions insérées dans un même ensemble. Ces définitions en chaîne sont, en réalité, plus fréquentes qu'on ne le croit habituellement, ce qui atténue, sur le plan formel, l'opposition, exagérée parfois, avec la typologie des définitions dans les textes anglo-saxons que caractérisent des chapitres ou des titres de définitions.

Dans le Code Civil, les définitions isolées sont rares. On en compte moins d'une sur cinq (ex : art. 739 sur la représentation dans les successions ; art. 544 sur la propriété ; art. 388 pour la minorité).

Le législateur s'est efforcé, en outre, de placer les définitions en exergue, ce qui est logique puisqu'elles sont destinées à privilégier le sens des termes légaux, à éclairer un corps de règles et à fonder l'oeuvre de qualification et de classification qui incombe aux interprètes et au juge. On trouve ainsi nombre de définitions en tête d'un titre (art. 544 "de la propriété", art. 2071 "du nantissement") ou, plus souvent, d'un chapitre (art. 388: "de la minorité" ; art. 1101 : "dispositions préliminaires" sur les contrats et les obligations conventionnelles ; art. 1582 sur la vente ; art. 1601-1 "de la vente d'immeubles à construire"...), voire d'une section (art. 1956 "du séquestre conventionnel" ; art. 1317 acte authentique...) ou d'un paragraphe (art. 1168 : la condition). D'autres sont moins évidentes, nichées dans le corps des textes (par ex., commencement de preuve par écrit : art. 1347 ; art. 1792-6 : réception dans le louage d'ouvrage ; art. 1700 : chose litigieuse...). Mais elles sont rares car nombre de définitions qui ne sont pas en exergue participent d'une série de définitions groupées dont la première est en exergue (art. 1168 et s. pour les conditions ; art. 1265 et s. pour les cessions de biens, art. 1354 et s. pour les aveux..., par ex).

La mise en évidence des définitions est encore accentuée lorsqu'elles sont précédées d'un intitulé et aidées par lui : tel est le cas lorsque la définition est placée en exergue et quand, prenant place dans une série de définitions, elle se rattache directement à l'intitulé général dont relèvent celles-ci. L'intitulé permet parfois de clarifier l'objet de certaines définitions. Ainsi, l'article 1168 définit "la condition en général", comme l'indique expressément le titre du paragraphe dont elle dépend directement, alors que le titre de la section correspondante et le libellé de l'art. 1168 sont consacrés aux "obligations conditionnelles". Il en est de même pour la définition de la condition suspensive (art. 1181) ou pour celle de la solidarité (art. 1197, 1200)... On constate donc que le recours à un intitulé peut contribuer à éclairer la formulation des définitions.

b) Formulation des définitions

7 - Les définitions sont le plus souvent (75 % des cas) énoncées de manière directe ou principale. Elles sont alors presque toujours formulées avec le verbe être, suivi de l'indication de leur consistance. Ainsi, par exemple, l'art. 2228 dispose que "la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit ..."; l'art. 2095 précise que "le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier...". On trouve aussi, mais rarement, une autre formulation, par exemple dans l'art. 1347 selon lequel "on appelle commencement de preuve par écrit tout acte..." (V° aussi art. 1711). Il arrive également que l'on ait des définitions indirectes, comme dans l'art. 1217 aux termes duquel l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet..." (V° aussi art. 1197 et 1200). Certaines définitions, en effet, ne sont pas expressément formulées en tant que telles mais sont seulement impliquées par la détermination des conditions ou des éléments constitutifs énoncés dans une disposition du Code. Il s'agit alors de définitions dérivées ou indirectes (une trentaine). Certaines d'entre elles sont exprimées, à l'occasion d'une classification, selon des critères matériels et souvent assorties de la dénomination des catégories concernées (art. 1357 pour les serments judiciaires ; art. 1779 pour les louages d'ouvrage et d'industrie ; art. 1874 pour les sortes de prêts; art. 2072 pour les nantissements). Les définitions sont plus indirectes encore, tout en restant néanmoins manifestement des définitions, lorsqu'elles sont formulées comme une simple règle, comme, par exemple, dans l'art. 1353 pour les présomptions du fait de l'homme, dans l'art. 1700 pour les choses litigieuses ou dans l'art. 1832 pour la société.

Quant à leur forme toujours, on observe qu'en grosse majorité, les définitions sont homogènes, c'est-à-dire concentrées en une seule phrase. Cela illustre bien la concision et l'harmonie du style du Code Civil. Il faut d'ailleurs souligner que, parmi les définitions hétérogènes, se trouvent la plupart des définitions postérieures à 1958, ou modifiées depuis, que comporte maintenant le Code Civil (art. 1601-2, 1601-3, 1792-6, 1831-1 et 1832).

Les définitions, ayant pour objet de dégager le sens exact de certains vocables et de purger ainsi les textes et la terminologie utilisée de toute ambiguïté, la nature du langage employé est intéressante. A cet égard, même si le jugement porté sur les définitions peut sembler incertain, on peut affirmer que, pour la plupart, les définitions sont exclusivement énoncées en langage courant, surtout au début du Code Civil (avant l'art. 1185), et qu'on ne trouve guère les définitions qui ont recours à une terminologie technique que par la suite (après l'art. 1197). Cela tient peut-être au fait que les termes techniques ne pouvaient logiquement être utilisés au sein d'une définition qu'après avoir été eux-mêmes définis en termes clairs mais que, cela fait, l'usage des concepts techniques est plus précis et plus sûr. Pourtant, certaines définitions utilisent des vocables que le législateur n'a pas lui-même expressément définis : l'art. 2071, par exemple, énonce que "le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette"; de même, "l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation".

8 - Quant aux procédés de définition utilisés, ils sont divers, selon les cas.

Le plus fréquent (50 % des cas) consiste à définir une notion par rattachement à un concept plus large ayant un sens connu. Ainsi la condition casuelle, la condition potestative et la condition mixte sont-elles définies

à partir de la condition en général (art. 1169, 1170, 1171). De même, des contrats spéciaux sont définis par référence au concept général de contrat (art. 1800, 1804, 1875, 1892) et certaines espèces de contrats spéciaux, grâce à la définition du genre dont elles procèdent (art. 1601-1 C. Civ. pour la vente d'immeuble à construire ; art. 1949, pour le dépôt nécessaire, et 1956, pour le séquestre conventionnel, rattachés au dépôt en général, art. 1915).

On trouve également, mais beaucoup plus rarement, des définitions par dénomination ou synonymie dans lesquelles, pour mieux caractériser la notion à définir, on utilise un synonyme (art. 1875 : "prêt à usage ou commodat" ; art. 1984 "mandat ou procuration" ; art. 1821 "cheptel donné au fermier", "appelé aussi cheptel de fer" ; V° aussi art. 1265, 1700, 2228) ou qui insistent spécialement sur l'appellation du concept défini (art. 1347, 1711).

Il arrive aussi que des définitions procèdent par antinomie : les legs à titre particulier ne sont alors définis que par opposition aux legs à titre universel (art. 1010 al. 2) et le terme, par différence avec la condition (art. 1185). L'opposition des caractères distinctifs entre deux catégories alternatives est parfois spécialement nette dans l'énoncé de leurs définitions (art. 687, 736). Il faut même signaler l'existence de rares définitions par dérogation (art. 525, 2095) et par hiérarchie (art. 567 : partie principale dans l'accession mobilière ; art. 736 : suite des degrés et lignes en droit des successions ; art. 2095 : privilèges).

D'autres définitions, assez rares il est vrai, s'appuient sur des exemples, notamment pour définir les catégories de biens (art. 524 et 525, 528, 533 et 534) ou de servitudes (art. 688 et 689), mais aussi en d'autres matières (art. 1010 : legs à titre universel). Certaines définitions procèdent enfin par renvoi à la loi en général (art. 2219), à des dispositions spéciales (art. 1350 et 1353), à un texte particulier (art. 1659) ou aux stipulations contractuelles (art. 1601-1).

Mais il ne s'agit plus alors seulement des aspects formels des définitions. Ces caractères se rattachent directement au fond du droit.

B - Essai de typologie substantielle

9 - Conformément à la classification fondamentale établie par M. le Doyen Cornu (art. précit. n° 8 et s.), il faut distinguer définitions réelles ou conceptuelles et définitions formelles ou terminologiques. Les définitions matérielles définissent les choses, par les attributs qui les caractérisent et les éléments qui les composent, en tant que concepts juridiques (ex : art. 544 C. Civ.). Les définitions formelles, en revanche, se bornent à livrer le sens privilégié d'un mot dans un domaine déterminé, par une sorte de pré-interprétation du texte qui le contient, mais sans chercher à définir la chose qu'il représente par des critères de fond. Ces définitions purement terminologiques sont courantes dans les textes anglo-saxons qui regroupent habituellement, dans un chapitre ou un titre spécial, la définition des mots et des termes employés, au sens de la loi considérée et à moins que le contexte n'indique un sens différent (ex : art. 1201 US Uniform Commercial Code ; art. 5251 Louisiana Code of Civil procedure ; V° même art. 17 Code Civil du Bas-Canada par ex. ; V° P.A. Côte "Interprétation des lois" Ed. Y. Blais Inc. 1982, C.R.D.P. Fac de Dr. Univ. de Montréal, p. 43 et s.).

Parmi les 105 définitions analysées, 102 sont des définitions conceptuelles, même si l'utilisation de certaines formules peut faire songer parfois

à une connotation terminologique (ex : art. 736 : "On appelle ligne directe..." ou, art. 556 : "les atterrissements... s'appellent alluvion"), car elles ne se contentent pas de donner le sens d'un mot mais ont pour objet principal de définir le concept correspondant. Même les rares définitions terminologiques du Code Civil (art. 533, 534, 535 précisant la signification des mots "meubles" et "meubles meublants" ou des expressions "bien meublés", "mobilier" ou "effets mobiliers") comportent une énumération limitative ou indicative des choses qui y sont incluses ou qui en sont exclues et ont, donc, un certain contenu matériel. Les définitions du Code Civil ont pour finalité essentielle de définir une notion ou un concept (près de 90 % des cas). Celles qui ont pour but principal une dénomination (par ex. art. 2072 pour le gage et l'antichrèse) la caractérise néanmoins par un critère matériel, tel que son objet (chose mobilière ou chose immobilière dans l'art. 2072). Celles qui tendent à orienter l'application ou l'interprétation d'un texte (art. 567 définissant la partie principale pour le droit d'accession mobilière) se réfèrent aussi à des critères objectifs. Enfin, celles qui déterminent des classifications comportent toujours un critère matériel de différenciation.

On observe par ailleurs que la quasi-totalité des définitions procèdent par détermination des éléments constitutifs. Les textes qui ne procèdent pas ainsi, comme l'art. 427, se bornant à qualifier la tutelle, les art. 516 et s. sur la distinction des biens ou les énumérations des articles 529, 533, 534, 535 ou 584, ne méritent peut-être pas d'être considérées comme de véritables définitions.

Dans près de 75 % des cas, il s'agit de définitions directes et impératives alors que les définitions induites ou seulement interprétatives (art. 567 ou 1700 par ex.) sont, en revanche, très minoritaires.

Les définitions du Code Civil sont en grande majorité des définitions fermées ou rigides qui n'offrent qu'un modèle unique. On rencontre cependant près d'une trentaine de définitions ouvertes ou souples, laissant la place à des alternatives ou à des modèles variables. Ainsi, selon l'art. 1181, l'obligation sous condition suspensive est "celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties". L'art. 1831-1 définit le contrat de promotion immobilière comme un contrat dans lequel les obligations du promoteur ont, selon les cas, une étendue très variable. Le contrat de société, entre deux ou plusieurs personnes, peut comporter des apports divers et avoir pour objet soit un partage de bénéfice, soit le profit d'une économie (art. 1832). La transaction a pour objet de terminer une "contestation née" ou de prévenir "une contestation à naître" (art. 2044)... On doit observer que bien des notions souples, telles les "bonnes moeurs" ou le "bon père de famille" ne sont délibérément pas définies dans les textes car, destinées à permettre l'adaptation du droit aux faits, elles sont laissées à l'appréciation du juge, confronté aux situations concrètes. La souplesse d'une notion paraît d'ailleurs exclure aisément toute véritable définition précise.

Mais on observe que, dans bien des cas où les textes définissent un concept en laissant la place à une alternative, il s'agit en réalité d'annoncer une classification par catégories juridiques (art. 1168 : condition suspensive ou résolutoire, art. 1217 : obligations divisibles ou indivisibles, art. 1349 : présomptions légales et présomptions du fait de l'homme ; art. 1354 : aveu judiciaire ou extrajudiciaire...). Cela rappelle que les définitions, modèles de qualification, ont pour corollaire des classifications horizontales et verticales, inhérentes à la pensée juridique et nécessaires à la détermination du régime applicable

aux situations considérées. Dès lors que le droit fait appel à un ensemble de catégories, respectivement équivalentes ou hiérarchisées et alternatives ou cumulatives, il ne peut se dispenser de les définir.

10 - Concernant leur objet, le type de concepts auxquels elles s'attachent, on observe, en effet, que les définitions s'appliquent, dans plus de 75 % des cas, à des catégories ou des sous-catégories juridiques (V° par ex. : art. 687: servitudes urbaines et rurales ; art. 688 : servitudes continues ou discontinues ; art. 689 : servitudes apparentes ou non apparentes ; art. 1371 : quasi-contrats ; art. 1874 : prêt à usage et prêt de consommation ; art. 2071 : nantissement ; art. 2073 : gage ; art. 2085 : antichrèse ; art. 2095 : privilèges...). Plus précisément, près de la moitié des définitions conceptuelles sont relatives aux actes juridiques, en général à des contrats, mais aussi, parfois, à d'autres actes matériels (art. 1265 : cession de biens, art. 1792-6 : réception de l'ouvrage) ou instrumentaires (art. 1317 : acte authentique).

Beaucoup plus rarement, les définitions concernent des droits et obligations (une quinzaine de définitions, telles que : art. 544 : droit de propriété ; art. 546 : droit d'accession ; art. 578 : usufruit ; art. 637 : servitudes ; art. 1217 : obligations divisibles et indivisibles ; art. 2095 : privilèges ; art. 2114 : hypothèques...), des choses et des biens (une quinzaine de définitions aussi, telles que meubles et immeubles ; art. 517 et s. et 527 et s. ou chose litigieuse : art. 1700) ou l'application de règles et principes (presqu'une dizaine de définitions : art. 567 partie principale, dans l'accession mobilière ; degrés et lignes de parenté pour la dévolution successorale : art. 735 et 736 ; art. 1347 : commencement de preuve par écrit ; art. 1700 : chose litigieuse). D'un autre point de vue, si on omet de rares définitions plus particulières, concernant la tutelle (art. 427) ou la minorité (art. 388), par exemple, on constate encore qu'une trentaine de définitions conceptuelles concernent des instruments juridiques divers. Certains sont très généraux comme la prescription (art. 2219) ou la possession (art. 2228), ou plus encore les modes de preuve (art. 1317, 1347, 1349, 1350, 1353, 1354, 1356, 1357). D'autres sont propres à certaines grandes matières du droit civil, qu'il s'agisse du droit des obligations (art. 1168 à 1171, 1181, 1183 pour les conditions ; art. 1185 pour le terme ; art. 1197 et 1200: solidarité ; art. 1217 : obligations divisibles et indivisibles ; art. 1226 : clause pénale) ou du droit des successions (art. 735, 736, 739, 1003, 1010).

11 - Il faut, en revanche, observer l'absence de toute définition dans le livre premier du Code, si ce n'est pour la minorité (art. 388), voire la tutelle (art. 427), du fait de textes récents. Ainsi, le droit de la famille ne donne pas lieu à définitions au sens propre, dans le Code Civil, même avec les réformes fondamentales dont il a fait l'objet à notre époque. Peut-être les mots y parlent-ils d'eux-mêmes ou les règles édictées y sont-elles assez explicites pour en révéler l'objet exact. Peut-être aussi le législateur a-t-il craint de définir et de graver dans les codes ce que les rapports sociaux consacrent d'eux-mêmes. Peut-être encore, veut-on laisser à la doctrine et la jurisprudence qui sont, par hypothèse, plus hétérogènes, plus aisément évolutives et moins contraignantes, le soin de définir. On observe d'ailleurs que les concepts les plus généraux, tels que le droit, la loi, l'obligation, le délit ou le quasi-délit, la faute, les biens, meubles ou immeubles, en tant que tels... ne sont pas définis dans les textes. Ces silences sont certainement délibérés. Les définitions les plus fondamentales ne seraient-elles pas l'affaire du législateur ? Procéderaient-elles seulement de présupposés philosophiques, moraux ou idéologiques, ou encore de la coutume, voire de l'appréciation des juges et des auteurs ? On peut légitimement le penser... Cette conception s'impose pour les notions souples et

variables dont le droit, à la différence des sciences exactes, a un impérieux besoin pour ne pas se couper des réalités. Il n'est pas sûr, en revanche, que l'abstention du législateur soit aussi fondée pour des concepts matériels et objectifs... La science juridique a besoin alternativement de souplesse et de rigueur. La cohérence nécessaire du système juridique implique des concepts et des principes nettement et précisément déterminés.

12 - Quant au contenu des définitions, on observe d'abord que, pour la plupart d'entre elles, les définitions du Code Civil reposent sur des critères objectifs. Celles qui font appel à des critères subjectifs sont beaucoup plus rares (entre 10 et 15 % des cas) et ces critères n'y sont généralement pas isolés, mais conjugués avec des critères objectifs (art. 524, 525, 1268, 1349, 1371, 1792-6, 1832...). Il n'y a guère que les définitions de la condition potestative (art. 1170), et de la condition mixte (art. 1171) qui semblent, de manière incontestable, exclusivement déterminées par un critère subjectif, c'est-à-dire par la volonté des personnes. Si la considération des personnes et de leur volonté n'est pas absente d'autres définitions, elle n'y est généralement pas, à elle seule, déterminante.

Les concepts définis sont le plus souvent caractérisés par un critère fonctionnel ou finaliste, ou par leurs effets. Il en est souvent ainsi, de façon très ostensible, dans la définition des instruments juridiques comme (si tant est qu'il s'agisse d'une définition) dans l'art. 427 selon lequel la tutelle est une "protection due à l'enfant", dans l'art. 1168 relatif à la condition dans les obligations, ou dans l'art. 2219 qui énonce que "la prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps...", ou encore dans la définition de la société par l'art. 1832 ou celle du contrat aléatoire (art. 1964). Plus spécialement, la définition des contrats (par ex. art. 1984 ou 2071) s'opère généralement par détermination de leur fonction ou de leurs effets. Mais ces effets étant issus de l'acte défini, celui-ci peut aussi se caractériser par son origine, donc par un critère de génération. Ainsi, selon l'art. 1984, "le mandat... est un acte par lequel (critère fonctionnel) une personne donne à une autre le pouvoir de faire..." (critère de génération)... Bien que critère fonctionnel et critère de génération ou critère des sources et critère des effets se confondent ou se conjuguent souvent, ce qui rend parfois leur distinction incertaine, il est possible d'affirmer qu'une définition sur trois, environ, procède d'un critère de génération, éventuellement combiné avec d'autres critères. L'acte authentique (art. 1317), caractérisé par le fait d'avoir "été reçu par officiers publics...", ou la cession de biens judiciaire, "bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi" (art. 1268), en sont de bons exemples.

On observe en outre que les éléments caractéristiques retenus dans les définitions sont le plus souvent positifs ou actifs et, moins d'une fois sur trois, seulement, des éléments négatifs ou passifs. Les critères négatifs sont eux-mêmes divers. Ils consistent soit dans le fait de supporter une charge, comme l'implique la servitude (art. 637), ou de risquer une perte, comme dans le contrat aléatoire (art. 1964) ou le bail à cheptel (art. 1804), soit en une véritable négation, telle que l'impossibilité d'exécution partielle des obligations indivisibles (art. 1218). Le critère simplement passif se rencontre, notamment, dans la condition casuelle (art. 1169), dans la solidarité (art. 1200), dans la cession de biens (art. 1265), dans l'acte authentique (art. 1317), dans la présomption légale (art. 1350), dans le sequestre conventionnel (art. 1956) ou dans le dépôt nécessaire (art. 1949)...

Enfin, les définitions se réfèrent très souvent à la personne de l'auteur d'un acte, des parties à un contrat ou du titulaire d'un droit. Elles utilisent

parfois un critère de temps (par ex. art. 2219 pour la prescription ; art. 1601-1 et s. pour les ventes d'immeubles à construire ; art. 1168, 1181, 1183, 1185 pour les conditions), qu'il s'agisse d'une durée, d'un délai ou d'un événement. On rencontre aussi dans les définitions des références plus ou moins expresses au lieu de situation (art. 687, 556), d'implantation (art. 524, 525), ou même de compétence (art. 1317). Mais l'utilisation de ce critère semble surtout réservée au droit des biens. Enfin, certaines définitions, parmi lesquelles la plus fameuse paraît être celle de la propriété (art. 544), énoncent les limites mêmes du concept défini.

Parmi les divers critères utilisés, il faut encore signaler la présence, dans certaines définitions du Code Civil, de critères quantitatifs, qualitatifs, qualificatifs ou d'assimilation.

L'utilisation de critères quantitatifs, déterminables par un procédé incontesté, facilite "le passage de la description à la qualification" (Ch. Perelman "Logique juridique - nouvelle rhétorique" Dalloz, Coll. Méth. du droit, 2^e Ed. n°23). Pourtant, le Code Civil n'en fait qu'un usage modéré. Si l'on fait abstraction de références indéterminées à une durée, à un prix ou à la pluralité des parties à un contrat, on ne rencontre de critère quantitatif que dans un peu plus de 10 % des cas. L'utilisation principale d'un critère chiffré et impératif n'apparaît même que dans l'article 388, pour définir la minorité par l'âge. On préfère, généralement se référer, de manière moins contraignante, à une quotité, voire la totalité, d'un ensemble, pour définir des concepts impliquant une mesure, comme le legs à titre universel (art. 1010), le testament (art. 895), la solidarité (art. 1200), la cession de biens (art. 1265 et 1268), le bail à cheptel (art. 1804), voire à une pluralité ou une unité (art. 1831 et 1831-1) ou même à une simple équivalence (art. 1104 : contrat commutatif).

Les critères qualitatifs dont l'application requiert une appréciation préalable sont assez peu nombreux également, malgré la diversité des qualités de référence possibles. Le code civil s'attache, selon les cas, à une identité (art. 1821, 1892), à une supériorité (art. 2095), à une obligation en nature (art. 1915), voire au caractère volontaire des faits (art.1371) ou absolu des droits (art. 544), ou contentieux des choses (art. 1956), ou encore à la nature incertaine des événements (art. 1964 : contrat aléatoire ; art. 1168, 1169 : condition). Quant à la qualification des concepts, elle s'impose chaque fois qu'ils se matérialisent sous des formes différentes, permettant de les classer par catégories (par ex. obligations divisibles et indivisibles : art. 1217, 1218; cession de biens volontaire ou judiciaire : art. 1265, 1267 et 1268...). Mais, dans les définitions, la qualification des éléments constitutifs eux-mêmes est parfois nécessaire. Ainsi, les prêts sont "à usage" ou de "consommation" selon qu'ils portent sur un objet consommable ou non (art. 1874, 1875 et 1892) ; l'hypothèque est qualifiée de droit réel par l'art. 2114 ; le nantissement d'une chose est gage s'il s'agit d'un meuble, et antichrèse, si elle est immobilière (art. 2072). Enfin, les définitions procèdent parfois par assimilation pour estomper certaines différences et parvenir ainsi à une nécessaire unité de régime (art. 524 et 525 : immeubles par destination) ou pour soumettre certaines situations à des principes en régissant d'autres (art. 1831-1 : contrat de promotion immobilière assimilé au mandat d'intérêt commun).

13 - L'utilisation d'une énumération se rencontre dans un peu moins d'un tiers des définitions. Elle est pourtant intéressante car, selon le rôle qui lui est dévolu et les formes qu'elle prend, elle peut entamer ou non la qualité conceptuelle des définitions du Code Civil, puisqu'on sait que la véritable définition, "énoncé conceptuel", se distingue de l'énumération (G. Cornu "Droit Civil" - Introduction, les personnes, les biens" Ed. Montchrestien 2^e Ed. n°213).

On observe que les énumérations simplement énonciatives correspondent presque toujours à des exemples d'application de la définition matérielle d'un concept fondée sur des critères de fond. Loin d'affaiblir la qualité conceptuelle des définitions, elles la précisent par des illustrations. Il en est ainsi dans les art. 524 et 525, pour les immeubles par destination, dans l'art. 534 pour les meubles meublants, dans les articles 688 et 689 pour les principales catégories de servitudes, dans l'art. 1010, pour les legs à titre universel, dans l'art. 1350 pour les présomptions légales et dans l'art. 1964 pour les contrats aléatoires. Il arrive aussi que les textes énumèrent diverses formes d'un même élément constitutif : les art. 1101, pour le contrat en général, et 1582, pour la vente en particulier, énumèrent les principales obligations qui en résultent; l'art. 567, relatif à l'accession en matière mobilière, énonce les finalités en vue desquelles la partie accessoire peut être unie à la partie principale. Il n'y a guère que l'art. 584 qui fournisse une simple énumération à titre de définition des fruits civils : sa qualité même de définition en devient contestable, encore qu'elle ne puisse être isolée de la définition des fruits naturels et des fruits industriels et du texte de l'art. 582 qui la précèdent.

Quant aux énumérations limitatives, elles sont souvent destinées à énoncer les diverses espèces d'un même concept générique et à exprimer des classifications, tout en en précisant éventuellement les critères : cela se vérifie à propos des catégories de meubles (art. 527), de servitudes (art. 687), de conditions (art. 1168), de contrats de louage (art. 1708), de louages d'ouvrage et d'industrie (art. 1779), de prêts (art. 1874) et de nantissements (art. 2072). Il n'y a guère que pour les meubles "par détermination de la loi" que l'on trouve une simple énumération, sans critère général de distinction (art. 529) ; mais cela se comprend aisément. Les autres énumérations que l'on rencontre dans les définitions concernent les divers objets auxquels s'attachent certains concepts (ex. art. 546 ou 556) et sont donc tout à fait compatibles avec l'idée même d'une définition dont on a vu qu'elle se caractérise par des spécificités formelles et, sur le plan substantiel, par la détermination de critères associés de qualification.

Cette approche générale des définitions dans le code civil peut être, cependant, encore affinée en tentant une typologie plus spécialisée des définitions selon leur objet.

II - TYPOLOGIE SPECIALE DES DEFINITIONS, SELON LEUR OBJET

14 - En dépit d'un certain nombre de traits communs à la plupart des définitions du Code Civil, on a pu observer ci-dessus qu'il existe également entre elles une assez grande diversité. Il semble cependant possible de dégager une meilleure homogénéité des définitions si, plutôt que de les analyser toutes ensemble, on examine séparément toutes celles qui ont un même objet. On a déjà remarqué (supra n° 10) que, dans le Code Civil, les définitions les plus nombreuses sont relatives à des catégories ou sous-catégories juridiques (A), ou, plus spécialement, à des actes juridiques (B). On s'en tiendra donc ici à une brève synthèse sur ces deux ensembles de définitions.

A - Les catégories et classifications

15 - Ch. Eisenmann (art. précité n° 7 et s.) a parfaitement montré que le problème de la définition des concepts est lié à celui des classifications car on ne peut bien définir des concepts en les prenant isolément un à un,

mais seulement "en ayant égard aux autres espèces d'un même genre" et en constituant "des séries plus ou moins nombreuses de concepts, base chacun de la réunion d'une classe ou catégorie d'objets". Dans l'oeuvre de qualification de tout juriste, une définition ne peut jamais être isolée de l'ensemble de définitions solidaires dont elle dépend. Il est donc naturel que la plupart des définitions concernent des catégories ou sous-catégories juridiques et se rattachent à des classifications.

On observe cependant que le Code Civil ne comporte pas de définitions dans tous les domaines du droit civil, mais seulement en certaines matières : on n'y trouve de définitions réelles ni en matière de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, ni dans le domaine du droit des personnes ou des régimes matrimoniaux. Les catégories ou sous-catégories définies y concernent les preuves, le droit des biens, les sûretés, les obligations contractuelles et les successions.

Pour le droit des biens, il s'agit surtout de la distinction des biens (art. 516 et s., 524-25, 528-29, 533 et s.), des servitudes (art. 637 et 687 et s.) et des fruits (art. 583 et s.). Pour les preuves, le code définit seulement certains modes de preuve : titre authentique (art. 1317), présomptions (art. 1349, 1350, 1353), aveu (art. 1356), serment (art. 1357), commencement de preuve par écrit (art. 1347). Quant aux successions, on ne trouve que la définition des diverses sortes de lignes de parenté (art. 736) et de legs (art. 1003 et 1010). En ce qui concerne les sûretés, on ne trouve que la définition de sûretés réelles, comme les privilèges (art. 2095) et les hypothèques (art. 2114), et du nantissement, traité au titre des contrats (art. 2071-72).

Il faut donc souligner combien l'arsenal des véritables définitions légales est incomplet dans le Code Civil, même s'il faut y ajouter des classifications abordées sous forme de règles juridiques ou d'énumérations qui ne constituent pas, en elles-mêmes, de vraies définitions mais dont il est aisé de déduire des critères conceptuels (par ex. privilèges sur les meubles, généraux et spéciaux sur certains meubles, privilèges spéciaux sur les immeubles et privilèges généraux immobiliers : art. 2099 et s.).

C'est certainement en matière d'obligations contractuelles que le Code Civil est le plus riche en définitions. Outre les définitions du contrat et des grandes catégories de conventions (art. 1101 et s.), on y trouve des définitions des ventes (art. 1582 et 1601-1 et s.), des diverses sortes de louage de choses et d'ouvrage (art. 1708 et s. et 1779, 1800, 1801, 1804, 1821, 1831), de la société (art. 1832), des prêts (art. 1871, 1875, 1892), des dépôts (art. 1915, 1949), du sequestre (art. 1956), du nantissement (art. 2071, 2072). Le Code Civil contient également des définitions des principaux instruments de la technique contractuelle : conditions (art. 1168 à 1171, 1181, 1183), terme (art. 1185), solidarité (art. 1197, 1200), obligations divisibles et indivisibles (art. 1217, 1218), mais aussi cession de biens (art. 1266, 1267) ou clause pénale (art. 1226).

Les caractères communs des définitions de catégories ou sous-catégories juridiques sont spécialement révélés par l'analyse des définitions relatives aux actes juridiques.

B - La définition des actes juridiques

16 - On observe en effet que celles-ci, dans leur quasi-totalité, s'intègrent dans des classifications et sont ainsi également révélatrices des particularités de la définition des catégories juridiques.

Quant au fond, il s'agit de définitions conceptuelles, même s'il s'y adjoint parfois une note terminologique, comme dans l'art. 1874. Toutes les définitions d'actes juridiques procèdent par détermination de leurs éléments constitutifs, au moins sommairement comme l'art. 2072 qui définit le gage et l'antichrèse comme des nantissements (dont la notion est décrite par l'art. 2071) portant, l'un sur une chose mobilière, l'autre sur une chose immobilière. Elles reposent presque toujours sur un critère fonctionnel, finaliste ou d'effets et comportent, le plus souvent, une référence expresse à la personne de l'un au moins des intéressés. Ce sont enfin toujours des définitions à vocation interdisciplinaire, susceptibles d'être utilisées en d'autres matières qu'en droit civil, même si certaines d'entre elles, relatives aux baux à cheptel ou au droit de la construction par exemple, semblent, à première vue, assez spécialisées.

Généralement dérivées, parce que rattachées au contrat en général, ou à une catégorie générale, ce sont presque toujours des définitions directes (rarement des définitions induites : art. 1779 ou 1831) et imperatives ou directives. Il ne semble pas y avoir de définitions simplement indicatives ou interprétatives en matière d'actes juridiques.

Quant à leur forme, les définitions des actes juridiques, puisqu'elles s'intègrent généralement dans des classifications, sont le plus souvent incluses dans un ensemble de définitions groupées ou éparses. Celles qui semblent isolées, comme l'art. 1582 pour la vente, l'art. 1659 sur la faculté de rachat ou l'art. 1831-1, relatif au contrat de promotion immobilière, ne le sont souvent pas en réalité, parce que rattachées au contrat en général ou à un contrat spécial. Il n'y a guère que l'art. 1371 définissant les quasi-contrats qui soit vraiment isolé.

Presque tous les actes juridiques, enfin, sont définis dans un article spécial de définition, même s'il arrive que deux ou trois définitions soient regroupées au sein d'un seul article ou qu'une règle de droit s'ajoute à la définition (art. 1984) proprement dite. Quant à leur formulation, les définitions des actes juridiques empruntent presque toujours la forme principale ou directe et sont le plus souvent homogènes.

C'est ainsi que peut se dessiner le modèle de base de la définition des actes juridiques, par leurs dénominateurs communs.

17 - Au-delà de cette image générale, la définition des divers actes juridiques use de critères et de procédés divers, selon les cas. Elle peut comporter des critères de génération ou d'assimilation, objectifs ou subjectifs, des éléments qualitatifs, quantitatifs ou qualificatifs, passifs ou actifs, de temps ou de lieu... Elle opère par synonymie, par antinomie, par renvoi, par dénomination... Elle recourt à des exemples, à des énumérations, à des intitulés... Elle est placée en exergue ou non, selon qu'elle concerne ou ne concerne pas une catégorie principale ou suffisamment importante par rapport aux autres... Mais ce ne sont là, semble-t-il, que des traits contingents, sans signification générale pour l'ensemble des définitions des actes juridiques et, plus largement, des catégories juridiques. Ils marquent seulement la diversité et la richesse possibles des définitions juridiques dont le contenu et la forme peuvent varier infiniment dans le détail.

CONCLUSION

18 - Au-delà des difficultés et des incertitudes ponctuelles qui s'attachent à l'examen et à la caractérisation des définitions du Code Civil, leur analyse conduit à des enseignements généraux qui ne semblent guère contestables.

On observe d'abord l'importance globale de ces définitions mais également leur absence complète de certaines matières. On peut en déduire que le législateur a entendu établir l'arsenal conceptuel indispensable à une matière aussi fondamentale que le droit civil et à un monument législatif tel que le Code Civil. Mais il semble aussi que les rédacteurs du Code Civil se soient méfiés des définitions et les aient délibérément évitées, pour laisser au juge un large pouvoir d'appréciation face à des notions souples ou évolutives, voire pour ne pas encombrer le code de définitions qui, à tort ou à raison, leur ont paru inutiles.

On observe en outre la profonde permanence des définitions du Code Civil, leur vocation interdisciplinaire et, dans l'ensemble, leur bonne qualité formelle et substantielle. On peut en déduire qu'il s'agit là d'un important stock commun de définitions aux richesses duquel toutes les autres matières juridiques peuvent puiser, ce qui les dispense de redéfinir elles-mêmes les mêmes concepts, si elles n'entendent pas déroger à leur sens commun.

Les définitions du Code Civil constituent un élément essentiel de la structure du système juridique en général. Les définitions purement conjoncturelles ou contingentes, à contenu variable ou, au contraire, précisément quantifiées en sont à peu près absentes, de même que les définitions purement terminologiques, se bornant à énoncer le sens particulier d'un vocable pour les besoins propres à un texte déterminé.

On rejoint alors ce "modèle français de définition" qu'a si bien décrit M. le Doyen Cornu ("Introduction, les personnes, les biens" op. cit. n° 213) et cette idée que "les définitions réelles sont des règles de base", relatives aux "données juridiques de base", à caractère "logique" et "pédagogique", prétendant avoir "une valeur spéculative" et tendre "à la cohérence du système juridique" (G. Cornu "les définitions dans la loi" art. précit. n° 23 et s. ; 34).

On ne s'étonnera donc pas de ne trouver dans le code civil, presque uniquement, que des définitions conceptuelles. Mais il faut alors s'attendre à ne pas rencontrer, dans les matières spécialisées, de définition légale des concepts déjà définis dans le code civil et à y trouver, au contraire, la définition de notions plus ponctuelles ou conjoncturelles et un certain nombre de définitions terminologiques, de caractère moins rigide et d'inspiration plus pragmatique.

Selon que l'on a du Droit une approche plus systémique ou plus existentielle et pragmatique, on souhaite plus ou moins de définitions conceptuelles. Selon que l'on reconnait au juge une plus ou moins large part d'initiative dans l'interprétation et l'application du droit, on attend de la loi et du règlement plus ou moins de définitions. Mais la nécessaire cohérence du système juridique implique, dans une matière aussi fondamentale que le droit Civil, un arsenal suffisant de définitions conceptuelles. Faut-il alors en laisser au juge et à la doctrine le soin principal ? L'émergence constante de problèmes nouveaux de définition peut inciter à ne pas multiplier les définitions rigides dans les textes ou, au contraire, à les assortir de garde-fous. On méditera sur cette alternative à partir de la définition du concubinage : des arrêts récents ont admis qu'en l'absence de définition légale de "l'union libre" et du mot "concubin", législation et jurisprudence n'ont fait produire d'effets juridiques au concubinage que dans la mesure où il résultait d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage lequel est l'union d'un homme et d'une femme. Ils ont dès lors refusé de traiter comme concubins des couples d'homosexuels, estimant que le concubinage implique l'hétérogénéité sexuelle dans le couple... (Kennes 27 nov. 1985 et Paris 11 octobre 1985 D. 1986 II 380 note D. Denis). A suivre ! Vaut-il mieux alors encadrer le juge dans la rigueur d'une définition légale ou le laisser libre d'apprécier ?

RECHERCHE SUR LES DEFINITIONS

DANS

LES LOIS COMMERCIALES

Par

Emmanuel PUTMAN

*Assistant associé à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

**RECHERCHE SUR LES DEFINITIONS
DANS
LES LOIS COMMERCIALES**

Par

Emmanuel PUTMAN

*Assistant associé à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

1. Quel est l'apport des lois commerciales (1) à l'art des définitions ? La question, de prime abord, peut surprendre. D'une part, le "trésor" des définitions légales paraît se trouver ailleurs, dans le Code pénal, le Nouveau Code de procédure civile, et bien sûr, le Code civil (2). D'autre part, on éprouve le sentiment que la technique des définitions, si elle est utilisée dans de nombreux textes spéciaux, trouve davantage à s'épanouir dans le contexte d'une codification où elle peut prendre une valeur abstraite et universelle (3). Or, le Code de commerce est notoirement en perte de vitesse, débordé par les lois commerciales (4). Enfin, on se dit que la définition n'atteint sa plus haute valeur doctrinale qu'à partir d'un certain degré de rationalité et de généralité (5) auquel le pragmatisme commercialiste peut répugner, préférant une attitude plus conjoncturelle:

2. A la réflexion pourtant, cette surprise initiale apparaît comme le reflet d'un préjugé, qui voit dans la rationalité une exigence plus noble que le pragmatisme, dans l'énoncé de règles abstraites une technique supérieure à celle de la définition "au cas par cas", alors que ces attitudes sont sans doute plus complémentaires que contradictoires, et sont en tout cas également respectables.

3. L'essai d'analyse de quelques définitions issues des lois commerciales peut, au contraire, être riche d'enseignements. Obligées d'épouser une réalité économique diverse et évolutive, les lois commerciales ne sont-elles pas amenées à multiplier les spécimens de définitions afin de mieux saisir, dans leur complexité, les opérations que suscite une pratique dynamique ? Les définitions données par les lois commerciales n'ont-elles pas une spécificité dont le langage juridique riche en présentations et formulations originales est le reflet ? Enfin, les objectifs du législateur commercial, les finalités attribuées par lui aux définitions, ne traduisent-elles pas les exigences du droit commercial qui est de plus en plus le droit des affaires, le droit de l'entreprise, le droit "économique", au delà des clivages traditionnels entre droit public et droit privé ? Au lieu du préjugé initial défavorable, on est amené à formuler l'hypothèse de la richesse et de la spécificité des définitions dans les lois commerciales, hypothèse que l'on va s'efforcer de vérifier en étudiant leur typologie (I) leur présentation formelle (II) et leurs fonctions (III).

(1) Le terme "loi" est pris dans son sens matériel le plus large.

(2) comp Cornu, "Les définitions dans la loi", Méi. Vincent p. 77 et la liste des définitions qu'il cite.

(3) Rappr. Cornu, art. cité, p. 90, n° 32.

(4) Cf. Oppetit, "La décodification de droit commercial", in Méi. Rodière, 197 et s.

(5) Rappr. Cornu, art. cit., loc. cit.

I. TYPOLOGIE DES DEFINITIONS.

Notre première démarche doit être de rechercher les définitions dans les lois commerciales, de mesurer leur fréquence. Cette recherche du genre (A) doit ensuite être affinée ; il recouvre en effet de multiples espèces différentes (B).

A. La recherche du genre.

Force est de constater qu'il est relativement rare ; on est fréquemment confronté à l'absence de définition ou à la fausse définition.

1° Absence de définition.

4. L'exemple le plus remarquable est celui de la publicité ; visée par de très nombreux textes (6), la publicité n'est définie nulle part. Cette absence de définition révèle rapidement le décalage entre le sens commun et le sens juridique d'un terme. Dans le langage commun, relève un auteur, "chacun sait ce que veut dire le procédé publicitaire ou publicité" (7). Dans le langage juridique, toute une jurisprudence s'est développée, passant du critère de l'incitation à la consommation du produit, longtemps dominant, à une notion beaucoup plus matérielle, retenue par un arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 1984, qui, dans le cadre de la loi Royer, a défini la publicité comme "tout moyen d'information du public portant sur la composition d'un produit mis en vente, s'agirait-il d'un étiquetage obligatoire" (8). Il est vrai que, plus récemment, une définition a été donnée, en droit européen, par la directive communautaire du 10 septembre 1984, qui retient le but de la promotion du produit (9). Néanmoins, il importait de souligner les inconvénients de l'absence de définition, avant de voir, comme nous le ferons plus loin (10) si elle ne correspond pas à un propos délibéré du législateur, et si celui-ci n'y voit pas certains avantages.

La fausse définition présente "a priori" moins de difficultés.

2° Fausse définition.

5. La définition de la définition manque de certitude, et l'on peut s'en faire une conception plus ou moins large. Pour notre part, nous nous en tiendrons à une définition stricte de la définition, que nous emprunterons au "Vocabulaire de Lalonde" : "la définition, considérée comme opération de l'esprit, consiste à déterminer la compréhension caractérisant un concept".

Nous rangerons parmi les "fausses définitions", toute une série de "définitions", très nombreuses dans les lois commerciales, où l'opération de définition n'est accomplie qu'incomplètement et de manière indirecte.

(6) Loi du 20 mars 1951 sur les ventes avec primes, art. 3 ; loi du 23 déc. 1966 sur l'usu-re et certains démarchages, art. 10 ; son décret d'application n° 68-259 du 15 mars 1968 ; loi du 3 janv. 1972 sur le démarchage financier, art. 18 et s. ; loi Royer du 27 déc. 1973, art. 44 ; décret du 9 mai 1974 sur les ventes avec primes, art. 5 ; loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, art. 19 ; loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, art. 30.

(7) Fourgoux, note D. 1985, p. 81.

(8) Idem.

(9) Fourgoux, note précitée, p. 82.

(10) Cf. infra, n° 23 s.

a) Définition par énumération.

6. C'est, si l'on ose dire, l'une des plus impures, source de difficultés d'interprétation traditionnelles, quant au point de savoir si l'énumération est ou non limitative. Les lois commerciales l'utilisent volontiers, par exemple pour la définition de l'emballage (11) ou de l'opération de crédit mobilier au consommateur (12).

b) Définition négative.

7. Elle consiste à dire ce que n'est pas une chose, ce qui n'est qu'une moitié de définition et se suffit rarement à elle-même ; la définition négative de la vente directe au consommateur se combine avec une définition positive (13) ; la définition négative de la vente avec primes, donnée par les articles 2 et 3 du décret n° 74-410 du 9 mai 1974, est l'accessoire de la définition positive contenue par la loi du 20 mars 1951, article B.

c) Définition par l'énonciation d'un synonyme.

8. La définition de la publicité financière, comme synonyme de "propagande" (art. 10, loi du 28 décembre 1966) ou celle du consommateur, par référence au "non-professionnel" (loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, art. 25) ne font que déplacer le problème de définition, la "propagande" n'étant pas définie et le "non-professionnel" n'étant pas d'une définition évidente (14).

d) Définition par énonciation de l'objet sur lequel porte l'opération

9. C'est la plus proche d'une vraie définition. En apparence simple variante perfectionnée de la définition par énumération, elle s'en distingue par une indication de but qui, nous le verrons, est très importante dans les lois commerciales.

Par exemple, la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 ne nous dit pas ce qu'est le démarchage à domicile, mais, la nuance est importante, ce sur quoi il porte :

"Art. 1er. Quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail pour proposer la vente, la location ou la location-vente de marchandises ou objets quelconques ou pour offrir des prestations de services, est soumis aux dispositions du présent texte".

10. La différence avec une "vraie" définition est si peu sensible qu'il faut, pour la percevoir, comparer la "définition" de la loi sur la vente à domicile avec la définition conceptuelle du démarchage financier donnée par les deux derniers alinéas de l'article 9 de la loi du 28 décembre 1966.

"Se livre au démarchage, au sens du présent article celui qui, à l'une des fins visées à l'alinéa 1er, se rend habituellement soit au domicile ou à la résidence des personnes, soit sur leurs lieux de travail, soit dans des lieux ouverts au public et non réservés à de telles fins". "Sont également considérés comme actes de démarchage les offres de services faites ou les conseils donnés de façon habituelle en vue des mêmes opérations au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur leurs lieux de travail, par l'envoi de lettres ou circulaires ou par communications téléphoniques".

(11) Tableau annexé à la loi du 13 juin 1966 sur les usages commerciaux, point V.

(12) Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, art. 2.

(13) Décret n° 74-429 du 15 mai 1974, art. 1.

(14) Comp. à propos de l'obligation de renseignement, obs. J. Mestre, RTD Civ. 1986, p. 339 et s. n° 1, spéc. p. 341.

On voit ce qui sépare cette définition de la précédente ; ce qui est défini, ce ne sont pas les opérations sur lesquelles porte le démarchage, c'est l'opération de démarchage elle-même (l'alinéa I comportant quant à lui l'énumération des opérations visées).

Cette "vraie" définition n'est heureusement pas la seule. Les lois commerciales en proposent de diverses espèces.

A. La découverte des espèces.

Outre les types principaux (1°), on rencontre des types combinés (2°) et des types intermédiaires (3°).

1° Types principaux.

11. Comme toutes les lois de droit privé, les lois commerciales sont un réservoir de définitions conceptuelles (par exemple celle du commissionnaire, art. 94 du Code de commerce ; de la lettre de voiture, art. 101 du Code de commerce ; du bien d'occasion, loi du 25 juin 1841, art. 1), et de définitions terminologiques.

12. On doit relever la grande variété d'utilisation de ces dernières qui concernent des notions aussi différentes que par exemple l'unité de mesure (art. 1 à 6 du décret n° 61-501 du 3 mai 1961), du poids, de la tare et du tonneau de mer (tableau annexe de la loi du 13 juin 1866 sur les usages commerciaux) mais aussi de la définition de la filiale pour laquelle on se serait attendu à une conceptualisation, et qui est simplement donnée par l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966 comme une définition du terme "filiale", donné par le titre de la Section II du Chapitre VI de la loi ("Filiales et participation") et dont la portée est d'ailleurs strictement limitée à la Section concernée (la société est considérée comme filiale "pour l'application de la présente section"). Le type de définition choisi correspond assez bien, en l'occurrence, à l'objectif du texte, objectif limité puisqu'il est loin de constituer un véritable droit des groupes de sociétés et qu'il définit uniquement la filiale par le critère arithmétique du pourcentage de capital détenu par une autre société, alors que d'autres critères étaient possibles.

Mais le plus remarquable est que les lois commerciales ne se contentent pas d'utiliser les types principaux de définitions à l'état pur, et échafaudent de multiples combinaisons.

2° Types combinés.

Une fausse définition se combine souvent avec une vraie (a) ou une définition terminologique avec une définition réelle (b).

a) Combinaison d'une fausse définition avec une vraie.

13. C'est ainsi que la définition conceptuelle de la Bourse de commerce (art. 71 du Code de commerce : "la bourse de commerce est la réunion qui a lieu, sous l'autorité du Gouvernement, des commerçants, capitaines de navires, agents de change et courtiers") se combine avec une définition par énonciation de l'objet sur lequel porte l'opération (art. 72 : "Le résultat des négociations et des transactions qui s'opèrent dans la bourse détermine le cours du change des marchandises, des assurances, du frêt ou nolis, du prix des transports par terre ou par eau, des effets publics et autres dont le cours est susceptible d'être coté").

14. C'est ainsi également que la définition par énumération est volontiers complétée par un élément ou un critère de définition conceptuelle, par exemple "l'abus de puissance économique" et "l'avantage excessif" dans l'énumération (limitative) des clauses susceptibles d'être considérées comme abusives (art. 35, loi n° 78-23 du 10 janvier 1978). Dans le même ordre d'idées, si l'article 77 du Code de commerce énumère les différents courtiers, l'article 74 donne un élément de définition conceptuelle, en indiquant que ce sont des "agents intermédiaires pour les actes de commerce".

En un sens, ces combinaisons sont rassurantes ; conscient de l'imperfection des fausses définitions, le législateur a tenu à les compléter par des types de définitions plus "purs".

Mais le législateur ne s'arrête pas là ; il combine aussi les "types purs" entre eux.

b) Combinaison d'une définition terminologique et d'une définition conceptuelle.

15. La définition du warrant (ordonnance du 6 août 1945, art. 21) est caractéristique.

"A chaque récépissé de marchandise est annexé sous la dénomination de warrant, un bulletin de gage contenant les mêmes mentions que le récépissé". C'est à la fois une "définition de mot" (sous la dénomination de) et une définition de chose (un bulletin de gage).

Le droit commercial permet donc de vérifier l'opinion selon laquelle "loin d'être exclusifs l'un de l'autre, les deux types principaux pourraient avoir, dans un même système juridique, des emplois complémentaires (15).

16. Leur combinaison peut notamment correspondre au passage d'un terme usuel, au sens juridique précis qui lui est donné dans le cadre d'une réglementation spécifique. Ainsi, l'article 1 de la loi du 5 novembre 1953 dispose : "Sont interdites les ventes pratiquées par le procédé dit "de la boule de neige" ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions".

Ces types combinés de définitions, à la fois terminologiques et conceptuelles, se rapprochent beaucoup des types "intermédiaires", dont le législateur commercial est également friand.

3° Types intermédiaires.

17. Il s'agit cette fois de définitions qui se donnent formellement l'apparence de simples définitions de mots, limitées au contexte d'une loi, mais, sous cette apparence se cachent de véritables définitions conceptuelles.

Ces types intermédiaires, définitions conceptuelles inavouées, sont très significatifs des réticences qu'éprouve le législateur commercial dans le maniement des définitions ; celles-ci ne sont pas excessivement abondantes, les types "purs" s'y retrouvent peu, et, parmi ceux-ci, les définitions conceptuelles données comme telles sont rares.

(15) Cornu, "Les définitions dans la loi" Mél. Vincent, p. 90, n° 31.

18. On trouve un bon exemple de ces types intermédiaires dans la définition des soldes, liquidations et ventes au déballage (art. 1 à 4, décret n° 62-1463 du 26 novembre 1962 pris pour l'application de la loi du 30 décembre 1906) dont nous extrayons la définition des soldes (art. 2).

"Sont considérées comme solde, au sens de la loi du 30 décembre 1906 les ventes présentant un caractère réellement ou apparemment occasionnel, accompagnées ou précédées de publicité, et annoncées comme tendant à l'écoulement accéléré de tout ou partie d'un stock de marchandises".

Il faut d'ailleurs noter que l'alinéa suivant du texte ajoute une définition négative en énumérant les ventes qui "ne tombent pas sous le coup des dispositions de la loi".

Une technique analogue est utilisée pour définir les ventes directes au consommateur (décret n° 74-429 du 15 mai 1974, art. 1, pour l'application de la loi Royer).

C'est donc à une typologie très diversifiée des définitions que les lois commerciales ont recours. Une diversité comparable se retrouve dans la présentation formelle des définitions.

II. PRESENTATION FORMELLE DES DEFINITIONS.

La présentation formelle des définitions est par elle-même riche d'enseignements, qu'il s'agisse de la place des définitions dans l'économie des textes (A) ou de leur formulation (B).

A. Place des définitions dans l'économie des textes.

19. Une constatation s'impose très nettement : nombre de définitions légales sont aussi des définitions du domaine de la loi.

Cette méthode est particulièrement utilisée par les textes visant à la protection du consommateur, qu'il s'agisse de la réglementation des ventes avec primes (16), du crédit en matière mobilière (17), de la vente à domicile (18), des ventes directes au consommateur (19) ou des clauses abusives (20).

20. On peut imputer ce phénomène à la nature propre du droit de la consommation, droit nouveau aspirant à déclarer son autonomie, et, comme tel, désireux de tracer ses frontières, de délimiter son champ d'action, en somme de se définir.

Mais une explication plus générale peut également être recherchée dans l'attitude de la loi commerciale, moins soucieuse d'une certaine cohérence d'ensemble que de se doter d'instruments fonctionnels au coup par coup, selon ses besoins d'intervention. La formulation des définitions en témoigne également.

B. Formulation des définitions.

La formulation des définitions commerciales est significative, dans les mots (1°) comme dans le style (2°).

(16) Loi du 20 mars 1951, art. B.

(17) Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, art. 1 et 2.

(18) Loi du 22 décembre 1972, art. 1.

(19) Décret n° 74-429 du 15 mai 1974, art. 1.

(20) Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, art. 35 al. 2 et 3.

1° Les mots.

21. Il convient de relever certaines expressions caractéristiques.

- "Au sens de" (la présente loi) ou "visé par", que l'on rencontre très fréquemment (21) n'annonce pas nécessairement une définition terminologique, comme dans les systèmes anglo-saxons, mais annonce souvent une fautive définition, ou une définition indirecte, et toujours une définition du domaine de la loi.

- "Est réputé" reçoit diverses utilisations. Tantôt, c'est l'équivalent de "est considéré par", et il est alors combiné avec "au sens de la présente loi" ou le sous-entend (22). Tantôt, et c'est la formule la plus connue (mais pas la plus fréquente), au lieu de "est réputé au sens de la présente loi", une disposition énonce que la loi "répute" (ainsi les articles 632 et 633 du Code de commerce énumèrent les actes réputés actes de commerce par la loi). Le texte attribue une nature juridique à un acte ou une série d'actes, définit une catégorie juridique générique.

Il est significatif que ce soit "la loi qui répute", et non la "présente loi". En revanche, la formule n'annonce pas nécessairement une présomption légale simple ou irréfragable. En tout cas, l'exemple (célèbre) de l'article 632 montre que la situation peut être plus complexe, puisque cette disposition n'énonce qu'un seul acte qu'elle considère comme acte de commerce "entre toutes personnes", la lettre de change, tandis que la "présomption de commercialité" dégagée par la jurisprudence et qui considère tous les actes du commerçant comme faits pour les besoins de son exploitation jusqu'à preuve du contraire, a débordé l'énumération de l'article 632 (23).

- "En vue de". On se bornera pour l'instant à signaler cette expression que l'on rencontre par exemple à propos du démarchage (24), du G.I.E. (25) ou du magasin collectif de commerçants indépendants (26). Dans la mesure où elle correspond à l'énoncé du but, de la finalité d'une opération ou d'une institution, elle répond à une utilisation importante de la définition en droit commercial, nous le verrons tout à l'heure (27).

- "Par" ou "par lequel" désigne fréquemment le contrat, et, d'une manière plus générale, l'acte juridique : par exemple dans la définition du crédit-bail (28), de l'endossement, de l'aval ou de l'acceptation de la lettre de change (29) ; tandis que "il y a" désigne de façon beaucoup plus large et plus vague une situation juridique : par exemple, la constitution de la provision d'une lettre de change (art. 116, al. 2 Code de commerce).

(21) Exemples : ventes avec primes, loi du 20 mars 1951 préc. ; ventes directes au consommateur ("au sens de l'article 39 de la loi du 27 déc. 1973" auquel renvoie le décret) ; démarchages financiers (loi du 28 décembre 1966, art. 9 avant-dernier alinéa) et démarchage en général (loi du 22 déc. 1972, art. 2 "Les opérations visées dans l'article 1er...") ; crédit-bail (loi n° 66-455 du 2 juil. 1966, art. 1, "Les opérations de crédit-bail visées par la présente loi sont,...")...

(22) Décret du 26 nov. 1962, art. 1 "Sont réputées faites sous forme de soldes, liquidations, ventes forcées ou déballage, au sens de la loi du 30 déc. 1966...".

(23) Voir par exemple sur cette question classique : Calais Auloy "Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce", Mél. Cabrillac, 37 et s.

(24) Loi du 8 juil. 1963, art. 30 sur les bourses de commerce et loi n° 72-6 du 3 janv. 1972 sur le démarchage financier, art. 2.

(25) Odonnance n° 67-821 du 23 sept. 1967, art. 1.

(26) Loi n° 72-651 du 11 juil. 1972, art. 1.

(27) Cf. infra n° 33 s.

(28) Loi du 2 juil. 1966, art. 1.

(29) Art. 117, 128, 130 Code de commerce.

Les lois commerciales ne se bornent pas à une utilisation significative de certains mots ; il y a aussi un "style" des définitions commerciales.

2° Le style.

22. Les lois commerciales répugnent à ce qu'on pourrait appeler le "style lexicographique" consistant en l'énoncé du terme à définir, suivi des termes de la définition. Elle pratique volontiers la définition "par inversion" ou "par contraction".

a) Définition par inversion. La loi commerciale donne assez souvent la définition avant le mot (exemple article 74 du Code de commerce : "la loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires, savoir : les agents de change et les courtiers"), ou même sans le mot (exemple de la définition de la vente à perte, dans l'article 1 de la loi de finances du 2 juillet 1963).

Le cas de la cessation des paiements dans la loi du 25 janvier 1985 est frappant puisque l'état de cessation des paiements est défini à l'article 3 avant que le mot ne soit employé à l'article 4. La réalité économique précède l'acte du législateur qui lui donne un nom.

b) Définition par contraction. C'est le cas de la définition de l'aval (article 130 du Code de commerce) et de l'endossement (article 117 du Code de commerce), c'est-à-dire de définitions qui, formellement, ne se présentent pas comme telles mais qui en comportent les éléments. Le Code ne nous dit pas que "l'aval" est un mode de garantie de paiement de la lettre de change mais que le "paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval". De même, il ne nous dit pas que "l'endossement est l'acte par lequel se réalise la transmission de la lettre de change", mais, "toute lettre de change, même non expressément tirée à ordre, est transmissible par la voie de l'endossement". On ne s'aviserait pas de ce que l'article 117 contient la définition de l'endossement si l'article 118 n'énonçait pas cette définition sous une forme différente en précisant la portée de l'effet translatif ("l'endossement transmet tous les droits résultant de la lettre de change").

On peut voir dans cet emploi d'un style indirect de définitions le reflet de la réticence des lois commerciales envers les types "purs" de définitions, particulièrement de définitions conceptuelles ; mais aussi dans le cas de la définition par contraction une perspective "utilitariste" qui privilégie l'énoncé de l'objectif poursuivi par l'institution (la garantie ou le transfert de l'effet de commerce). C'est donc une indication sur la fonction des définitions.

III. FONCTIONS DES DEFINITIONS.

A quoi sert de définir, dans les lois commerciales ? La question, en réalité, se dédouble. Pourquoi les lois commerciales se servent-elles des définitions, quelle est l'attitude des lois commerciales face aux définitions (A) ? Mais aussi, comment la loi commerciale manie-t-elle l'art des définitions, quelle est l'aptitude de la loi commerciale aux définitions (B) ?

A. Attitude des lois commerciales face aux définitions.

Que font les lois commerciales des définitions et que n'en font-elles pas ? Il est au moins aussi intéressant de s'interroger sur les causes du non usage des définitions (1°) ou les motifs de leur faux usage (2°) que sur les mobiles du bon usage (3°).

1° Du non usage.

23. La raison de l'absence de définition apparaît souvent contingente. Par exemple, la loi du 24 juillet 1966 ne donne pas de définition de la société car cette définition figure dans le Code civil, où elle vient d'être modifiée pour tenir compte de l'introduction, en droit français de l'E.U.R.L (30) ; en revanche la loi de 1966 contient des définitions du caractère commercial de la société (31), et des diverses formes particulières de sociétés commerciales (32).

24. Outre un souci d'économie législative, l'absence de définition peut se justifier par son inutilité au moins apparente. L'action, en général, n'est pas définie contrairement à des formes particulières d'actions et de valeurs mobilières (33) et à l'obligation (34). On a pu considérer que, sauf à préciser certaines formes spéciales, l'action était incluse dans la définition, plus large, des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, dont elle constitue le type le mieux connu. L'absence de définition serait à rapprocher de l'"understatement" en tant que convention de langage ; le texte a été rédigé en fonction de ses utilisateurs potentiels, c'est-à-dire des personnes suffisamment familiarisées avec la vie des affaires pour savoir ce qu'est une action. L'absence de définition peut donc être le révélateur d'une définition acquise implicite (35).

Si l'absence de définition correspond alors à un sous-entendu, il s'agit d'un simple sous-entendu "par renvoi" et on peut se demander si de tels sous-entendus sont fréquents en droit commercial. Une première opinion serait que, dans les droits spéciaux, bien des concepts n'ont pas à être définis car il existe un stock commun de définitions que l'on trouve notamment en droit civil, lequel comporte un bon nombre de "définitions de genre" ; les droits spéciaux auraient davantage besoin de "définitions d'espèces" (36).

Cette explication est certainement juste mais ne cerne pas complètement le phénomène. Car encore faudrait-il rendre compte du processus par lequel le droit commercial adapte les concepts du droit civil à ses besoins, et renvoie au droit civil un écho qui suscite à son tour les réflexions des civilistes (37) ; le droit civil se "commercialise" autant que le droit commercial se "civilise" (38).

(30) Art. 1832 C.Civ., mod. par la loi n° 85-697 du 11 juil. 1985 (qui modifie aussi l'art. 34 de la loi du 24 juil. 1966 sur la SARL).

(31) Loi du 24 juil. 1966, art. 1.

(32) Exemples : loi du 24 juil. 1966, art. 34 (SARL), 73 (SA), 251 (commandite par actions).

(33) Loi du 24 juil. 1966, art. 267 et s.

(34) Loi du 24 juil. 1966, art. 284.

(35) Encore la définition de la valeur mobilière n'est-elle en réalité qu'une fausse définition par énumération (loi du 24 juil. 1966, art. 263).

(36) Ce qui renvoie à la classique question des rapports du "droit commun" et des "droits spéciaux". V. sur ce point, Gassin, "Lois spéciales et droit commun", D 1961, Chr. 91.

(37) Rapp. les significatives "Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété" de M. le Professeur Ghestin à l'occasion de la loi dite "Bubanchet" du 12 mai 1980, D 1981, Chr. 1.

(38) Sur les rapports du droit civil et du droit commercial v. Marty, "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine", RDT Com. 1981, 681 - Ripert et Roblot II, n° 11 et la bibliographie citée mais surtout les pages lumineuses de Ripert : Préface au traité élémentaire de droit commercial, 1947 et "La commercialisation du droit civil français", Méf. Maurovic, 1934.

25. Au demeurant, le sous-entendu "par renvoi" n'est pas le seul utilisé dans les lois commerciales, ni même sans doute le plus significatif. Existe aussi, le sous-entendu révélateur d'une intention du législateur celui qui invite à lire un texte "entre les lignes".

Il arrive en effet que l'absence de définition traduise un parti pris législatif. Par exemple, le Code ne propose pas une véritable définition directe de la lettre de change, du chèque ou du billet à ordre, mais seulement une énumération formelle du contenu du titre, accompagnée d'une définition négative, précisant que "les titres qui ne comportent pas les mentions obligatoires" ne sont pas des lettres de change, des chèques ou des billets à ordre (39). A peu près la même méthode a été utilisée à propos du bordereau Dailly, défini à la fois par l'objet de l'opération et le contenu du titre (40). Le procédé n'est-il pas révélateur de l'importance attachée à la régularité formelle du titre, elle-même corollaire de l'indépendance du titre, au moins en matière d'effets de commerce ?

Avec l'exemple des effets de commerce, on rencontre déjà des éléments de définitions incomplètes et indirectes, donc un "faux usage" des définitions.

2° Du faux usage.

26. Là encore, certains "faux usages" ont des raisons contingentes, d'autres sont davantage révélateurs.

La définition par énumération et la définition négative sont souvent incluses dans l'énoncé du domaine d'un texte. C'est peut-être là un contre-coup de la décodification du droit commercial, qui est de plus en plus une juxtaposition de textes spéciaux (41).

27. La définition par le synonyme est déjà plus significative, car on y retrouve le procédé du sous-entendu.

Il peut y avoir un sous-entendu par renvoi, et c'est par exemple la référence implicite au sens commun des mots. Ainsi quand le texte législatif parle de publicité "ou" propagande, renvoie-t-il au sens de la propagande dans le langage courant, en même temps qu'il contient peut-être une définition par le but (la publicité serait ce qui vise à réaliser une propagande) (42).

Il peut aussi y avoir un sous-entendu par allusion à l'intention du législateur, ainsi quand le texte parle du "non-professionnel ou consommateur", ce qui est à la fois une définition du domaine du texte et une indication sommaire sur l'esprit du texte protecteur d'une catégorie considérée comme en position de faiblesse face à la catégorie antagoniste des "professionnels".

On laisse d'ailleurs de côté la question de l'équivalence entre les synonymes (le consommateur correspond-il au non-professionnel ?) ; de la définition du synonyme (le non-professionnel est-il celui qui agit en dehors des besoins de sa profession pour des besoins personnels ou familiaux, par exemple le quidam qui fait ses emplettes au supermarché ? ou celui

(39) Articles 110 et 111, 183 et 184 du Code de commerce ; décret-loi du 30 oct. 1935, art. 1 et 2.

(40) Loi du 2 janv. 1981, n° 81-1, art. 1, mod. par la loi bancaire du 24 janv. 1984.

(41) V. Oppetit. "La décodification du droit commercial", Mém. Rodière, 197 et s.

(42) Loi n° 66-1010 du 28 déc. 1966, art. 10.

qui agit, même pour ses besoins professionnels, mais en dehors de sa spécialité, par exemple le débitant de boissons qui achète à une entreprise spécialisée un extincteur pour son bar ?). On laisse même de côté la question de savoir si l'indication sur l'esprit du texte n'est pas une fausse piste, ou une indication partielle (par exemple, en opposant le professionnel et le non-professionnel, le législateur semble laisser entendre que l'infériorité protégée est une infériorité du "savoir" de la compétence technique : le professionnel est "celui qui sait ou qui est censé savoir". Mais en parlant plus loin d'abus de puissance économique et d'avantage excessif, le texte vise cette fois une infériorité du "pouvoir", et c'est celle-ci qui est décisive (43).

28. L'indication implicite de la finalité du texte est sans doute plus complète et moins ambiguë dans les définitions consistant en une indication de l'objet sur lequel porte une opération juridique. Par exemple, lorsque le législateur ne définit pas la publicité mais indique les opérations commerciales à propos desquelles la publicité est réglementée, il révèle assez la destination première des dispositions concernant la publicité mensongère. L'indication des opérations réglementées concerne au premier chef les professionnels de ce secteur ; la définition de la publicité intéresserait davantage ses destinataires c'est-à-dire les consommateurs. Le droit de la publicité mensongère vise en premier lieu un assainissement des pratiques commerciales, c'est du droit de la concurrence avant d'être du droit de la consommation (44).

Face au non-usage ou au faux-usage, le bon usage apparaît un peu comme l'usage résiduel. Impression qu'il convient toutefois de corriger.

3° Du bon usage.

29. Il est, paradoxalement, à la fois relativement rare et d'une surprenante richesse. En réalité, c'est le "panachage" entre divers usages des définitions qui s'impose comme une constante dans les lois commerciales. Le législateur commercial, pragmatique, refuse de se laisser enfermer dans un ou deux schémas préétablis. Le bon usage fait bon ménage avec le faux-usage ou le non-usage. Le style même de la définition est aussi varié que significatif. Ainsi la définition inversée, qui donne le sens avant le mot sera-t-elle révélatrice d'un mode de maniement des catégories juridiques. La définition inversée est alors la définition d'une catégorie générique à l'intérieur de laquelle cohabitent des sous-catégories : les agents de change et les courtiers sont des sous-catégories des intermédiaires de commerce (45).

La constatation de cette diversité de l'usage des définitions augure bien de l'aptitude de la loi commerciale aux définitions.

B. Aptitude de la loi commerciale aux définitions.

Le test d'aptitude de la loi commerciale aux définitions serait assez décevant si l'on s'en tenait au seul choix entre définition conceptuelle et définition terminologique (1°), car le droit commercial s'oriente vers une voie intermédiaire, celle de la définition téléologique (2°).

(43) Loi n° 78-23 du 10 janv. 1978, art. 35 et sur la définition du consommateur v. partic. Pizzio, "L'introduction de la notion de consommateur en droit français", D 1982, Chr 92 et s.

(44) Comp. les critères de délimitation du droit de la concurrence proposés par M. Azéma, "Droit français de la concurrence", Thémis n° 6-7.

(45) Sur les catégories juridiques v. spéc. J.-L. Bergel, "Différence de nature = différence de régime", RTD Civ. 1984, 255 et s.

1° Définition conceptuelle ou définition terminologique ?

Force est de constater, de la part du droit commercial, une relative défiance à l'égard de la définition conceptuelle pure et se donnant pour telle. On peut s'interroger sur les motifs de cette réticence.

30. Les commercialistes éproueraient-ils le sentiment que la définition conceptuelle pose plus de problèmes qu'elle n'en résoud ?

Une telle constatation est quelquefois fondée. C'est ainsi que la définition et la réglementation des clauses d'exclusivité, contenue dans l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 :

"Est limitée à dix ans la durée maxima de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles, s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur",

visait à l'origine à se substituer à une jurisprudence, pas assez protectrice des débiteurs, qui raisonnait simplement par analogie avec les clauses de non-concurrence. Ce qui n'a pas empêché une nombreuse jurisprudence d'intervenir à son tour pour interpréter ce texte à la lumière des questions que la pratique découvrait (domaine d'application limitatif ou général du texte, réduction de l'engagement à la durée maxima ou nullité...) (46).

Plus significatif encore est l'exemple de la définition de la cessation des paiements comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, empruntée par la loi du 25 janvier 1985 à la jurisprudence antérieure (47).

L'apparente consécration d'un acquis commence déjà à révéler ses lacunes. Au lendemain de la parution du texte, des commentateurs se sont demandés si les solutions antérieures qui, à côté de la définition principale, continuaient à accueillir dans certains cas (jurisprudence criminelle ; responsabilité du banquier ayant soutenu artificiellement le crédit d'un débiteur en cessation de paiements), la notion de "situation irrémédiablement compromise", avaient encore droit de cité (48). Et voici que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, pour décider qu'il convient d'ouvrir une liquidation judiciaire relève dans plusieurs arrêts récents, l'"impossibilité absolue de faire face au passif exigible" inaugurant semble-t-il une nuance nouvelle par rapport à la cessation des paiements "pure et simple" (49). L'oeuvre des définisseurs est un perpétuel recommencement....

31. Une autre explication trouverait, dans cette méfiance envers le conceptuel, une sorte d'abdication d'une fonction du législateur, qui est de fournir le Droit en concepts, une réticence à l'égard de la valeur générale et abstraite de la loi. Le droit commercial ne serait-il pas un droit de l'action, plutôt qu'un droit de la connaissance ?

(46) Sur cette jurisprudence v. la synthèse d'Azéma, "Droit français de la concurrence", n° 251 et s.

(47) Loi du 25 janvier 1985, art. 3. Sur l'ancienne jurisprudence v. Ripert et Roblot, II, n° 2872, et la bibliographie citée.

(48) V. p. ex. Crim. 20 nov. 1978, D 1979, 525, note Derida et Culioli, et Derida, Godé, Sortais, "Redressement et liquidation judiciaires des entreprises" n° 33.

(49) V. not. Aix 8ème Ch. 21 mars 1986, inédits, n° 225 et 226, Procureur de la République c/Mme Paoli et Me Astier, et, Procureur de la République c/SARL Sté Commerciale et industrielle du Midi et Me Belot ; 18 avril 1986 inédit n° 284, Procureur de la République c/SA Marseillaise d'Affrètement et de Transport Maritimes et Me Belot ; 13 mai 1986, inédit n° 371, Procureur de la République c/De Angelis et Me Astier.

32. Toutefois, une vue moins pessimiste serait plus juste. On peut faire une place à l'idée selon laquelle la pratique et les usages ont en droit commercial un rôle plus important qu'ailleurs, de sorte que la loi pourrait se passer d'un certain nombre de définitions, déjà acquises par un "consensus des marchands" (50).

Il serait d'ailleurs excessif de dénier au droit commercial tout pouvoir conceptuel, en matière de contrats notamment. Il y a peu de définitions de contrats dans le Code de commerce alors que c'est la vie des affaires qui est génératrice du plus grand nombre de types contractuels nouveaux. Mais il faut tenir compte d'une évolution historique. A l'origine, de nombreux contrats commerciaux pouvaient encore apparaître comme des "petits contrats", variations commercialistes sur les grands types contractuels du droit civil (51). Avec le développement de contrats commerciaux originaux, les définitions conceptuelles commencent à apparaître dans la loi, par exemple à propos du crédit-bail (52).

L'effort de conceptualisation a tout de même un temps de retard sur la pratique (que l'on songe aux développements jurisprudentiels modernes sur l'affacturage ou du franchisage en l'absence ou au delà des textes (53), et, aussitôt fait, il est aussitôt dépassé ; le corpus de solutions judiciaires relatives au crédit-bail est sans commune mesure avec les brèves dispositions textuelles qui le concernent (54).

La loi commerciale n'adopte donc pas un rythme conceptuel rapide et a préféré s'orienter vers une autre voie, en choisissant de préférence la technique de la solution téléologique.

2° Vers la définition téléologique.

33. Le droit commercial résoud fréquemment l'alternative : définition conceptuelle-définition terminologique, en ayant recours à la définition téléologique, définition par le but, définition d'une fonction plutôt que d'une notion.

(50) V. l'abondante littérature consacrée aux usages commerciaux, et not. Boucourechliev "Usages commerciaux, usages professionnels ; élaboration et formulation", un "Dix ans de droit de l'entreprise", 19 et s., ou les études plus anciennes d'Escarra ("Valeur de l'usage en droit commercial", *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97) ou de Tanaka ("Fonction de la coutume en droit commercial", *Mémoires*, II, 247 et s.)...

(51) V. le mot-choc de Ripert, "il n'y a pas de contrats commerciaux", in *Traité élémentaire de droit commercial*, II, n° 2483.

(52) Loi n° 66-455 du 2 juillet 1966.

(53) Sur l'affacturage v. Gavalda et Stoufflet, *JCP* 1966, I, 2044 ; Kharroubi "Le contrat d'affacturage et les procédures collectives", *Les Petites Affiches* n° 18, 8 fév. 1985, p. 11 ; Ripert et Roblot ; *Traité élémentaire de Droit commercial*, II, n° 2400 et s. Sur le franchisage, comp., définition de l'arrêté du 3 janvier 1974, et Paris, 28 avril 1978, *Cah. Dr. Entreprise* 1980 n° 5 reprenant la définition de la Fédération Française de Franchisage, adde Azéma, *Droit français de la concurrence* ; Mousseron et autres, *Droit de la distribution* n° 348 et s. ; Guyenot "La franchise commerciale" *RTDC Com* 1973, 161 et s. ainsi que les bibliographies citées.

(54) Sur le crédit-bail, v. entre autres, E.M. Bey et Gavalda, "Le crédit-bail mobilier" Ripert et Roblot, II, n° 2422 et s. et la bibliographie citée. La jurisprudence en matière de crédit-bail fournit d'ailleurs un ex. d'application "commercialiste" des notions du droit civil, en particulier la notion de cause ; v. spéc., sur la question de savoir si la résolution de la vente entraîne ou non la résolution ou la nullité du crédit-bail pour absence ou disparition de la cause, obs. P. Remy, *RTD Civ.* 1983, 153, sous Civ. 3 mars 1982, et *RTD Civ.* 1983, 758, sous Com 10 mai 1982.

On peut accorder à la définition téléologique une portée plus ou moins grande. L'impression première est que le droit commercial se serait porté à la rencontre du "troisième type" ; que la définition téléologique n'est ni une définition terminologique, ni une définition conceptuelle, mais signale l'apparition d'une espèce nouvelle, sans précédent.

34. En réalité, la présence de définitions fonctionnelles, dans le droit économique (55) et dans les diverses branches du droit privé (56), amène à corriger cette opinion initiale : la définition terminologique comme la définition conceptuelle peut connaître une variante téléologique.

L'importance quantitative considérable de la définition téléologique, en droit des affaires, n'en est pas moins le signe d'une évolution qualitative. Il s'agit moins d'une espèce nouvelle que d'un mutant, mais c'est peut-être la pointe (actuelle) de l'évolution des espèces.

Le phénomène est particulièrement net lorsque la définition téléologique apparaît comme un avatar de la définition conceptuelle : loin d'être inapte au conceptuel, le droit commercial l'a adapté en en faisant du fonctionnel.

35. Le signes de cette valeur excellente du fonctionnel ne manquent pas.

- Le fonctionnel est le bon usage des définitions dans les lois commerciales, car il peut servir à tous les usages.

Que l'on se penche, par exemple, sur la définition des Chambres de commerce et d'industrie (loi du 9 avril 1898, art. 1er). Bien qu'il s'agisse de définir une institution, c'est le critère fonctionnel qui l'emporte sur la conception purement organique. La définition fonctionnelle ("Les chambres de commerce sont auprès des pouvoirs publics les organes des intérêts commerciaux et industriels de leur circonscription") précède, dans l'ordre de la phrase, l'énoncé du critère organique ("elles sont des établissements publics").

- L'importance du fonctionnel se manifeste à l'intérieur même du conceptuel.

C'est ainsi que la définition déjà évoquée (57) du Groupement d'Intérêt Economique, est bien la définition d'une notion. Mais la fonction, signalée par la formule "en vue de mettre en oeuvre tous les moyens propres à...", est inséparable de la notion, qu'elle contient toute entière.

Quant à la définition, récemment retouchée (58) des ententes et abus de position dominante, exemple même d'élaboration de concepts, d'ailleurs féconde puisqu'elle a inspiré le droit européen (59), elle est aussi la définition fonctionnelle par excellence, puisqu'elle sert à caractériser les comportements "ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet" d'entraver la concurrence.

(55) V. l'article de M. J.Y. Cherot.

(56) V. l'article de M. J.L. Bergel.

(57) Cf. supra, n° 21.

(58) V. la "loi portant amélioration de la concurrence" du 30 décembre 1985, art. 2, complétant l'art. 51 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les ententes et positions dominantes, et l'art. 5 mod. art. 4 de la loi du 19 juillet 1977 sur les concentrations.

(59) Art. 85 et 86 du Traité de Rome. Il est d'ailleurs remarquable que le droit européen de la concurrence influence par contre-coup le droit français. Ainsi la notion de "part équitable du profit" réservée au consommateur, qui permet de justifier des comportements "a priori" enticoncurrentiels se retrouve dans la dernière loi française sur la concurrence (art. 2 mod. art. 51 de l'Ord. du 30 juin 1945).

- Le fonctionnel atteint son meilleur usage lorsqu'il se combine, selon un de ces "panachages" dont les lois commerciales sont friandes, avec d'autres modes de caractérisation d'un concept. C'est pourquoi l'on voudrait terminer cette étude sur un exemple parfait de "télescopage" des techniques de définition.

Il s'agit de la définition du magasin collectif de commerçants indépendants (loi n° 72-65 du 11 juillet 1972, art. 1er).

"Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnes physiques ou morales, réunies dans une même enceinte, sous une même dénomination, pour exploiter, selon des règles communes, leur fonds de commerce ou leur entreprise immatriculée au répertoire des métiers sans en aliéner la propriété, créant ainsi un magasin collectif de commerçants indépendants".

On y trouve tout à la fois, une définition dans la loi, une définition du domaine de la loi ("les dispositions... s'appliquent), une définition inversée (la définition est donnée avant le mot qui la termine : "créant ainsi...") et une définition du but poursuivi ("pour exploiter"). La fonction est au coeur de la définition.

(*) La présente étude était déjà sous presse au moment où est paru l'article de Claude Nanterme et Gérard Ponceblanc, "L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation des paiements : une opportunité qui n'est pas sans risques", Gazette du Palais 2-4 novembre 1986, doctrine p. 10

**LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES DU DROIT
ADMINISTRATIF ECONOMIQUE**

Par

Jean-Yves CHEROT

*Professeur de droit public
Université de Droit, d'Economie et des Sciences
d'Aix-Marseille*

LES DEFINITIONS DANS LES TEXTES DU DROIT
ADMINISTRATIF ECONOMIQUE

par

Jean-Yves CHEROT

Professeur de droit public
Université de Droit, d'Economie et des Sciences
d'Aix-Marseille

Les définitions constituent un aspect essentiel de la science. Elles sont un complexe de concepts ou d'idées développant une notion et permettant d'aller du plus obscur vers le moins obscur. "Notre savoir exige pour se constituer que nos concepts, loin d'être laissés en bouton... s'ouvrent, se déploient, deviennent en fleur, passent à un état de développement qui les rend articulables les uns aux autres et maniables à notre esprit" (J. MARI-TAIN, Eléments de philosophie, Paris, Tequi, 1923, p. 96).

Mais dans les disciplines juridiques les définitions ne sont pas seulement un élément de la science du droit mais un élément du droit lui-même : les définitions sont des règles de droit secondaires (sur le plan logique) permettant d'appliquer les règles de droit principales.

Les définitions sont donc un élément essentiel dans l'application du droit. Mais elles sont encore un élément fondamental dans la construction du droit, un facteur d'unité ou de diversité du système juridique.

Dans l'étude qui suit l'intérêt est porté plutôt sur les aspects du rôle des définitions dans la construction du droit que sur les aspects du rôle des définitions dans l'application du droit.

A cet égard l'étude des définitions dans la loi constitue un terrain d'observation idéal pour l'analyse du système juridique.

Pourtant les définitions dans la loi n'ont pas fait l'objet d'études nombreuses. Les travaux de l'Atelier de méthodologie juridique de la faculté de droit d'Aix durant l'année 1985-1986 tentent de réparer cette lacune. Le travail original du Doyen CORNU sur "les définitions dans la loi" (Mélanges Vincent) a constitué un point de référence pour les recherches de l'Atelier.

Ce rapport rend compte d'une étude des définitions dans la loi en droit administratif économique.

Le droit administratif économique est formé de règles de droit s'appliquant à l'action de l'administration dans l'économie. Il existe en cette matière de nombreux textes tant législatifs que réglementaires. Il s'agit d'ailleurs ce qui ne sera pas sans influence sur la nature et la portée des définitions de "textes spéciaux".

Il y a deux définitions pour ce terme de textes spéciaux. Aussi faut-il préciser en quoi les textes étudiés peuvent être considérés comme tels.

Le texte spécial peut être un texte d'exception au droit commun. Ce n'est pas le cas en général des textes étudiés par le droit administratif économique. L'action économique de l'administration ne déroge pas en principe au droit commun de l'action administrative. Les règles générales de la responsabilité administrative, du retrait des actes, des contrats sont les mêmes dans l'action administrative qu'elle concerne l'économie ou non. Si certaines spécificités existent elles naissent de la jurisprudence et non des textes.

Aussi, par texte spécial, on entend textes portant règles spécifiques à une action donnée. C'est à cette catégorie de textes spéciaux qu'appartiennent les textes étudiés ici. D'ailleurs, dans la mesure où l'action de l'administration dans l'économie vient le plus souvent limiter l'exercice des libertés économiques qui constituent des libertés publiques un texte législatif est nécessaire pour prévoir cette action. En même temps qu'il prévoit l'intervention le texte précise les règles de compétences, de procédures et les conditions légales de fond qui viennent limiter l'action de l'administration, voire l'organisation du service public correspondant à cette action.

L'étude empirique menée ici n'est pas exhaustive. Elle ne porte pas sur tous les textes et toutes les définitions légales que l'on peut trouver en droit administratif économique (d'ailleurs la définition de cette matière étant sujette à discussions - non abordées ici - la recherche de l'exhaustivité conduirait à poser de difficiles questions. Les textes retenus sont les suivants :

- Code des marchés publics
- Code des communes. Livre III. Titre II : Services communaux
- Ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix
- Décret du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger
- Loi du 22 juin 1967 relative à la Cour des comptes
- Loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance
- Loi du 19 juillet 1977 modifiée par la loi du 30 décembre 1985 relative au contrôle de la concentration économique
- Décret du 29 octobre 1982 relatif aux modalités d'exploitation des services de transports publics d'intérêt local
- Loi du 7 janvier 1982 approuvant le plan intérimaire (article 4)
- Article 5, 6, 48, 49 et 66 de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions
- Circulaire du 24 juin 1982 sur l'aide aux entreprises en difficultés
- 3 décrets du 5 juillet 1983 relatifs aux modalités d'octroi respectivement par les régions, les départements et les communes de leur garantie ou de leur caution pour les emprunts contractés par des personnes de droit privé
- décret du 6 mai 1982 relatif à la prime d'aménagement du territoire et décret du 31 août 1982 le complétant
- Loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle
- Loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales
- Loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public
- Circulaire du 27 février 1984 relative à l'application de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public
- Loi du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

On y trouve un peu plus d'une vingtaine de définitions (marché public, marché d'étude (...) exploitation industrielle ou commerciale, intermédiaire nouveau, France, étranger, investissement directs, entreprise publique, concentration, montant total des annuités d'emprunt, entreprise industrielle, communication audiovisuelle, société d'économie mixte, filiale, société co-détenue, personne, entreprise de presse, contrôle, quotidien national, sous-traitance).

La question se pose de savoir s'il faut dans la constitution de l'échantillon introduire les circulaires des ministres. On sait qu'en principe les ministres ne disposent pas du pouvoir réglementaire : dans ces conditions les définitions que l'on peut trouver dans les circulaires ne constituent pas des règles de droit. Soit les définitions dans les circulaires reprennent en la commentant la définition légale (par exemple circulaire du 17 février 1984 du ministre des affaires sociales et de la solidarité relative à l'application de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, à propos de la définition du secteur public, de la filiale et des sociétés co-détenues) soit la définition proposée dans la circulaire explicite un terme non défini dans la loi ou un décret, mais sans imposer à l'administration cette définition comme une règle (cas de la définition de l'entreprise en difficulté donnée dans la circulaire du ministre de l'intérieur et de la décentralisation du 24 juin 1982), soit enfin la définition de la circulaire ajoutée à la loi ou au décret et se présente comme une règle impérative pour l'administration et elle est sans valeur juridique : le juge administratif peut l'annuler ; il ne l'appliquera pas, de même que le juge judiciaire, si elle est invoquée devant lui. Retenir dans l'échantillon les circulaires c'est donc associer des définitions règle de droit à des définitions qui ne le sont pas. Mais cela ne paraît pas sur le plan d'une étude de méthodologie de la définition dans les textes être un handicap.

La recherche dont on va rendre compte est partielle et largement exploratoire. L'exposé des observations est donc peu systématique. On regroupe nos observations autour de trois pôles :

- 1/ la portée et la nature des définitions
- 2/ le contenu des définitions
- 3/ la forme des définitions

I - Portée et nature des définitions dans les textes du droit administratif économique.

La portée dans le système juridique des définitions dans les textes de droit public économique est fort limitée, tout comme l'objet même de ces textes.

Les textes que nous étudions n'ont pas pour objet de préciser les grands concepts ou catégories de l'ordre juridique. Aussi, alors même qu'ils en feraient usage, on n'y rencontre pas la définition des grandes notions juridiques. L'article 56 de l'ordonnance du 30 juin 1945 fait ainsi référence au concept de "recours de pleine juridiction" sans le définir. La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle utilise le concept de "concession de service public" sans que le législateur ait ressenti l'utilité d'une définition. Les concepts d'actes juridique, de contrat, de délégation de compétence, fréquemment utilisés ne font pas l'objet de définition.

Seule une notion de base du droit public se trouve définie dans les textes de notre échantillon : le service public industriel ou commercial au titre II du livre III du Code des communes, article L 323 - I. Mais

cette définition est limitée à l'explication du texte du Code des communes. Elle ne constitue pas la définition générale d'ailleurs jurisprudentielle du service public industriel ou commercial. Elle est plus large que la définition jurisprudentielle car au sens du Code des communes "sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées soit par application de la loi des 2 - 17 mars 1791, soit en vertu des traités de concession ou d'affermage".

Les définitions portent soit sur des notions juridiques de portée limitée, soit sur des notions dont le sens premier n'est pas juridique mais qui acquièrent le statut de notion juridique par leur introduction dans un texte législatif ou réglementaire.

Pour les notions dont le sens premier est juridique l'emploi d'une définition s'observe soit lorsque la notion définit le champ d'application de la loi (marché public dans le Code des marchés publics, sous traitance dans la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance) soit parce que le législateur souhaite lui donner une définition différente de celle qui est reçue en général (définition de la filiale - sans que le mot filiale soit employé d'ailleurs - dans la loi du 26 juillet 1983 sur la démocratisation du secteur public dans un sens plus large que celui retenu par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales).

Mais les définitions dans les textes du droit administratif économique portent surtout sur des notions dont le sens premier n'est pas juridique, ici des notions d'ordre économique introduites dans les textes et méritant d'être pour leur application précisées. Sont ainsi définies les notions de concentration, de personne, d'entreprise de presse, de contrôle, de quotidien national, de France et d'Etranger, d'investissements direct, de communication audiovisuelle, d'entreprise industrielle, de marché d'étude. La définition de ce type de notion est presque habituelle. Rares sont les notions de ce type qui ne font pas l'objet d'une définition. On peut relever "entreprise en difficulté" (loi du 2 mars 1982, article 5 et décret du 6 mai 1982 relatif à la prime d'aménagement du territoire) "concurrence suffisante", "partie substantielle d'un marché" (loi du 19 juillet 1977) "partenaire en situation de dépendance" (article 37 1° g de l'ordonnance du 30 juin 1945) "aide directe" (loi du 7 janvier 1982, article 4). L'absence de définition renvoie à une politique jurisprudentielle. Elle s'explique parfois par une limite logique : toutes les notions ne peuvent être définies puisque aussi bien chaque définition est l'utilisation d'autres concepts. Le législateur ne procède pas à des définitions en cascade. Ainsi en définissant la concentration comme "une opération ou un acte juridique de... contrôle d'entreprise ou de groupe d'entreprise", il s'arrête à cette première définition et ne cherche pas à définir le terme de contrôle. Définissant ailleurs le mot de "contrôle" (loi du 23 octobre 1984) comme la possibilité pour une personne d'exercer sous quelque forme que ce soit et par tous moyens d'ordre matériel ou financier, une influence déterminante sur la gestion ou le fonctionnement d'une entreprise "il ne définit pas ce qu'il faut entendre par influence déterminante.

Mais la portée de ces définitions, déjà limitée par l'objet même du texte dans lequel elles figurent, est limitée encore par la nature de ces définitions qui se présentent comme des explications de texte. Elles n'ont pas vocation à définir une notion en elle-même valable pour la construction et l'application des règles de droit en général. Elles sont propres au texte dans lequel elles figurent. Elles sont presque toujours présentées comme des définitions "au sens du présent texte", "pour l'application du présent

décret", valable "dans la présente loi", etc. Ce sont donc des explications de texte à la portée limitée à l'application du texte expliqué. Des notions identiques peuvent recevoir ainsi facilement des définitions différentes. Par exemple dans l'article 1-4 de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public la notion de filiale est prise dans une acception plus large que celle retenue par l'article 354 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Dans le Code des marchés publics, la définition des marchés publics donnée au chapitre IV du livre I pour l'application des dispositions relatives au recensement des marchés publics est différente de celle de l'article I du Code.

Pour reprendre une distinction classique utilisée par le Doyen Cornu les définitions que l'on trouve dans les textes du droit administratif économique sont donc d'abord terminologiques ou nominales par opposition aux définitions réelles. La définition réelle porte sur les choses même objet de la définition alors que la définition nominale est la définition d'un terme que l'on se propose d'employer dans un sens déterminé.

"La définition de mot ou de nom, ou définition verbale ou nominale est une convention de langage par laquelle on lie à un signe vocal ou graphique une idée que l'on détermine. Chaque signe étant par lui-même indifférent à signifier toutes sortes d'idées, les définitions de mot sont arbitraires et ne peuvent être contestées... Un mot étant pris avec sa signification usuelle, on appelle définition de chose, ou définition réelle, une formule exprimant ce qu'est la chose qu'il signifie. La définition de chose peut être fausse.

Ainsi quand je dis : "j'appelle parallélogramme une figure qui, etc. je fais une définition de nom ; mais quand je dis : la figure que les géomètres appellent parallélogramme est, etc. je fais une définition de chose" (Goblot, Vocabulaire philosophique, Paris, A. Colin p. 166).

Le principal effet, comme on l'a observé, de cette distinction est que les définitions réelles ont une portée plus générale dépassant le texte dans lequel on les trouve (la plupart des définitions du Code civil) tandis que les définitions nominales sont des explications de textes et ont une portée limitée à l'application du texte expliqué. La portée de la distinction s'arrête là. Les deux définitions constituent des règles de droit quand elles figurent dans un texte de portée juridique. Elles portent toutes les deux sur des concepts. Les définitions terminologiques peuvent être, comme les définitions réelles, essentielles et non descriptives (voir plus loin).

Quelques définitions réelles, portant sur les choses mêmes que le concept cherche à définir peuvent être trouvées dans les textes du droit administratif économique.

C'est le cas pour la définition (d'ailleurs incomplète) des marchés publics à l'article I du Code des marchés publics : "les marchés publics sont des contrats passés, dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services".

C'est le cas également de la définition des différents contrats d'exploitation des services publics de transport urbain dans le décret du 29 octobre 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transport public d'intérêt local : "dans le contrat de gestion avec garantie de recettes l'autorité organisatrice garantit à l'exploitant une recette minimale pour tout ou partie des services" (article 10) et "dans le contrat de gestion

à prix forfaitaire, l'autorité organisatrice s'engage à assurer à l'exploitant une somme forfaitaire annuelle, quel que soit le montant des charges d'exploitation".

II - Le contenu des définitions.

Le contenu des définitions est indépendant de la nature réelle ou terminologique de la définition. Plusieurs observations peuvent être faites de ce point de vue sur les définitions dans les textes du droit administratif économique.

En tant que règles de droit les définitions sont toujours impératives et jamais interprétatives. Ce qui est lié au caractère d'ordre public de ces textes.

Rares sont les définitions fonctionnelles définissant les concepts par leur fonction ou leur but. On a relevé dans l'échantillon étudié une seule définition fonctionnelle, celle des marchés d'études dit de "définition" à l'article 107 du Code des marchés publics : "les marchés d'étude sont dit "de définition" lorsqu'ils ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché d'études ultérieur ; ces marchés doivent permettre de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en oeuvre. Ils doivent également permettre d'estimer le niveau des prix des études, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases des études".

Les définitions développent plutôt les éléments constitutifs de la notion. Par exemple (article 4 de la loi du 19 juillet 1977 dans sa rédaction de la loi du 30 décembre 1985) "une concentration au sens du présent titre résulte de tout acte ou opération juridique emportant transfert total ou partiel de propriété ou de contrôle d'entreprise ou de groupe d'entreprises".

Rares également les définitions négatives (définition de l'Etranger pour l'application du décret sur les relations financières avec l'étranger).

Ces définitions sont souvent, alors même qu'elles sont aussi souvent terminologiques, essentielles et non descriptives.

La définition essentielle est celle qui va aux caractères ou propriétés essentiels, constants des choses ou des mots tandis que les définitions descriptives (ou accidentelles), tout en mettant bien sûr l'accent sur des éléments spécifiques, se contentent d'énoncer des caractères secondaires, contingents, extrinsèques, empiriquement connus. Pour un exemple de définition descriptive voir dans notre échantillon la définition du mot France dans le décret du 27 janvier 1967 ou du mot entreprise industrielle dans le décret du 31 août 1982.

III - Formes des définitions.

- Annnonce de la définition.

En général, une formule annonce que l'on est en présence d'une définition. Elles sont très diverses : "Une concentration résulte...". "Le contrôle s'entend de...". "Est considéré comme national un quotidien... qui...". "Il faut entendre par...". "La communication audiovisuelle est...". "Le montant net des annuités de la dette ... est égal à la différence entre...". "Est considéré comme intermédiaire nouveau...". "Les entreprises visées... sont celles dont les activités...". "Sont considérées comme industrielles ou commerciales les exploitations susceptibles...". "Les marchés publics sont des contrats...". "La sous-traitance est l'opéraion par laquelle...".

Les formules d'annonce appartiennent à deux catégories apparaissant sous la diversité. Soit le verbe être est employé seul directement, soit on trouve une formule plus complexe telle que "Est considéré comme". "Il faut entendre par" "...s'entend". La première formulation est en relation directe avec une définition réelle. Les autres annoncent des définitions terminologiques.

La définition est parfois donnée sans qu'elle soit annoncée comme telle. Ainsi la définition de la société d'économie mixte locale dans la phrase : "les communes... peuvent... créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et éventuellement à d'autres personnes publiques...". Pas d'annonce d'une définition lorsqu'on est en présence de la définition d'un mot qui n'est pas employé dans le texte. Par exemple dans la loi du 26 juillet 1983 on trouve une définition par énumération des entreprises publiques sans que ce terme figure dans la loi.

Le phénomène est assez développé (voir définition des services de communication audiovisuelle interactifs à l'article 77 de la loi du 29 juillet 1982 sans que le mot apparaisse, de la filiale et de la société co-détenue dans la loi du 26 juillet 1983) pour qu'on s'interroge sur sa portée. Il n'est pas tellement étonnant si l'on prend en considération le fait que la définition n'est que le développement d'un concept, une autre façon de présenter le concept que le terme retenu. La définition peut donc remplacer le mot. Cette possibilité est d'autant plus facilement utilisée dans les textes du droit administratif économique que les concepts définis ne sont pas des concepts de base de l'ordre juridique.

La formulation de la phrase peut laisser planer un doute sur l'existence d'une définition alors même que la réponse à cette question peut avoir des conséquences juridiques. L'article 4 de la loi du 7 janvier 1982 portant approbation du plan intérimaire 1982-1983 établit une différence de régime juridique dans la réglementation des aides des collectivités locales aux entreprises selon qu'elles sont directes ou indirectes. D'où l'intérêt d'une définition de l'aide directe, étant entendu que l'aide indirecte se définit négativement par rapport à l'aide directe. Le législateur dispose (article 4 al. 2) : "les aides directes revêtent la forme de prime régionale à la création d'entreprise, de prime régionale à l'emploi, de bonification d'intérêt ou de prêts et avances à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations". S'agit-il d'une définition des aides directes ? Si oui toutes les aides qui n'ont pas cette forme sont des aides indirectes au sens de la loi et elles sont libres. Si non toutes les aides qui n'ont pas cette forme et qui seraient des aides directes par ailleurs (ce qui repose le problème d'une définition, mais sans l'aide du texte) seraient interdites.

- Place de la définition dans le texte.

Les définitions sont rarement données dans un article ou un titre spécial, en tête du texte. C'est le cas exceptionnellement dans le décret du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi du 28 décembre 1968 relative aux relations financières avec l'étranger. Le titre II du décret est intitulé "définitions" et comprend un seul article qui définit trois mots : France, Etranger et investissement direct. C'est encore le cas dans la loi du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse. L'article 2 de la loi est un article de définition. Y sont définis au sens de la loi les mots personne, entreprise de presse et contrôle.

La définition peut être donnée dans un texte d'application. Les décrets du 5 juillet 1983 relatifs aux modalités d'octroi par les régions, les départements et les communes de leur garantie ou de leur caution pour les emprunts contractés par des personnes de droit privé définissent, pour l'application des articles 6 et 49 de la loi du 2 mars 1982, le montant net des annuités de la dette, le montant des annuités des emprunts garantis ou cautionnés et les recettes réelles de fonctionnement.

On trouve de façon intéressante la définition du mot entreprise industrielle, utilisé dans le décret du 6 mai 1982 relatif à la prime d'aménagement du territoire dans un autre décret du 31 août 1982 complétant le premier.

LES DEFINITIONS EN DROIT FISCAL

Par

Pierre BELTRAME

*Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

LES DEFINITIONS EN DROIT FISCAL

Par

Pierre BELTRAME

*Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

Il en est des définitions comme des opinions politiques dont Jean Paulhan disait qu'elles "sont toujours une manière de ne pas aller jusqu'au bout de ses idées". En effet, définir c'est toujours réduire l'exubérance du réel à une formule. Cependant, la définition correspond à une exigence consubstantielle du droit, celle de nommer et de délimiter. Le droit a besoin de certitudes, lorsqu'il ne les trouve pas, il les construit. Dans l'architecture souvent baroque des constructions juridiques, les définitions jouent le rôle des clés de voûte : elles relient les éléments et maintiennent l'équilibre de l'ensemble.

Si l'impôt est une institution fort ancienne, notre droit fiscal est loin d'avoir atteint la maturité. Pendant le XIX^e siècle, protégé par le cocon de principes stables, dans un climat de paix fiscale, le droit fiscal n'a guère évolué. L'institution, en 1914, de l'impôt sur le revenu marque le début d'un processus de mutation de notre fiscalité qui va aller en s'accéléralant après la seconde guerre mondiale. En quelques décennies, les techniques fiscales se transforment, les rendements fiscaux quintuplent, les finalités de l'impôt se diversifient. On passe ainsi d'un système fiscal reposant sur des impôts spéciaux ou analytiques, à un système d'impôts généraux ou synthétiques. Les prélèvements obligatoires qui ne dépassaient pas 10 % du produit national avant 1914, atteignent près de la moitié du produit intérieur brut en 1980. A la neutralité fiscale prônée par les classiques, se substitue un interventionnisme fiscal pour lequel l'impôt sert à tout, même à financer le budget.

Ces bouleversements se sont traduits par l'élaboration de nouvelles règles dont l'examen au fond n'intéresse pas cette étude. En revanche, il est important d'avoir à l'esprit les mutations profondes qu'a connu notre système fiscal car elles affectent, ainsi que nous allons essayer de le montrer, la formulation même de notre législation fiscale.

Le passage de techniques d'imposition analytique à des techniques d'imposition synthétiques devrait se concrétiser dans la fréquence et la forme des définitions. En effet, les impôts analytiques qui frappent des produits, des biens, des actes nettement déterminés exigent des définitions précises, voire méticuleuses, qui seront le plus souvent énumératives. En revanche, les impôts synthétiques qui atteignent des valeurs ou des situations économiques prises dans leur ensemble (le revenu, le chiffre d'affaires, le patrimoine) requièrent, en principe, des définitions moins nombreuses et surtout de caractère plus globalisant. Pour reprendre la typologie de C. Cornu (1), l'impôt analytique conduirait à privilégier les définitions "terminologiques", alors que l'impôt synthétique conduirait à l'édiction de définitions "réelles".

Un survol du Code général des impôts semble confirmer ce point de vue. Les définitions énumératives sont nombreuses notamment en matière de droits indirects de consommation, impôts analytiques par excellence, mais on les trouve aussi dans les cédules de l'impôt sur le revenu qui ont un caractère analytique et conservent ainsi la diversité nécessaire à la notion de revenu, en principe globale et synthétique.

En matière de droits indirects, les définitions sont particulièrement nombreuses et précises car les taux d'imposition peuvent varier, non seulement d'un produit à l'autre, mais d'un état du produit à un autre. Ainsi, par exemple, la dénomination de "vin doux naturel" est réservée, par l'article 416 du C.G.I., aux "vins dont la production est traditionnelle et d'usage" : suivent une vingtaine de lignes qui décrivent les modalités de cette fabrication traditionnelle en partant de la qualité des cépages jusqu'aux enrichissements permis. La définition de ce produit se complique encore avec l'article 417 bis qui assimile aux vins doux naturels, certains "vins de liqueurs de qualité produits dans des régions déterminées de la Communauté économique européenne". L'intérêt fiscal de ces définitions est simple : les apéritifs à base de vin, les vermouths et les vins de liqueurs sont assimilés à des alcools et supportent un droit de 6 795 F. par hectolitre d'alcool pur, tandis que les vins doux naturels mentionnés à l'article 417 et les vins de liqueur visés à l'article 417 bis ne sont passibles que d'un droit de 54,80 F. par hectolitre. Des problèmes de définition semblables se posent pour les vins mousseux, les "pétillants de raisin", ainsi que pour la définition des métaux qui peuvent prétendre aux appellations de "plaqué", "doublé", "métal argenté" ou "vermeil" (C.G.I., art. 551). Dans ces cas l'objectif fiscal est inséparable du souci de contrôle de la production. C'est aussi le cas pour la définition de la qualité des personnes dans ce type d'impôt. Ainsi les personnes qui ont la qualité de "distillateurs de profession", au sens de l'article 332 du C.G.I., sont tenues de déclarer les boissons qu'elles possèdent dans leurs établissements.

Il n'est pas nécessaire de poursuivre des énumérations fastidieuses, ces quelques exemples montrent bien le degré de technicité et de contingence des définitions terminologiques en usage dans les droits indirects. Ces caractères sont plus atténués dans les définitions des diverses catégories de revenus, cependant celles-ci restent énumératives. Ainsi "sont considérés comme bénéfiques industriels et commerciaux... les bénéfiques... provenant de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale. Il en est de même des bénéfices réalisés par les concessionnaires de mines, par les amodiataires et sous amodiataires..." etc. (art. 34 du C.G.I.). Cette énumération est d'ailleurs complétée par l'article 35 qui ajoute : "présentent également le caractère de bénéfiques industriels et commerciaux, pour l'application de l'impôt sur le revenu, les bénéfices réalisés par les personnes physiques désignées ci-après : ... Suit une liste d'une vingtaine de lignes décrivant des opérations susceptibles de dégager des bénéfices qualifiés fiscalement d'industriels et commerciaux. Sous des formes un peu différentes, les définitions des bénéfices agricoles (C.G.I. art. 63), des traitements et salaires (C.G.I., art. 79 et 80) sont aussi énumératives. A propos de ces définitions on s'est interrogé pour savoir pourquoi le législateur s'est imposé la tâche de définir des catégories d'activités professionnelles qui sont par ailleurs définies dans d'autres branches du droit (commerçants, salariés, etc.). Certains y ont vu la marque d'une "autonomie du droit fiscal" déchaînant ainsi une bataille de "tartes à la crème" qui éclabousse encore la doctrine (2). Sans entrer dans une querelle aujourd'hui dépassée mais révélatrice de la force souvent perverse des mots, on notera que

la formulation des définitions des diverses catégories de bénéfiques relève plus de la facilité, voire du laisser-aller, que de la volonté d'élaborer un droit autonome.

La définition catégorielle des revenus correspond à la nécessité d'assurer une diversification de l'imposition en fonction de l'origine des gains du contribuable. Cependant, cette démarche s'oppose au caractère global et synthétique de l'impôt sur le revenu. Notamment, le fait de définir le revenu global imposable à partir de la sommation des revenus des différentes cédules risque de maintenir hors du champ d'application de l'impôt, les revenus "innommés" qui ne trouvent place dans aucune des catégories retenues. Le législateur a pallié cet inconvénient de la manière la plus simple, en restant dans la logique des définitions énumératives. En effet, on trouve en France, comme dans la plupart des autres systèmes d'impôt sur le revenu, une "catégorie-balai" qui permet de soumettre à l'impôt les revenus de toute nature qui ne peuvent figurer dans une autre cédule. Ainsi "sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale ou comme revenus assimilés aux bénéfiques non commerciaux, les bénéfiques des professions libérales, des charges et offices... et de toutes occupations, exploitations lucratives et sources de profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfice ou de revenus". (C.G.I. art. 92). Les revenus des avocats et des notaires se trouvent ainsi rangés dans la même catégorie que ceux des joueurs professionnels, des prostituées et des trafiquants de toute espèce. Le législateur aurait, certes, pu éviter cette assimilation en donnant une définition synthétique du revenu imposable. Ce type de définition, que G. Cornu appelle les définitions objectives ou réelles, existe en droit fiscal. On le trouve généralement dans les impôts généraux modernes tels, précisément, que l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés. Ainsi l'article 39-5° du Code général des impôts range parmi les charges déductibles : "les provisions constituées en vue de faire face à des pertes ou charges nettement précisées et que des événements en cours rendent probables". "Déterminante, conceptuelle, doctrinale, (la définition réelle) énonce les attributs spécifiques qui caractérisent, en son genre, l'objet défini" (3). C'est bien à cette filiation que se rattache la définition fiscale des provisions. A cela s'ajoute, comme le souligne M. Cozian, orfèvre en la matière, "une alerte sobriété" d'expression qui contraste avec le charabia du nouveau plan comptable où il est question de : "Provisions évaluées à l'arrêté des comptes, destinées à couvrir des risques et des charges que des événements survenus ou en cours rendent probables, nettement précisées quant à leur objet, mais dont la réalisation est incertaine". Au siècle de Périclès les mathématiques et la poésie ne faisaient qu'un, il est triste que de nos jours l'art de compter soit aussi éloigné de l'art d'écrire. Cette sobre définition fiscale des provisions a donné naissance à toute une jurisprudence extrêmement nuancée, fondée sur l'exégèse du texte, qui fait honneur au juge fiscal et a permis une remarquable adaptation du droit aux conditions changeantes de la vie économique.

Un autre exemple de définition synthétique est constitué par l'article 109-1 du Code général des impôts : "Sont considérés comme des bénéfiques distribués :

- 1° Tous les bénéfiques ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ;
- 2° Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts, non prélevées sur les bénéfiques".

La formulation, moins concise que précédemment pour les provisions, semblerait faire référence, à une énumération de deux types de distribution. En fait, la définition de l'article 109-1 présente les deux faces d'un même et seul phénomène : le désinvestissement. Jusqu'à la réforme fiscale de 1948, une définition analytique et subjective des distributions de bénéfices prévalait. N'étaient considérées, du point de vue fiscal, comme des bénéfices distribués que les sommes réparties en vertu d'une décision prise par l'assemblée des actionnaires ou des associés. Il en résultait que l'imposition des revenus distribués dépendait avant tout de la volonté de la société distributrice, ce qui facilitait la fraude. L'article 109-1 du C.G.I. substitue au contraire, une définition réelle, objective, des bénéfices distribués en les assimilant à un désinvestissement, de sommes appartenant à la société et en identifiant les deux modalités de cette opération. Tantôt les sommes désinvesties proviennent de bénéfices sociaux, tantôt elles proviennent de valeurs sociales autres que les bénéfices. Ainsi, en droit fiscal, l'une des vertus de la définition réelle, globalisante, est d'élargir l'assiette de l'impôt et de limiter les échappatoires fiscales. Les impôts synthétiques modernes se prêtent mieux à ce type de définition, pourtant on les trouve parfois dans les anciens droits indirects. La pittoresque définition du vin, cidre et poiré en témoigne qui inclu. "tous les liquides se présentant sous les divers états par lesquels peut passer le produit du raisin, de la pomme ou de la poire depuis le moût jusqu'à la lie non parvenue à dessiccation complète" (C.G.I., art. 435). En l'occurrence c'est le contribuable qui risque de se trouver dans tous ses états quand il constatera qu'il lui faut boire la coupe fiscale jusqu'à la lie.

Mais la primauté des définitions réelles, synthétiques, est loin de se réaliser dans notre système fiscal, pourtant composé essentiellement d'impôts généraux qui sont par nature susceptibles d'être appréhendés de manière conceptuelle et objective. En effet, certains caractères de notre droit fiscal moderne tendent à bloquer ce processus de conceptualisation.

Ainsi, tout d'abord, l'élaboration de concepts synthétiques se heurte aux contingences de l'interventionnisme fiscal. La définition réelle est globalisante, uniformisante et égalitaire. L'interventionnisme fiscal tend à morceller, à différencier et à introduire des privilèges afin de faire bénéficier un groupe plus ou moins restreint de contribuables d'avantages fiscaux qui devraient les inciter à adopter certains comportements jugés souhaitables pour la réussite d'une politique fiscale déterminée. Les exemples ne manquent pas de ces définitions qui, dans un souci de particularisme, deviennent difficilement intelligibles. On les trouvaient, certes, déjà dans nos impôts d'autrefois. Ainsi, fiscalement, le bouilleur de cru n'est pas une personne qui distille le produit de sa récolte de fruits pour sa consommation personnelle. D'après l'article 315 du Code général des impôts : "sont considérés comme bouilleurs de cru les propriétaires, fermiers, métayers ou vigneronniers qui distillent ou font distiller des vins, cidres ou poirés, marcs, lies cerises, prunes et prunelles provenant exclusivement de leur récolte et qui ne se livrent pas au commerce des alcools dans le canton du lieu de distillation et les communes limitrophes de ce canton". Cette définition d'une précision analytique méticuleuse et dans laquelle l'énumération tient une grande place tend à réduire le champ d'application d'un régime jugé favorable. Mais, bien sûr, on fait bien mieux de nos jours. La fiscalité immobilière, qui déjà en tant que telle n'existe que par cérogration au droit commun, constitue une mine d'exemples. Ainsi le régime particulier du prélèvement libérateur (C.G.I., art. 235 quater) s'applique à certaines plus-values immobilières définies par cinq conditions relatives tant à la nature

des activités du bénéficiaire, qu'à la qualité et l'affectation des immeubles cédés, certaines conditions comportant d'ailleurs des exceptions qui pourront être prévues par décret. En outre, le taux du prélevement libératoire ayant été modifié à plusieurs reprises de multiples régimes d'imposition se superposent comme des couches sédimentaires, avec les difficultés inhérentes à l'application des lois dans le temps. En définitive, l'article 235 quater qui, mystère de la codification, se rattache à un article 235 lui-même abrogé, n'occupe pas moins de deux pages des minuscules caractères des "Petits codes Dalloz" soit environ 7000 signes ! Quel exemple de concision !

L'examen de cette fiscalité dérogatoire fait apparaître un processus d'élaboration de ces textes qui rend absolument impossible l'élaboration d'une définition synthétique. Il s'agit de ce qu'on peut appeler le processus alluvionnaire. Une dérogation ayant été définie, le plus précisément possible, les groupes de pression divers vont réclamer l'assimilation à ce régime dérogatoire. Ce processus qui se traduit par des formules du type "sont également admis à bénéficier" ou "sont assimilées à" ou "sont soumis au même régime que" intervient soit durant la négociation et la discussion des textes, soit, plus tard, au gré des péripéties de la politique fiscale. En effet, les régimes d'exception se pérennisent volontiers en droit fiscal et ils tendent à se ramifier, si bien qu'il est parfois difficile de dire où commence le droit commun. Parfois même un régime que l'on croyait condamné à une mort lente, mais inexorable, reprend soudain vigueur, nouveau Lazare fiscal qui verra naître et disparaître bien des générations de fiscalités. Les avatars du privilège des bouilleurs de cru dans la loi de finances pour 1987 en fournit une belle illustration.

Un autre élément explique la raréfaction des définitions réelles dans le droit fiscal contemporain, c'est la mutabilité des textes fiscaux. La modification incessante de la législation n'est certes pas propre à la fiscalité, mais elle est particulièrement marquée dans cette matière. Chaque année une certaine d'articles du Code général des impôts sont modifiés par la loi de finances, sans parler des réformes particulières qui en cours d'année concernent tel ou tel impôt. Pris dans ce tourbillon législatif, les rédacteurs de la loi fiscale n'ont guère le loisir de peaufiner les textes concis et chargés de sens que requierent les définitions synthétiques. A la limite, ils n'en ont pas le goût et l'intérêt d'un tel effort leur échappe. Parfois même, ils évitent soigneusement les concepts trop explicites afin de laisser le champ libre aux évolutions jugées indispensables. Ainsi, aucune législation fiscale ne donne une définition, à la fois précise et générale, de la notion de revenu imposable. En France, l'article 1er du Code général des impôts est rédigé comme suit : "Il est établi un impôt annuel unique sur le revenu des personnes physique désigné sous le nom d'impôt sur le revenu. Cet impôt frappe le revenu net global du contribuable... Ce revenu net global est constitué par le total des revenus nets des catégories suivantes ...". Pour le législateur, le revenu imposable n'est que la somme des revenus dont a disposé le contribuable durant une période donnée. Mais qu'est-ce que le revenu ? Cela n'est pas dit dans le Code. Pourtant il était possible de définir le concept de revenu. Depuis les civilistes qui voient en lui "le fruit périodique d'une source durable", jusqu'aux économistes modernes qui l'assimilent à "l'enrichissement net d'un sujet économique au cours d'une période donnée", les définitions ne manquent pas. Mais comme l'écrivait, avec une certaine candeur ou un certain cynisme, l'auteur du rapport final de la Commission royale britannique : "Aucun avantage réel ne pourrait résulter de l'introduction d'une définition générale qui aurait à couvrir un sujet aussi multiforme que le revenu taxable". Ce

point de vue est corroboré par les réflexions récentes d'un commentateur autorisé en la matière qui notait : "Sous la pression des besoins, l'Etat a choisi de saisir la matière imposable non comme un tout prédéfini mais à travers quelques grandes catégories, il n'y aura donc jamais de définition du revenu imposable dans le Code..." (4). Mais cet auteur ajoutait fort opportunément : "C'est dire également que pour les cas limites ... rien n'est encore fixé et que de nouveaux et spectaculaires revirements de jurisprudence peuvent aisément être prévus". Ainsi, cette absence de définition synthétique, pour compréhensible qu'elle soit, n'en est pas moins déplorable dans la mesure où elle nuit à la sécurité des rapports juridiques dans une matière qui requiert, de ce point de vue, un soin particulier. Le pragmatisme du législateur peut, cependant, s'expliquer par les difficultés inhérentes à la mise en oeuvre d'une définition conceptuelle. Mais dans ce cas pourquoi ne pas faire comme en matière de bénéfices industriels et commerciaux, pour lesquels le législateur a édicté une double définition du bénéfice. L'article 38-1 du C.G.I. en donne, d'abord, une définition analytique : "Le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconque de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation". Puis l'alinéa suivant énonce la définition synthétique du bénéfice net qui est "constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés".

L'article 38-2 qui énonce la définition du bénéfice déterminé selon la théorie du bilan, n'est en fait pas intégralement appliqué. Mais il fournit une clé aux interprètes de la loi fiscale pour les difficultés qui pourraient survenir dans la mise en oeuvre des règles de calcul du bénéfice imposable. L'absence d'une notion générale et légale de revenu prive, au contraire, l'interprétation administrative ou juridictionnelle, de bases juridiques sûres (5). Cette attitude du législateur, dont la prudence confine à l'inertie, est-elle spécifique au droit fiscal comme on l'a suggéré ? Il est difficile de l'affirmer. Ce qui est sûr c'est que dans un droit dont l'application rencontre d'aussi grandes résistances que le droit fiscal (6), le législateur ne prend pas volontiers le risque d'adopter une formulation synthétique de la loi qui est susceptible de cristalliser les oppositions, alors qu'il lui est possible de parvenir quasiment au même résultat par le biais d'une formulation analytique dont le flou dissimule mieux la portée réelle des mesures édictées.

Ces quelques réflexions sur les définitions fiscales restent bien schématiques. Elles montrent, cependant, à quel point est nécessaire le travail de ré-écriture du Code général des impôts entrepris depuis quelques années. Déjà le Livre des Procédures fiscales regroupe près de 400 articles du C.G.I. et de ses annexes. Ceux-ci sont ordonnés selon un plan plus cohérent et écrits dans une forme simplifiée et allégée (7). Le même travail est envisagé pour l'ensemble du Code. S'il parvient à être réalisé dans un délai raisonnable, il représentera, comme le Livre des procédures fiscales, un progrès considérable pour la connaissance et la compréhension du droit fiscal. On peut se demander s'il ne serait pas opportun à cette occasion de s'interroger sur la portée de la codification. Ne devrait-on pas l'étendre aux textes régissant l'administration et la juridiction fiscales, voire à des dispositions générales de portée doctrinale à l'instar de la tradition qui prévaut dans la codification fiscale allemande ? Ainsi pourrait-on avoir,

en France, un code des impôts qui définisse la notion d'impôt. Même si elle n'avait pas valeur législative, son officialisation aurait certainement une vertu pédagogique. De la même manière, la taxe sur la valeur ajoutée, "la seule création fiscale du XXe siècle", pourrait accéder à la dignité qui lui est encore refusée, d'une définition conceptuelle susceptible de souligner la profonde originalité de cet impôt. Peut-être cela contribuerait-il à une meilleure acceptation de l'impôt par les contribuables car il n'est pas d'acquiescement durable sans compréhension.

NOTES

- (1) G. Cornu, "Les définitions dans la loi", Mélanges Jean Vincent, p. 77 et s.
- (2) M. Cozian, "Propos désobligeant sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal", Droit Fiscal, 1980, n° 41, p. 1054.
- (3) G. Cornu, op. cit., p. 83.
- (4) P.F. Racine, "Réflexions sur la notion de revenu", Revue de jurisprudence fiscale, 1984, n° 2, p. 76 et s.
- (5) Ainsi que le soulignait déjà F. Neumark "Theorie and Praxis der modernen Einkommenbesteurung", A. Franck, Berne, 1947.
- (6) Cf. P. Beltrame, "La résistance à l'impôt et le droit fiscal", Revue française de finances publiques, L.G.D.J., 1984, n° 5, p. 21 et s.
- (7) J. Lamarque, Avertissement, "Livres des procédures fiscales" Dalloz, 1985, p. V.

LES DEFINITIONS EN DROIT INTERNATIONAL

Par

Maurice FLORY

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

LES DEFINITIONS EN DROIT INTERNATIONAL

Par

Maurice FLORY

*Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille*

La définition dans la loi est un thème de réflexion qui, transposé en droit international public, doit être ré-interprété. Faute de législateur, on ne peut parler ici de loi. Ce qui en tient lieu prend la forme d'un traité, encore que le contenu d'un traité ne soit pas nécessairement celui d'une loi et que l'élaboration du traité emprunte d'autres voies que celles de la loi. C'est pourquoi les problèmes posés par la définition sont bien différents en droit interne et en droit international.

D'abord le traité n'est pas l'oeuvre d'une autorité nationale unique ; il résulte d'une négociation entre des Etats souverains que rien en dehors de leur intérêt n'oblige à s'engager. Ces Etats peuvent appartenir à des familles juridiques et à des aires culturelles variées ; ils peuvent utiliser des langues différentes ; rien ne peut les contraindre à se laisser imposer la conception de l'autre. Il s'en suit que les concepts de base de la vie politique, économique et sociale ne se recourent pas nécessairement et que de toute façon il faudra dans la plupart des cas les traduire d'une langue dans une, ou plusieurs autres, avec toutes les incertitudes qui s'attachent à cette opération toujours délicate en droit.

A la différence d'une législation nationale, les traités, même lorsqu'ils remplissent des fonctions identiques à celles de la loi ne sont jamais universels, mais toujours à géométrie variable. Si l'on observe les traités élaborés par l'Organisation internationale du travail, on constate que ce corps de "législation internationale" bien loin de s'appliquer à l'ensemble de la communauté des Etats, ou seulement même aux Etats-Partie, n'en regroupe qu'une fraction variable pour chaque traité. En dehors de ce type de convention, les Etats tissent entre eux, à deux ou à plusieurs, un tissu sans cesse plus dense d'accords de toute nature.

Le traité se définit par sa forme ; plus qu'en droit interne, son contenu matériel est variable. Le traité est un instrument, un outil qui peut servir à toute espèce d'activités. On oppose souvent traité-loi et traité-contrat. Il en est bien d'autres espèces tels que traités-constitution, traité-proclamation, traité-réglementaire, traité interprétatif... La matière peut être politique, économique ou technique.

Dans un tel contexte les définitions, par la variété des instruments auxquels elles appartiennent, sont particulièrement difficiles à analyser. Pour orienter la réflexion et limiter le champ d'investigation il paraît raisonnable de dissocier les définitions qui figurent dans les traités-contrat. La définition y aura en effet les mêmes caractères que dans un contrat ; elle relève d'un accord entre les deux parties ; c'est à celles-ci de se donner la définition dont elles ont besoin. C'est leur responsabilité de refuser ce qui ne leur convient pas puisqu'elles sont des Etats souverains. La solution sera évidemment plus facile à trouver si les Etats en présence appartiennent à la même famille juridique ; à défaut il faudra chercher un compromis

entre les deux systèmes différents, soit en puisant dans un stock commun préexistant, soit par adhésion d'une partie à la définition de l'autre, soit quand c'est possible par élaboration d'une formule intermédiaire aboutissant à un nouveau concept.

Lorsque la finalité d'un traité est la même que celle d'une loi, autrement dit lorsqu'un traité a une vocation normative, le problème de la définition se posera différemment selon que l'on se trouve dans une communauté homogène qui est nécessairement restreinte, ou dans une communauté d'Etats hétérogènes. Dans le premier cas la fonction législative pourra atteindre un minimum de degré d'organisation ; dans le second, elle devra se réaliser selon les techniques rudimentaires de la conférence diplomatique.

I - La définition dans une fonction législative internationale organisée.

L'existence d'un groupe d'Etats qui se reconnaissent des racines culturelles et des intérêts communs va faire naître en eux le désir de traduire leur solidarité en un ordre juridique restreint qui leur sera propre.

La condition de réalisation d'un tel objectif suppose la conscience d'appartenir à une même communauté culturelle et plus précisément à une même famille juridique. Tout le régionalisme est fondé en droit international sur cette idée. Ce n'est pas la place de reprendre la théorie du fédéralisme. Retenons seulement que l'appartenance à une même famille juridique doit s'entendre avec souplesse et qu'elle peut se réaliser selon des modalités différentes. Ainsi l'existence d'une communauté arabo-islamique généralement reconnue comme forte n'implique pas dans la situation actuelle une famille juridique très cohérente ; les régimes politiques des pays arabes restent très différents malgré leurs origines communes ; sauf quelques exceptions, les législations nationales n'ont plus que de lointains rapports avec ce qu'il est convenu d'appeler le droit musulman ; la conception arabe des relations internationales est rien moins qu'homogène et les relations inter-arabes elles-mêmes sont d'avantage sujet à contentieux qu'à construction juridique harmonieuse.

L'Europe constitue un terrain d'observation particulièrement intéressant. Il existe en effet une véritable législation européenne qui dénote le désir des Etats européens de définir un ordre juridique qui leur soit commun. Pourtant l'Europe n'est pas une construction simple sur le plan juridique. Les Etats membres sont tous riches de traditions fort anciennes auxquelles ils restent très attachés et qui puisent dans deux inspirations très différentes : la branche romano-germanique et la branche anglo-saxonne. La difficulté de concilier ces deux courants toujours très vivants, explique bien des débats et bien des lenteurs dans la construction de l'Europe juridique. Remarquons ici que la distinction fondamentale proposée par Gérard Cornu dans son étude des définitions législatives (1) repose justement sur une opposition entre deux types de définitions, l'une réelle de tradition française, l'autre terminologique d'origine anglo-saxonne. A l'intérieur de l'Europe ce sont ces deux traditions qu'en matière de définition il va falloir concilier. Si la difficulté est généralement surmontée, cela tient peut être surtout à la qualité des procédures mises en place.

Les procédures utilisées pour remplir une fonction législative dans le cadre d'une communauté homogène sont diverses et peuvent aller d'un simple mécanisme de coordination à un système proche des techniques législatives nationales.

Rappelons d'abord que les Etats peuvent chercher à promouvoir

l'uniformisation des lois nationales par la rédaction et l'adoption de traités obligeant chaque Etat contractant à substituer au texte de sa législation nationale des dispositions nouvelles qui seront les mêmes pour tous les signataires. Ainsi en est-il, par exemple, des conventions signées en 1930 à Genève sur l'uniformisation des droits des lettres de change et du chèque.

Un autre procédé qui utilise les seules ressources du droit des traités consiste, à partir d'un modèle élaboré au sein d'une institution internationale, à inciter les Etats à signer bilatéralement des traités inspirés de ce modèle, au moins pour les notions de base et notamment pour les définitions. On trouve des exemples de cette technique en droit fiscal international ; l'O.C.D.E. a établi des modèles de traité dont les aspects essentiels sont ensuite repris bilatéralement par les pays membres. Ainsi pour éviter la double imposition, les conventions utilisent le concept d'"établissement stable". Le Comité fiscal de l'O.C.D.E. a adopté une acception restrictive de l'"établissement stable" (article 5 du modèle O.C.D.E. 1977) fidèlement reproduit dans les conventions bilatérales (2).

Le Conseil de l'Europe représente un stade plus institutionnalisé de la fonction législative internationale. Constitué par une communauté homogène d'Etats tous défenseurs d'une certaine tradition démocratique et humaniste, ils ont pu se doter d'institutions, Comité des Ministres et Assemblée parlementaire, qui vont s'atteler à une tâche législative dont les résultats sont loin d'être négligeables, même s'ils sont moins nettement perçus par l'opinion publique que ceux obtenus par la Communauté européenne. La technique utilisée reste très classique ; elle n'est pas différente de celle de la plupart des organisations internationales qui se livrent à une tâche de type législatif ; elle consiste en la préparation d'un texte de convention qui après avoir été adopté au sein de l'institution est soumis à la ratification des Etats membres. La différence ici vient de ce que l'opération se déroulant dans un milieu homogène a beaucoup plus de chance d'aboutir à un résultat positif que lorsqu'elle se réalise dans le cadre d'une organisation mondiale.

La technique la plus élaborée en matière législative est évidemment, dans la société internationale actuelle, celle de la Communauté européenne. En réalité la Communauté est ici plus proche des techniques législatives de l'ordre national que de celle de l'ordre international. Elle est en effet dotée d'un véritable pouvoir législatif qui lui permet d'élaborer des textes d'application directe. Elle est en outre dotée d'un pouvoir juridictionnel qui pourra donc dire le droit chaque fois qu'il y aura ambiguïté, qu'il faudra interpréter ou compléter.

Dans tous les textes résultant des techniques ci-dessus mentionnées on trouve des définitions. La qualité de ces définitions dépend de plusieurs variables : l'unité du milieu, la nature juridique de l'Acte (Traité, accord, résolution), son contenu matériel. Une bonne homogénéité des parties permet une meilleure qualité de la définition. Plus l'acte qui sert de support à la définition est contraignant, plus les Etats seront attentifs à la réalité de leur engagement vis-à-vis de leurs partenaires. Quel que soit le contenu de la définition, les Etats auront toujours tendance à minimiser et à relativiser leur engagement. En droit international, la définition terminologique, pour reprendre le vocabulaire de Gérard Cornu, c'est-à-dire celle qui se veut pragmatique et de portée relative, sera beaucoup plus répandue que la définition réelle, dogmatique et de portée générale. Les exceptions à cette constatation se trouvent naturellement, surtout dans le droit communautaire, mieux intégré et, qui plus est, de tradition juridique française, au moins avant le premier élargissement.

II - La définition dans une fonction législative internationale inorganisée.

L'inorganisation naturelle de la fonction législative dans la société internationale s'explique par la nature et la diversité des sujets qui la composent. Les Etats, s'ils constituent une catégorie juridique abstraitement homogène, sont trop différents dans la réalité pour accepter de plier leur souveraineté à une "loi" qu'ils n'auraient pas voulu. Il n'est donc pas question dans la situation actuelle de voir s'instaurer une procédure "législative" de type majoritaire comme il en existe dans l'ordre juridique interne. Tout au plus existe-t-il dans le meilleur des cas au sein de l'O.N.U. des procédures d'élaboration de textes adoptés sous forme de résolution à la majorité des 2/3 et soumis ensuite à la ratification des Etats. La fonction législative se réalise ainsi souvent en deux temps ; elle passe par la résolution adoptée par consensus ou à une majorité renforcée et peut en rester à ce stade ; il en sera ainsi pour tous les Etats si le texte ne débouche pas sur un traité ratifié ou pour une partie d'entre eux qui n'auront pas franchi l'étape de la ratification. La définition de type législatif se trouve donc ici soit dans du droit positif, soit dans des résolutions ou dans ce que l'on appelle parfois du droit mou (soft law). Dans tous ces cas, et notamment s'il y a consensus (3), l'adoption du texte résulte d'une négociation, c'est-à-dire de compromis qui nuisent à la qualité de la rédaction.

Il faut comprendre qu'une définition précise, dogmatique et générale introduite dans du droit positif, c'est-à-dire dans un traité, aura peine à se faire reconnaître par un grand nombre d'Etats appartenant à des familles juridiques hétérogènes. A l'inverse, une définition terminologique limitée dans sa portée à un seul texte et donc relative, sans autre ambition que de servir pragmatiquement dans un contexte déterminé, a plus de chance d'obtenir un maximum d'adhésion. Dans la pratique, les Etats lorsqu'ils sont obligés de recourir à une définition dans un texte de droit positif ou même dans une simple résolution, préfèrent lui donner un profil bas et la limiter à un rôle opérationnel dans un cadre aussi restreint que possible.

La Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), le Traité des traités, ne procède pas autrement ; sous la rubrique "expressions employées", l'article 2 précise "aux fins de la présente convention" la définition de toute une série de termes. On trouve la même façon de faire dans l'article premier de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques ou dans l'article premier de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (1982), pour ne prendre des exemples que dans ces textes particulièrement importants, où l'on pouvait attendre des définitions de portée plus générale.

Mais même sous cette forme la définition n'est pas aisée s'il s'agit d'introduire un concept nouveau qui risque d'entraîner des divergences mettant en péril l'effort de réglementation. Cette remarque est valable dans les secteurs sensibles qui touchent des questions politiques ou les problèmes de l'économie et du développement, domaines aujourd'hui privilégiés des Nations Unies.

La notion d'agression, très importante dans le système de sécurité puisqu'elle conditionne le fonctionnement du chapitre VII ne se trouve pas définie dans la Charte ; il en existe en revanche une définition dans la résolution 3314 (XXIX).

Un concept aussi fréquemment utilisé que le "Nouvel Ordre Economique International" n'est pas défini dans des textes de droit positif ; on en

trouve en revanche une définition dans la résolution de l'Assemblée générale 3201 (S.VI), Déclaration concernant l'instauration d'un Nouvel Ordre Economique International. Le concept de développement qui est devenu central dans les buts et les activités des Nations Unies n'est pas défini dans la Charte de l'O.N.U. ni dans aucun autre texte de droit positif ; mais on en trouve une définition dans la résolution de l'Assemblée générale 2626 (XXV) du 24 octobre 1970 au paragraphe 18. Le concept de "souveraineté permanente sur les ressources naturelles" ne figure pas d'avantage dans les textes de droit positif ; en revanche on le trouve dans la résolution 1803 (XXII) défini comme "le droit inaliénable qu'a tout Etat de disposer librement de ses richesses et de ses ressources naturelles".

Le droit économique a parfois besoin d'introduire de nouveaux concepts pour faire progresser les relations internationales. Le texte de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) en fournit un exemple avec les définitions qu'il donne de l'Union douanière et de la Zone de libre échange. Ces définitions entrent dans la catégorie des définitions réelles ; elles n'en sont pas moins précédées de la formule restrictive mais inévitable : "aux fins du présent accord...". On trouve en revanche dans le même accord la notion de part équitable du marché (art. XVI 3) qui n'est nullement définie malgré le rôle important qu'elle joue dans le chapitre des subventions. Il ne s'agit pas d'un oubli, mais d'une imprécision voulue, comme le reconnaît le Groupe spécial qui relève qu'"il n'avait été donné aucune définition du concept et que dans le passé il n'avait pas été non plus considéré comme absolument nécessaire de s'entendre sur une définition spéciale du concept..." (4). Il aurait été difficile ici de mettre d'accord les parties du GATT ; mais il y a aussi le désir de laisser une liberté d'appréciation aux instances du GATT, notamment aux Groupes spéciaux, chargées de trouver une solution à ce type de problème.

Dans les cas où une définition conceptuelle est indispensable dans un traité international, elle s'efforcera de conserver sa relativité et sera aussi descriptive et énumérative que possible pour éviter les difficultés d'interprétation, de traduction et les débats de doctrine. Un exemple nous est donné par la Convention pour la repression du crime de génocide ; l'art. 2 en donne la définition suivante : "Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel :

- a) meurtre de membres du groupe
- b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe
- c) ..."

A la différence du droit interne qui considère que la meilleure définition est celle qui offre le moins d'ambiguïté, le droit international, pour assumer les différences, recherche la définition la plus englobante possible, celle qui tiendra compte de toutes les exigences des différentes familles juridiques. La solution ne se trouve généralement pas dans l'affinement du concept considéré.

La définition téléologique est l'un des procédés utilisés pour aboutir à ce résultat. Il est en effet souvent plus facile de se mettre d'accord sur un objectif, surtout s'il est lointain et général, que sur les fondements d'un concept. C'est ainsi que procèdent les textes issus des institutions des Nations Unies sur le développement. La résolution 2626 précitée sur la deuxième décennie pour le développement utilise cette technique dans

son paragraphe 18. "Comme le but ultime du développement est d'offrir des occasions toujours plus grandes d'amélioration des conditions de vie pour tous, il est essentiel d'assurer une répartition plus équitable des revenus et de la richesse pour promouvoir tant la justice sociale que l'efficacité de la production, de relever sensiblement le niveau de l'emploi, d'améliorer la sécurité du revenu, d'étendre et d'améliorer l'enseignement, la santé publique, la nutrition, le logement et la protection sociale et de sauvegarder l'environnement...".

A défaut d'une nécessaire souplesse de la définition le droit international préférera s'en passer. Il pratique volontiers l'art de contourner la définition ou de lui trouver des substituts telles ces périphrases qui ne sont pas des définitions au sens strict mais qui sont suffisamment explicites pour permettre une amorce d'application. Personne n'est dupe des difficultés potentielles. On peut espérer que la solution en sera trouvée le moment venu, dans une conjoncture qui de toute façon n'est pas immuable.

Le secteur des Droits de l'homme, et d'une façon plus générale tout ce qui touche à la conception du pouvoir ou à la philosophie politique repose sur des silences ou des ambiguïtés savamment protégées. A défaut de ces prudences imposées, la rupture du dialogue est inévitable. Au néant, à l'ignorance réciproque ou au conflit ouvert, les Etats peuvent préférer l'utilisation du double langage ou du vocabulaire approximatif. Ainsi, chaque fois que le mot démocratie ou liberté figure dans un traité international à portée universelle, on se garde bien d'en donner une définition, sachant bien qu'il n'en est pas de commune entre l'Est et l'Ouest.

Ces quelques réflexions n'épuisent évidemment pas la question de la définition en droit international. Tous les domaines couverts par les traités comportent des aspects techniques et des aspects politiques ou économiques. Une définition sera plus facile à élaborer sur les premiers que sur les seconds. Les négociateurs chercheront alors à décomposer la difficulté ; en séparant les deux domaines, ils parviendront plus aisément à se mettre d'accord sur les définitions de la partie technique qu'ils chercheront à développer autant que possible. La partie politique sera au contraire réduite et souvent placée à part par exemple dans le préambule qui par son caractère général s'accommode de l'absence de définition précise.

La mauvaise qualité d'une définition discutable en droit interne ne l'est pas forcément en droit international. Il ne faudrait pas en conclure que le droit international s'accommode nécessairement d'approximations, voire même s'y complait. La meilleure définition n'est pas nécessairement comme la constitution de Siéyès, courte et obscure. Tout dépend de la matière traitée et du contexte. Le droit international normatif a tout à gagner à l'usage de définitions techniquement irréprochables. Encore faut-il qu'elles soient possibles. Entre l'imperfection relative et rien, mieux vaut encore choisir la première solution, qui de toute façon, n'exclut pas de futurs perfectionnements.

NOTES

- (1) G. Cornu, Les définitions dans la loi, in Etudes offertes à Jean Vincent.
- (2) G. Tixier, Droit fiscal international, P.U.F., Que sais-je ? 2306, p. 67.
- (3) "La recherche du consensus à tout prix aboutit à des formules trop générales, ambiguës ou inadéquates", M. Bedjaoui, Pour un Nouvel Ordre Economique International, UNESCO, 1978, p. 171 et s.
- (4) Cité par T. Flory, Le système communautaire des restitutions à l'exportation et le principe de "part équitable" dans le commerce mondial agricole, in Politique agricole commune et construction communautaire, J. Raux ed. Colloque CEDECE, Economica, 1984, p. 301.

A N N E X E S

**Liste des membres de l'Atelier de Méthodologie Juridique
ayant effectivement participé à ses travaux en 1985-1986**

- MM. Jean-Jacques ALEXANDRE
Christian ATIAS
Pierre BELTRAME
Jean-Louis BERGEL
Michei BORYSEWICZ
- Mme Madeleine CANTIN-CUMYN
Mlle Sylvie CIMAMONTI
- MM. Jean-Yves CHEROT
Louis COUPET
Maurice FLORY
Jean FRAYSSINET
Gérard FOUILLOUX
Raymond GASSIN
Christian GIOVANNANGELI
- Mlle Françoise GRIVART DE KERSTRAT
- MM. Gérard LEGIER
Jean-Paul NEGRIN
Emmanuel PUTMAN
- Mlle Marie-Eve PANCRAZI
- Mmes Claude ROY-LOUSTAUNAU
Micheline de TRETAINNE

**COMPTE-RENDUS DES REUNIONS DE
L'ATELIER DE METHODOLOGIQUE JURIDIQUE**

REUNION DU 28 JUIN 1985

Le 28 juin 1985, l'Atelier de Méthodologie Juridique a tenu sa première réunion.

Etaient présents :

MM. Alexandre, Atias, Bergel, Borysewicz, Mlle Cimamonti,
MM. Coupet, Frayssinet, Fouilloux, Gassin, Négrin, Putman,
Mlle Pancrazi, Mmes Roy-Loustaunau, de Trétaigne.

Les autres membres étaient excusés.

Après que M. Bergel ait exposé les principales raisons l'ayant conduit à la création d'un atelier de méthodologie juridique, il est décidé de retenir comme thème de réflexion la méthodologie de l'élaboration législative. Il est convenu que l'Atelier pourra être complété éventuellement par des étudiants de D.E.A. et des personnalités particulièrement compétentes sur certaines questions intéressant les recherches poursuivies. La discussion s'instaure sur la délimitation du domaine et la définition de la démarche de la recherche.

+ Quant au domaine, des points de vue différents apparaissent sur l'inclusion ou l'exclusion des données sociologiques de l'élaboration législative. Il est convenu que si la méthodologie sociologique apparaît hors sujet, l'utilisation des données de la recherche sociologique ne saurait être écartée, au moins pour le moment.

+ Quant à la démarche de la recherche, plusieurs possibilités sont évoquées :

- approche globale et approfondissement ultérieur de certains aspects.
- approche particulière de certains aspects et synthèse.
- approche générale de la méthodologie législative avec illustrations spécifiques.
- approche méthodologique de certains textes déterminés.

Il est décidé de s'orienter plutôt vers l'approche générale de la méthodologie législative avec illustrations spécifiques.

Il est convenu de commencer par une recherche sur deux points particuliers :

1° les principes généraux et les préambules dans la loi et le règlement.

2° les définitions dans la loi et le règlement : étude à partir de l'article de M. Cornu, ("Les définitions dans la loi", Mélanges Vincent) en excluant (à titre principal) les standards.

Chacun des participants adressera sur ces questions, dès que possible, des éléments bibliographiques qui seront centralisés à l'I.E.J. et répercutés à chacun des membres de l'Atelier.

Chacun recensera aussi en fonction de sa spécialité ou de ses préoccupations, les domaines particuliers où ces problèmes se sont posés ou se posent dans les textes.

REUNION DU 11 OCTOBRE 1985

Etaient présents :

MM. Atias, Bergel, Mlle Cimamonti, MM. Coupet, Flory, Frayssinet, Giovannangeli, Legier, Putman.

Les autres membres étaient excusés.

La séance est consacrée :

- à la définition de la méthode de travail de l'atelier,
- à l'élaboration d'une grille de travail sur la question des préambules

I - LA METHODE DE TRAVAIL DE L'ATELIER

Elle peut être résumée en trois propositions.

Première proposition :

- Etudier séparément les questions des préambules et des définitions tout en réservant la possibilité d'ajouter une conclusion relative aux "passe-relles" qui pourraient exister entre les deux sujets.

Deuxième proposition :

- Retenir une approche générale de la méthodologie législative afférente à ces questions avec des illustrations spécifiques (tel ou tel texte ou problème...).

Troisième proposition :

- Adopter la même approche sur chaque thème. A titre indicatif :
- problématique (opportunité, dangers, etc...)
- choix possibles et choix faits
- méthodes utilisées.

II - THEME DE LA RECHERCHE ET GRILLE DE TRAVAIL

La discussion porte sur la définition du thème de la recherche et la grille de travail à retenir pour cette recherche.

Thème de la recherche

L'intitulé du thème est modifié et devient "L'expression liminaire d'intention" dans les textes.

Grille de travail

Proposition initiale.

- 1 - Les mérites de l'expression liminaire d'intention :
 - nécessité
 - opportunité
 - avantages et inconvénients.
- 2 - La notion d'expression liminaire d'intention :
Comparaison avec :
 - le titre du texte
 - l'énoncé d'objet
 - l'exposé des motifs
 - l'énonciation de principes généraux
 - les règles techniques.
- 3 - L'expression liminaire d'intention dans le droit français.
- 4 - L'expression liminaire d'intention dans les autres systèmes de droit

- 5 - La typologie de l'expression liminaire d'intention.
- 6 - La formulation de l'expression liminaire d'intention et sa place dans la présentation de la loi :
 - en tête de la loi
 - dans un article spécial.
- 7 - Les effets de l'expression liminaire d'intention :
 - sur la conception, la cohérence du système juridique
 - sur l'interprétation du texte.
- Suggestions complémentaires -
- 1 - Le destinataire de l'expression liminaire d'intention :
 - pour qui l'expression liminaire d'intention est-elle écrite ?
 - qui se considère comme destinataire ?
- 2 - Expression liminaire d'intention et conception de la loi (interventionniste, loi-programme...).
- 3 - Expression liminaire d'intention et intention du législateur :
 - qui a autorité pour dire quelle est l'intention du législateur ?
- 4 - L'origine de l'expression liminaire d'intention.
 - amendement parlementaire
 - volonté gouvernementale.

REUNION DU 15 NOVEMBRE 1985

Etaient présents :

M. Alexandre, Bergel, Cherot, Coupet, Frayssinet, Gassin, Giovannangeli, Mlle Grivart de Kerstrat, M. Légier.

Les autres membres étaient excusés.

La réunion est consacrée à l'élaboration d'une grille de travail relative aux définitions.

Thème de la recherche :

Le thème de la recherche est énoncé de la manière suivante :

- Les définitions dans les lois et les textes réglementaires.

Grille de travail :

Les différentes questions seront regroupées autour de trois pôles :

- problématique
- choix possibles
- méthodes

Pour les définitions dans les lois et les textes réglementaires, la grille de travail s'établit comme suit :

I - PROBLEMATIQUE

Notion de définition et techniques voisines .

- Définitions et intitulés
- Définitions et détermination des éléments constitutifs
- Définition et énumération
- Définition en extension et en compréhension.

Utilité, nécessité, opportunité ou inopportunité, avantages et inconvénients, dangers... des définitions dans la loi et les textes réglementaires.

Fonctions et finalités des définitions.

- Pour l'ordre juridique
- Pour le législateur et l'interprétation des textes
- Pour le juge et les praticiens
- Portée et force obligatoire des définitions

II - LES CHOIX

Place et techniques des définitions dans le système juridique français.
Place et techniques des définitions dans les systèmes juridiques étrangers.

Facteurs socio-politiques qui rendent compte des choix.

Typologie des définitions :

- conceptuelles (matérielles) ou terminologiques (formelles).
- précises (rigides et techniques) ou larges (souples, ouvertes).
- qualitatives ou quantitatives.

III - LES METHODES

Choix des types de définition.

Place formelle des définitions :

- dans des textes généraux ou dans des textes spéciaux.
- dans la loi ou à l'extérieur de la loi (éventuellement dans des lois d'interprétation).
- en tête des textes, dans un article spécial, éparées dans les textes.

Formulation des définitions :

- expresses
- impliquées par la détermination de conditions ou d'éléments constitutifs
- par synonymes ou par renvois.

Liens des définitions avec le texte et le système juridique (définitions générales ou ponctuelles).

Hierarchie et articulation des concepts et des définitions (ex : contrat, contrat synallagmatique, vente).

Pluralisme des définitions et contrariété des définitions.

REUNION DU 10 JANVIER 1986

Etaient présents :

MM. Beltrame, Bergel, Chérot, Giovannangeli, Putman.

MM. Bourdon et Rouland, en raison de leurs obligations actuelles, se sont retirés avec regret de l'Atelier.

Les autres membres étaient excusés.

Un nombre important de membres de l'A.M.J. retenus par diverses obligations s'étant excusés, l'objet de cette réunion a été limité à une mise en ordre des thèmes de réflexion déterminés lors des précédentes séances de travail.

Tant pour "l'expression liminaire d'intention dans les textes" que pour "les définitions dans les lois et les textes réglementaires", il est apparu nécessaire de préciser le classement des questions retenues en trois rubriques intitulées : "problématique", "choix", "méthodes".

La démarche retenue consiste à définir d'abord le champ de la recherche, les problèmes posés ainsi que la nécessité, l'opportunité, les avantages et les inconvénients des définitions ou de l'expression d'intention.

Elle suppose ensuite de recenser les divers choix possibles par l'examen des systèmes consacrés dans le système juridique français et dans les systèmes étrangers et par une sorte de typologie des techniques rencontrées ou concevables, comme on regarde tous les objets exposés dans une vitrine. Elle tend enfin, après avoir opéré un ou des choix, à rechercher les méthodes de leur mise en oeuvre.

On s'en tiendra donc pour respecter une unité de présentation des travaux et pour chacun des deux thèmes envisagés, à la division tripartite suivante :

- 1) Problématique générale
- 2) Choix possibles
- 3) Méthodes de mise en oeuvre des choix opérés

Le détail des questions retenues, sous réserve de tous compléments ou modifications utiles, s'établit donc conformément aux plans ci-annexés.

Il faut observer qu'il ne peut s'agir là que d'un itinéraire commun et non d'un carcan.

Dans ce cadre général, destiné seulement à une certaine homogénéité de réflexion et de présentation, il est impératif de préserver la liberté de conception et de choix de chacun d'entre nous, tout en lui permettant d'enrichir sa recherche et ses conclusions par la discussion commune.

Il appartiendra notamment à chacun de déterminer s'il souhaite, seul ou en collaboration, traiter le problème qui l'intéresse pour l'ensemble d'une matière dans laquelle il revêt une spécificité suffisante (par ex. Droit International Public, Droit économique, Droit fiscal...), en envisageant successivement la problématique, les choix et les méthodes, ou s'il entend, de manière générale ou pour une matière particulière, ne traiter qu'un des aspects (problématique, choix ou méthodes), voire une question particulière déterminée.

Il faudrait que, pour la prochaine réunion, chacun détermine les questions qu'il désire traiter seul ou en collaboration avec un autre participant, afin que l'on puisse y attribuer les différents chapitres de la recherche aux intéressés.

Chacun en ce qui le concerne réfléchirait plus spécialement sur le sujet qu'il a choisi et animerait à cet égard la discussion lors des prochaines réunions, avant de rédiger sa contribution sur ce point au premier "cahier de Méthodologie".

REUNION DU 14 FEVRIER 1986

Etaient présents :

MM. Bergel, Chérot, Coupet, Flory, Gassin, Giovannangeli,
Mlle Grivart de Kerstrat, MM. Légier et Putman.

Les autres membres étaient excusés.

Dans un premier temps, il est convenu de limiter le champ de la recherche aux "définitions dans les lois et les textes réglementaires".

"L'expression liminaire d'intention dans les textes" sera étudiée ultérieurement.

Diverses propositions de contribution sur ce thème ont été recueillies, mais certains de leurs auteurs ne peuvent promettre d'en fournir le texte définitif pour septembre 1986.

Sont donc retenues d'ores et déjà, sous réserve de préciser le titre de certaines d'entre elles :

C. Atlas : "L'interprétation des définitions légales".

J.-L. Bergel : "Typologie des définitions dans les textes de droit privé français".

J.-Y. Chérot : "Les définitions en droit public économique".

L. Coupet : "Parti-pris et devenir des définitions dans le nouveau code de procédure civile".

M. Flory : "Les définitions dans le droit international mou".

G. Légier : "Les définitions dans les textes de droit international".

E. Putman : "Sondage sur l'attitude du droit commercial contemporain face aux définitions".

Monsieur Gassin, retenu par d'importantes obligations urgentes de publication, ne pourra livrer de contribution cette année.

Les autres membres de l'Atelier sont priés de faire connaître les contributions qu'ils envisagent de fournir à l'Atelier et au premier cahier de méthodologie juridique.

Dans chaque domaine, il est intéressant de se demander pourquoi les textes comportent ou ne comportent pas de définitions ? Quand, ils en comportent ou n'en comportent pas ? et comment ils procèdent pour les définitions ?

Pour chaque thème à traiter, il est convenu que celui qui en assume la charge en tracera une ébauche lors d'une séance de l'Atelier pour en discuter, la livrer à la discussion collective et recueillir les critiques, les observations ou les idées susceptibles de la modifier, la compléter et l'enrichir. Il reprendra alors son étude, sous réserve d'autres discussions jusqu'à la rédaction définitive.

Lors de la prochaine séance, MM. J.-L. Bergel et J.-Y. Chérot livreront leurs premières idées sur leurs sujets respectifs.

REUNION DU 21 MARS 1986

Etaient présents :

MM. Alexandre, Bergel, Chérot, Mlle Cimamonti, MM. Flory, Gassin, Putman.

Invitée : Mme Cantin-Cumyn, Professeur à l'Université Mac Gill (Montréal).

Les autres membres étaient excusés.

Cette séance est consacrée à une présentation par M. Chérot des "définitions en droit public économique" et par M. Bergel de la "typologie des définitions en droit civil" et à une discussion de ces thèmes de réflexion.

Pour M. Chérot, il apparaît qu'il existe peu de définitions, dans les textes en droit public économique. On y constate qu'il existe, d'une part, bon nombre de définitions sans concept et, d'autre part, bon nombre de concepts sans définition. On peut alors se demander quel est l'intérêt des concepts et quel est celui des définitions. La question se pose aussi de savoir quels sont les pouvoirs de l'autorité publique et le rôle des circulaires d'application.

Il résulte de la discussion une convergence entre les constatations faites en droit public économique et celles que l'on peut faire en droit commercial,

ce qui confirmerait l'unité du droit économique, et que le fait que l'on rencontre en la matière peu de définitions tient peut-être à l'existence d'un stock de concepts préétablis en droit commun qui dispense de tout redéfinir dans chaque loi.

Sur la typologie des définitions en droit civil, M. Bergel expose la méthode de recherche qu'il veut adopter et les premiers résultats de cette recherche.

Sur la méthode, il a établi une fiche d'analyse de chaque définition en déterminant, quant au fond et à la forme, un certain nombre de critères. Il se base principalement, malgré quelques correctifs, sur les définitions recensées par Monsieur le Doyen Cornu (art. Mélanges Vincent).

Les définitions analysées seront ainsi intégrées sur ordinateur sous forme de fichiers et sélectionnées par caractères ou ensemble de caractères, afin d'établir les traits dominants de leur typologie.

D'ores et déjà, sur les définitions analysées, il semble qu'il existe un assez grand nombre de définitions à portée inter-disciplinaire, de caractère essentiellement matériel (ou conceptuel), souvent établies en séries, correspondant à des divisions et subdivisions catégorielles et exprimées en forme directe, marquant ainsi la volonté des rédacteurs des textes (surtout Code civil et Code de procédure civile) d'ordonner le Droit. La discussion fait apparaître l'intérêt de cette grille d'analyse et la nécessité de la préciser, de même que le besoin d'un recensement plus systématique des définitions.

REUNION DU 2 MAI 1986

Etaient présents :

MM. Bergel, Chérot, Coupet, Gassin, Mlle Grivart de Kerstrat, M. Putman.

Les autres membres étaient excusés.

Cette séance est consacrée à une présentation par M. Putman des "définitions en droit commercial", et à une discussion de ce thème de réflexion.

M. Putman s'est livré à une étude portant sur une quarantaine de définitions diversifiées et relatives aux principales matières du droit commercial, à l'exception du droit des transports et de la propriété industrielle.

Son exposé porte successivement sur la typologie des définitions (I), leur présentation (II) et leurs fonctions (III).

Quant à la typologie des définitions, il observe qu'il existe peu de véritables définitions en droit commercial ou qu'il s'agit souvent de fausses définitions" (définitions par énumération, définitions négatives ou par énonciation d'un synonyme). Mais, parmi les définitions recensées, il existe à la fois des définitions terminologiques, des définitions conceptuelles et des définitions mixtes qui ont l'apparence de définitions terminologiques mais qui sont en réalité des définitions conceptuelles.

Pour la présentation formelle des définitions dans les textes, leur place est souvent déterminée pour fixer le domaine de la loi. En ce qui concerne leur formulation, des expressions caractéristiques sont souvent utilisées comme : "au sens de...", "est réputé...", "est considéré comme..." On rencontre également des définitions "par désignation..." par le mot ou "par contraction..." (ex. "par l'aval, on fait...").

Quant aux fonctions des définitions, l'absence de définitions procède parfois d'un parti-pris du législateur : ainsi, en droit commercial, la société n'est pas définie en soi ; les divers effets de commerce ne le sont pas non plus. Souvent le législateur s'est, par ailleurs, contenté sciemment de fausses définitions (par énumération, par détermination de l'objet, par synonyme) en raison, peut-être, de la décodification du droit commercial, du caractère conjoncturel de l'ordre public économique, d'une attitude plus finaliste que fondamentale...

Pourtant, selon M. Putman, les véritables définitions que l'on rencontre cependant en droit commercial, sont riches et inspirées d'un certain pragmatisme. Il observe une certaine défiance envers les définitions conceptuelles. La distinction à y opérer serait d'ailleurs mal exprimée par celle des définitions conceptuelles et terminologiques. Le droit commercial, s'orienterait vers un troisième type de définitions : il s'agirait de "définitions fonctionnelles" ou "téléologiques" (ex. G.I.E., ententes et abus de position dominante...).

La discussion est alors ouverte.

Il est observé que la notion même de définition manque de certitude : on peut en avoir une conception plus ou moins large. Il n'est pas sûr que les définitions par énumération ou par synonyme... soient de "fausses définitions". On peut observer aussi que, dans les droits spéciaux, bien des concepts n'ont pas à être spécialement définis car il existe un stock commun de définitions que l'on trouve notamment en droit civil. Si le droit civil comporte un bon nombre de "définitions de genre", les droits spéciaux ont davantage besoin de "définitions d'espèces" ou "terminologiques".

Quant à la typologie des définitions, tous les participants considèrent que les définitions "téléologiques", ou plus exactement "fonctionnelles" ne constituent pas une forme spéciale de définitions, mais une simple variété des définitions conceptuelles ou terminologiques, selon les cas, qui utilisent un critère fonctionnel ou finaliste. Il apparaît qu'il faut s'en tenir à la distinction du Doyen Cornu entre les "définitions conceptuelles" et les "définitions terminologiques".

Enfin, certaines questions restent posées : il faudrait savoir si le recours aux définitions correspond à une exigence de rationalité (ce qui impliquerait de tout définir) ou s'il ne s'agit que d'une attitude conjoncturelle. Il faudrait aussi déterminer ce que fait la jurisprudence, en l'absence de définition, quand elle rencontre des problèmes de qualification. Il est nécessaire enfin de ne pas se limiter à une approche statique des définitions et de voir comment celles-ci (et la problématique des définitions) ont évolué ou peuvent évoluer.

REUNION DU 20 JUIN 1986

Etaient présents :

MM. Beltrame, Bergel, Coupet, Flory, Gassin, Giovannangeli, Négrin, Putman.

Les autres membres étaient excusés.

La séance est consacrée à un exposé de M. Flory sur les "définitions en droit international public" et à un exposé de M. Beltrame sur les "définitions en droit fiscal", ainsi qu'à une discussion sur ces thèmes de réflexion.

1) Quant aux définitions en droit international public, M. Flory souligne le caractère insolite d'une étude des définitions dans une matière qui ne comporte pas de loi ni de textes réglementaires, dans un "droit à géométrie variable", "autogéré par des états souverains culturellement hétérogènes" et formé de diverses catégories de traités, de coutumes, de "droit mou". On y trouve cependant une grande variété de définitions mais, pour M. Flory, les définitions s'y présentent différemment dans les traités-contrats et dans les traités-lois.

Dans les traités-contrats, les définitions devant être compatibles avec les ordres juridiques des états signataires, on puise dans leur stock commun de définitions si les systèmes juridiques sont convergents ou, en cas de divergence, on recherche un concept intermédiaire qui s'exprime par une définition matérielle. Mais il demeure des problèmes subséquents de langue, de traduction et d'interprétation.

Dans les actes internationaux normatifs ou à vocation normative, il faut obtenir un texte acceptable par le plus grand nombre. La qualité et l'universalité de la définition dépendent alors de l'homogénéité du milieu culturel des états, de la nature juridique de l'acte international et de la substance de l'acte normatif.

On observe cependant que les états sont réticents à s'engager par un traité contraignant sur des définitions précises. On peut alors formuler l'hypothèse que les définitions matérielles sont rares dans un traité normatif et dans un milieu non homogène et qu'on y trouve davantage de définitions formelles.

On trouve des définitions plus précises de nouveaux concepts dans le domaine de l'économie ou du développement, des notions flexibles (dans la charte de l'ONU par exemple), quelques définitions conceptuelles en droit pénal international et même en droit humanitaire. Mais dans de nombreux domaines, les textes internationaux évitent soigneusement les définitions ou usent de substituts à la définition, notamment en renvoyant aux droits nationaux ou à une définition déjà existante.

En conclusion, M. Flory observe l'accroissement, en droit international, des difficultés habituelles de définition en droit interne et la nécessité particulière d'y entretenir la souplesse exigée par l'hétérogénéité du milieu.

La discussion s'engage sur la spécificité des problèmes en droit européen que M. Flory n'a pas expressément examiné car il est à la limite des droits internes et son application et son interprétation sont soumises à l'appréciation du juge. Les problèmes des lois uniformes doivent être aussi envisagés car il y a là une véritable législation internationale.

Il est observé qu'on rencontre en droit international des questions d'effectivité de la norme qu'ignore le droit interne, encore qu'en droit fiscal international il y ait, paraît-il, une uniformisation poussée des définitions.

On souligne enfin que dans certains domaines, notamment celui des Conventions bilatérales d'entraide judiciaire, il existe une pratique bien établie qui conduit à une sorte de modèle dont on finit par s'inspirer dans les conventions ultérieures.

2) M. Beltrame fait un exposé sur "les définitions en droit fiscal". Selon lui, la spécificité habituelle du droit fiscal ne se retrouve guère dans

les problèmes des définitions, qui s'y posent de la même manière que dans les autres secteurs du droit.

Cependant, plusieurs observations s'imposent :

On remarque d'abord qu'en droit fiscal, les concepts les plus généraux ne sont pas définis : la notion d'impôt n'est pas définie en droit français mais l'est en droit allemand ; la notion de revenu, sauf en Haïti, n'est pas définie dans les droits étrangers.

On observe, en revanche, qu'il faut bien définir la matière imposable et les bases d'imposition et qu'on y procède généralement par des définitions de type analytique, énumératives ou descriptives, et plus rarement par définitions synthétiques et conceptuelles.

On note cependant la rareté de véritables définitions terminologiques, autonomes et différentes selon les matières : on peut signaler comme une exception la notion de domicile qui est définie de manière différente en droit fiscal, en droit civil, en procédure civile.

En conclusion, M. Beltrame pense qu'il faudrait réfléchir sur les rapports entre codification et définitions, spécialement avec le phénomène actuel de codification administrative et les formes nouvelles que semblent prendre certaines oeuvres de codification, telle la codification allemande.

La discussion porte sur les critères des bonnes et des mauvaises définitions : s'agit-il de définitions parfaitement claires et strictes, ne laissant place à aucune discussion ou interprétation ? S'agit-il de définitions suffisamment souples laissant au juge une large liberté d'interprétation, voire d'adaptation aux réalités.

Le législateur doit-il, lui-même, expliciter les termes utilisés par lui dans ses propres définitions ? Le système juridique n'a-t-il pas à la fois besoin de définitions rigides et de définitions souples ?

3) Questions diverses

M. Bergel fait part des divers contacts pris, pour l'A.M.J. et ses travaux actuels, avec M. le Secrétaire Général du Gouvernement, M. le Directeur des affaires civiles au Ministère de la Justice et des membres du Conseil d'Etat.

Il rappelle que les diverses contributions au premier "cahier de Méthodologie Juridique" devront lui être transmises pour le 15 septembre 1986.

M. Négrin se propose d'étudier les définitions en droit administratif général et fera un exposé sur ce thème lors d'une des prochaines séances, en 1986-1987.

BIBLIOGRAPHIE

- BARBE (Raoul P)
"Les définitions contenues dans les actes législatifs et réglementaires".
Revue du Barreau (Québec) T. 43 n° 5 nov. déc. 1983, p. 1105 à 1122.
- BERGEL (Jean-Louis)
"Différence de nature - Différence de régime" R.T.D. Civ. 1984,
p. 255 et s., n° 7 et s.
- BERGEL (Jean-Louis)
"Théorie générale du Droit" n° 182 et s. Coll. Méth. du Droit. Ed.
Daloz, 1985.
- COET (Philippe)
"Les notions cadre (étude des lectures infra legem)" Thèse dactylo-
graphiée, Paris-II, octobre 1985.
- CORNU (Gérard)
"Les définitions dans la loi", Mélanges Vincent (Ed. Daloz 1981),
p. 77 et s.
- COTE (P. André)
"Interprétation des lois" p. 43 et s. et 65 (Ed. Yvon Blais inc. 1982,
Québec).
- DABIN (Jean)
"Théorie générale du Droit" n° 232 et s., Ed.
- DEMOGUE (René)
"Les notions fondamentales du droit privé" Paris 1911.
- DEPAGE (Henri)
"De l'interprétation des lois : contribution à la recherche d'une métho-
de positive et théories en présence" Bruxelles, Ed. Swinner, 1978.
- EISENMANN (Charles)
Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifica-
tions en science juridique - in "La logique du Droit", Arch. Philo du
Droit, T. XI, 1966, p. 25 et s.
- GENY (François)
"Science et technique en droit privé positif" Paris, 1924, T. I, n° 49 et s.
(Spec. n° 52).
- PERELMAN (Chaim) et VANDER ELST (R.)
"Les notions à contenu variable en droit" - "Travaux du centre national
de recherche de logique" (Bruxelles-Bruylant 1984).
- PIGEON (L.P.)
"Rédaction et interprétation des lois" Editeur officiel du Québec 1965,
p. 26 et s.
- SPARER (M.) et SCHWAB (W.)
"Rédaction des lois : Rendez-vous du droit et de la culture" (Conseil
de la langue française). Editeur officiel du Québec, 1980, p. 37 et s.
et 301 et s.

BULLETIN D'ADHESION
à
L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE JURIDIQUE

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 la 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. Barbosa-Moreira J.-C., Prof. Univ. de Rio de Janeiro (Brésil) ;
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.) ;
MM. Hopt K., Prof. Univ. de Berne (Suisse) ;
Mitsopoulos G., Prof. Univ. d'Athènes (Grèce) ;
Murphy A.W., Prof. Univ. de Columbia (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) ;
Mlle de Vita A., Prof. Univ. de Florence (Italie) ;
M. Wroblewski J., Prof. Univ. de Lodz (Pologne).

Secrétaire général :

M. Chérot J.-Y., Prof. Univ. de Corse (France).

Trésorier :

M. Coupet L., M. Conf. Univ. d'Aix-Marseille (France).

Adhésion : auprès de M. J.-L. Bergel, Prof. à l'Univ. d'Aix-Marseille III,
3, av. Robert Schuman, 13628 Aix-en-Provence Cedex.

Adresse de l'association : 3, av. Robert Schuman, 13628 Aix-en-Provence
Cedex. - Tél. 42.59.19.45.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE METHODOLOGIE JURIDIQUE
International Association of Legal Methodology

3, avenue Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence Cedex (France)

Bulletin d'inscription

Application form

Nom de famille :
Family name (surname) :
Nom de jeune fille
Maiden name :
Prénom usuel : Autres prénoms :
First name : Middle names :
Profession : Nationalité :
Occupation : Nationality :
Adresse postale :
Mailing adress :
Code postal : Pays :
Postal code : Country :
Indicatif régional : Numéro de téléphone :
Area code : Telephone number :

Règlement de la cotisation

Payment of the subscription

Montant annuel	personnes physiques	150 FF (or the equivalent in
Yearly amount	natural persons	local currency)
	personnes morales	500 FF (" ")
	artificial persons	

Droit d'entrée pour les membres bienfaiteurs 1000 FF (" ")
First fees for the benefactor members

Paiement par chèque bancaire paiement par chèque postal
Payment by cheque payment by postal order

Paiement par virement bancaire
Payment by bank draft

A renvoyer au : siège de l'association ou au Vice-Président de l'association
dans votre pays.

Please send back the form with the payment to : the Vice-President 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

ABONNEMENT : 4 NUMEROS PAR AN
1987

« - « - «

Abonnement de soutien : 350 F (minimum)

France : 250,00 F

Étranger : 320,00 F

Demandes à adresser aux :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, Avenue Robert Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex

Nom et Prénom

Adresse (complète)

.....
.....

souscrit un Abonnement à la Revue de la Recherche Juridique pour
l'année au tarif de F.

Signature

Règlement :

- Chèque bancaire à l'ordre de M. le Régisseur des Presses
Universitaires d'Aix-Marseille
- C. C. P. - 9 404 15 E Marseille

Dépôt Légal - 4e Trimestre 1986

grille d'analyse des définitions» (p. 26-27) a été placée
 l'article de Monsieur Jean-Louis BERGEL (Typologie
 ns le Code Civil) auquel elle se rattache et doit être
 age 46.

N° I S N N 0249-8731