

## DIGITHÈQUE

Université libre de Bruxelles

---

HAARSCHER Guy, INGBER Léon, *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1986.

---

**Cette œuvre littéraire est soumise à la législation belge en matière de droit d'auteur.**

Elle a été publiée par les  
**Editions de l'Université de Bruxelles**  
<http://www.editions-universite-bruxelles.be/>

Les règles d'utilisation de la présente copie numérique de cette œuvre sont visibles sur la dernière page de ce document.

L'ensemble des documents numérisés mis à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB sont accessibles à partir du site  
<http://digitheque.ulb.ac.be/>

EDITIONS DE L'UNIVERSITE DE BRUXELLES

MAXIMIANVS

# JUSTICE ET ARGUMENTATION

Essais à la mémoire de Chaim Perelman  
rassemblés par Guy Haarscher et Léon Ingber

Faculté de Droit



## **Justice et Argumentation**



**EDITIONS DE L'UNIVERSITE DE BRUXELLES**

# **JUSTICE ET ARGUMENTATION**

**Essais à la mémoire de Chaïm Perelman  
rassemblés par Guy Haarscher et Léon Ingber**

**Faculté de Droit**

I.S.B.N. 2-8004-0910-X  
D/1986/0171/10

© 1986 by Editions de l'Université de Bruxelles  
avenue Paul Héger, 26 - 1050 Bruxelles (Belgique)

Imprimé en Belgique

# Avant-propos

par Guy HAARSCHER, Léon INGBER

Ch. Perelman a toujours considéré le droit comme un champ privilégié de réflexion. Depuis son premier essai (*De la Justice*, 1945), jusqu'à la publication de la *Logique juridique*, dont on sait l'audience qu'elle a rencontrée (elle a été traduite en plusieurs langues), son intérêt pour le droit ne s'est jamais démenti. Il était donc naturel que l'hommage qui lui est rendu comporte un volume consacré spécifiquement à sa pensée juridique.

L'une des originalités de Perelman fut de réunir autour de lui un grand nombre de juristes éminents, tant théoriciens que praticiens. Sa théorie de l'argumentation a permis aux juristes travaillant avec lui de réfléchir sur leur propre activité, et inversement cette même activité a nourri une réflexion philosophique qui, à la différence de nombreuses spéculations de théorie du droit, ne s'est jamais coupée de la réalité juridique concrète et de la pratique judiciaire.

C'est dans cet esprit que nous avons demandé à un certain nombre de juristes et de philosophes, tant belges qu'étrangers, de nous livrer leurs réflexions sur le thème «Justice et Argumentation», et de faire le point sur l'apport de Perelman à cette problématique.

Le Professeur R. Legros, premier président honoraire de la Cour de Cassation, compte parmi les juristes qui furent les plus proches de Perelman. Il nous a semblé indispensable de renvoyer le lecteur de ce volume à la belle étude qu'il a publiée dans l'*Annuaire*, 1986, de l'Académie royale de Belgique.



# La pensée de Perelman et la recherche de l'égalité

par Léon INGBER

Chaïm Perelman a écrit quatre études sur la notion d'égalité<sup>1</sup>.

La première d'entre elles, déjà, mettait en évidence le caractère axiologique de la problématique de l'égalité.

Elle insistait sur le fait que si l'on souhaite promouvoir une égalité plus large que celle qui se déduit de l'article 6 de la Constitution, il convient d'analyser les valeurs invoquées, implicitement ou de façon explicite :

« Quand le recours au principe de l'égalité devant la loi concerne l'application de la loi, il invoque la valeur de la sécurité juridique.

» Quand il concerne la non-discrimination dans la formulation de la loi, la valeur qu'il défend est celle du raisonnable, du rejet de l'arbitraire, de la conformité des classifications aux fins poursuivies »<sup>2</sup>.

Dans ses travaux ultérieurs, Perelman ne s'est pas limité à rapprocher l'analyse du principe d'égalité de la recherche d'une solution raisonnable ou à confronter la démarche qui tend à égaliser les conditions avec le risque d'arbitraire. Il a aussi analysé la notion d'égalité dans ses relations avec celles de justice, de liberté et d'intérêt général.

Il est intéressant de noter que, dès 1975, c'est-à-dire bien avant que les Travaux du Centre de Philosophie du Droit sur l'Egalité n'arrivent à leur terme, la Cour de Cassation de Belgique a rendu un arrêt, qui, suivant les conclusions de M. l'Avocat général J. Velu, confirme la tendance de la Cour à étendre son contrôle du respect du principe de l'égalité des Belges devant la loi<sup>3</sup>.

Jusqu'en 1973, les arrêts de notre juridiction suprême se bornaient à vérifier si tous ceux qui se trouvaient dans une même situation de fait étaient également traités, pour affirmer que le principe d'égalité était respecté.

Depuis lors, la Cour pousse son examen beaucoup plus loin<sup>4</sup>. Elle précise que le principe d'égalité n'interdit ni de créer des catégories de personnes ni des réglementations qui établissent des différenciations.

Mais elle affirme que les différenciations sur lesquelles sont établies les catégories ne peuvent revêtir de caractère arbitraire: elles doivent pouvoir être justifiées «en droit comme en raison»<sup>5</sup>.

Cette référence au raisonnable, comme le souci de ne pas créer de discrimination arbitraire<sup>6</sup>, évoquent bien évidemment les préoccupations de Perelman, comme d'ailleurs, de manière plus générale, les travaux du Centre de Philosophie du Droit, abondamment cités dans les références bibliographiques des conclusions de M. J. Velu, précédant l'arrêt de 1975.

Dans des arrêts plus récents<sup>7</sup>, la Cour précise, qu'à ses yeux, une distinction arbitraire est celle qui n'est pas susceptible de justification.

Cette façon de s'exprimer n'est toutefois pas satisfaisante et s'apparente à une tautologie.

Il est indispensable de préciser sur quels critères relevant doit se fonder une telle justification<sup>8</sup>.

Une des justifications qui a fait l'objet d'un examen attentif par Chaïm Perelman est celle qui consiste, pour la Cour de Cassation, à invoquer l'intérêt général.

A première vue, quelle meilleure justification pourrait-on trouver que la conformité à l'intérêt général!

Mais est-il plus conforme à l'intérêt général de privilégier l'égalité des individus ou celle des groupes?

Et peut-on affirmer que l'égalité des droits corresponde mieux à l'intérêt général que l'égalité des chances?

Si l'on n'y prend garde, l'argument tiré de l'intérêt général risque de mettre en péril le principe d'égalité, lui-même. Car, «la notion d'intérêt général est vague, confuse, et son application dans des situations concrètes varie dans le temps et dans l'espace et même, dans une société donnée, selon l'idéologie dominante»<sup>9</sup>.

Pour Perelman, c'est au pouvoir judiciaire indépendant, soutenu par une opinion publique vigilante, qu'il appartient de contrôler si les autres organes

de l'Etat n'abusent pas de leur pouvoir en prenant prétexte de l'intérêt général pour imposer des mesures arbitraires et, partant, accroître les inégalités.

Le danger est, sans aucun doute, bien réel. L'analyse de quelques développements récents de la problématique de l'égalité<sup>10</sup> permettra d'en mesurer l'étendue et — peut-être — de tirer quelques conclusions.

Prenons, pour commencer, l'exemple du droit pénal.

Le passage du système des peines fixes à une conception qui tient compte de la personnalité de l'auteur de l'infraction, est considéré comme une étape nécessaire entre l'égalité formelle et l'égalité réelle. Mais l'individualisation de la peine ne favorise-t-elle pas l'arbitraire, voire l'insécurité juridique ? Le projet, déjà ancien, d'adapter le montant des amendes pénales aux moyens financiers du condamné, constitue un exemple de tentative de surmonter cette difficulté : c'est ce que l'on appelle communément le système des jours-amendes. Tout le monde s'accorde à penser que la peine d'amende traditionnelle ne satisfait ni aux exigences contemporaines de la pénologie ni au souhait d'une peine égalitaire. En adaptant le montant de l'amende aux ressources du condamné, c'est-à-dire en calculant la peine en fonction du revenu quotidien, on tient compte simultanément de la nécessaire individualisation de la peine et du principe d'égalité, tout en évitant l'arbitraire. En somme, comme le fait observer Alain Wijffels, « l'individualisation elle-même requiert une norme. Cette norme doit non seulement permettre d'évaluer la mesure de l'individualisation, elle doit en premier lieu endiguer l'arbitraire que la méconnaissance du principe d'égalité dans l'application de la peine entraîne inexorablement. Une telle norme ne peut s'orienter efficacement que sur le principe d'égalité »<sup>11</sup>.

Certains spécialistes de droit social ont montré que le discours sur l'égalité entre les sexes, reflet de l'idéologie égalitaire de cette deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, ne peut masquer un certain nombre d'échecs dans l'ensemble des pays de la Communauté européenne<sup>12</sup>. On sait que de nouvelles législations, dans la plupart des pays de la CEE, ont mis en application le principe d'égalité entre les sexes, tel que l'article 119 du *Traité de Rome* le proclame et tel que les *Directives* 75/117 sur l'égalité des rémunérations et 76/207 sur l'égalité des traitements le mettent en œuvre. Il apparaît qu'en pratique, elles ne suffisent pas à la réalisation du principe d'égalité entre les sexes, ce qui pose l'importante question de l'*effectivité* des normes juridiques.

Théoriquement, la règle d'égalité juridique entre les sexes n'est plus un principe moral supérieur : elle est devenue une norme juridique sanctionnable. Tout se passe comme si le « virus de l'égalité » inoculé dans le système juridique, devait rendre effectifs les mécanismes traditionnels d'égalisation

dans les domaines économique, social et culturel. Or, on constate qu'il n'en est rien : les méthodes classiques de solution des conflits portant sur la mise en œuvre, la reconnaissance effective ou la violation des droits garantis sont inopérantes. La solution ne réside donc ni dans une proclamation de principe de l'égalité, ni même dans l'interdiction des discriminations. Pour assurer à la personne discriminée la jouissance effective de son droit, il faut qu'une étape nouvelle soit franchie.

Rappelons qu'après une longue période au cours de laquelle le sexe a été considéré comme un attribut de la personne, justifiant des différences de traitement et des inégalités de droits et d'obligations, on est passé à une organisation sociale et légale au sein de laquelle les femmes sont considérées comme une catégorie sociale : la loi pourra prendre en considération le sexe comme facteur distinctif justifié. Enfin, au cours des dernières années, les législations ont été chargées d'interdire ou d'éliminer les discriminations ainsi que de mettre en place un système normatif réprimant les traitements discriminatoires.

Le caractère statique et négatif de ces législations est actuellement considéré comme insuffisant pour supprimer les inégalités réelles. Une nouvelle catégorie de normes fait son apparition. Elles présentent une originalité et une modernité évidentes par rapport au système positiviste classique : il s'agit de normes relatives à la promotion de l'égalité des chances, qui autorisent ou imposent l'adoption de « mesures positives » *correctrices* de discriminations passées ou « promotionnelles ». Une telle évolution s'accompagne nécessairement de la mise en place de techniques nouvelles de contrôle ou d'évaluation des progrès accomplis. Elle doit également prévoir des mesures consécutives à des plaintes individuelles ou à des actions collectives (« class-action »). Il ne s'agit plus ici de reconnaître un droit à l'égalité de traitement mais de mettre en œuvre des mesures de promotion de l'égalité des chances, recourant à des méthodes de persuasion, de conditionnement de l'opinion et de proposition de formules volontaires d'accomplissement d'objectifs proposés. La leçon de cette nouvelle méthode de réalisation de l'égalité réelle est, qu'il est sans doute impossible de prévenir ou d'abolir les discriminations sans l'arme de la loi, mais qu'il est illusoire de penser que la loi puisse surmonter la discrimination. Plus que la suppression, l'interdiction ou la restriction, la loi doit contenir des *principes d'action positive*, combinant des acteurs, des forces, des contraintes et des incitants qui permettent d'aller au-delà de l'égalité formelle et d'atteindre les formes plus subtiles des discriminations sociales ou indirectes.

Ces deux exemples, empruntés l'un au droit pénal, l'autre au droit social, nous semblent significatifs de l'évolution actuelle du contenu de la notion d'égalité. Ils montrent à la fois comment il est possible d'en approfondir la

réalité et quels sont les moyens de déjouer les embûches qui subsistent sur la voie de son approfondissement.

Voilà pour les projets. Tournons-nous maintenant vers la jurisprudence. Deux exemples, bien connus, suffiront à éclairer notre propos.

Par un arrêt du 13 juin 1979, la Cour européenne des Droits de l'homme s'est prononcée sur l'état de la législation belge en matière de filiation naturelle et sur la compatibilité de cette législation avec les dispositions de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales<sup>13</sup>. En bref, elle décide qu'en effet les dispositions du Code civil belge actuellement en vigueur violent l'article 8 de la Convention, relatif au respect de la vie privée et familiale, que la distinction maintenue par la loi belge entre le mode d'établissement de la filiation maternelle légitime et de la filiation maternelle naturelle manque de justification objective et raisonnable et viole dès lors l'article 14<sup>14</sup> combiné avec l'article 8. Qu'en outre, la différence de traitement entre enfant légitime et naturel, les restrictions à la capacité de recevoir des biens de sa mère frappant l'enfant naturel, ainsi que son absence complète de vocation successorale à l'égard de ses proches parents, constituent des violations de l'article 8 combiné avec l'article 14.

Un projet de loi, modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation et à l'adoption, déposé sur le bureau du Sénat de Belgique depuis le 15 février 1978, vient d'être adopté par la Haute Assemblée. Malgré les nombreuses voix qui se sont fait entendre, pour accélérer son adoption, la Chambre des Représentants n'a pas encore examiné le projet...

Les règles du Code civil sont donc toujours d'application même s'il est communément admis qu'en cas de conflit entre une norme de droit international conventionnel ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne et une norme de droit interne, c'est la règle établie par le traité qui doit prévaloir.

La question de savoir si l'arrêt Marckx emporte des effets directs dans l'ordre juridique interne est controversée<sup>15</sup>.

Sans prendre position dans la controverse, qui sort du cadre de cette étude, nous pouvons cependant noter, que depuis la publication de l'arrêt Marckx, un phénomène inattendu s'est produit: plusieurs tribunaux civils, en particulier dans la partie flamande du pays, ont rendu des jugements qui, sans attendre la modification de la législation belge et sa mise en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme, mettent sur un pied d'égalité les enfants naturels et légitimes, notamment en matière successorale, en se fondant sur les dispositions de la Convention.

Certaines de ces décisions invoquent d'ailleurs expressément la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme<sup>16</sup>.

Tout se passe comme si certaines juridictions de fond reconnaissaient — *contra legem* et en s'appuyant d'ailleurs bien plus sur le droit à l'égalité de traitement que sur une décision de la Cour européenne des Droits de l'homme — un véritable droit naturel à ne pas subir de discrimination, manquant de justification objective et raisonnable.

Ce passage du principe d'égalité au principe de non-discrimination se retrouve dans l'arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 1<sup>er</sup> avril 1982<sup>17</sup>.

A la suite de la faillite de la société de droit belge «Banque pour l'Amérique du Sud», l'Institut de réescompte et de garantie, avait procédé au remboursement des dépôts du public en francs belges moyennant quittances subrogatoires. Toutefois, la déclaration de créance à la faillite se vit opposer un contredit par certains titulaires de comptes de dépôt d'espèces en dollars américains auprès de la banque faillie. Ces créanciers chirographaires contestaient le droit de l'I.R.G. de faire une déclaration de créance en soutenant que ces subrogations conventionnelles obtenues ayant éteint l'obligation de la masse de rembourser, les créanciers de la banque n'avaient pu céder leur droit à l'I.R.G., et en outre que cet Institut, en remboursant uniquement certains créanciers de la Banque pour l'Amérique du Sud, avait agi d'une manière discriminatoire. L'intérêt de cet arrêt — pour notre propos — tient à l'examen par la Cour de Cassation du moyen invoqué par les opposants selon lequel la décision de l'I.R.G. d'effectuer des paiements subrogatoires en faveur des seuls déposants en francs belges a eu pour effet de créer une catégorie de créances privilégiées et de violer le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires. Selon ces opposants, tous les déposants, mettant des unités monétaires à la disposition du banquier, se trouvent dans la même situation juridique, quelle que soit la monnaie dans laquelle le dépôt a été libellé :

«(...) que dans la recherche des critères qui doivent être retenus pour justifier l'application d'un traitement inégal sans encourir le reproche d'arbitraire on retient les critères objectifs, généraux, conformes aux lois et adéquats; qu'en l'espèce si l'Institut de réescompte et de garantie a choisi comme critère de son intervention la qualité de déposant en francs belges, ce qui, à première vue peut être considéré comme une appréciation objective, il importe de constater que ce critère de différenciation ne peut être retenu comme valable étant donné qu'il n'est ni conforme à la loi ni adéquat; (...)»<sup>18</sup>.

La Cour de Cassation n'a pas suivi cette thèse. Elle a confirmé sa position désormais traditionnelle selon laquelle «la règle de l'égalité des citoyens

devant la loi n'exclut pas qu'une distinction soit faite selon certaines catégories de personnes lorsque cette distinction est susceptible de justification»<sup>19</sup> :

«(...) qu'il n'était dès lors nullement discriminatoire pour le demandeur de rembourser les uns et non les autres; qu'en agissant de la sorte le demandeur a fait choix d'un critère objectif, non arbitrairement choisi; (...)»<sup>20</sup>. Dans l'analyse très fine qu'il fait de cet arrêt, Philippe Quertainmont tout en rappelant les conclusions de M. l'Avocat général Velu évoquées plus haut, fait observer que, dans l'examen des critères retenus pour justifier un traitement inégal, la Cour de Cassation estime qu'il ne saurait y avoir violation du principe d'égalité «dès lors que les mesures qui diffèrent n'ont pas été prises en fonction de certains traits distinctifs arbitrairement choisis et sans relation avec l'objet, la nature et le but de la mesure, mais en fonction de l'intérêt du service et en se fondant sur des critères objectifs»<sup>21</sup>. Et il ajoute : «On est passé ainsi du principe de l'égalité au *principe de la non-discrimination*, qui apparaît aujourd'hui comme une forme perfectionnée, et sans doute plus réaliste du principe d'égalité»<sup>21</sup>.

Il s'agira désormais pour le juge de rechercher si l'atteinte à l'égalité est justifiée par des différences de situation ou par des raisons d'intérêt général.

Mais, comme le présentait déjà Chaïm Perelman, le rôle dévolu au juge du fond est plus important encore puisqu'il lui appartient aussi de dire à partir de quel seuil une différence de situation est suffisante pour justifier un traitement différent.

Une autre notion d'égalité fait ici son apparition : l'égalité «graduée» qui, comme le note F. Delpérée, ne se mesure pas au sein de chaque catégorie mais trouve à s'imposer entre catégories et à travers les catégories<sup>22</sup>.

Cette égalité «graduée» se fonde sur une autre idée chère à Francis Delpérée : celle de proportionnalité<sup>23</sup>.

Le principe de l'égalité devant la loi s'affine de la sorte au contact de l'idée de *proportionnalité*. Il ne suffit plus de proclamer que la loi doit être la même pour tous : l'affirmation serait aussitôt démentie par les faits.

Il ne suffit pas non plus d'admettre les distinctions que la loi instaure et qu'elle fonde sur des critères objectifs : pour justifiées qu'elles puissent paraître, les distinctions peuvent vider la règle d'égalité de toute portée en organisant des régimes particuliers et privilégiés.

Il faut aussi s'interroger sur la nature des distinctions que l'autorité publique établit. Il faut, en même temps, examiner l'ampleur de la différence de régimes juridiques qu'à raison de cette distinction, elle impose.

Il faut se demander — enfin — si la différence de situations justifie bien la différence de statuts<sup>24</sup>.

Il en résulte que lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le fait visé, celui-ci fût-il légal et conforme à l'intérêt public, la différenciation sera arbitraire, non dans son principe mais dans son *étendue*<sup>24</sup>. Que de chemin parcouru depuis que nos vieux textes classiques affirmaient : « L'égalité juridique est l'égalité devant la loi. On la désigne habituellement par le nom d'égalité civile, prise dans le sens large. Dans cette acception, on s'en sert communément pour désigner le droit de chaque citoyen, qui réunit les conditions requises, de prétendre aux mêmes fonctions, aux mêmes immunités ou prérogatives »<sup>26</sup>.

Nous avons tenté de montrer, qu'au cours de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la notion d'égalité s'est précisée et répond de façon plus efficace aux aspirations de ceux qui ont placé en elle l'espoir d'un mieux-être.

Alors qu'il n'aura été question pendant une longue période que de supprimer des discriminations inscrites dans nos textes légaux ou réglementaires ou de mettre fin à la distorsion insupportable qui existait entre l'égalité devant la loi et l'inégalité dans la loi, tâches fondamentales et indispensables mais limitées dans leur portée, il s'agit désormais d'assurer à l'égalité non plus seulement sa *légitimité* mais surtout son *effectivité*.

Des techniques nouvelles, telles que les actions positives, voire les discriminations positives, en droit social, telle l'individualisation débarrassée du risque d'arbitraire, en droit pénal, peuvent y contribuer. Des notions nouvelles, comme celle de proportionnalité ou d'égalité graduée permettent d'affiner les analyses. Des juridictions nouvelles, comme la Cour européenne des Droits de l'homme assurent, pour la première fois dans l'histoire des hommes, une protection juridictionnelle, efficace des droits fondamentaux, formulation contemporaine, pour les plus essentiels d'entre eux des droits naturels inaliénables et imprescriptibles de la personne humaine.

Les quatre études de Chaïm Perelman consacrées à l'égalité témoignent de cette préoccupation de consolider les « valeurs fragiles »<sup>27</sup> et de s'approcher de ce qui peut constituer le plus bel idéal d'une vie : la recherche de la Justice :

« On se préoccupera moins de justice conçue comme égalité de traitement que de justice conçue comme tendant à diminuer des inégalités, trop criantes, des situations »<sup>28</sup>.

## NOTES

<sup>1</sup> Perelman (Ch.), *Egalité et Valeurs*, dans: *Egalité*, vol. I, études publiées par Henri Buch, Paul Foriers et Chaim Perelman, Bruxelles, 1971, pp. 319 à 326; *Liberté, Egalité et Intérêt général*, dans: *Egalité*, vol. V, études publiées par Léon Ingber, Bruxelles, 1977, pp. 6 à 13; *Egalité et Justice*, dans: *Egalité*, vol. V, pp. 324 à 330; *Egalité et Intérêt général*, dans: *Egalité*, vol. VIII, études publiées par Léon Ingber, Bruxelles, 1982, pp. 615 à 624.

<sup>2</sup> Perelman (Ch.), *Egalité et Valeurs*, loc. cit., p. 324.

<sup>3</sup> C. Cass. 20 novembre 1975, Pasic., 1976, I, 347.

<sup>4</sup> Voir: arrêts des 24 janvier, 2 mai et 9 mai 1973, Pasic. 1973, I, 509, 808 et 825.

<sup>5</sup> Conclusions de M. l'Avocat général J. Velu, précédant C. Cass., 20 novembre 1975, Pasic. 1976, I, p. 355.

<sup>6</sup> C. Cass., 20 novembre 1975, Pasic. 1976, I, p. 359.

<sup>7</sup> Voir, par exemple: C. Cass. 26 septembre 1978, Pasic. 1979, I, 120; C. Cass. 18 septembre 1979, Pasic. 1980, I, 54; C. Cass. 27 novembre 1979, Pasic. 1980, I, 391.

<sup>8</sup> Voir, à ce sujet, notre étude: *L'égalité en droit ou le droit à l'égalité*, dans: *Journal des Tribunaux*, 12 mai 1979, pp. 313 et sq. et, en particulier, p. 316.

<sup>9</sup> Perelman (Ch.), *Egalité et Intérêt général*, loc. cit., p. 623.

<sup>10</sup> Voir: sur cette partie, notre étude *Les développements récents de la problématique de l'égalité*, dans les Actes du Colloque sur l'Egalité, organisé par Mme le Professeur Simone Goyard-Fabre, Directeur du Centre de Philosophie juridique et politique de l'Université de Caen.

<sup>11</sup> Wijffels (A.), *L'égalité et le système des jours-amendes*, dans: *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1984, p. 316.

<sup>12</sup> Voir, en particulier: Vogel-Polsky (E.), *L'égalité juridique entre hommes et femmes dans la Communauté européenne*, Rapport national belge présenté au colloque européen organisé à Louvain-la-Neuve, les 22, 23 et 24 mai 1985.

<sup>13</sup> Rappelons brièvement que Paula Marckx, célibataire belge, agissant tant en son nom personnel qu'au nom de sa fille mineure, avait saisi la Commission européenne des Droits de l'homme, en invoquant que les dispositions du code civil belge, relatives au mode d'établissement de la filiation maternelle naturelle comme aux effets de cet établissement, violent les articles 3, 8, 12 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

<sup>14</sup> L'article 14 de la Convention du 4 novembre 1950 dispose que «la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation».

<sup>15</sup> Sur cette controverse, voir notamment: Rigaux (Fr.), *La loi condamnée*, dans: *Journal des Tribunaux*, 1979, p. 513; Bossuyt (M.), *L'arrêt Marckx de la Cour européenne des Droits de l'homme*, dans: *Revue belge de droit international*, 1980, pp. 53 à 81; Sace (J.), *Réflexions sur les effets en droit interne de l'arrêt Marckx*, dans: *Revue du notariat belge*, 1984, pp. 114 à 119.

<sup>16</sup> Burgerlijke Rechtbank te Turnhout, 29 april 1982, Rechtskundig Weekblad, 1982-1983, p. 1590; Burgerlijke Rechtbank te Brussel, 29 maart 1983, Rechtskundig Weekblad, 1983-1984, p. 454.

<sup>17</sup> C. Cass. 1<sup>er</sup> avril 1982, suivi d'une note d'observations de Quertainmont (Ph.), *La protection des déposants d'une banque faillie par l'Institut de réescompte et de garantie et la règle de l'égalité des citoyens devant la loi*, dans: *Revue critique de jurisprudence belge*, 1984, pp. 636 à 669.

<sup>18</sup> C. Cass. 1<sup>er</sup> avril 1982, R.C.J.B., 1984, p. 645.

<sup>19</sup> Même arrêt, pp. 648-649.

<sup>20</sup> Même arrêt, p. 647.

<sup>21</sup> Quertainmont (Ph.), op. cit., p. 663.

<sup>22</sup> Delpérée (F.) et Boucquoy-Remion (V.), *Liberté, légalité et proportionnalité*, Rapport au

XVIII<sup>e</sup> congrès international des sciences administratives, Madrid, 1980, p. 479.

<sup>23</sup> Delpérée (F.), *Le principe de proportionnalité en droit public*, dans : Rapports belges au X<sup>e</sup> congrès international de droit comparé, Bruxelles, 1978, p. 503.

<sup>24</sup> Delpérée (F.) et Boucquey-Remion (V.), op. cit., p. 479.

<sup>25</sup> Quertainmont (Ph.), op. cit., p. 665.

<sup>26</sup> Pandectes Belges, T. XXXIV, Bruxelles, 1890, n<sup>o</sup> 3237, § 2.

<sup>27</sup> Pour reprendre l'expression de Charles Leben, dans l'article : *Chaïm Perelman et les valeurs fragiles*, dans : Rev. franç. de théorie juridique, 1985, pp. 107 à 115.

<sup>28</sup> Perelman (Ch.), *Egalité et Justice*, loc. cit., p. 329.

# Justice et sécurité juridique

par Raymond VANDER ELST

Dans son excellent «essai de synthèse» de la publication des travaux du Centre national de recherche de logique sur *les notions à contenu variable en droit*<sup>1</sup>, notre regretté ami et collègue Chaïm Perelman écrivait :

*«Plus que le moraliste ou l'homme politique, le juriste est préoccupé, et à juste titre, par la sécurité juridique. Dans un ordre social caractérisé par la sécurité juridique, où chacun est censé connaître ses droits et ses obligations, d'où sont éliminés les controverses et les conflits résultant de l'ambiguïté et de l'indétermination de la loi, se manifestent des valeurs qui, dans l'esprit de beaucoup de juristes, s'identifient à la justice: la prévisibilité, l'impartialité, l'égalité devant la loi, l'absence d'arbitraire des administrateurs et des juges. A la limite, un système de droit conçu en fonction du seul idéal de sécurité juridique éliminerait l'intervention de tout jugement, en remplaçant les juges par des ordinateurs dans l'administration de la justice.»*

Chaïm Perelman illustre cette judicieuse observation liminaire par de nombreux exemples, qu'il proposait lui-même ou choisissait parmi les nombreuses études contenues dans l'ouvrage, par exemple le recours du législateur, dans un but de justice concrète, à des notions floues, à contenu variable, tels l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute grave, l'intérêt général, l'intérêt de la famille, etc... qui laissent au juge le soin de la préciser dans chaque cas d'espèce pour éviter que l'application d'une règle rigide n'aboutisse parfois, voire souvent, à la violation de valeurs supérieures à la simple sécurité juridique.

Lorsque le législateur a élaboré des règles rigides même, le juge, par la technique juridique de l'interprétation, peut parvenir aussi à l'assouplissement nécessaire de ces normes dans les hypothèses où il estime qu'elles heurteraient l'une de ces valeurs, ainsi que Chaïm Perelman l'a souvent démontré.

Cet assouplissement par interprétation va parfois jusqu'à modifier le sens de la loi et jusqu'à lui faire dire le contraire de ce que signifie son texte. J'ai toujours donné comme exemple caractéristique l'article 11 du Code civil qui déclarait : « *L'étranger jouira en France (Belgique) des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français (Belges) par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra* ».

Cet article, d'ailleurs abrogé aujourd'hui par la loi du 15 décembre 1980, était contraire aux traditions et à la mentalité belges<sup>2</sup>.

Aussi dès que la question fut soumise à notre Cour de cassation, celle-ci déclara que nonobstant l'article 11 du Code civil les étrangers jouissent en Belgique de tous les droits qui trouvent leur source dans le droit naturel ou le droit des gens (Cass. 3 août 1848, arrêt Flescher, *Pas.* 1848, p. 358 et *Belg. Jud.* 1849, p. 146)<sup>3</sup>.

Interprétation *juris civilis corrigendi gratia* : la réciprocité « diplomatique » ne joue, dès lors, que pour certains droits considérés comme « pures créations du droit civil » : l'hypothèque légale de la femme mariée, l'adoption, le droit d'auteur, etc... (que la loi elle-même étendit par la suite au profit des étrangers).

Jurisprudence *contra legem* : c'est ce que j'appelle l'interprétation *progressiste* (faire dire à la loi ce que l'interprète estime que le législateur aurait dit s'il avait légiféré aujourd'hui), par opposition à l'interprétation *explicative* (rechercher, par exemple dans les travaux préparatoires, ce que le législateur a voulu dire) et à l'interprétation *créatrice* (combler les lacunes de la loi en vertu des articles 5 du C. jud. et 258 du C. pénal belges).

Il s'agit évidemment de l'éternelle poursuite de l'idéal de justice qu'exprima le cri d'Antigone dans le défi qu'elle lance au Roi Créon, qui fit dire à Ulpien « *Ius est a justitia appellatum* » (*Dig.*, I, 1, 1) ou à Cicéron « *La justice est au premier rang des objectifs que poursuit le droit* » (*De Officiis*, I.7.20) et que Geny définit en écrivant « *Les règles de droit visent nécessairement et, je le crois, exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée de juste... Au fond, le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste...* »

Ainsi s'explique l'utilisation par le législateur de notions à contenu variable et par le juge de la notion d'équité et des diverses méthodes d'interprétation de la loi pour faire prévaloir cet idéal de justice.

Mais de même qu'un système de droit conçu en fonction du seul idéal de sécurité juridique transformerait les juges en simples ordinateurs dans l'administration de la justice, comme l'écrivait Chaïm Perelman, ne pourrait-on craindre qu'un système de droit conçu en fonction du seul idéal d'équité et de justice supprime finalement toute prévisibilité et toute sécurité juridiques? Les meilleurs auteurs l'ont souligné en déclarant qu'en raison du pluralisme des valeurs «*les objectifs poursuivis entrent en conflit les uns avec les autres et qu'il faut les ordonner les uns par rapport aux autres si on veut justifier les solutions qu'on adopte*» (Henri Batiffol, *La philosophie du droit*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1981, p. 87), car «*le droit n'est pas au service de la justice comme telle, mais au service de la société*» (Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, 1969, p. 392, citant Saint Thomas, *Somme*, Ia, IIae, p. 100, art. 8).

Il est banal de constater d'ailleurs que si la plupart des normes juridiques s'inspirent de l'idéal de justice, il en est d'autres qui ont pour objectif principal sinon unique la tranquillité publique, la prévisibilité, la sécurité juridique. Citons la prescription, les délais préfixes, le rejet de la lésion et de l'imprévision comme principe général de droit, et, plus simplement, la plupart des règles de la circulation et du roulage...

Nous voudrions ajouter à ces observations, souvent faites, qu'il existe certaines branches du droit dans lesquelles la sécurité juridique doit avoir la primauté sur tout autre objectif, alors même que globalement l'ensemble des règles juridiques qui constituent cette branche du droit ont été conçues en vue du respect de la personne humaine dans ses relations sociales: tel est le cas des règles de conflit de lois.

Le corps de celles-ci ressemble à une boussole qui ne désigne pas la solution juste et concrète que l'on doit donner aux litiges mais uniquement la loi interne, matérielle, dans laquelle cette solution devra être recherchée<sup>4</sup>.

Ces règles ne rendent pas dès lors telle loi applicable parce qu'elle est la plus juste, mais parce qu'elle est compétente en vertu des principes qui ont inspiré l'élaboration de ces règles.

Est-il juste ou injuste d'appliquer la loi nationale plutôt que la loi du domicile? Certes il existe des arguments de raison en faveur de l'une ou de l'autre, mais la règle que l'on a raisonnablement choisie pour résoudre ce dilemme désigne peut-être dans tel cas d'espèce une loi beaucoup moins juste que l'autre que l'on a écartée.

Faut-il pour les effets du mariage préférer la loi du domicile conjugal, de la résidence commune, à la loi du mari pour respecter l'égalité des époux? Mais il peut se faire, si ces lois sont différentes, que celle du mari soit plus favorable à la femme, et plus respectueuse de cette égalité, que la loi nationale de la femme ou que la loi de la résidence<sup>5</sup>.

Faut-il, en cas d'accident de roulage, appliquer la loi nationale commune des parties, la loi du lieu de l'accident, la loi du lieu du dommage? Ce n'est pas la notion de la « juste indemnité » qui pourra donner la solution de ce problème.

Devra-t-on dès lors modifier la règle abstraite réglant le conflit de lois, ou la violer, sous prétexte d'équité lorsque la loi qu'elle désigne ne satisfait pas notre sens de la justice et qu'une autre loi y répond mieux?

A juste titre la Cour de cassation a refusé une telle solution: il s'agissait de savoir si c'était la loi belge ou la loi française qui devait régir l'action ayant pour objet le paiement d'une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation d'un enfant naturel, sur base de l'article 340b du Code civil (loi du 6 avril 1908), et l'arrêt de la Cour de Bruxelles avait constaté que si la loi française s'appliquait normalement à cette action intentée au profit d'un enfant naturel français, la loi belge lui était cependant plus favorable. La Cour de cassation déclare que *« sous réserve de l'ordre public international belge, le juge doit appliquer la loi personnelle de l'enfant naturel, en l'espèce la loi française, non parce que, in casu, cette loi est plus ou moins favorable à l'intérêt de l'enfant naturel, mais parce que, du point de vue du droit international privé, cette loi est normalement la seule compétente pour déterminer ce que peut commander l'intérêt de l'enfant naturel »* (cass., 24 mars 1960, *J.T.*, 1961, p. 151; *R.C.J.B.*, 1961, p. 335; *R.W.*, 1961-1962, col. 419; *R.C.D.I.P.*, 1961, p. 367).

Rigaux et Zorbas (*Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Brux. 1981, p. 275) déclarent à juste titre, en commentant cet arrêt, qu'il mérite notre attention en premier lieu parce qu'il permet *« de consacrer et préciser, en ce qui concerne la technique du rattachement, la doctrine de la Cour. Celle-ci confirme le raisonnement en précisant que la façon de procéder doit être détachée de toute considération de l'intérêt de l'enfant. A cet effet, elle décrète qu'il faut appliquer la loi nationale de l'enfant naturel, que celle-ci soit ou non favorable à ses intérêts, parce que du point de vue du droit international privé, cette loi est normalement la seule compétente »*<sup>6</sup>.

Ce n'est donc pas pour le motif que la loi applicable est plus juste qu'une autre qu'elle doit être appliquée, mais uniquement en raison de la règle abstraite de droit international privé qui la rend compétente indépendamment de son contenu et avant même que le juge ait à le connaître. Ainsi la

prévisibilité quant à la règle applicable, qui est l'un des piliers de la sécurité juridique (l'autre étant la clarté de la règle), est assurée.

Un autre exemple: alors que l'on demandait l'application de la *lex fori*, qui semble souvent être l'expression la meilleure de la justice... pour le juge du for<sup>7</sup>, cette solution est rejetée par la Cour de cassation de Belgique pour des motifs pertinents (Aff. Mary Church, 10 mai 1906, *Pas.*, 1906, I, 221): «*Attendu que des constatations de l'arrêt attaqué il résulte que les faits, qui ont donné naissance au procès, se sont passés en pleine mer entre deux navires étrangers de nationalités différentes, l'un anglais, l'autre français; que, lors de leur accomplissement, ces faits ne relevaient donc, à aucun égard, du droit belge; que le lieu où pouvait être intentée l'action était encore incertain et dépendait d'éventualités ultérieures qui ne pouvaient modifier, quant au fond, des droits dès lors acquis aux intéressés.*»

L'on pourrait se demander s'il n'est pas choquant de faire passer ainsi la sécurité juridique avant la recherche, dans chaque cas d'espèce, de la loi qui offre la solution la plus juste, la plus équitable. Il nous semble que trois raisons invitent à maintenir le caractère abstrait de la règle de conflit.

En premier lieu, une raison logique: le droit international privé est formé d'un ensemble de règles qui, lorsqu'un rapport de droit comporte un élément d'extranéité, décide du choix d'une des diverses lois qui ont apparemment vocation à régir ce rapport<sup>8</sup>. Ce choix est donc préalable à l'examen du contenu de la loi choisie et cette succession logique ne peut être inversée sans dénaturer l'objet même des normes de conflit des lois. La remarque est vraie aussi pour les conflits de juridictions, qui forment l'autre volet du droit international privé.

Une deuxième raison est d'ordre pratique. Comment affirmer qu'une loi est meilleure, plus avantageuse, plus adéquate qu'une autre dans les rapports complexes des relations sociales? Non seulement un tel jugement serait souvent subjectif, mais objectivement même il faut constater que la comparaison entre deux lois est rarement univoque: telle loi est plus avantageuse qu'une autre à un certain point de vue et moins avantageuse à un autre. Le demandeur aura de bonnes raisons de préférer la première. Le défendeur en aura tout autant de vanter la seconde, chacun ayant raison dans son optique. Une règle de conflit de lois qui en tiendrait compte correspondrait, en vérité, à une absence de règle.

Une troisième raison nous paraît d'ailleurs pertinente. Nous voudrions l'illustrer par un exemple.

La Cour d'appel de Mons avait à déterminer la loi applicable au régime matrimonial d'un Italien qui avait épousé en Belgique, en 1962, une femme

belge sans avoir conclu de contrat de mariage. Les époux avaient acheté ensemble un immeuble en Belgique en 1968 puis ont divorcé en 1971.

Il est difficile d'appliquer au régime matrimonial la loi de la résidence (ou du domicile) chaque fois que les époux en changent, un régime à variations constantes permettant mal la détermination de la propriété des biens entre époux lors de la dissolution du mariage par divorce ou décès et risquant de porter préjudice aux tiers. Aussi la tradition est-elle, en France, de ne retenir que la loi du premier domicile conjugal et, en Belgique, de choisir en la matière la loi nationale du mari au moment du mariage. Mais quid du principe moderne de l'égalité des époux lorsque l'on donne la préférence à la loi du mari ?

Or cette égalité se rattache, de notre temps, à la justice la plus élémentaire. Aussi la Cour d'appel déclare-t-elle *« Qu'il y a quelque paradoxe à choisir le rattachement à la loi du mari à une époque d'émancipation de plus en plus complète de l'épouse et dans un cas où, comme en l'espèce, le mari qui s'est apparemment fixé en Belgique sans esprit de retour (il s'y trouve depuis plus de 21 ans) demeurerait dans ce pays depuis huit ans lorsqu'il a épousé une Belge qui a conservé sa nationalité; ... que le caractère parfois artificiel d'une première résidence qui serait accidentelle, cède en présence d'un faisceau de faits aussi impressionnant »* (Mons, 22 octobre 1975, *Revue du Notariat Belge*, 1976, p. 521, avec nos observations).

Il est vrai qu'il n'est pas équitable d'imposer à l'épouse la loi nationale du mari alors que celui-ci avait quitté son pays sans esprit de retour depuis 8 ans et qu'il épousait en Belgique, où il s'était établi, une femme belge, pour vivre avec elle dans l'ambiance juridique de la société belge.

Même serait-il raisonnable, juste équitable, conforme au bon sens, dans un tel cas, d'appliquer la loi de la résidence actuelle des époux, comment en tirer une règle de droit ? Comment transformer en norme juridique ce faisceau de circonstances particulières à l'espèce ? Si le mari s'était installé en Belgique depuis 4 ans seulement, la solution serait-elle la même ? Et depuis 1 an ? Et si le mariage n'avait pas eu lieu en Belgique ? Ou si les époux n'avaient vécu en Belgique que peu de temps ? Etc...

Ainsi, non seulement chaque fois qu'un étranger épouse une femme belge en Belgique, mais encore dans tous les mariages mixtes conclus sans passer un contrat de mariage, les époux devraient attendre, après le décès de l'un d'eux, ou après leur divorce, le résultat d'un procès qui risque d'être long, pour savoir quel est leur régime matrimonial, quels sont leurs droits et devoirs respectifs, ce qu'ils pouvaient faire, ce qu'ils devaient faire et ce qui leur était interdit de faire pendant leur union<sup>9</sup>.

Il est bien évident qu'ici le souci du choix le plus juste, l'objectif de la solution équitable, doivent céder le pas à la nécessité d'une sécurité juridique qui ne peut résulter que d'une règle claire, préalable, certaine (c'est-à-dire connue d'avance) qui détermine la loi régissant les rapports patrimoniaux autant que les droits et devoirs respectifs des justiciables.

Mais alors, dira-t-on, sous prétexte de prévisibilité faut-il admettre toutes les injustices qui pourraient être consacrées par une loi étrangère désignée par la règle abstraite de conflit ?

Le droit international privé comporte à ce sujet une soupape de sûreté : l'ordre public international dont la définition a été donnée par la Cour de cassation belge dans le célèbre arrêt Vigouroux (cass., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, 624, note Hennebicq; *Clunet*, 1952, p. 284 et 802, note Philonenko; *Rev. prat. not.*, 1952, p. 301; *R.W.*, 1950-1951, col. 11; sur l'arrêt attaqué, du 16 mars 1946, voyez note R. Legros au *J.T.*, 1949, p. 389 et les conclusions de l'avocat général van den Branden de Reeth à la *R.C.D.I.P.*, 1949, p. 525 et note H.B.): «*Attendu qu'une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international privé que pour autant que le législateur ait entendu consacrer, par les dispositions de celle-ci, un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi*» (cf. cass., 28 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, 484; 16 février 1955, *J.T.*, 1955, p. 249; 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, 262; *J.T.*, 1980, p. 560 et *R.W.*, 1979-1980, col. 1763; voyez aussi, concernant le mariage posthume en France, cass., 2 avril 1981. *J.T.*, 1981, p. 653 qui en admet les effets en Belgique, ce qui semble normal puisque cela ne heurte aucun principe essentiel de justice).

Pour autant que l'on puisse supposer que la Cour de cassation belge entende par «législateur» l'ensemble des sources du droit, c'est-à-dire les principes fondamentaux de justice non écrits aussi bien que ceux qui sont œuvres législatives, cette définition peut être rapprochée de celle adoptée par la Cour de cassation de France le 25 mai 1948 (arrêt Lautour, *R.C.D.I.P.*, 1949, p. 89): l'ordre public international est constitué par l'ensemble des «*principes de justice universelle considérée dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue*», définition qui semble peut-être teintée d'un léger chauvinisme juridique, mais qui met bien en valeur l'idée fondamentale que l'ordre public international fixe la frontière au-delà de laquelle la règle abstraite de conflits de lois ne peut faire prévaloir la sécurité juridique contre des valeurs fondamentales de justice.

Cette limite nous semble suffisante pour ne pas remettre en cause la sécurité juridique comme objectif prioritaire dans l'élaboration des règles de conflit de lois et, en général, des règles de droit abstraites.

## NOTES

<sup>1</sup> *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, 1984. Voyez aussi Ch. Perelman, *Justice et Raison*, «La Règle de Justice», Bruxelles, 1963 et *Droit, morale et philosophie*, «Cinq leçons sur la Justice», Paris, 1968.

<sup>2</sup> Les meilleurs esprits en France réagirent d'ailleurs contre la xénophobie dont témoignait cette disposition napoléonienne. En effet en la confrontant à l'article 13 du Code civil, il est clair que son objectif était d'exclure les étrangers de la jouissance des droits civils. Cependant le Procureur général Merlin (*Répertoire de Jurisprudence*, 1826, T. 11, p. 165) déclare: «Mais (ai-je dit dans des conclusions du 23 mars 1810, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *propriété littéraire*, § 2) est-ce bien là le sens que présente cet article, tel qu'il est rédigé? Il ne dit pas que l'Etranger ne jouira en France que des droits civils accordés aux Français dans son pays par un traité conclu entre le gouvernement français et son souverain; il dit seulement que les droits civils qui sont accordés aux Français dans un pays Etranger par une convention diplomatique, sont *ipso facto* communiqués en France aux habitants de ce pays. Il n'exclut donc pas positivement l'Etranger de tel droit civil, par cela seul que les Français n'en jouissent pas dans son pays, ou que, s'ils en jouissent, c'est par l'effet de la loi locale, et non en vertu d'un traité; il se tait à cet égard.»

<sup>3</sup> Par une curieuse coïncidence de dates, la Cour de cassation de France déclarait le 12 juillet 1848 (Sirey 1848, I, 418) que les étrangers ne jouissent pas de la protection du nom commercial parce que le texte de la loi française ne leur en attribue pas le bénéfice! Mais, après avoir admis par la suite que les étrangers peuvent accomplir en France les actes de commerce «*en vertu du droit des gens*» (Cass. 3-5 juillet 1865, Sirey 1865, I, 441), et qu'ils peuvent y ester en justice lorsque le déni de justice doit être évité, la jurisprudence française rattrape d'un coup, en 1948, son retard sur la jurisprudence belge, cent ans après, en consacrant la théorie moderne de l'attribution de principe de tous les droits civils aux étrangers: *il résulte de l'article 11 du Code Civil qu'en France, les étrangers ont la jouissance de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement refusés par la loi*» (Cass. fr. 27 juillet 1948, arrêt Lefait, *R.C.D.I.P.* 1949, p. 75, note Batiffol; cf. Cour Paris, arrêt Chaplin, 29 avril 1959, *Gaz. Pal.* 23 mai 1959, p. 143, avec conclusion Av. Gén. Combaldieu; concernant le domicile voy. arrêt Patino, Cass. civ. 21 juin 1948, Sirey 1949, I, 121 note Niboyet et *R.C.D.I.P.* 1949, p. 557, note Francescakis).

<sup>4</sup> L'on peut dire qu'il s'agit de «*règles de droit abstraites*», qui ne donnent donc pas la solution concrète du litige qu'elles régissent. Expression à distinguer de ce que l'on entend par «*questions de droit abstraites*», par exemple celles qui se posent en vertu de l'article 177 du Traité de Rome de 1957 (Rigaux, *R.C.J.B.*, 1984, p. 624), qui demandent une réponse permettant la solution du litige, mais formulée en termes généraux qui ne visent pas les faits d'une espèce déterminée.

<sup>5</sup> Il est vrai qu'il y a quelque paradoxe à choisir le rattachement à la loi du mari à une époque d'émancipation de plus en plus complète de l'épouse... paradoxe qui cependant n'existe que dans la mesure où l'on envisage l'origine historique de ce rattachement à la loi du mari en tant que «*chef de famille*». Abstraction faite de ce passé (honteusement discriminatoire!), il faut admettre que, pour autant que la loi nationale du mari et celle de la femme soient différentes, une fois sur deux la loi du mari est plus avantageuse pour l'épouse et une fois sur deux moins avantageuse, statistiquement parlant. Que l'on prenne donc l'une ou l'autre, l'on ne peut dire qu'il y ait une discrimination concrète. L'égalité des époux, l'exclusion de tout préjugé et de toute inégalité résultant de la différence de sexe, doivent se trouver dans le droit matériel, dans la loi applicable plutôt que dans la règle de conflit à laquelle on demande une chose avant tout: la sécurité, c'est-à-dire la possibilité pour les parties de savoir quelle est la loi qui les régit.

<sup>6</sup> Autre exemple de recherche, à tort selon nous, de la loi la plus «*favorable*». Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles (14 févr. 1961, *J.T.*, 1961, p. 223) se prononce en faveur du cumul des lois nationales pour le «*droit de contrôle par le mari des correspondances de la femme*».

La Cour choisit la loi qui lui est la plus favorable, la règle abstraite désignant la loi du mari étant contraire à l'égalité des époux. L'on peut se demander si le choix d'un facteur de rattachement, question de technique juridique, comporte un avantage quant au fond du droit et si le cumul des lois nationales, admis par l'arrêt du 14 février 1961, est praticable lorsqu'il s'agit d'organiser un système de droits et de devoirs réciproques de deux personnes. Cette décision aurait par ailleurs été plus équitable, plus juste, plus «égalitaire» et plus conforme au respect des droits de l'épouse par la mise en œuvre d'une exception d'ordre public international contre toute disposition légale étrangère dont l'application obligerait le juge belge à consacrer une discrimination des droits des époux fondée sur la différence de sexe, et en n'appliquant dès lors aucune des deux lois donnant, quoique dans une mesure différente, un droit de contrôle au mari sur la correspondance de l'épouse! Une telle solution s'impose depuis l'entrée en vigueur, le 9 août 1985, de la Convention de New York du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes...

<sup>7</sup> Cf. arrêt Soulié, Cass. Fr. 9 mars 1910, *Sirey* 1913.I.105

<sup>8</sup> Parfois le rapport de droit est morcelé et le choix doit dès lors porter sur plusieurs lois. Par exemple un contrat sera régi quant à la forme par la règle *locus regit actum*, quant au fond par la loi d'autonomie et la volonté, quant à ses effets parfois par des lois de police économique, parfois par le statut réel (cf. «Autonomie du droit international privé», *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, T. I, par R. Vander Elst, n° 9 et 12). Mais cela ne change rien au principe du caractère préalable et abstrait de la règle de conflit.

<sup>9</sup> C'est l'un des motifs pour lesquels la mutabilité du régime matrimonial, c'est-à-dire la possibilité de passer un contrat de mariage après la célébration de celui-ci, nous paraît opportune.



# La logique, le sport, et les ordres juridiques

par Luc SILANCE

1. Chaïm Perelman avait déjà publié en 1934, chez Lamertin, à Bruxelles, «De l'arbitraire dans la connaissance»; en mars 1939 ses «Réflexions sur l'explication. Note sociologique» (Revue de l'Institut de Sociologie de l'U.L.B.) et après la guerre «De la Justice» (Université Libre de Bruxelles, Institut de Sociologie), avant d'initier plusieurs générations d'étudiants de l'Université Libre de Bruxelles et de la Vrije Universiteit Brussel à la logique et à la philosophie morale, ainsi qu'au raisonnement sous sa forme rhétorique.

Mais, comme le rappelait Paul Foriers (L'état des recherches de logique juridique en Belgique, in *La pensée juridique de Paul Foriers*, volume II, p. 507) tout commença en août 1953, lors du Colloque International de Logique, qui se tint à Bruxelles à l'initiative du Centre National Belge de Recherches de Logique, de la Société Belge de Logique et de Philosophie des Sciences et l'Association for Symbolic Logic et sous les auspices de l'Union Internationale de Logique, de Méthodologie et de Philosophie des Sciences.

C'est après ce colloque que fut constitué, sous sa présidence, le Centre, ultérieurement appelé à l'étranger «l'Ecole de Bruxelles»; il donna une direction nouvelle et définitive aux recherches dans le domaine de la logique juridique.

Dans son «Traité de l'argumentation», publié avec Mme Olbrechts-Tyteca, Perelman avait renouvelé la vieille tradition de la rhétorique et de la dialectique.

tique grecques, démontrant que l'argumentation, ou le pouvoir de délibérer et d'argumenter, signe distinctif de l'être raisonnable, avait été négligée depuis trois siècles par les logiciens et par les théoriciens de la connaissance.

Sa démarche de l'esprit rompt avec une certaine conception de la raison et du raisonnement, issue de Descartes. Perelman a en effet montré que, dans la mesure où le *probable* échappe aux certitudes du calcul, l'argumentation cartésienne du Discours de la Méthode, tenant presque pour faux tout ce qui n'était que vraisemblable, n'est applicable qu'aux sciences exactes, les autres, les sciences humaines, parmi lesquelles le droit figure en bonne place, relevant de l'argumentation, de la rhétorique d'Aristote.

Le Centre National de Recherches de Logique avait été fondé en 1950 et ses recherches portaient essentiellement sur les problèmes de la logique formelle et de la logique des sciences.

Le Colloque de 1953, pour partie, était consacré à la théorie de la preuve tant dans les sciences formelles que dans les sciences non formelles (*Revue Internationale de Philosophie*, 1954, Fasc. 1 et 2, «Théorie de la preuve»). Perelman conclut un débat animé, parfois passionné, qui avait opposé certains logiciens en faisant observer que :

«Si certains participants voulaient continuer à réserver le mot preuve à des procédures de déduction formelle, tous sont d'accord... pour admettre l'existence, en dehors des sciences formelles, de techniques de raisonnement visant à établir le bien fondé d'assertions relevant des sciences naturelles, *du droit* et même de la philosophie.» (*La pensée juridique de Paul Foriers*, Tome II, p. 508; A. Bayart, *Le Centre National Belge de Recherches de Logique*, in *Archives de philosophie du droit*, Tome XI, La logique du droit, p. 171).

Le Centre parut être l'endroit idéal où pourrait se poursuivre l'étude du raisonnement dans les sciences humaines, plus particulièrement dans les disciplines historiques et juridiques. Ainsi fut créée la section juridique du Centre National de Recherches de Logique, dont Perelman assura la présidence, secondé par Paul Foriers, entourés d'une équipe relativement nombreuse de hauts magistrats, de professeurs de droit, d'avocats et de logiciens.

2. Une première question fut étudiée, celle de la réception des fonds par l'usufruitier seul, avec le droit de faire emploi des fonds et celle de la réception conjointe par l'usufruitier et le nu-propriétaire, et du remboursement avec placement ultérieur effectué conjointement.

L'étude fut poursuivie par Mme Marie-Thérèse Motte, par René Dekkers, et par Paul Foriers, qui tentèrent à tour de rôle d'analyser les processus de raisonnement utilisés par la doctrine et par la jurisprudence, Perelman dégageant les principes généraux et tentant de cerner la nature même du raisonnement juridique.

Après un nouveau colloque de logique, organisé en septembre 1958 (Logique et Analyse, août 1958, Fasc. 3 et 4), la section de logique du Centre décida de s'attaquer à un problème dont la réputation d'obscurité était bien établie: la distinction du fait et du droit.

La méthode de travail, qui avait fait ses preuves pour le problème de l'usufruit d'une créance, fut affinée.

Après un exposé introductif sur les problèmes posés par le fait et le droit, une étude fut présentée respectivement par des spécialistes des différents domaines du droit: procédure classique romaine, point de vue de l'avocat à la Cour de Cassation, position du juge à la Cour de Cassation, position du Juge au Conseil d'Etat, distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation italienne, devant le Conseil d'Etat français, dans le droit allemand,...

Ultérieurement, la notion de subordination, d'urgence, d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique, puis la notion d'ivresse au volant furent encore exposées et discutées, chaque fois l'exposé était fait à la lumière de décisions prononcées par les différentes juridictions. Après ce vaste travail de rassemblement de matériaux, des conclusions d'ordre logique furent tirées et mises en évidence par Perelman lui-même.

Un élément nouveau résultait de cette étude: le raisonnement du juge, que l'on croyait pouvoir réduire à un syllogisme, dont:

- la majeure énoncerait la règle de droit et
- la mineure fournirait des éléments de fait,
- la conclusion constituant la décision judiciaire,

ne pouvait plus être admis tel quel, la distinction du fait et du droit se brouillant quand il fallait les mettre en rapport, quand il fallait *qualifier* positivement ou négativement, pour pouvoir conclure que le texte légal était ou n'était pas applicable (Paul Foriers, L'état des recherches de logique juridique, in Annales de la Faculté de droit et de sciences économiques de Toulouse, 1967, Tome XV, fasc. 1).

Les différentes études avaient fourni une matière permettant d'analyser des constructions intellectuelles où la pensée et l'action sont intimement liées, et amenaient les participants à une réflexion de nature à inciter «les théoriciens de la connaissance à présenter d'une façon plus féconde la distinction actuelle qui a conduit à une impasse, entre jugements de réalité et jugements de valeur» (Le fait et le droit, Bruylant, 1961).

3. Une technique de travail similaire fut utilisée pour étudier une autre question dont on ne trouvait plus d'illustration que dans des traités de droit

romain: les antinomies en droit, rappelées dans un livre de G. Gavazzi, «Delle Antinomie» (Turin 1959).

Alors que dans un système formel, la constatation de l'incohérence est irrémédiable, et qu'il est indispensable de lui substituer une structure formelle différente, en revanche, dans un système juridique, le juge est obligé de *résoudre* les antinomies qu'il peut percevoir: dès qu'il est compétent pour juger, il doit statuer, et motiver sa décision.

Il doit en effet montrer dans sa décision, en la motivant, qu'elle est la seule conforme au droit. Il ne peut légiférer et ne peut donc remplacer le système existant par un système amendé, comme il devrait le faire en logique formelle.

A nouveau, le Centre s'attacha d'abord à circonscrire la notion d'antinomie, puis à l'étudier dans la jurisprudence dans les différentes branches du droit: public, international public, social, communautaire et interne, puis dans des cas particuliers et dans un essai de classement, Perelman terminant le cycle par un essai de synthèse (Les antinomies en droit, Bruylant 1965).

Le Centre poursuit ses travaux par l'étude des *Lacunes* (Le problème des lacunes en droit, Bruylant 1968), celle de la *Règle de droit* (Bruylant 1971), des *Présomptions et des fictions* (Bruylant 1974), de la *Motivation des décisions de justice* (Bruylant 1978), de la *Preuve en droit* (Bruylant 1981), puis des *Notions à contenu variable en droit* (Bruylant 1984), pour poursuivre par le dernier cycle auquel a participé Chaïm Perelman, en l'introduisant: «Argument d'autorité, argument de raison», qui s'achève actuellement.

Au fil du temps et des études, la spécificité du raisonnement juridique se confirma, et amena les participants, sous la présidence devenue conjointe de Chaïm Perelman et de Paul Foriers, à un certain nombre de conclusions:

1. Il existe une ambiguïté dans la notion même du raisonnement juridique et il faudrait peut-être réserver cette expression au raisonnement du juge tel qu'il se manifeste dans une décision motivée.
2. Seules les décisions de justice permettent de dégager toutes les caractéristiques du raisonnement juridique, fournissant les spécimens les plus autorisés, puisque le dispositif est justifié par des attendus, constituant les motifs et, partant, les raisons de la décision.
3. Le raisonnement du juge est le type du raisonnement pratique qui vise à justifier un choix et à montrer que ce choix n'est ni arbitraire ni injuste, le choix étant validé, dans la mesure où la justification est conforme au droit.
4. Le raisonnement pratique possède sa spécificité: elle ne se trouve pas dans une déduction formellement correcte à partir de prémisses. Ce qui est spécifique, ce sont les raisonnements qui conduisent à l'établissement

des prémisses dans *tel système juridique considéré*. C'est donc l'analyse des motifs et de leurs rapports avec le dispositif qui finalement nous éclaire (Paul Foriers, *L'état des recherches de logique juridique*, loc. cit. p. 518).

4. La forme de recherche illustrée par les travaux du Centre National de Recherches de Logique, sous la direction de Chaïm Perelman et de Paul Foriers peut être appliquée à d'autres domaines et nous avons déjà tenté de le faire en étudiant «La formation de la règle de droit dans le domaine sportif» (La règle de droit, Bruylant 1981, p. 302).

Outre la manière dont les règles sont élaborées dans les fédérations internationales sportives et par le Comité International Olympique, certaines décisions judiciaires, prononcées par les plus hautes juridictions statuant dans le domaine du sport, nous ont paru remarquables. Nous avons par conséquent voulu reprendre ces décisions afin de déterminer à la lumière de l'analyse du raisonnement des juges la démarche qui les a conduits à établir les prémisses.

Nous avons ainsi choisi dans plusieurs pays des arrêts pour les comparer et examiner si, malgré le fait qu'ils émanent de juridictions relevant de systèmes juridiques différents et les appliquant selon leur propre jurisprudence, on ne pourrait y retrouver certains traits communs.

Nous avons ainsi réuni deux arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, trois arrêts des Cours de Cassation de Belgique, de France et d'Italie, un arrêt de la Cour d'Appel de Douai en France, et un arrêt de la Cour d'Appel fédérale des Etats-Unis d'Amérique du 9<sup>e</sup> circuit, à Los Angeles en Californie.

5. Notre premier exemple est puisé dans un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes. En vertu des dispositions de l'article 177 du Traité de Rome, instituant la Communauté Economique Européenne, la Cour avait été appelée à répondre à des questions préjudicielles posées par le Tribunal d'Arrondissement (Arrondissementsrechtbank) d'Utrecht aux Pays-Bas, dans un litige opposant deux «gang-makers» (entraîneurs à moto pour des courses de demi-fond) à une fédération sportive internationale et à une fédération sportive nationale, respectivement l'Union Cycliste Internationale et la Fédération espagnole de cyclisme.

Le litige concernait une modification au règlement de l'Union Cycliste Internationale dont les demandeurs prétendaient qu'elle établissait une discrimination, basée sur la *nationalité*, entre les participants aux championnats du monde de cyclisme professionnel, contraire par conséquent aux principes essentiels du Traité de Rome.

Les questions posées étaient relatives à l'interprétation des articles 7 alinéa 1<sup>er</sup>, 48 et 49 alinéa 1<sup>er</sup> de ce Traité et du règlement du Conseil des Communautés n° 1612/68 du 15 octobre 1968 (Journal Officiel n° L257/p. 2) concernant la libre circulation des travailleurs dans la Communauté.

Dans son arrêt du 12 décembre 1974 la Cour souligne que les dispositions en litige et la règle générale de l'article 7 du Traité interdisent toute discrimination fondée sur la nationalité dans l'exercice des activités qu'elles visent, mais ajoute :

«Que cependant cette interdiction ne concerne *pas* la *composition d'équipes sportives*, en particulier sous forme d'équipes nationales, la formation de ces équipes étant *une question intéressant uniquement le sport et en tant que telle, étrangère à l'activité économique*.

»Que cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit cependant rester limitée à l'objet propre.»

(Arrêt de la Cour de justice du 12 décembre 1974, affaire 36/74, en cause Walrave et Koch / Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española de Ciclismo, Journal des Tribunaux 1975, p. 603).

6. La Cour de Justice fut appelée à statuer dans une autre cause opposant deux Italiens concernant le paiement d'une commission rémunérant le transfert d'un joueur de football étranger en Italie, alors que les règlements de la fédération italienne de football interdisaient à l'époque aux joueurs professionnels étrangers de jouer dans des équipes de football italiennes.

Dans son arrêt du 14 juillet 1976 (Dona c / Mantero, affaire 13/76, et note d'observations Silance, Journal des Tribunaux, 30 avril 1977, p. 290) la Cour se prononça dans des termes comparables à ceux de l'arrêt du 12 décembre 1974 :

«Que, compte tenu des objectifs de la Communauté, l'exercice des sports relève du droit communautaire dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du Traité.

»Que tel est le cas de l'activité de joueurs professionnels ou semi-professionnels de football, ceux-ci exerçant une activité salariée ou effectuant des prestations de services rémunérées.

»Que lorsque de tels joueurs ont la nationalité d'un Etat membre, ils bénéficient donc, dans tous les autres Etats membres des dispositions communautaires en matière de libre circulation des personnes et des services.

»Que ces dispositions ne s'opposent pas, cependant, à une *réglementation ou pratique excluant les joueurs étrangers de la participation à certaines rencontres pour des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifiques de ces rencontres et intéressant donc uniquement le sport en tant que tel*, comme il en est, par exemple, de rencontres entre équipes nationales de différents pays.

»Que cette restriction du champ d'application des dispositions en cause doit cependant rester limitée à son objet propre.»

7. Dans un litige opposant deux joueurs de football, dont l'un avait été blessé sérieusement, et avait souffert des séquelles d'une fracture à la jambe,

la Cour d'Appel de Gand par son arrêt du 16 décembre 1968, avait acquitté le joueur prévenu de coups et blessures volontaires et de coups et blessures involontaires à son adversaire.

La Cour de Cassation de Belgique, saisie du pourvoi, décida le 16 juin 1969 (Cassation, 16 juin 1969, Pas. 1969-I-650):

«Que suivant la Cour d'Appel il n'est pas établi que l'acte appelé au dossier 'poussée fautive' constituerait un comportement fautif tombant sous l'application des articles 418 et 420 du Code Pénal;

»Que l'arrêt fonde son appréciation sur ce que le dit acte, considéré au point de vue formel, constituât-il une infraction aux règles de jeu, ne va cependant pas à l'encontre des règles de comportement prudent de l'homme vis-à-vis de son semblable et n'est qu'un incident qui d'après l'arbitre se reproduit fréquemment au cours d'une rencontre et fait partie des risques normaux, inhérents à la pratique du football;

»Que cette décision est légale; que la Cour d'Appel constate en fait et partant souverainement qu'il n'a été commis aucun acte *contraire aux règles normales et usuelles de jeu* et aux règles de prudence régissant le comportement de l'homme.»

8. De même, la Cour de Cassation de France dans un arrêt du 21 juin 1979 (Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation de France, 1979, 136) décida, au sujet de blessures occasionnées également par un joueur de football à un adversaire :

«Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué, qu'ayant été au cours d'une rencontre de football, heurté et blessé par Bouc, Lassalle a réclamé à celui-ci et à son assureur la Compagnie française d'assurances européennes, la réparation de son préjudice; que la Caisse primaire d'assurance-maladie des Bouches-du-Rhône est intervenue;

»Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir débouté Lassalle de sa demande, alors que l'acceptation des risques ne comportant pas celle des fautes graves et intentionnelles des autres joueurs, la Cour d'Appel, qui n'aurait pas eu le pouvoir et, en toute hypothèse, qui n'a pas contesté le 'penalty' imposé à la suite du coup reçu, n'aurait pu, sans méconnaître ce fait dont elle a reconnu l'existence et sans dénaturer *les règles de la Fédération française de football*, expressément invoquées nier que le 'penalty' sanctionnait une *faute intentionnelle et grave* constitutive d'une faute civile; qu'en refusant ce caractère au coup, sanctionné par un 'penalty' et de s'expliquer sur la portée de cette sanction, la Cour d'Appel n'aurait pas tiré de ses propres constatations les conséquences juridiques qui s'imposaient;

»Mais attendu qu'après avoir relevé que l'arbitre officiel de la rencontre avait déclaré que, s'il avait sanctionné par une 'penalty' une faute de Bouc relevant des lois du jeu, il n'avait pas expulsé ce joueur parce qu'il n'y avait pas eu, de sa part, *acte de brutalité volontaire*, l'arrêt retient que Bouc a levé le genou non pour frapper volontairement, mais pour mieux assurer la prise du ballon, le heurt ayant eu lieu parce que les deux joueurs couraient tous deux vers le point de chute présumé du ballon; que l'arrêt ajoute qu'il n'est pas démontré que le coup reçu par Lassalle ait été *porté de façon déloyale* ou dans des conditions *créant* pour le joueur *un risque anormal*.

»Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la Cour d'Appel a pu, sans encourir les critiques du moyen, estimer que la responsabilité de Bouc n'était pas engagée.»

9. Ces arrêts de la Cour de Justice et des Cours de Cassation de Belgique et de France ne sont pas isolés.

Les Cours et tribunaux italiens statuent d'une manière similaire. Par exemple, la Cour de Cassation d'Italie dans son arrêt du 9 octobre 1950 (Giust. Pen. 1951, II, 230) a décidé, au sujet d'un accident de sport (football):

«Avrebbe dovuto invece il giudice del merito, partendo dai dati di fatto accertati — quali la distanza di appena un metro fra i due giocatori allorché l'uno di essi si gettò a tuffo afferrando la palla, la impossibilità di accertamento se tale azione avvenne nell'area della porta o fuori, l'azione rapidissima dell' attaccante e la di lui sola intenzione di togliere la palla di mano al portiere in terra — domandarsi se il comportamento del ricorrente rientrava o meno nelle azioni di gioco permesse e se, pur essendo condotta lecita, non fu però controllata da quella umanitaria avvedutezza consentita dalle finalità del giuoco. In tale indagine poteva anche essere opportuno richiedere il parere di persona tecnica per una più esatta comprensione ed interpretazione delle regole sul giuoco del calcio.»

Cette jurisprudence est classique en Italie et conforme à la doctrine italienne. Les tribunaux appliquent les règles du jeu, en l'espèce celles du football. Leur motivation repose sur la distinction des ordres juridiques, admettant ainsi qu'il existe un ordre juridique distinct de l'ordre juridique italien, lorsqu'il s'agit de problèmes sportifs:

- Santi Romano, Ordinamento Giuridico, *Annali delle Università Toscane*, 1917, 1918, et Pise 1918; 2<sup>e</sup> édition Rome, novembre 1945, trad. franç., L'Ordre Juridique, par Lucien François et Pierre Gothot, *Dalloz*, Paris 1975.
- Cesarini Sforza, Il diritto dei privati, in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, p. 43.
- Cesarini Sforza, La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo, in *Foro it.* 1933, I., c. 1381, in *Riv. Dir. sport.*, 1969, p. 359.
- Cesarini Sforza, Diritto del lavoro e diritto sportivo, *Dir. Lav.* 1951, II, p. 264.
- M.S. Giannini, Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi, *Riv. Dir. Sport.*, 1949, 1-2, p. 10.
- Mirto, Il sistema normativo dell'organizzazione dello sport nell'ordinamento giuridico, *Riv. Dir. Sport.* 1949, 3-4, p. 7.
- Mirto, L'organizzazione sportiva italiana. Autonomia e specialità del diritto sportivo, *Riv. Dir. Sport.*, 1959, p. 6.
- A.B. Marani Toro, Lineamenti del sistema del giuochi sportivi e degli ordinamenti sportivi, in *Rivista di diritto sportivo*, 1969, p. 13.
- A.B. Marani Toro, Sport, in *Novissimo digesto italiano*, Torino XVIII, p. 42.
- A.B. Marani Toro, Sport e lavoro, *Rivista di diritto sportivo*, 1971, p. 175.
- I. Marani Toro e A.B. Marani Toro, Gli ordinamenti sportivi, Milano 1977.
- Francesco Paolo Luiso, La giustizia sportiva, Milano 1975.
- L. Silance, Circolazione dei calciatori professionisti negli stati comunitari, *Riv. dir. sport.*, 1977, p. 291.
- Vittorio Frattarolo, Lo sport nella giurisprudenza, *Edizioni Cedam Padova*, 1979, p. 10.

10. La Cour d'Appel de Douai en France avait déjà été appelée, avant la guerre de 1914, à statuer dans un litige civil concernant des problèmes sportifs, plus précisément de boxe, non de football.

Un contrat avait été conclu entre d'une part M. Benoit Carpentier, se portant fort pour son fils Georges Carpentier et le manager de celui-ci, nommé Descamps, d'autre part des organisateurs de combats de boxe, Baur et Roux. Les premiers s'engageaient à faire disputer trois combats de boxe par le champion de boxe, mineur d'âge à l'époque, Georges Carpentier, pour compte de Baur et Roux à Paris entre le 1<sup>er</sup> octobre et le 31 décembre 1911.

La licéité de la boxe comme telle ayant été mise en doute devant le Tribunal, puis au degré d'appel devant la Cour de Douai, celle-ci motiva comme suit son arrêt du 3 décembre 1912:

«Attendu que les intimés objectent en dernier lieu que le contrat du 11 mai ne saurait avoir d'effet juridique, sa cause n'étant pas licite;

»Attendu que si des abus se produisent dans les réunions pugilistes offertes à grand prix au public et si la lutte dégénère parfois en une bataille sanglante, il appartient à l'autorité compétente, qui autorise ces exhibitions de réprimer ces excès et d'en empêcher le retour;

»Attendu que la boxe n'a en soi rien d'immoral ni d'illicite;

»Qu'elle est, au contraire, comme beaucoup d'autres sports une manifestation de la force, de la souplesse, et de l'endurance de ceux qui s'y livrent et les accidents qu'elle peut entraîner sont le risque commun de tous les exercices violents.

»Attendu qu'à la différence des coups punis par le code pénal, et dont les auteurs obéissent à un sentiment de haine ou à un mouvement de colère, les coups que se portent les boxeurs n'ont d'autre but que de faire valoir leur adresse dans l'attaque et la défense;

»Que les lutteurs, agissant selon la mode enseignée par les maîtres, et en observant les *règlements* de leur corporation cherchent avant tout par un jeu correct à réduire leur adversaire à l'impuissance et cessent de le presser dès que celui-ci s'avoue vaincu;

»Que ces professionnels, généralement équilibrés entre eux et munis de gants protecteurs, se disqualifieraient s'ils se frappaient dans certaines parties du corps et usaient de procédés interdits;

»Attendu que les coups échangés par des boxeurs dans un match ne peuvent donc pas, *dès que les règles de ce genre d'escrime sont obéies*, être assimilés aux coups prévus par le législateur dans les art. 309 et suiv. du code pénal.»

La Cour décida par conséquent, en confirmant le jugement du Tribunal de Première Instance, que le contrat était licite et que par conséquent Descamps et Benoit Carpentier étaient responsables de l'inexécution du contrat du 11 mai 1911 (Douai, 3 décembre 1912, Dalloz 1913, p. 189 et note; Demogue, Caractère illicite d'un match de boxe, Revue Critique 1914-1915, p. 262).

11. A l'approche des Jeux Olympiques de la XXII<sup>e</sup> Olympiade à Los Angeles en 1984, une procédure fut introduite à la requête de cinquante-neuf

jeunes femmes et filles devant la juridiction locale de Los Angeles, d'où elle fut renvoyée devant la juridiction fédérale (United States District Court for the Central District of California) contre :

- a) le Comité International Olympique (C.I.O.);
- b) la Fédération Internationale d'Athlétisme (International Amateur Athletic Federation - I.A.A.F.);
- c) le Comité Olympique des Etats-Unis (United States Olympic Committee - U.S.O.C.);
- d) la Fédération d'Athlétisme des Etats-Unis (Athletic Congress of the United States - A.C.U.S.);
- e) le Comité d'organisation des Jeux Olympiques de Los Angeles (Los Angeles Olympic Organizing Committee - L.A.O.O.C.);
- f) la Los Angeles Coliseum Commission (L.A.C.C.).

La demande était basée sur une prétendue discrimination sexuelle résultant de l'absence, dans les épreuves olympiques, de courses de 5.000 m et de 10.000 m pour dames, alors que ces distances existaient dans les compétitions réservées aux hommes et permettaient l'attribution de médailles olympiques à des hommes, non à des femmes.

Au degré d'appel, la «United States Court of Appeals for the Ninth Circuit» (Cour d'appel du 9<sup>e</sup> circuit) à Los Angeles, compétente pour l'Etat de Californie, décida dans son arrêt du 21 juin 1984 :

«Nous trouvons convaincant l'argument selon lequel un tribunal devrait être réticent, en appliquant la loi nationale, à l'égard de toute modification qui pourrait s'en suivre pour le contenu des Jeux Olympiques. Ceux-ci sont organisés et dirigés selon les termes d'une convention internationale, la Charte Olympique. Nous hésitons beaucoup à appliquer une loi nationale qui pourrait altérer une épreuve à laquelle participent des athlètes du monde entier, suivant les règles de cette convention.»

(Arrêt du 21 juin 1984, en cause Martin et consorts / C.I.O. et consorts, Message Olympique, n° 10, juin 1985, p. 17).

12. Les traits dominants de ces sept décisions et leur caractère commun sont, de notre point de vue, qu'elles font application des «règles du jeu» : règles des fédérations internationales ou nationales sportives, Charte Olympique, au détriment de dispositions faisant partie du droit positif, loi nationale, Traité de Rome, convention internationale.

L'arrêt de la Cour de Justice du 12 décembre 1974, rappelle le texte du Traité de Rome interdisant la discrimination, mais décide que cette interdiction ne s'applique pas à la composition d'équipes nationales, car cette question intéresse uniquement le sport.

L'arrêt du 14 juillet 1976 de la même Cour décide que les dispositions du droit communautaire relatives à la libre circulation des personnes et des

services ne s'opposent pas à une réglementation ou pratique excluant des joueurs étrangers pour des motifs non économiques, tenant au *cadre spécifique* des rencontres et *intéressant donc uniquement le sport*.

L'arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 16 juin 1969 ne considère pas une poussée fautive comme un comportement passible des dispositions du code pénal relatives à la responsabilité pour coups et blessures, la Cour d'Appel pouvant constater en fait et partant souverainement qu'il n'a été commis aucun acte contraire aux règles normales et usuelles *du jeu*.

La Cour de Cassation de France statue d'une manière similaire dans son arrêt du 21 juin 1979, de même que la Cour de Cassation d'Italie dans son arrêt du 9 octobre 1980 considère comme licite une conduite conforme aux règles du sport du football.

La Cour d'Appel de Douai considère qu'à l'échange de coups volontaires entre deux boxeurs, il ne faut pas appliquer la loi pénale dès que les coups sont régis par les règles de ce genre d'escrime que constitue le sport de la boxe.

La Cour d'Appel du 9<sup>e</sup> circuit des Etats-Unis applique les dispositions de la Charte Olympique, plutôt que des dispositions légales américaines.

La caractéristique majeure de ces décisions est qu'elles appliquent les règles du sport ou du Comité International Olympique.

Y a-t-il à cette tendance, qui n'est pas propre à des juridictions belges, à s'écarter du droit national pour appliquer des règles d'un jeu, une justification particulière? En d'autres termes, pourrait-on découvrir à la lumière de ces exemples un principe général applicable d'une manière générale à d'autres cas similaires?

### 13. D'abord que sont ces «règles du jeu», cette «Charte Olympique»?

Si, depuis la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le sport s'est développé sous sa forme actuelle, d'abord en Angleterre et en Europe Occidentale, puis dans le monde entier, son extension à toutes les couches sociales paraît être une caractéristique de l'époque actuelle.

La pratique de la gymnastique et de l'aviron s'est répandue sous la forme d'associations et de compétitions sportives. Le football-association a suivi le même mouvement, ainsi que l'athlétisme. Les clubs sportifs se sont réunis en fédérations nationales; celles-ci se sont groupées en fédérations internationales.

Les règles régissant les compétitions différaient à l'origine sinon de club à club, au moins de pays à pays et, pour faciliter les compétitions, petit à

petit, par un souci d'unification, des règles identiques ont été adoptées d'abord pour les rencontres entre clubs de plusieurs pays, puis sur le plan international par la fédération internationale compétente.

Cette unification des règles de chacun des sports est devenue le rôle essentiel des fédérations internationales sportives.

Leur « Congrès » est non seulement leur assemblée générale mais aussi une assemblée « législative » qui élabore les règles applicables dans le monde entier aux compétitions organisées dans tous les pays par les fédérations nationales.

Outre son aspect ludique, deux tendances caractérisent la pratique sportive :

- sociale et associative, par la constitution de groupements, de groupements de groupements : les clubs forment des fédérations, les fédérations se regroupent sur le plan national dans le Comité National Olympique et sur le plan international dans les fédérations internationales sportives. Les Comités Nationaux Olympiques eux-mêmes sont regroupés d'abord sur le plan régional, puis sur le plan international. Les fédérations sportives internationales ont constitué une association, l'A.G.F.I.S. ;

- juridique et législative, l'élaboration par l'unification des règles : les fédérations nationales adoptent chacune, sauf exception, la réglementation élaborée au sein de la fédération internationale sportive. Les règles étant les mêmes dans le monde entier, elles seront appliquées aux compétitions sportives qui se disputent dans tous les pays. On admet que leur nature est juridique (L. Silance, *La formation de la règle de droit dans le domaine sportif*, in *La Règle de Droit*, études publiées par Perelman 1971, p. 296).

14. Paul Foriers rappelait (Jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique, in « *Le fait et le droit* », Etudes de logique juridique publiées par Perelman, Bruylant 1961) que les magistrats siégeant à la Cour de Cassation ont pour mission de se faire les « défenseurs d'une entité quasi métaphysique et d'une seule : la Loi. La loi, la loi écrite s'entend... ».

Encore, Foriers le rappelait également, une précision s'impose. De quelle loi écrite ? De la loi écrite belge, évidemment parce que la Cour de Cassation est instituée pour assurer le respect de la loi belge et de la loi belge seulement... (Paul Foriers, loc. cit. p. 64; Cassation 9 mars 1871, Pas. 1871-I-130 et conclusions de l'avocat général Cloquette).

A l'époque on considérait d'ailleurs que les lois étrangères étaient « dépourvues en Belgique d'un caractère obligatoire... ». Elles n'avaient « de valeur que de convention privée... ».

Même l'article 3 du Code civil, qui serait la base même du droit international privé, ne vise en réalité que les Belges et la loi belge.

Après la codification, plus particulièrement du Code civil (1804), l'École de l'exégèse groupait les tenants de l'application stricte du droit écrit, qui ne devait même pas être interprété selon Robespierre et Le Chapelier (Archives parlementaires, XX, p. 516; Paul Foriers, loc. cit. p. 60, note 4).

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle l'œuvre du législateur était considérée « comme intangible, parfaite, méritant une soumission absolue ».

Auguste Comte, fondateur de la philosophie positiviste, considérait que le droit était un produit de la vie des sociétés, non plus une science de principes comme pour l'école de droit naturel.

Si la méthode de Grotius conduisait à la construction d'un *droit rationnel*, non plus vérifié par l'expérience, mais déduit abstraitement (Paul Foriers, *Le droit naturel, Evolution d'une notion, Histoire de la laïcité*, Bruxelles, Renaissance du Livre 1979), dès 1814, en pleine période de l'exégèse du Code civil de Napoléon, vom Savigny publia sa monographie « Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft », critique du droit rationaliste. Pour lui c'est le peuple qui secrète son comportement et ses règles.

Avec Hegel, l'Etat devient le centre synthétique de l'intérêt général. Le retour à la toute-puissance de l'Etat, est le règne du positivisme d'Auguste Comte. Pour les juristes de cette tendance, tout le droit est secrété par l'Etat et il n'y a de droit que dans l'Etat et par l'Etat.

L'ordre juridique étatique est celui de l'ensemble des règles édictées par le pouvoir législatif.

A l'opposé de cette théorie, se trouve le droit naturel, basé sur la raison, sur les droits de l'homme comme tel.

15. Dans la Rome antique, les pérégrins ne jouissaient d'aucun droit.

Le Code civil n'ayant pas réglé le problème, il se posa dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle et fut soumis à la Cour de Cassation. Dès son arrêt du 3 août 1848, elle reconnut au droit d'ester en justice, comme à la légitime défense, le caractère d'un droit naturel (Cassation 3 août 1848, Pas. 1848-I-536 — cf. 12 mars 1840, Pas. 1840-I-336).

Cependant, l'article 11 du Code civil n'avait prévu pour l'étranger en Belgique que la possibilité de jouir des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Belges par les Traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. Une interprétation restrictive de ce texte aurait

amené à faire admettre que les étrangers n'auraient joui en Belgique que des droits qui leur seraient accordés en raison de la réciprocité. La Cour de Cassation décida de manière très générale que l'étranger jouit en Belgique de droits naturels : mariage, propriété, action et témoignage en justice, etc. (Cassation 1<sup>er</sup> octobre 1880, Pas. 1880-I-292; Silance, Exemples d'Antinomies et essai de classement, in *Les antinomies en droit*, Etudes publiées par Perelman, 1965, Bruylant, p. 115 et s.).

L'application aux étrangers de dispositions qui règlent leur état et leur capacité, sur le territoire national, est une première victoire du droit international privé et du droit des gens.

La convention internationale relative aux droits de l'homme contenue dans le Traité de Rome de 1954 reconnaît, dans tous les pays civilisés, un certain nombre de droits liés à la personne humaine.

Ce Traité est applicable en droit belge. Les conflits de lois, c'est-à-dire les situations dans lesquelles un élément d'extranéité est relevé par le juge, posent avec précision le problème de l'application d'une loi étrangère par le juge.

Rappelons à cet égard le long conflit qui a opposé les juridictions du fond et la Cour de Cassation, concernant le divorce entre étrangers et plus particulièrement entre Italiens et Belges, au moment où la loi italienne ne reconnaissait pas le divorce (Paul Foriers, note sous l'arrêt de la Cour de Cassation, en cause Rossi du 16 février 1955, J.T. 1955: Le divorce dans les mariages mixtes).

Il fallut après l'appel du pied de la Cour de Cassation, que la loi du 27 juin 1960 règle l'admissibilité du divorce lorsque l'un des conjoints au moins est étranger, en soumettant les causes du divorce à la seule loi belge.

Le Traité de Rome, instituant une Communauté économique européenne, le 25 mars 1957 et la Communauté du charbon et de l'acier, ainsi que la Communauté de l'atome, ont été ratifiés par la Belgique.

La convention de la même date, relative à certaines institutions communes aux Communautés européennes, avait déjà prévu la difficulté d'appliquer les règles de la Communauté dans les différents Etats membres et, eu égard à l'impossibilité matérielle de procéder à une unification législative, a confié à la Cour de Justice des Communautés Européennes le soin de garantir l'unité d'interprétation du traité et son univocité.

Les Cours et tribunaux nationaux, chargés à l'origine d'appliquer le droit national, doivent en outre appliquer dès leur entrée en vigueur les dispositions des traités.

Le pouvoir judiciaire est donc exercé dans la Communauté d'une part par les instances judiciaires nationales, d'autre part par la Cour de Justice des Communautés. Le Traité organise la collaboration entre ces diverses juridictions et règle leur ordre de préséance (Lecourt R., *Le Juge devant le Marché Commun*, Genève, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, 1970, 50; Mertens de Wilmars, *Procedurale aspekten van het prejudicieel beroep*, SEW. 1975, 78; Koenraad Lenaerts, *Toegewezen bevoegdheden en prejudiciële evenwichtsoefening*, in *de Rechtsorde van de Europese Gemeenschap*, R.W. 1983-84, K. 129).

Dans chaque Etat membre, outre le droit national, les juridictions, à tous les degrés, sont tenues d'appliquer le droit communautaire.

16. Le phénomène de la Communauté Européenne et l'insertion obligatoire des dispositions du Traité de Rome dans chacun des droits nationaux des Etats membres de la Communauté, démontrent clairement que le juge ne se contente pas, et ne peut se contenter de connaître et d'appliquer uniquement le droit national.

Outre les phénomènes de conflits de lois qui l'amènent à appliquer des dispositions de lois étrangères, et par réaction contre le positivisme étatiste, qui, poussé à l'extrême, amenait le juge à refuser d'appliquer autre chose que la loi positive nationale, le droit moderne s'écarte de ces théories trop étroites.

Maurice Hauriou, Doyen de la Faculté de droit de Toulouse, fut l'initiateur de la théorie de l'institution, milieu où, sous l'égide d'une idée incorporée par le groupe se forme un droit autonome. La famille est ainsi une institution, au même titre qu'un club, qu'une société d'étudiants, ou une société anonyme. Institutions également les églises, la communauté des nations au sein de laquelle s'élabore le droit international (Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel, 1942, p. 286).

Si l'institution suprême est l'Etat, source du droit positif étatique national, les institutions, les groupes sociaux, forment également leur propre droit.

Une théorie similaire a été mise en lumière par Santi Romano dans son ouvrage «*Ordinamento Giuridico*» (*Annali delle Università Toscane*, 1917, 1918; Pise 1918; Rome 1945 — traduction en français par Lucien François et Pierre Gothot, «*L'ordre juridique*», Dalloz 1975).

Reprenant les thèses de Hauriou (*Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> édition 1916; *Théorie de l'institution et de la fondation*, Paris 1925; *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929), développées également par la doctrine allemande de l'*Einrichtung*, il considérait que l'institution est «*tout être ou*

corps social». Pour l'auteur italien, tout corps social se constitue en une entité qui en quelque sorte secrète ou fabrique son propre droit.

Il va ainsi à l'encontre des conceptions de Hans Kelsen pour qui toutes les normes, qui méritent le qualificatif de «juridique» appartiennent à un ordre juridique unique, identique à un système de création du droit (Reine Rechtslehre, 2<sup>e</sup> édition, 1932; General theory of law and state, 1949, p. 110).

Il est évident qu'en dehors du système juridique ou même des systèmes juridiques européens, il existe un système de droit mahométan, un système de droit hindoue droit hindou, un système de droit chinois, des systèmes de droit africains (Gilissen John, Historische inleiding tot het recht, p. 122 et s.).

Au début du XX<sup>e</sup> siècle les théoriciens du droit avaient concentré leurs efforts sur le droit étatique — Hans Kelsen (Reine Rechtslehre), Jean Dabin (Théorie générale du droit) et Henry Hart (The concept of law). Ils avaient constaté que le droit étatique est une source de droit tellement dominante qu'elle est tenue, pour certains, comme exclusive.

La nature juridique du droit international pose dès lors des problèmes insolubles car il est inconciliable avec une définition du droit dont le caractère de juridicité serait la contrainte physique régulièrement exercée sur un territoire national.

Dès que l'on admet que sur le territoire d'un Etat, des dispositions autres que celles du droit national sont applicables, différentes des lois élaborées par le pouvoir législatif, on admet l'existence d'un «pluralisme juridique».

Ce pluralisme juridique est le développement des thèses de l'institution de Hauriou et de Santi Romano, traduits en droit moderne (François Rigaux, Le droit au singulier et au pluriel, Revue des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1).

Il serait facile de refuser la qualité de droit ou même d'ordre juridique à toute forme d'ordonnancement non étatique, en prenant pour modèle les règles que se donnent une bande de malfaiteurs ou une organisation terroriste.

On peut rappeler à cette fin le texte de Saint Augustin (Civ. dei XIX, 22):  
«Que sont les empires sans la justice, sinon de grandes bandes de voleurs? Est-ce que ces bandes de voleurs sont autre chose que de petits empires?»

En dehors de l'Etat et des bandes de malfaiteurs, il existe quantité d'autres groupes sociaux qui n'ont rien de comparable avec des malfaiteurs et l'organisation de l'Eglise catholique, avec son droit canonique en est un exemple évident.

### 17. Nous pensons que le droit des associations sportives en est un autre.

Dès que dans un pays, les tribunaux sont tenus d'appliquer non seulement les dispositions du droit national mais encore celles du droit communautaire, ainsi que celles des conventions internationales, il nous paraît normal que les tribunaux appliquent également les «règles du jeu» propres à chacun des sports qui se pratiquent dans les différents pays et qui y sont reconnus et non seulement admis, mais encore protégés et subventionnés.

Le sport, phénomène de notre société moderne a sa place dans toutes les civilisations et les champions sont accueillis non seulement comme des vedettes, mais encore comme des représentants du pays, sur le plan international.

La Cour de Cassation a très longtemps considéré que la loi étrangère était un simple fait: «les lois étrangères n'ont à vos yeux que la valeur de purs faits dont la transgression n'éveille votre attention que pour autant qu'elle réfléchirait sur nos lois nationales» (Mesdagh de ter Kiele, Avis précédant Cassation 7 septembre 1883, Pas. 1883-I-338; Cassation 23 mai 1889, Pas. 1889-I-229).

Si l'on veut par conséquent réfléchir sur la signification qu'il faut donner aux différents arrêts que nous avons pu relever et qui ne sont pas isolés, le niveau même où ils se situent est caractéristique à cet égard, on peut trouver qu'implicitement, les juridictions du fond peuvent, sans se faire casser, appliquer les règles du jeu, c'est-à-dire les règles de droit qui régissent la pratique des sports.

Ces règles sont élaborées par les fédérations sportives internationales et, dans chaque pays, les juges peuvent les appliquer même en les préférant aux dispositions du droit national.

Même la boxe, exemple le plus extrême, est admise dans pratiquement tous les pays et en dépit des dispositions d'ordre public du droit pénal réprimant les coups et blessures volontaires, les juridictions du fond refusent de condamner les boxeurs.

Appliquant les règles du jeu, les juridictions nationales appliquent par conséquent des ordres juridiques distincts de l'ordre étatique, élaborées par des organismes privés, les fédérations internationales sportives.

Leur validité, contestée par certains théoriciens, nous paraît indiscutable à la lumière des arrêts des Cours de Cassation de Belgique, de France, d'Italie, des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes et de la Cour d'Appel du 9<sup>e</sup> circuit des Etats-Unis.

En Italie, l'ordre juridique sportif est admis d'une manière générale. La réflexion sur les exemples cités nous amène, en suivant la forme de raisonnement logique mise en lumière par Perelman dans son *Traité de l'argumentation*, à admettre qu'il s'applique dans le domaine qui lui est propre et y fait échec au droit national, l'ordre juridique du sport en question étant appliqué exclusivement.

# Variations sur le thème de la tradition

par Paul-Alain FORIERS

1. En 1970, M. le Conseiller Mahillon consacrait à la tradition, source de droit, un important article publié à la une du *Journal des Tribunaux*<sup>1</sup>. La Cour de cassation, quelques années auparavant, avait en effet rattaché sa nouvelle théorie des troubles du voisinage non seulement à l'article 544 du Code civil et à un principe général de droit consacré par l'article 11 de la Constitution, mais également à la «tradition»<sup>2</sup>.

Depuis cette étude devenue classique, deux mercuriales au moins ont insisté sur le rôle de la tradition en droit<sup>3</sup>.

Plus récemment encore, deux arrêts de principe renforcent l'autorité de cette notion.

2. Le premier est relatif au problème de la réductibilité du salaire convenu du mandataire. En dépit des termes exprès de l'article 1999 du Code civil qui impose au mandant de payer au mandataire «ses salaires lorsqu'il en a été promis», en dépit d'une doctrine quasi unanime<sup>4</sup>, la Cour reconnaît au juge — par dérogation à l'article 1134 du Code civil — le pouvoir de réduire les honoraires du mandataire s'il constate qu'ils sont «hors de proportion avec l'importance des services rendus». Règle fondée sur le fait que le «mandat est naturellement gratuit» et que «les auteurs du Code civil n'ont pas entendu, par des dispositions relatives au mandat, déroger à la règle traditionnelle de l'ancien droit suivant laquelle les juges pouvaient contrôler les honoraires des mandataires, mais au contraire la consacrer»<sup>5</sup>.

3. Plus marquant encore est le second arrêt, rendu le 25 avril 1985 en matière de cautionnement<sup>6</sup>. Non pas tant par les principes qu'il dégage — il consacre la doctrine dominante<sup>7</sup> — mais par sa formulation: cet arrêt casse en effet la décision de la Cour d'appel de Bruxelles qui lui avait été déférée pour avoir méconnu la «*règle de droit traditionnelle*» de la solidarité en matière commerciale, règle qui «*a pour effet que la caution dont l'engagement a un caractère commercial, tenue au paiement de la même dette que le débiteur principal, est solidaire, sauf stipulation contraire*».

Or, la doctrine considère généralement que la solidarité des codébiteurs commerçants puise sa force obligatoire dans une coutume<sup>8</sup> et non dans la tradition<sup>9</sup>.

En outre, la cassation est prononcée pour violation d'une «*règle traditionnelle*» non écrite, donc, ni d'une loi ou d'un acte réglementaire, ni d'un principe général de droit (du moins qualifié comme tel par la Cour).

Sans doute, la requête, pour satisfaire à l'article 1080 du Code judiciaire, invoquait-elle la violation des articles 1202 et 2021 du Code civil, 1 et 2 du Code de commerce et du «*principe général de droit relatif à la solidarité des codébiteurs commerçants*».

Mais aucun de ces textes, relatifs l'un à la solidarité civile, l'autre au bénéfice de discussion en matière de cautionnement et les deux derniers à la définition des actes de commerce, ne concernaient la solidarité commerciale.

Quant au principe général de droit<sup>10</sup>, il était discutable. Il faut en effet se défier de la tendance à élever toute règle importante au rang de principe général de droit. Même si l'on conçoit des principes généraux propres à une branche du droit (par exemple le droit commercial), on peut douter du point de savoir si la règle de solidarité des codébiteurs commerçants répond à cette qualification<sup>11</sup>.

L'arrêt rapporté se limite au demeurant à qualifier la règle de la solidarité des codébiteurs commerçants de «*traditionnelle*» et non de «*principe général de droit traditionnel*».

L'on ne saurait donc exclure que la Cour ait entendu considérer qu'une règle traditionnelle non écrite puisse donner lieu à cassation, même si elle ne constitue pas un principe général de droit<sup>12</sup>.

4. La tradition de l'ancien droit retrouve ainsi ses lettres de noblesse. Et ce ne peut être que bonne chose. En négligeant les anciens auteurs, le juriste moderne qui se veut un technicien spécialiste de son domaine, se prive d'un champ fertile de réflexion.

Quelle ne fut pas ma surprise lorsque, examinant un problème aussi technique que celui de portage d'actions dans ses rapports avec l'article 1855 du Code civil, je trouvai décrites chez Pothier des opérations en tout point analogues au portage et des réflexions intéressantes sur leurs rapports avec la prohibition des causes léonines<sup>13</sup>.

Depuis peu, l'ancien contrat «Mohatra» réapparaît dans certaines opérations internationales<sup>14</sup>. Les enseignements de l'ancien droit peuvent à cet égard être d'une utilité incontestable.

La fiducie connaît de même une renaissance<sup>14bis</sup>.

C'est au demeurant un lieu commun que de dire que l'histoire est un éternel recommencement.

A la limite d'ailleurs, le Code civil n'a fait que recueillir la tradition. Ripert n'écrivait-il pas, à cet égard, que «si le Code a une telle valeur, c'est plus encore par ce qu'il a recueilli que par ce qu'il a créé»<sup>15</sup>.

Il poursuivait finement :

«La connaissance des règles traditionnelles est indispensable à une bonne politique. Nous aurons à examiner plus loin s'il existe des principes juridiques. On ne saurait en tout cas nier qu'il y ait un *esprit juridique* indispensable pour la création et l'application du droit. Il ne se confond pas avec le sentiment de la justice, il consiste à savoir ce que le droit peut régler et de quelle manière. Il ne s'acquiert que par la connaissance de ce qui a été fait par le passé, par l'étude des causes d'un échec ou d'une réussite»<sup>16</sup>.

5. Si la consultation des anciens jurisconsultes permet d'alimenter la réflexion, et par là de contribuer à la solution des problèmes les plus actuels, l'on peut en revanche s'interroger sur le concept de «tradition» auquel recourent le juge et la doctrine.

Quel est le contenu de ce concept? Quelles réalités recouvre-t-il?

En ce qui concerne la notion même de tradition, M. le Conseiller Mahillon a montré son caractère composite<sup>17</sup>. Sans doute s'agit-il, comme le rappelait M. le procureur général Ganshof van der Meersch de «la somme des autorités antérieures à la loi» «sur un point déterminé»<sup>18</sup>. Ces autorités sont cependant des plus variées: fragments du droit romain, maximes de droit<sup>19</sup>, coutumes anciennes, jurisprudence des parlements, pratiques immémoriales et enfin, et peut-être surtout, autorités doctrinales antérieures au Code civil.

Il s'agit donc, tout à la fois de l'ancien droit positif, du fruit des travaux scientifiques de la doctrine et des formules qui se transmettent de générations

en générations dans les facultés, les prétoires, les greffes ou les études notariales.

Incertitude donc, quant aux sources de la règle traditionnelle, mais plus encore quant à son contenu.

D'abord, parce que les sources dont nous disposons sont limitées ou d'un accès difficile. La recherche du contenu et de la portée d'une règle traditionnelle devraient idéalement procéder d'une recherche historique. Or le juriste, même qualifié, n'est pas armé pour cette investigation.

Ensuite, parce que rien n'indique que les écrits (essentiellement doctrinaux) dont nous disposons pour appréhender la règle traditionnelle traduisent l'état du droit positif de l'époque. Ils peuvent n'exposer que des vues personnelles de leurs auteurs.

Enfin, parce que l'ancien droit n'est pas immuable et qu'il n'est pas concevable dans une perspective historique de mettre sur le même plan des œuvres pourtant aussi rapprochées dans le temps, que celles par exemple de Domat et de Pothier<sup>20</sup>.

Nous ne mentionnerons pas au surplus les multiples controverses qui ont de tout temps animé les écoles et entre lesquelles il paraît délicat de trancher pour le juriste contemporain, s'agissant de questions de l'ancien droit.

Il n'est pas étonnant dans ces conditions de constater que nombre de règles traditionnelles invoquées aujourd'hui se voient reconnaître un contenu discutable d'un point de vue historique.

6. J'ai déjà eu l'occasion de souligner le caractère douteux de la prétendue règle traditionnelle permettant au juge de réduire le salaire du mandataire, règle à laquelle se rattache l'arrêt précité du 6 mars 1980. La consultation des anciens auteurs montre que pareil contrôle n'existait pas en matière de mandat. Il s'appliquait en revanche à divers professionnels, notamment à certains intermédiaires, qui n'étaient pas, et ne sont d'ailleurs pas plus aujourd'hui des mandataires, mais des locataires d'ouvrage<sup>21</sup>.

Si la règle de la solidarité des codébiteurs commerçants est affirmée par les meilleurs auteurs antérieurs aux codifications napoléoniennes<sup>22</sup>, son fondement et, partant, son étendue dans l'ancien droit demeurent cependant obscurs<sup>23</sup>. L'application qu'on lui donne aujourd'hui paraît, en tout cas, dépasser largement la présomption de société en nom collectif qui semblait être à sa base<sup>24</sup>.

Quant aux arrêts du 6 avril 1960, Jean Dabin a montré la fragilité de la tradition sur lesquels ils se fondent ou, plus exactement, l'écart entre cette tradition et la solution qu'ils adoptent<sup>25</sup>.

7. Le phénomène est accusé par le fait que la tradition est souvent appréhendée non pas directement par la consultation des sources, mais au travers des travaux d'auteurs modernes, donc au travers de ce qui est déjà une interprétation de la règle ancienne. A force de commenter des textes déjà interprétés, l'on s'éloigne inmanquablement de la règle première et on accroît irrésistiblement le risque d'erreur.

C'est ainsi qu'au hasard d'une lecture, m'est apparue ô combien relative, une vérité que je croyais bien établie : le régime « traditionnel » des troubles causés à l'acheteur par des servitudes occultes, aujourd'hui réglées par l'article 1638 du Code civil.

Une doctrine presque constante rapporte que dans l'ancien droit, les servitudes et plus généralement les charges occultes constituaient des vices cachés relevant de la garantie des vices et non de la garantie d'éviction<sup>26</sup>. L'autorité de Pothier est parfois invoquée à cet égard<sup>27</sup>.

La question ne manque pas d'importance pratique, car le fait que l'éviction proprement dite, c'est-à-dire la dépossession de l'acheteur par un vrai propriétaire ou un créancier hypothécaire, fût avant le Code civil régie par des règles substantiellement différentes de celles régissant les troubles résultant de charges grevant la propriété, constituerait un argument de poids pour soumettre ces deux formes d'éviction au sens large à des régimes distincts au moins pour partie. Système qui permettrait de résoudre l'apparente antinomie entre les articles 1626 et 1629 du Code civil d'une part et l'article 1638 d'autre part, les deux premiers semblant indiquer que la connaissance de la cause d'éviction par l'acheteur est sans incidence en tout cas sur le principe de la garantie, alors que l'article 1638 concernant les servitudes occultes paraît indiquer que la connaissance de la charge par l'acquéreur libère le vendeur de sa garantie<sup>28</sup>.

Or, sans vouloir affirmer que la doctrine rapportée ci-dessus se trompe lorsqu'elle affirme que les troubles résultant de charges occultes étaient soumis dans l'ancien droit à la garantie des vices cachés, la consultation des œuvres de Domat et Pothier permet de mettre sérieusement en doute cette interprétation. Une lecture attentive de ces œuvres permet même de penser, que si le régime des charges occultes était pour des raisons historiques<sup>29</sup> examiné séparément de celui de l'éviction *sensu stricto*, il faisait très probablement l'objet d'une réglementation analogue à la garantie d'éviction au sens strict et non à la garantie des vices<sup>30</sup>.

La règle traditionnelle invoquée par le juge ou la doctrine apparaît donc fréquemment comme l'adaptation, l'amplification voire la dénaturation de la règle originaires<sup>31</sup>.

A la limite, l'erreur historique constitue une source de droit jurisprudentiel ou doctrinal<sup>32</sup>.

Elle peut au demeurant être source de loi. Le Code civil lui-même n'a pas échappé à ce phénomène.

8. Le régime du transfert de propriété *solo consensu* dans la vente et son corollaire, la réglementation de la vente de la chose d'autrui, en sont un exemple frappant.

On sait que, selon De Page, le transfert de propriété *solo consensu*, pierre angulaire du Code civil français, ne s'expliquerait que par le souci de l'école du droit naturel de réconcilier la règle *res perit domino* avec le principe de droit romain *res perit emptori* suivant lequel les risques étaient à charge de l'acheteur dès la conclusion du contrat, ce avant même que la chose fût délivrée et dès lors qu'il en fût devenu maître<sup>33</sup>.

Cette analyse, aussi séduisante soit-elle au vu de l'article 1138 du Code civil qui mêle effectivement transfert de propriété et transfert de risques, est des plus douteuses, et ce à maints égards.

Il est constant en droit romain classique que la vente n'opérait pas transfert *solo consensu* de la propriété. Elle n'emportait que des obligations personnelles dans le chef des parties. Le vendeur s'obligeait seulement à transmettre à l'acheteur la *vacua possessio*, donc la possession paisible<sup>34</sup>.

La même conception de la vente se retrouve chez Domat. Sans doute la vente est-elle consensuelle et partant s'accomplit-elle « par le seul consentement, quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée, ni le prix payé »<sup>35</sup>. Ce n'est cependant que par la délivrance que l'acheteur « en devient pleinement le maître, avec le droit d'en jouir, d'en user et d'en disposer »<sup>36</sup>, donc en devient propriétaire. La vente en elle-même ne fait naître dans le chef du vendeur que l'obligation de délivrer la chose. La délivrance emportant transfert de propriété, du moins si le vendeur est effectivement propriétaire.

Pothier réaffirmait, quant à lui, ces principes avec vigueur, à la veille de l'élaboration du Code civil<sup>37</sup>.

Les deux inspirateurs du Code restent donc fidèles à la conception romaine de la vente.

L'idée que le transfert de propriété supposât une délivrance, donc une tradition, devait, il est vrai, choquer l'école du droit naturel.

Pour Pufendorf, « il est clair, que les conventions toutes seules suffisent pour faire passer d'une personne à l'autre la propriété considérée purement et simplement comme une qualité morale, détachée de la possession ». Il

précise plus loin que «la délivrance même n'est pas, à parler exactement, le dernier acte de propriété mais un simple dessaisissement et un abandonnement corporel de la chose aliénée»<sup>38</sup>.

Barbeyrac, traducteur et annotateur de Pufendorf, émet une opinion plus radicale encore, écartant la distinction faite entre la propriété pouvoir moral, donc le droit de disposer d'une chose, et la possession. «En effet, écrit-il, selon les maximes mêmes du droit civil, la possession une fois établie ne demande pas, pour se conserver, une détention continue et il n'est pas nécessaire d'avoir toujours sous la main ou sous les yeux les choses que l'on possède... Pourquoi ne pourrait-on pas acquérir la propriété, qui est un droit purement moral, par l'effet d'un simple accord et sans prise de possession?»<sup>39</sup>.

Contrairement toutefois, à l'opinion émise par De Page, cette thèse ne trouve nullement son motif déterminant dans la réconciliation du régime des risques dans la vente romaine<sup>40</sup> et la règle «*res perit domino*»<sup>41</sup>.

Elle se rattache à une conception philosophique du contrat, du consensualisme et du droit de propriété, simple pouvoir moral<sup>42</sup>.

A la veille du Code civil cette conception philosophique, certes partagée par divers auteurs, était loin de constituer le droit positif. Les enseignements précités de Pothier et de Ferrière en témoignent.

Ce qui est vrai en revanche, c'est que la pratique contournait la difficulté des hiatus entre la conclusion du contrat et le transfert de propriété en recourant à une tradition feinte par le biais de clauses de constitut possessoire, dont la meilleure doctrine admettait la validité<sup>43</sup>.

Il s'ensuivait, du moins en matière civile, que dans la plupart des cas, le transfert de propriété s'opérait lors de la vente, soit en raison de ces clauses, soit parce que la vente était conclue comptant et que la délivrance comme le paiement du prix intervenaient immédiatement.

C'est sans doute cette situation de fait que le Code civil consacre sur le plan des principes dans ses articles 1138 et 1583<sup>44</sup>.

Tant le libellé ambigu de ces dispositions que les travaux préparatoires du Code montrent en effet que le législateur de l'époque n'a nullement eu conscience d'opérer un bouleversement théorique. Il ne se fonde ni sur la philosophie du contrat, ni sur la contradiction des règles *res perit domino* et *res perit emptori*<sup>45</sup>.

Bigot-Préameneu, Faure et Grenier se bornent à paraphraser ces dispositions légales<sup>46</sup>.

Portalis, quant à lui, surprend lorsqu'il affirme dans son exposé des motifs au titre de la vente que l'article 1583 ne fait que consacrer «le système du droit français (...) plus raisonnable que celui du droit romain» alors qu'on a vu que tel n'était manifestement pas le cas.

Il poursuit en relevant qu'«il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit, et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose et le paiement du prix»<sup>47</sup>.

Formule qui témoigne d'une évidente confusion entre le caractère consensuel de la vente — qui implique seulement que le contrat se forme par le simple consentement des parties —, le transfert de propriété *solo consensu* et la pratique de la tradition feinte<sup>48</sup>.

Ainsi naquit donc, à la suite d'une erreur historique doublée d'une confusion juridique, le principe du transfert consensuel de la propriété entre parties. On est loin d'une réflexion philosophique sur le consensualisme ou d'un raisonnement logique tendant à réduire une antinomie en matière de risques.

9. Un fois l'erreur commise et le principe énoncé, les auteurs du Code civil se devaient d'en tirer la conséquence, à savoir la nullité de la vente de la chose d'autrui.

Dans leur esprit, en effet, la vente étant translatrice de propriété, il serait inconcevable de conclure un contrat de vente portant sur une chose dont le vendeur n'est pas propriétaire et partant dont il ne pourrait transférer la propriété<sup>49 50</sup>.

Cette séquelle de la théorie du transfert de propriété *solo consensu* adoptée par le Code civil de manière inconsciente fut, on le devine, à l'origine de nombreuses difficultés.

En effet, inconscients des conséquences de cette théorie nouvelle, les auteurs du Code civil n'ont nullement adapté à celle-ci la réglementation de la garantie d'éviction très largement empruntée à Pothier et à Domat<sup>51</sup>. La garantie d'éviction est donc conçue en fonction d'une vente non translatrice de propriété<sup>52</sup>. Mieux, elle englobe le cas du vendeur qui a cédé le fonds d'autrui<sup>53</sup>.

Evidente contradiction, car comment un contrat nul pourrait-il sortir ses effets<sup>54</sup>?

De là les efforts de la jurisprudence et de la doctrine pour réduire les effets de la nullité de l'article 1599 afin de réconcilier cette disposition légale avec la garantie<sup>55</sup>:

- Nullité relative ne pouvant être invoquée par l'acheteur de sorte que ce dernier, renonçant à la nullité, pourrait agir sur le terrain de la garantie.
- Couverture de cette nullité non seulement par confirmation de l'acheteur mais aussi par tout événement mettant ce dernier à l'abri d'une cause d'éviction, de sorte que la nullité cesse, lorsque cesse la garantie<sup>56</sup>.

De là, de manière plus générale, les critiques formulées à l'encontre même du transfert *solo consensu* de la propriété entre parties qui est en soi contradictoire, puisque la propriété, droit réel, est par essence opposable aux tiers et que partant l'idée d'un transfert de droit réel entre les seules parties à la convention est difficilement concevable<sup>57</sup>.

10. Tradition incertaine, tradition erronée, tradition interprétée, mais tradition invoquée, non seulement à l'appui d'une interprétation dans le rôle « explicatif » ou « adjuvant » si bien décrit par M. Mahillon<sup>58</sup>, mais aussi comme véritable source de droit.

Ce dernier point est difficilement contestable si l'on rapproche les deux arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 1960 en matière de troubles de voisinage et l'arrêt du 25 avril 1985 relatif au cautionnement commercial.

Les deux premiers énoncent :

« Que le propriétaire d'un immeuble qui, par un fait non fautif, rompt cet équilibre (entre les droits respectifs des voisins) en imposant à un propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, lui doit une juste et adéquate compensation rétablissant l'égalité rompue.

» Qu'en effet, portant par là atteinte au droit de propriété du voisin, il doit l'indemniser conformément à la tradition et au principe général de droit consacré notamment par l'article 11 de la Constitution »<sup>59</sup>.

Le troisième se fonde sur la « règle traditionnelle » de la solidarité des codébiteurs commerciaux<sup>60</sup>.

11. L'on peut à cet égard s'interroger sur ce que représente la tradition dans l'esprit du juge ou du juriste qui y fait appel. Quel est son rôle dans son raisonnement ?

A mon sens, sauf lorsque le recours à l'ancien droit a pour seul but d'expliquer une règle légale, la tradition est un élément de confort.

Il est rassurant, ou rassurant pour l'auditoire que l'on doit convaincre, de se rattacher à d'antiques autorités spécialement lorsqu'on innove ou que l'on est appelé à trancher une question délicate. Comme le soulignait finement Ripert à propos des règles traditionnelles : « Les règles juridiques élaborées par la sagesse des hommes maintenues à raison de leur utilité, nous donnent par leur durée une certitude de leur valeur »<sup>61</sup>. Il ne faut pas d'ailleurs nécessairement que la règle traditionnelle se soit maintenue sans solu-

tion de continuité pour qu'elle présente ce caractère respectable. Elle peut avoir été oubliée et redécouverte<sup>62</sup>, soulignait M. le procureur général Ganshof van der Meersch. L'exemple de la théorie de Pothier en matière de troubles du voisinage est topique.

L'indiscutable qualité technique du droit romain léguée à nos meilleurs jurisconsultes de l'ancien régime force l'admiration. La règle qui peut se rattacher à leurs enseignements ne peut donc qu'être juste et solide...

C'est à n'en pas douter ces motifs qui ont conduit la Cour suprême à asseoir sa théorie nouvelle des troubles du voisinage sur la tradition, alors que bien évidemment, il eût suffi de se référer au principe général de droit fondé sur l'article 11 de la Constitution et à l'article 544 du Code civil<sup>63</sup>.

La vérité oblige cependant à dire qu'en tant que tel les articles 11 de la Constitution et 544 du Code civil, l'un relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'autre à la définition du droit de propriété, n'avaient que des rapports très lointains avec la responsabilité sans faute pour inconvénients anormaux du voisinage. Aussi la tradition de Domat et de Pothier citée par M. le premier avocat général Mahaux<sup>64</sup> apparaissait comme un argument de bien plus de poids<sup>65</sup>.

Les arrêts du 6 avril 1960 ayant été accueillis immédiatement avec enthousiasme par la doctrine<sup>66</sup>, l'utilité de la tradition s'estompait. Aussi la Cour abandonna-t-elle par la suite ce fondement<sup>67</sup>.

12. La tradition constitue un argument d'autant plus commode que ses sources sont multiples et variées et son contenu incertain.

L'opinion de tel ou tel jurisconsulte pourra ainsi être invoquée à titre de règle traditionnelle alors qu'elle ne constitue qu'une opinion doctrinale isolée. Or, on trouvera souvent dans les anciens traités l'enseignement qui apportera un soutien à sa thèse.

Je ne reviendrai pas sur le pouvoir de l'interprète d'adapter la règle traditionnelle, de l'élargir au point de la dénaturer, ce pour les besoins de son argumentation.

13. Cette observation conduit naturellement à une autre.

Paradoxalement, l'autorité doctrinale antérieure au Code civil, pour autant qu'elle soit de qualité, comme c'est le cas de Domat ou de Pothier, voit au travers de la tradition son opinion revêtue d'une qualité supérieure à celle des auteurs contemporains.

La pratique de la Cour de cassation en témoigne.

A tort ou à raison, les arrêts de la Cour depuis la fin du siècle dernier ne comportent plus de référence à la doctrine<sup>68</sup>. Il se réfèrent en revanche à la tradition. Or cette tradition c'est le plus souvent, en réalité, l'ancienne doctrine<sup>69</sup>.

On peut évidemment se demander si cette solution se justifie.

Il n'existe en effet aucune raison objective d'accorder une telle prééminence aux anciens jurisconsultes. Leur doctrine ne saurait avoir plus de prix que la doctrine contemporaine.

De même la règle coutumière qui puise ses sources dans l'ancien droit reste une coutume et le fait qu'elle soit « traditionnelle » ne modifie en rien sa force contraignante. Son caractère traditionnel ou immémorial est tout au plus de nature à renforcer sa constance, donc la preuve de son existence.

Si l'on n'a garde à cette évidence la tradition risque de conduire à l'immobilisme, voire à la réaction. La seule antiquité d'un précepte n'est en effet pas le gage de sa qualité ni surtout de son adéquation à l'évolution sociale.

Le droit, et partant l'interprétation de la loi, doivent s'adapter à cette dernière. L'interprétation ne peut être exclusivement historique. Sans doute l'histoire peut-elle contribuer à éclairer un texte et à saisir l'esprit du législateur. L'on ne saurait cependant s'arrêter à l'analyse de cette volonté au moment où elle s'est exprimée. Nul ne conteste plus aujourd'hui que l'interprétation de la loi doit être évolutive<sup>70</sup>.

Ce sont ces observations qui ont en substance conduit la doctrine<sup>71</sup> à critiquer l'arrêt déjà cité du 6 mars 1980 par lequel la Cour suprême affirme le pouvoir du juge de réduire le salaire du mandataire, pouvoir déduit notamment de la gratuité du contrat de mandat, principe anachronique<sup>72</sup> dont on ne saurait étendre les effets légaux<sup>73</sup>.

14. Faut-il pour autant abandonner le concept de « tradition » ?

Je ne le pense pas.

Il conviendrait toutefois d'en préciser les contours.

Une règle ou une opinion ne saurait être revêtue automatiquement de la qualification valorisante de « traditionnelle » parce qu'elle est antérieure à la codification de 1804.

En revanche, mériterait ce qualificatif, le principe qui dégagé sous l'ancien régime a été transmis jusqu'à nos jours par la doctrine ou la jurisprudence sans être sérieusement contesté. La pérennité de pareille règle et de l'adhésion qu'elle emporte atteste en effet sa qualité, à savoir, en dernière analyse,

sa capacité à résoudre les problèmes posés par la situation de fait ou le rapport juridique qu'elle régit.

Pareille règle répondrait d'ailleurs à la notion de tradition au sens propre du terme qui implique l'idée d'une transmission et donc d'une continuité<sup>74</sup>.

Ceci exclut, à mon sens, la règle ou l'opinion oubliée puis redécouverte que l'on qualifie de « traditionnelles » parce qu'elles sont antérieures au Code<sup>75</sup>.

Celles-ci peuvent être précieuses à l'interprète mais l'on n'aperçoit pas, faut-il le répéter, leur supériorité par rapport à une opinion plus récente ou à l'exemple d'une législation étrangère contemporaine.

L'oubli dans lequel une règle est tombée doit d'ailleurs éveiller la circonspection.

L'oubli du précepte sera souvent la conséquence de son inadaptation à l'évolution sociale et partant de son caractère inadéquat<sup>76</sup>.

15. Que conclure au terme de ces quelques observations disparates, présentées dans le désordre, sans la moindre ambition d'épuiser le champ fécond de la tradition ?

Des constatations d'abord, des vœux ensuite.

Au titre des constatations, en premier ordre, l'affirmation du rôle de la tradition comme source de droit, non seulement par la doctrine mais aussi par la jurisprudence, spécialement de la Cour de cassation.

En dehors du rôle purement explicatif de la tradition que l'on aperçoit fréquemment dans les traités, elle constitue l'argument d'autorité par excellence, permettant de justifier ce que les textes légaux ou les principes généraux du droit ne peuvent à eux seuls expliquer, en tout cas de manière suffisamment convaincante pour l'ensemble de la communauté des juristes.

Autorité de la tradition qui, on l'a vu dans la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, dépasse celle de la doctrine, même si en réalité elle ne se compose, le cas échéant que de l'opinion d'un auteur, Domat ou Pothier par exemple.

Autre constatation : c'est que la règle traditionnelle invoquée (dont il n'est nullement besoin qu'elle se soit effectivement transmise jusqu'à nos jours), ne constitue ni une règle de droit positif en vigueur avant l'adoption du Code civil, ni une jurisprudence constante sous l'ancien régime, ni même une opinion généralement admise à cette époque, certes il peut s'agir de pareils principes mais il ne s'agit le plus souvent que d'une opinion doctrinale.

Au surplus la règle traditionnelle ainsi définie est interprétée et adaptée pour tenir compte de situations nouvelles, au point d'être dénaturée.

L'erreur historique, volontaire ou non, est donc à la limite source de droit.

Le renvoi à la notion de tradition n'est pas sans rappeler à cet égard, la fiction poussée à son comble par certains copistes du Coran, qui ainsi que le montre De Page, inséraient certains passages nouveaux dans les textes anciens pour les mettre en rapport avec l'évolution sociale<sup>77</sup>.

Lorsque la dénaturation de la règle traditionnelle est consciente et qu'elle a pour but de justifier une solution équitable adaptée à l'évolution sociale, le procédé qui participe de la technique de la fiction<sup>78</sup> est fécond<sup>79</sup>.

En revanche, lorsque l'erreur est involontaire, elle peut conduire à des incohérences. Nous avons vu à cet égard les difficultés qu'a entraînées l'introduction dans le Code civil du régime du transfert de propriété *solo consensu* à la suite d'une méprise sur la portée de la règle de l'ancien droit français.

Le concept de tradition n'est donc pas sans danger.

Il l'est d'autant moins lorsque, entendu de manière large, il conduit indirectement à conférer à une opinion doctrinale une valeur supérieure à celle attachée aux enseignements contemporains.

Technique de progrès, à de nombreuses occasions, la tradition peut ainsi apparaître comme l'instrument de la réaction par l'aura injustifiée dont le passé est entouré.

Ceci m'amène inmanquablement aux vœux que je voudrais formuler.

D'abord, que l'on consulte plus souvent les anciens traités, qu'ils soient d'ailleurs de Domat ou de Pothier ou des premiers commentateurs du Code civil, lesquels sont injustement relégués aux rayons inaccessibles et poussiéreux des bibliothèques à raison non pas des solutions pratiques qu'ils préconisent, mais des conceptions exégétiques qu'ils défendent sur le plan des principes.

Que ces écrits apportent ou non une solution immédiate aux problèmes posés par la pratique, ils constituent un ferment de la réflexion. Qui n'aura noté d'ailleurs qu'un exposé critiquable ou lacunaire apporte plus qu'un exposé parfait parce qu'il suscite des questions, des réactions et, partant, nourrit la réflexion.

En revanche, que l'on ne verse pas dans l'excès contraire, que l'on ne confère pas aux écrits anciens une valeur supérieure qu'ils ne méritent pas : celle de la tradition.

Que ce terme ne soit utilisé que pour les règles qui, puisant leurs sources dans le droit romain ou l'ancien droit, ont résisté aux changements et, s'adaptant sans doute à eux, sont parvenues jusqu'à nous, par le biais d'une doctrine ou d'une jurisprudence constante.

Pareilles règles, non formulées par la loi, méritent certainement un traitement particulier en raison de leur certitude et de leur adéquation aux faits sociaux. Et il importe peu, à cet égard, que l'état dans lequel elles nous sont transmises ne corresponde pas à leur portée historique.

N'est-ce pas ce que voulaient exprimer Chaïm Perelman et Mme Olbrechts-Tyteca lorsqu'ils écrivaient dans leur *Traité de l'Argumentation*, à propos de l'argument d'autorité, que ce serait «une fâcheuse illusion que de croire que les juristes s'occupent uniquement de vérité, et pas de justice ni de paix sociale: (...) la recherche de la justice, le maintien d'un ordre équitable, de la confiance sociale, ne peuvent négliger les considérations fondées sur l'existence d'une tradition juridique, et qui se manifeste aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence: pour attester l'existence d'une pareille tradition, le recours à l'argument d'autorité est inévitable»<sup>80</sup>.

## NOTES

<sup>1</sup> P. Mahillon, «La tradition, source de droit?», *J.T.*, 1970, p. 405 et suiv.

<sup>2</sup> Cass. (aud. plén.) 6 avril 1960 (deux arrêts), *Pas.* 1960, I, 915 et les conclusions de M. le premier avocat général Mahaux, alors avocat général.

<sup>3</sup> W.J. Ganshof van der Meersch, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit* (Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1<sup>er</sup> septembre 1970), Bruxelles; Bruylant 1970, p. 22; F. Dumon, *La mission des Cours et tribunaux. Quelques réflexions* (traduction du discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 1<sup>er</sup> septembre 1975), Bruxelles, Bruylant 1975, p. 13 et p. 17 et 18.

<sup>4</sup> V. notamment De Page, T. V. n° 431; Dekkers, T. II, n° 1294, Laurent, T. XXVII, N° 347 et T. XXVIII n° 23, Huc, T. XII, n° 19; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Mandat*, n° 738; Planiol et Ripert, T. XI, 2<sup>e</sup> éd., n° 1484, Paulus et Boes, *Lastgeving*, (A.P.R.), n° 197 in fine; P. Van Ommeslaghe, *Examen de Jurisprudence (1968 à 1973) «Les obligations»*, *R.C.J.B.* 1975, n° 3 p. 432 et s. *Contra* J. Fally, «Réductibilité du salaire du mandataire», *R.C.J.B.* 1953, pp. 50 et sv.

<sup>5</sup> Cass. 6 mars 1980, *Pas.* 1980, I, 832, *JCB*, 1980, p. 308 et suiv. et les conclusions de M. le procureur général Charels, alors premier avocat général; *J.T.* 1980, p. 372; *R.C.J.B.* 1982, p. 519 et la note Dirix.

<sup>6</sup> *Rev. Dr. Com. Belge* 1985, p. 628.

<sup>7</sup> *R.P.D.B. Compl. V*, V° Cautionnement, par A. Meinertzen-Limpens n° 68 et Réf.; Van Ryn et Heenen T. IV, 1<sup>re</sup> éd. n° 2561 et T. III, 2<sup>e</sup> éd. n° 28. Cette question est cependant controversée. V. Van Ryn et Heenen T. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 28 et les réf. comp. De Page T. VI n° 840, litt. D.

<sup>8</sup> Van Ryn et Heenen T. I, 2<sup>e</sup> éd. n° 19, p. 33 et 34 et T. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 28.

<sup>9</sup> Sur la portée de cette règle, v. outre la référence ci-dessus, P.A. Foriers, Les contrats commerciaux, *Chronique de jurisprudence (1970-1980)*, *Rev. Dr. Com. Belge* 1983, spéc. p. 129 et suiv.; J. Levy Morelle, «La solidarité passive en droit privé» in *Unité et diversité du Droit privé*, Bruxelles, Ed. ULB 1983, spéc. p. 302 et s.

<sup>10</sup> On sait que les seules règles non écrites dont la Cour contrôle l'application sont les principes généraux du droit. V. W.J. Ganshof van der Meersch, *mercuriale précitée*.

<sup>11</sup> Comparez cependant W.J. Ganshof van der Meersch, *mercuriale précitée*, p. 54.

<sup>12</sup> Se marque, en tout cas, la tendance de la Cour à élargir sa compétence. Après le contrôle de l'application par le juge belge de la loi étrangère (cons. notamment et récemment l'important arrêt prononcé le 9 octobre 1980, *J.T.* 1981, p. 70, avec les conclusions de M. le procureur général Krings, alors avocat général, et la note de R. Vander Elst) puis des principes généraux de droit (v. Réf. citée en note 10), la Cour s'attache au contrôle de règles non écrites de portée générale et dont l'importance est soulignée de manière unanime. Il échet de citer à cet égard un étrange arrêt du 27 juin 1985 qui admet que puisse être invoquée la violation des «effets de la vente F.O.B.» Cet arrêt rejette la fin de non recevoir invoquée par la défenderesse au moyen pris de la violation de ces «effets», au motif que l'article 1080 du Code judiciaire est relatif à la recevabilité du pourvoi et non du moyen. Dût-on admettre cette thèse, ce qui est discutable, encore la question tient-elle à la compétence de la Cour (art. 95 de la Constitution et 608 du Code judiciaire). La Cour eût donc pu d'office se déclarer incompétente pour connaître de la violation de ces règles.

Il n'est donc pas exclu que cet arrêt du 27 juin 1985 (n° 7207) témoigne de la même évolution que l'arrêt du 25 avril 1985. Il échet toutefois d'observer que la cassation prononcée le 27 juin 1985, l'est sur base de l'article 1134 du Code civil, violation de la force obligatoire de la clause F.O.B., et non de la violation des règles coutumières ou des usages de la vente F.O.B. Qui ne voit cependant que par le biais de l'article 1134, c'est l'application de la réglementation coutumière de la vente F.O.B. qui contrôlée (comparez le contrôle exercé par la Cour de cassation de France sur les règles et usances en matière de crédit documentaire: *Cass. Fr. Com.* 14 octobre 1981, *D.* 1982, J, 301, note Vasseur).

Si la tendance relevée ci-dessus devait se confirmer, la Cour n'exclurait plus de son contrôle que les usages locaux ou particuliers à telle ou telle profession qui impliqueraient pour les établir des recherches de fait qui ne sont pas dans sa tradition (quoique ne touchant pas au fond de l'affaire mais au droit, elles ne lui soient pas interdites).

<sup>13</sup> Pothier, *Traité du contrat de société*, Paris-Orléans (Debure père à Paris, Vve Rouzeau-Montant à Orléans) 1775, n° 22, p. 21 et s.

<sup>14</sup> Sur le contrat Mohatra: Pothier, *Traité du contrat de vente*, T. I, Nouvelle édition, Paris-Orléans (Debure, père à Paris, Vve Rouzeau-Montant à Orléans) 1772 n° 38, p. 37, Planiol T. II, 8<sup>e</sup> éd. note 2, p. 655, Marcadé, T. VI, 7<sup>e</sup> éd. p. 151 et 152.

<sup>14bis</sup> V. Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris-Economica, 1981; P.A. Foriers, La fiducie en droit belge in *Les opérations fiduciaires*, Paris FEDUCI — L.G.D.J. 1985, p. 263 à 304.

<sup>15</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J. 1955, n° 8, p. 23.

<sup>16</sup> G. Ripert *op. cit.* n° 8, p. 24.

<sup>17</sup> P. Mahillon *op. cit.*, *J.T.* 1970 p. 405 et suiv. spéc.

<sup>18</sup> W.J. Ganshof van der Meersch, *mercuriale précitée*, p. 22.

<sup>19</sup> Sur l'apport des maximes au droit positif, cons. P. Foriers «L'ouverture à cassation en cas de violation d'une maxime de droit», *R.C.J.B.* 1967, pp. 139 et s. spéc. p. 147 et s., P. Mahillon,

«Adages latins postérieurs au droit romain», *J.T.* 1981, p. 69.

<sup>20</sup> Comp. à propos des maximes de droit ce que disait Paul Foriers: «Elles ne traduisent dans l'immense majorité des cas, qu'un moment privilégié d'un droit non du droit et singulièrement du droit actuel» (*op. cit.* *R.C.J.B.* 1967, p. 149).

<sup>21</sup> Les contrats commerciaux, *Chronique précitée*, *Rev. dr. com. belge* 1983, p. 146 et suiv.

<sup>22</sup> Pothier, *Traité des obligations*, Paris-Orléans (Debure l'aîné, à Paris, J. Rouzeau-Montant à Orléans) 1770, n° 266, p. 244.

<sup>23</sup> Cons. Van Ryn et Heenen T. III, 2<sup>e</sup> éd. n° 28 et les réf. citées. J. Lévy Morelle. *op. cit.* in *Unité et diversité du droit privé*, spéc. p. 302 et 303.

<sup>24</sup> Sur ce point v. notamment Pothier, *Traité des obligations* n° 266 précité, Van Ryn et Heenen T. III, 2<sup>e</sup> éd. n° 28 et réf. citées.

<sup>25</sup> Jean Dabin, «Le devoir d'indemnisation en cas de trouble de voisinage», *R.C.J.B.* 1960, p. 286 et s. spéc. p. 303. L'éminent auteur écrit à cet égard: «Pour Domat et Pothier et, d'une manière générale l'ancien droit, il est douteux que leur autorité soit en l'espèce secourable, car, d'un côté, ils prohibaient toute atteinte au droit du voisin (Pothier) ou, du moins, toute atteinte extraordinaire (Domat), alors que, dans l'explication nouvelle, l'atteinte même extraordinaire est reconnue licite — d'un autre côté, ils n'ont pas traité des suites d'une atteinte éventuelle, suites que l'explication nouvelle limite à une obligation d'indemniser à titre de compensation de l'atteinte». Voyez cependant De Page, *De l'interprétation des lois*, T. II p. 180 qui, en 1925, à propos des idées nouvelles en matière de responsabilité sans faute pour troubles de voisinage, écrivait:

«Quoi qu'en dise Demogue, on en revient, croyons-nous, à l'idée de Pothier, toutefois considérablement étendue et élargie. Cette idée ne fut exprimée qu'en langage vulgaire, dans une formule imprécise, et surtout avec l'état d'esprit du XVIII<sup>e</sup> siècle, où la liberté était la règle et la limitation l'exception. Actuellement, ces données sont renversées».

<sup>26</sup> Laurent, T. XXIV n° 272 et suiv. et Réf. Colin et Capitant, T. II, 8<sup>e</sup> éd. n° 564. De Page T. IV, 3<sup>e</sup> éd. n° 141, Baudry Lacantinier et Saignat, *De la vente et de l'échange*, 3<sup>e</sup> éd. n° 291, Ph. Gérard «De la connaissance personnelle par l'acheteur du risque d'éviction», *R.C.J.B.* 1983, p. 360 et suiv., spéc. p. 364, n° 5.

<sup>27</sup> Le numéro 201 est invoqué par Baudry-Lacantinier et Saignat et par Colin et Capitant, le numéro 202, par Ph. Gérard.

<sup>28</sup> Sur cette délicate problématique v. Ph. Gérard, *op. cit.*, *R.C.J.B.* 1983, p. 360 et suiv.

<sup>29</sup> Que l'on attribue à la «tradition romaine». V. Colin et Capitant T. II, 8<sup>e</sup> édition, n° 564; L. Julliot de la Morandière, *Droit civil*, T. III, 3<sup>e</sup> éd., n° 86.

<sup>30</sup> Domat (*Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Jean-Baptiste Coignard, veuve et fils T. I, 2<sup>e</sup> éd., première partie, Liv. I, titre II, section X, n° II et suiv.) ne mentionne nullement que la garantie des vices cachés s'appliquerait aux charges occultes. Celles-ci sont soumises à un régime analogue à la garantie d'éviction.

Les deux passages du *Traité de la vente* de Pothier cités par la doctrine ne permettent pas d'aboutir à une conclusion différente.

Le n° 202 traite effectivement de la garantie des vices cachés (c'est le premier paragraphe de ce titre: section IV «De la garantie des vices rédhitoires»). Il ne fait cependant pas allusion au problème des charges et des servitudes.

Celui-ci est traité dans une autre section (la section III) qui suit la garantie d'éviction sensu stricto (section II) et précède la garantie des vices (section IV).

Le n° 201 traite lui effectivement des charges parmi lesquelles sont comprises les servitudes (v. n° 199 et 200).

Pothier ne soumet cependant pas cette garantie au régime des vices cachés, mais à une «action personnelle *ex empto*» voisine de la garantie d'éviction.

«Cette action est», écrit-il «une branche de l'action personnelle *ex empto*, de même que l'action de garantie en cas d'éviction, et tout ce que nous avons dit dans la section précédente (relative à l'éviction sensu stricto) de l'obligation de défendre l'acheteur des demandes en éviction,

reçoit application à l'égard de l'obligation de le défendre des demandes pour raison des droits réels prétendus sur l'héritage, lorsqu'il n'en a pas été chargé».

C'est donc le régime de la garantie incidente en matière d'éviction.

Pothier poursuit :

«Faute par le vendeur de défendre l'acheteur, cette action de garantie se résout et se termine à une diminution sur le prix que le vendeur est condamné de faire à l'acheteur (...). Si la charge était si onéreuse, que vraisemblablement l'acheteur n'eût pas acheté, la chose, s'il eût connu cette charge (ce qui doit être laissé à l'arbitrage du juge) le vendeur en ce cas peut être condamné sur la demande de l'acheteur à reprendre la chose».

Sans doute, Pothier ajoute-t-il incidemment «c'est ce qui s'appelle action rédhibitoire dont nous aurons l'occasion de parler plus amplement dans la section suivante» (Section IV relative aux vices cachés).

Il échet cependant d'observer que la restitution d'une partie du prix ou le cas échéant la résolution du contrat (qualifiée cette fois de « rescision ») est exactement la sanction envisagée par Pothier pour l'éviction partielle au sens strict du terme (n° 139 et sv. et 144).

Rien n'indique donc avec certitude qu'à la différence de Domat, Pothier aurait entendu soumettre les charges occultes à la garantie des vices. La notion d'action rédhibitoire a pu être utilisée pour marquer l'idée de résolution. Rédhibition, rescision, résiliation, révocation, résolution, annulation dans le vocabulaire de Pothier, pas plus d'ailleurs que dans celui du Code civil, n'avaient le sens technique précis et distinct que nous leur attribuons aujourd'hui (sur ces significations v. De Page, T. II, 3<sup>e</sup> éd., n° 756 et s.). On en veut pour preuve l'utilisation du terme « rescision » pour caractériser la résolution en cas d'éviction partielle au sens strict.

<sup>31</sup> Comp. l'observation de De Page, *De l'interprétation des lois*, T. II, p. 180 à propos de la théorie des troubles du voisinages et des enseignements de Pothier (note 25).

<sup>32</sup> Comp. les observations de De Page sur le faux intentionnel source de droit, citant l'insertion par les copistes du Coran de dispositions nouvelles en vue de mettre les saintes écritures en rapport avec les mœurs, les fausses décrétales et la fiction à la base de la *Common Law* (*De l'interprétation des lois*, T. I, p. 85).

<sup>33</sup> De Page, T. VI, 2<sup>e</sup> éd. n° 93 et 94 dans le même sens à la suite de De Page, J. Heenen, *Vente et commerce maritime* n° 134, P. Harmel, *Théorie générale de vente*, 1<sup>re</sup> partie, Droit commun de la vente (*Rép. Not.* T. VII, Liv. I) n° 14; Cons. également M. Wolfcarius, «Le transfert de propriété» in *Unité et diversité du droit privé*, spéc. p. 460 et 461.

<sup>34</sup> Giffart, *Précis de droit romain*, Paris Dalloz, 1934, T. II, n° 74, Julliot de la Morandière, T. III, n° 11, De Page, T. IV, n° 19.

<sup>35</sup> Domat, *op. cit.*, T. I, première partie, livre I, titre II, section I, n° II, p. 123.

<sup>36</sup> Domat, *op. cit.*, T. I, première partie, livre I, titre II, section II, X, p. 131. C'est à mon sens erronément que Planiol (T. I, n° 2594) attribue à Domat l'opinion suivant laquelle, la vente transfère par elle-même la propriété. Sans doute, une incidente de Domat vise la «vente transférant la propriété» (*op. cit.* T. I, 1<sup>re</sup> part., Livre I, tit. II, section II, n° II, n° VIII, p. 130). Partout ailleurs Domat parle cependant de la délivrance qui fait de l'acheteur le maître de la chose vendue, le terme maître étant manifestement pris dans le sens de «propriétaire» (*op. cit.*, t. I, 1<sup>re</sup> partie, Liv. I, t. II, N° X, XI, XII et XIII p. 131 à 133).

<sup>37</sup> «Le contrat de vente est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le vendeur, s'oblige envers l'autre de lui faire avoir librement à titre de propriétaire une chose, pour le prix d'une certaine somme d'argent que l'autre contractant, qui est l'acheteur, s'oblige réciproquement de lui payer.

»J'ai dit, de lui faire avoir à titre de propriétaire, ces termes qui répondent à ceux-ci : *praestrare emptori rem habere licere*, renferment l'obligation de livrer la chose à l'acheteur, et celle de le défendre, après qu'elle lui a été livrée, de tous troubles par lesquels on l'empêcherait de posséder la chose, et de s'en porter pour le propriétaire : mais ils ne renferment pas l'obligation précise de lui transférer la propriété : car un vendeur qui vend une chose, dont il croit de bonne foi être le propriétaire, quoiqu'il ne le soit pas, ne s'oblige pas précisément à en transférer la

propriété (...). C'est pourquoi quand même l'acheteur découvrirait que le vendeur n'était pas propriétaire de la chose qu'il lui a vendue, et conséquemment qu'il ne lui en a pas transféré la propriété, cet acheteur, tant qu'il ne sera pas inquiété dans sa possession, ne pourra pas pour cela prétendre que le vendeur n'a pas rempli son obligation» (Pothier, *Traité du contrat de vente* précité n° 1 et 2; cons. aussi Cl. J. de Ferrière, Nouvelle traduction des institutes de l'empereur Justinien avec des observations, pour l'intelligence du texte, l'application du droit français au droit romain et la conférence de l'un avec l'autre, T. V, Paris-Savoie, 1760, p. 103 et le renvoi au droit romain p. 91 et s.).

Plus loin, précisant la portée de la délivrance, Pothier répète que celle-ci oblige le vendeur à transférer la propriété qu'il a sur la chose vendue. Cette obligation ne pèse en revanche pas sur le vendeur qui n'aurait pas cette propriété et qui devra seulement garantir son acheteur contre l'éviction émanant du *verus dominus* (Pothier *op. cit.*, n° 48, p. 46 et 47).

<sup>38</sup> Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, traduit et annoté par Jean Barbeyrac, T. I, 4<sup>e</sup> éd. Bâle, E. & J.R. Thourneissen, Frères, 1732, Liv. IV, chapitre IX, § VIII, p. 561 et 562.

<sup>39</sup> Note 1 sur Pufendorf, *op. cit.* T. I, Liv. IV, chap. IX, § VIII, p. 561 et 562.

<sup>40</sup> Sur ce régime, v. notamment, Inst. Liv. III, Tit. XXIV, 3, *De periculo et commodo rei venditae*, cons. sur ce point Ch. J. de Ferrière *op. cit.*, T. V, p. 110 et suiv., Giffard, *op. cit.* n° 90 et suiv.

<sup>41</sup> Sans doute les jusnaturalistes étaient-ils mal à l'aise devant la règle «*res perit emptori*» dans la mesure où elle dérogeait au principe général «*res perit domino*» (v. notamment Pufendorf, *op. cit.*, T. II, Liv. V, chap. V, § III, p. 53 et s.). Bien d'autres auteurs partageraient toutefois cette perplexité (Pothier, *De la vente* n° 307, Comp. Domat, *op. cit.* T. I, 1<sup>re</sup> Partie, Liv. I, titre II, section VII, n° II p. 156 qui recourt à la fiction: «après la vente la chose est regardée comme étant à l'acheteur»). Et paradoxalement, Pufendorf résout la contradiction en considérant que les risques doivent être mis en règle à charge du vendeur jusqu'à la délivrance par application de la règle *res perit domino*. Solution d'autant plus curieuse que plus haut, examinant ce problème du transfert de propriété il semblait se prononcer pour le transfert «*solo consensu*», donc dès la conclusion de la vente (à moins que l'opinion émise à propos de la règle *res perit emptori* ne se place dans le système du droit romain et non du droit naturel).

Il reste néanmoins que le principe du transfert de propriété *solo consensu* est examiné indépendamment de la question des risques.

<sup>42</sup> Domat, tout en restant fidèle à la conception romaine présentait le lien entre le caractère consensuel de la vente et son effet translatif. Il juge en effet utile d'expliquer longuement que le consensualisme de la vente n'est nullement contradictoire avec le transfert de la propriété lors de la délivrance, v. Domat, *op. cit.*, T. I, 1<sup>re</sup> partie, Liv. I, titre II, section II n° X, p. 131.

<sup>43</sup> Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 313; Planiol, T. I, n° 2593 et les réf.; P. Harmel, *op. cit.*, n° 15 et les réf., cons. aussi De Page, T. II, n° 442.

<sup>44</sup> Cf. également l'article 987.

<sup>45</sup> Consultez Bigot-Préameneu, exposé des motifs (séance du 27 janvier 1804), Loqué, T. VI, n° 33, p. 153, qui se borne à paraphraser l'article 1138 sans autre commentaire.

Sur l'article 1583, voyez Portalis, Exposé des motifs (séance du 27 février 1804), Loqué T. VII, n° 6, p. 70 et suiv.; Faure, Rapport au tribunal (séance du 3 mars 1804), Loqué, T. VII n° 4, p. 89; Grenier, discours au tribunal, (séance du 6 mars 1804), Loqué T. VII, n° 8, p. 108.

<sup>46</sup> V. note 45 ci-dessus.

<sup>47</sup> Exposé des motifs Loqué T. VII, n° 6, p. 171<sup>e</sup>

<sup>48</sup> Consultez à cet égard la féroce critique de Laurent, T. XVI, n° 356 et suiv. et qui parlant des auteurs du Code civil souligne (n° 356) que «beaucoup d'entre eux étaient de médiocres jurisconsultes et des esprits tout aussi médiocres».

<sup>49</sup> V. Portalis, Exposé des motifs fait dans la séance du tribunal du 27 février 1804, Loqué T. VII, n° 19, p. 73 et surtout Faure, rapport fait au tribunal le 3 mars 1804, *ibidem*, n° 18, p. 91 et 92, Grenier, discours au tribunal prononcé le 6 mars 1804, *ibidem*, n° 15, p. 109.

<sup>50</sup> Cette solution est évidemment contestable, dans la mesure où elle repose sur une confusion

entre les effets du contrat de vente et ses effets personnels, c'est-à-dire l'obligation qu'a le vendeur de transférer la propriété (E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, — réimpression de l'édition de 1937 —, Paris Sirey 1965, p. 104). Elle ne fut d'ailleurs pas acquise sans certaines hésitations. En effet, les premiers projets ne prévoyaient la nullité du contrat que lorsque celui-ci indiquait que la chose vendue n'appartenait pas au vendeur. (Cons. Loqué T. VII, observations sous article 1599, p. 8; procès verbaux du Conseil d'Etat, séance du 22 décembre 1803, Loqué, T. VII, n° 21, p. 32; Observations de la section de législation du tribunal *ibidem*, n° 11, p. 63).

<sup>31</sup> Pothier, *De la vente* précité n° 81 et suiv. *Domat, op. cit.*, T. I, 1<sup>re</sup> partie, Livre I, Titre II, section X, p. 170 et suiv.

<sup>32</sup> Cons. en ce sens notamment Beudant T. XI, n° 186.

<sup>33</sup> Cf. les termes exprès de l'article 1635, le point est constant en doctrine.

<sup>34</sup> Ajoutons que la garantie d'éviction fait d'autant plus double emploi avec l'article 1599 que ce dernier par dérogation au droit commun de nullité accorde à l'acheteur de bonne foi des dommages-intérêts contre le vendeur, même de bonne foi, sur cette règle. V. De Page, T. IV, n° 30.

<sup>35</sup> Sur le système en droit positif v. De Page, T. IV, 3<sup>e</sup> éd. n° 30. L'on consultera avec intérêt les considérations toujours pénétrantes de Colmet de Santerre qui rattache l'article 1599 à l'article 1184, ce qui est une autre manière de rendre sa cohérence au système v. Demante par E. Colmet de Santerre t. VII, n° 28 et suiv. p. 51 et S; spéc. n° 28bis p. 56.

<sup>36</sup> A l'inverse, l'on tire parfois argument de l'article 1599 pour résoudre des problèmes propres à la garantie d'éviction, par exemple celui de l'incidence de la connaissance de la cause d'éviction par l'acheteur sur la garantie du vendeur. V. par exemple sur ce point Beudant, T. XI, 2<sup>e</sup> éd. n° 213.

<sup>37</sup> De Page, T. VI, n° 95. En matière commerciale le transfert de propriété *solo sensu* qui, en cas de vente de choses de genre a pour effet de transférer la propriété — et les risques — à la spécification, est écarté en raison des usages. Les meilleurs auteurs enseignent à cet égard que les ventes commerciales se rapprochent de la vente romaine et que la propriété ne se transfère qu'à la délivrance. V. Van Ryn et Heenen, T. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 647, 648 et 675 et les réf. citées.

En matière immobilière, la convention des parties prévoit en règle que le transfert de propriété est retardé jusqu'à la passation de l'acte authentique. Il s'ensuit que ce n'est que dans des cas rares que la propriété est transférée *solo sensu* dès la conclusion du contrat, avant la délivrance et le paiement du prix.

<sup>38</sup> *Op. cit. J.T.* 1970, p. 408 et 409, n° 26 et suiv.

<sup>39</sup> Comp. toutefois les conclusions de M. le premier avocat général Mahaux avant cass. 28 janvier 1965, Pas. 1965, I, 521, spéc. p. 523 qui indiquent que dans ses arrêts de 1960, la Cour aurait entendu « fonder et aussi limiter son *interprétation* » sur la tradition; comp. aussi les conclusions de M. le premier avocat général Mahaux avant cass. 10 janvier 1974, Pas. 1974, I, 488, spéc. p. 491.

<sup>40</sup> En revanche l'arrêt du 6 mars 1980 concernant la réductibilité du salaire du mandataire ne se fonde pas directement sur la tradition. Il invoque en effet que le Code civil aurait entendu consacrer la prétendue règle permettant au juge de modérer le salaire excessif du mandataire.

<sup>41</sup> Ripert, *op. cit.*, n° 8, p. 24.

<sup>42</sup> Cons. notamment W.J. Ganshof van der Meersch, *Mercuriale* précitée, p. 22.

<sup>43</sup> Cons. W.J. Ganshof van der Meersch, *mercuriale* précitée, p. 22.

<sup>44</sup> *Pas.* 1960, I, spéc. p. 926 et 927.

<sup>45</sup> Il n'est pas interdit de penser que l'arrêt du 25 avril 1985, qualifie de traditionnelle la règle de la solidarité des codébiteurs commerçant pour marquer le caractère incontestable de ce principe coutumier, contraire à l'article 1202 du Code civil.

<sup>46</sup> Cons. notamment J. Dabin *op. cit.*, *R.C.J.B.* 1960, p. 286 et suiv. R.O. Dalq, note sous Cass., 6 avril 1960 RGAR 1960, n° 6557, spéc. n° 3.

<sup>67</sup> Voyez déjà la motivation de l'arrêt du 28 janvier 1965, *Pas.* 1965, I, 521 et les conclusions de M. le premier avocat général Mahaux, consultez aussi notamment Cass. 10 janvier 1974, *Pas.* 1974, I, 488 et les conclusions de M. le premier avocat général Mahaux.

<sup>68</sup> Sur ce phénomène v. P. Mahillon, *op. cit.* *J.T.* 1970, p. 405, n° 2 et la note 7.

<sup>69</sup> V. par exemple les conclusions de M. le premier avocat général Mahaux avant Cass. 6 avril 1960 qui se réfèrent à la tradition de Domat et de Pothier, *Pas.* 1960, I, spéc. p. 926 et 927. Cons. P. Mahillon, *op. cit.*, *J.T.* 1970, p. 407, n° 14.

<sup>70</sup> Cons. notamment F. Dumon «Le pouvoir judiciaire. Cet inconnu et ce méconnu» (mercuriale du 1<sup>er</sup> septembre 1981), *J.T.* 1981, pp. 446; «La mission des Cours et Tribunaux — Quelques réflexions» (mercuriale du 1<sup>er</sup> septembre 1975) *J.T.* 1975, spéc. p. 561. R. Hayoit de Termicourt, «Les audiences plénières de la Cour de cassation» (mercuriale du 1<sup>er</sup> septembre 1967), *J.T.* 1967, pp. 477 et suiv., L. Cornil, «La Cour de cassation — considération sur sa mission» (mercuriale du 15 septembre 1950), *J.T.* 1950, p. 493, spéc. 2<sup>e</sup> éd.

<sup>71</sup> P. Van Ommeslaghe, Examen de jurisprudence 1974 à 1982, Les Obligations (à paraître *R.C.J.B.* 1986) n° 6, L. Simont, «Observations sur l'évolution du droit des contrats» *J.T.* 1982, p. 282, Van Ryn et Heenen T. III, 2<sup>e</sup> éd. n° 6, Dirix et Van Oevelen «Verbintenissenrecht», *R.W.*, 1980-1981, Col. 2375, Dirix, note sous Cass. 6 mars 1980, *R.C.J.B.*, 1982, p. 519; P.A. Foriers, *op. cit.*, *Rev. dr. com. belge* 1983, p. 146 et suiv.

<sup>72</sup> De Page, T. V, 3<sup>e</sup> éd., n° 341 et n° 359 utilise expressément ce terme.

<sup>73</sup> Observons que c'est d'ailleurs plus la motivation de cet arrêt que la solution appliquée *in specie* qui est critiquée.

<sup>74</sup> V. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 9<sup>e</sup> éd. Paris, P.U.F., 1962, V<sup>e</sup> tradition, p. 1140. Consultez également P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris S.N.L., 1978, V<sup>e</sup> tradition, p. 1994; *Nouveau Larousse universel*, Paris Larousse 1949, T. II, V<sup>e</sup> Tradition, p. 949.

<sup>75</sup> V. ci-dessus note 62.

<sup>76</sup> Une réglementation peut néanmoins disparaître de la mémoire parce que l'opération ou l'institution qu'elle régit a elle-même disparu pour des raisons économiques ou sociales. Or rien n'exclut, dans ce cas, que bien plus tard cette opération ou cette institution ne fasse sa réapparition dans la pratique rendant ainsi tout son intérêt à l'examen de sa réglementation passée. La renaissance de la fiducie en France et en Belgique en est une illustration frappante. Sur ce point v. Cl. Witz, *op. cit.* et P.A. Foriers, La fiducie en droit belge, déjà citées (note 14bis).

<sup>77</sup> De Page, De l'interprétation des lois, T. I, p. 85: «Le procédé occulte», écrit De Page, «était le faux intentionnel, que le copiste excusait par l'intervention d'une fiction pieuse, et il faut en convenir, pleinement salutaire. Il se persuadait que l'interprétation avait été rédigée par Mahomet lui-même». V. aussi De Page, *op. cit.* loc. cit. à propos de la fiction à la base de la *common law*.

<sup>78</sup> Sur ce procédé en droit, v. P. Foriers, «Présomptions et fictions» in *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles Bruylant 1974, p. 7 et suiv. R. Dekkers, *La fiction juridique; étude de droit romain et de droit comparé*, Paris Sirey 1935. Ch. Perelman, Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, Paris Dalloz 1976 n° 36, 75 et 91 et «Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse» in *Les présomptions et les fictions en droit* précité.

<sup>79</sup> Comp. à propos de l'arrêt de 1980 sur la réductibilité du salaire du mandataire Meeûs, «L'Art de juger» in *Mélanges offerts à Robert Legros*, p. 437 et s., spéc. p. 442 et 443.

<sup>80</sup> Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation ou La nouvelle rhétorique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Ed. ULB 1976, p. 478.

# Accords internationaux et contradictions interétatiques

par Jean J.A. SALMON

A de nombreuses reprises Chaïm Perelman a souligné «la dialectique permanente, le dialogue constant du judiciaire et du législatif, ce dernier modifiant la loi pour la rendre conforme à l'opinion publique...»<sup>1</sup>. Il mettait ainsi en lumière le rôle des contradictions dans la création de la règle de droit.

Par ce côté le maître de l'Ecole de Bruxelles touchait aux préoccupations de l'Ecole de Reims qui, au cours de plusieurs colloques, s'est interrogée sur les relations entre contradictions interétatiques et accords internationaux<sup>2</sup>.

On voudrait ici présenter quelques conclusions qui nous semblent résulter de ces travaux sur le rôle des contradictions entre Etats dans la formation, l'application et la modification des accords internationaux.

De telles conclusions ne peuvent être qu'un aperçu partiel sur ces colloques foisonnants d'idées et ne représentent qu'une synthèse purement personnelle. Nous n'avons aucune qualité pour nous exprimer en tant que porte-parole de l'Ecole de Reims. Il est douteux d'ailleurs que l'on puisse réduire ces colloques à une pensée unique.

Quelques définitions générales tout d'abord. Par accord international nous entendons l'accord entre Etats quelle que soit la forme dans laquelle l'accord est coulé: traité, coutume, résolutions d'organisations internationales, accords verbaux ou tacites.

De tels accords ne sont pas des formes abstraites qui lieraient les Etats par leur propre force au même titre qu'une parole divine. Le fondement de ces accords se trouve toujours dans la volonté des Etats placés dans une situation historique concrète et complexe que nous appellerons l'infrastructure, sans vouloir donner à ce terme un sens philosophique particulier. Il s'agit du donné de fait, qui conditionne l'accord, dans lequel interviennent de multiples éléments. La décision nationale dépend de multiples facteurs, appareil d'Etat, structure politique, économique et sociale, idéologie dominante. Elle sera souvent le résultat de compromis nationaux pour tenir compte de diverses forces internes. Ainsi par exemple, en matière d'environnement à la pression des milieux écologiques s'oppose celle de ceux qui mettent en avant les coûts économiques de production.

La décision nationale est confrontée à celle du partenaire qui repose aussi sur un équilibre propre, et de l'environnement international (participation à des organisations internationales, régionales, système d'alliances, etc...). Ce jeu extrêmement complexe de forces tisse les contradictions qui précèdent l'accord international et constitue la toile de fond sur laquelle l'accord va être obtenu.

Les parties vont essayer de résoudre leurs contradictions, ou certaines d'entre elles, par des accords sur des normes juridiques.

Le récent statut adopté pour Hong Kong constitue une bonne illustration de ce phénomène. Les aspirations des uns et des autres ont abouti à une construction complexe qu'on ne peut résumer sans la trahir. Disons que la République populaire de Chine récupérera sa souveraineté sur Hong Kong qui redeviendra partie intégrante de la République populaire de Chine mais l'île bénéficiera d'un statut d'autonomie très étendu à divers points de vue dont l'économique. Ce qui fait dire aux Chinois qu'ils sont dans un pays où coexisteront deux systèmes économiques et sociaux.

L'hypothèse où l'accord résout la contradiction n'est toutefois qu'une hypothèse parmi d'autres. Dans de nombreuses situations la norme internationale ne résout pas la contradiction ou ne la résout que partiellement. Nous examinerons cette situation dans une première section. Nous envisagerons ensuite dans une seconde section les conséquences du fait que la norme n'a pas résolu la contradiction. Enfin, dans une troisième section nous étudierons l'impact sur la norme de la survenance de nouvelles contradictions.

## PREMIERE SECTION SITUATIONS DANS LESQUELLES LA NORME INTERNATIONALE NE RESOUT PAS LA CONTRADICTION

### 1. La mise entre parenthèses des contradictions

Lorsque les parties à l'accord sont incapables de résoudre toutes les contradictions, mais seulement une partie, elles ont la possibilité de mettre entre parenthèses celles sur lesquelles aucun accord n'est possible. Ainsi lors de la conclusion du traité de Washington du 1<sup>er</sup> décembre 1959 sur l'Antarctique, un régime pour ce continent fut établi sans résoudre la question des réclama-tions territoriales qui furent gelées par l'article IV. Au surplus, rien ne fut dit d'une exploitation économique éventuelle du continent.

De même, lors de l'élaboration de la Convention sur la mer territoriale de 29 avril 1958, les Etats se bornèrent à détailler le régime de la mer territoriale sans se prononcer, faute d'accord, sur la largeur de celle-ci.

### 2. L'hétérogénéité des infrastructures

Même si les parties se mettent d'accord sur un texte, ceci ne signifie pas que leur volonté soit exactement la même. Elles peuvent se mettre d'accord sur des mots avec des intentions différentes. Le caractère éphémère d'un accord résulte souvent du fait que pour l'une des parties c'est un point final aux revendications de l'autre. Alors que pour l'autre ce n'en est que le début. L'accord de Munich de 1938 peut être cité à cet égard en exemple.

Combien d'accords entre Etats en développement et Etats développés sont ainsi conclus avec des intentions différentes. Le texte ne contient sou-vent que des principes généraux à ce point vagues que l'accord n'est pas présenté aux Parlements des Etats développés faute d'engager les finances de l'Etat. L'Etat en développement n'espère pour sa part qu'une concrétisa-tion.

### 3. Les formules ambiguës

Souvent les contradictions ne sont pas réellement résolues parce que l'accord est réalisé sur des formules ambiguës. Comme exemple de cette situation souvenons-nous de la fameuse résolution 242 du 22 novembre 1967 du Conseil de Sécurité dont le texte anglais et le texte français n'avaient pas la même portée. Le retrait des territoires occupés y était mentionné en

français alors que le texte anglais « *withdrawal from Arab territories* » permettait une interprétation n'exigeant le retrait que de *certain*s territoires occupés.

#### 4. Les formules contradictoires

Parfois le même texte comporte des stipulations contradictoires non par erreur ou par négligence, mais à la suite d'une démarche volontaire. Ainsi l'article 1<sup>er</sup> de la Convention sur le plateau continental du 29 avril 1958 définissait celui-ci comme :

« le lit de la mer (...) jusqu'à une profondeur de 200 mètres ou, au-delà de cette limite, jusqu'au point où la profondeur des eaux surjacentes permet l'exploitation des ressources naturelles desdites régions ».

Deux critères incompatibles étaient ainsi acceptés : l'isobathe de 200 mètres de profondeur et la possibilité d'exploitation.

Un autre exemple peut être trouvé dans la célèbre résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale de l'O.N.U. intitulée *Souverainetés permanentes sur les ressources naturelles* du 14 décembre 1962 dont l'article 4 prévoit :

« une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international ».

Ce qui permettait aux uns d'insister sur la souveraineté étatique et aux autres de s'appuyer sur le droit international qui selon eux consacrerait une indemnisation « juste, prompte et équitable ».

#### 5. Les formules abstraites

De très nombreuses normes sont formulées de manière tellement abstraite qu'elles peuvent être interprétées de manière contradictoire. Dans une telle situation la contradiction n'est pas résolue, elle est masquée, camouflée.

Certes, la résolution 2625 (XV) sur les relations amicales ou la résolution du 14 décembre 1974 sur la définition de l'agression, ont aidé à clarifier les concepts; il n'en demeure pas moins que des concepts comme celui d'agression, de non-intervention ou d'autodétermination des peuples ne sont que partiellement précisés.

Le concept de *jus cogens*, en dépit d'une définition formelle assez stricte (art. 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969), masque mal l'absence de consentement sur le contenu concret de la formule.

## 6. L'accord est-il possible entre Etats appartenant à des régimes politiques, économiques et sociaux différents?

Diverses opinions ont été exprimées en doctrine sur la possibilité d'obtenir un accord réel entre Etats appartenant à des régimes politiques, économiques et sociaux différents.

Si la volonté de l'Etat qui s'exprime dans l'accord doit être considérée comme l'expression de la structure de classe et de la structure économique et sociale de cet Etat, il est difficile de conclure qu'un accord entre Etats à régimes politiques, économiques et sociaux différents puisse être autre chose qu'ambigu ou contradictoire, s'il porte sur ce qui fait l'identité de la structure : dans le domaine économique notamment.

Certains auteurs estiment ainsi que les relations économiques entre les Etats socialistes et les Etats à économie de marché représentent la soumission des premiers aux règles du marché mondial dominé par les Etats capitalistes.

Une discussion similaire eut lieu à propos de la coexistence pacifique. L'accord entre Etats ayant des structures politiques, économiques et sociales affecte-t-il ces structures elles-mêmes?

D'autres auteurs estiment que l'accord est possible car il n'y a pas une totale identité de volonté entre les parties, que l'accord se fait sur les termes sans porter atteinte aux structures qui restent distinctes.

A cet égard, la plus provocante des positions est sans doute celle de la Chine des années 1985 qui proclame le principe d'un Etat ayant deux régimes politiques, économiques et sociaux différents.

## DEUXIEME SECTION

### CONSEQUENCES DU FAIT QUE LA NORME N'A PAS RESOLU LA CONTRADICTION

Comme on l'a dit plus haut, par l'accord international les Etats parties à cet accord ont pour but de résoudre leur contradiction. Ceci se réalise en créant une norme ou une pluralité de normes. Si la contradiction originaire est réglée par la norme, celle-ci sera effective. Les deux parties s'y conformeront.

Si la contradiction originaire demeure, si elle n'a pas été résolue par la norme, le conflit va être transposé de la création de la norme à son application et à son interprétation, à moins qu'une nouvelle norme ne fasse l'objet

d'un nouvel accord. Il peut aussi apparaître qu'une contradiction qui avait disparu réapparaisse. L'effectivité de la norme en sera directement affectée.

### 1. Application et interprétation

Dans les cas vus plus haut des formules ambiguës, contradictoires ou abstraites, la contradiction, non résolue par le texte de la norme, va réapparaître lors de l'application ou de l'interprétation de ce texte. Chaque partie va lutter pour obtenir la consécration de sa propre interprétation, ou pour une qualification des faits conforme à ses intérêts.

Les choses ne sont évidemment pas arrangées dans l'état actuel du droit international, du fait que le système international ne fournit pas des modes de qualification auxquels il faudrait obligatoirement se plier. La compétence de la Cour internationale de Justice est facultative et passablement boudée; le Conseil de Sécurité qui a des pouvoirs est gelé par l'obligation du consensus des membres permanents et la compétence de l'Assemblée générale est contestée.

### 2. Nouvel accord

La contradiction non résolue ne peut être dépassée que si les deux parties à l'accord décident d'être liées par le *même contenu*, c'est-à-dire par un nouvel accord.

Ainsi, la Convention de Montego Bay de 1982 a permis de fixer la largeur de la mer territoriale à 12 milles marins à la suite d'une création de plusieurs concepts nouveaux et de l'adoption de diverses règles équilibrant les intérêts en présence: création d'un concept de «zone économique exclusive» sur une distance de 200 milles marins, et création du concept de «passage en transit» dans les détroits au profit essentiel des grandes puissances qui conservent ainsi une large liberté de passage à des fins stratégiques.

De même, les aspects économiques de l'utilisation de l'Antarctique faisant aujourd'hui ouvertement surface font l'objet de l'attention des réunions consultatives des représentants des parties contractantes du traité de Washington.

### 3. La réapparition de la contradiction rend la norme ineffective

Il peut se passer qu'une norme parfaitement valide, claire et nette, nullement ambiguë, adoptée à un moment où il y avait totale convergence d'opi-

nion entre les parties à l'accord cesse d'être appliquée parce que la convergence disparaît car il y a émergence d'une contradiction consécutive ou réapparition de la contradiction originaire.

On peut illustrer ce propos par quelques exemples. En 1945 les puissances alliées furent unanimes à décider la création des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo. Plus le temps passe, plus on mesure le caractère quasi miraculeux de ces créations qui s'expliquent par l'étroite entente qui présidait à l'époque aux relations entre les alliés. Cette entente exceptionnelle disparue, ce type de justice ne peut plus avoir d'application en dépit des crimes de guerre, des crimes contre la paix ou contre l'humanité qui ont pu se produire depuis.

Dans le même enthousiasme des années 1945, les articles 41 et suivants de la Charte de San Francisco ont établi un système poussé de sécurité collective. Ce système reposait sur un postulat politique: le maintien d'une entente étroite entre les cinq grands. Celle-ci fondit comme neige au soleil après la victoire contre le nazisme et l'impérialisme nippon. Les contradictions entre pays socialistes et pays capitalistes qui avaient été mises en veilleuse pendant la guerre réapparurent après la guerre. L'idée d'une armée internationale sous la direction du Conseil de Sécurité et d'un Comité d'état major (art. 45) n'eut point de lendemain. Elle ne pourrait en avoir que si la contradiction politique était dépassée.

Dans les exemples qui précèdent la contradiction consécutive entraîne la non-utilisation d'une compétence prévue par la Charte, voire la désuétude d'une norme. La situation peut prendre un tour plus grave lorsque la contradiction consécutive entraîne la violation de la norme.

### TROISIEME SECTION

#### LA SOLUTION DES CONTRADICTIONS CONSECUTIVES

##### 1. Le droit comme substitut du rapport de force

L'accord en droit international présente cette caractéristique que ce qui a été obtenu par l'accord ne peut être modifié, sauf convention contraire, que par un nouvel accord. Le droit international ne connaît en principe pas la modification majoritaire du type que l'on rencontre en droit interne à l'initiative du législatif.

Il en résulte qu'à défaut d'accord pour y mettre fin les traités sont théoriquement éternels. Les hypothèses dans lesquelles un traité peut être annulé

ou dans lesquelles il peut y être mis fin sont peu nombreuses et les conditions sont difficiles à remplir. De nombreuses situations pouvant expliquer politiquement le souci de se désengager d'un traité ne sont pas des hypothèses retenues par le droit. Ainsi, la non-représentativité démocratique du gouvernement qui a conclu le traité, la situation d'inégalité des parties sur le plan politique ou économique, l'absence d'avantages mutuels découlant du contenu du traité, etc...

Le traité imposé à la faveur d'une inégalité dans le rapport de force constitue une forme de contrainte que le droit international ne prohibe pas. Au contraire la forme « traité » va consacrer en droit le rapport de force et lui apporter sa force autonome. Le droit consacre la continuation du rapport de force sous une nouvelle forme. Le droit est un substitut au rapport de force.

Ainsi, les Etats-Unis purent, grâce à des conditions politiques et économiques particulièrement favorables imposer leur souveraineté au début de ce siècle à Panama sur le canal interocéanique et à Cuba sur la base de Guantanamo. Aujourd'hui même si le rapport de force est changé, il n'en résulte pas moins que les traités signés qui le consacrent ont un poids autonome par leur seule forme juridique. Le droit est devenu un élément fondamental du rapport de force.

## 2. Adoption d'une nouvelle norme ou violation de l'ancienne

Les conditions d'aujourd'hui ne sont plus celles du début du siècle; un nouveau rapport de force est né, de nouvelles contradictions apparaissent. On l'a vu à Panama. Ces nouvelles contradictions ne peuvent être résolues que par un nouvel accord. C'est ce qui s'est passé à propos du canal de Panama avec l'accord Carter-Torrijos.

Si la contradiction est trop aiguë, si aucun accord nouveau n'est réalisé et si le rapport de force est globalement favorable, la partie qui s'estime désavantagée par l'accord sera tentée de résoudre la contradiction en violant l'accord.

On peut donner quelques illustrations de cette situation.

Ainsi le traité d'amitié de commerce et de navigation entre la Belgique et la Chine signé à Pékin le 2 novembre 1865 ne contenait de clause de dénonciation qu'en faveur de la partie belge. Néanmoins le 15 avril 1926 la Chine dénonça le traité. La Belgique dans un premier temps saisit la Cour

permanente de justice internationale pour faire constater l'illégalité du procédé. La Cour qui juge en droit lui aurait sans doute donné raison. La sagesse politique l'emportant, la Belgique renonça à son action et conclut avec la Chine, au nom de l'U.E.B.L. un nouveau traité d'amitié et de commerce à Nankin le 22 novembre 1928.

Le droit de la colonisation établi au cours du XIX<sup>e</sup> siècle dut faire face à partir des années 1950 à de nouvelles contradictions. Les peuples colonisés intéressés n'eurent alors d'autre choix pour conquérir leur indépendance que la répudiation du droit ancien et la violence. Pensons aux guerres d'Indochine, d'Indonésie, d'Algérie, le recouvrement par l'Inde de Goa, etc... Il s'agissait, selon le droit international de l'époque de claires violations du droit. Mais bientôt c'est tout le droit de la décolonisation qui allait s'écrouler, les violations qu'il avait subies étant les signes avant-coureurs de l'émergence du droit à la décolonisation.

De la même manière s'établit aujourd'hui un droit tendant à instaurer un nouvel ordre économique international, en particulier la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Un nouveau droit émerge non sans résistance de la part des puissances occidentales, nous y reviendrons.

Longtemps quelques Etats occidentaux ont considéré toute revendication de mer territoriale au-delà de trois milles marins comme une violation du droit coutumier international, en particulier de la liberté de la haute mer. La convention de Montego Bay de 1982 est venue consacrer une pratique contraire devenue entre-temps clairement majoritaire.

La règle du partage du plateau continental par le principe de l'équidistance établie par la convention de 1958 a fait l'objet de contestation par les Etats qui estimaient que ce critère aboutissait pour eux à des solutions inéquitables. Ici encore la Convention de Montego Bay a introduit un nouveau critère, celui des « principes équitables » — qui ne manque au demeurant pas d'ambiguïté.

### 3. Les nouvelles normes inefficaces: le droit proclamatoire

Il est devenu banal aujourd'hui de constater qu'à l'Assemblée générale de l'O.N.U., la majorité appartient de manière écrasante aux Etats du tiers-monde, majorité souvent renforcée par l'appui des voix des Etats socialistes. C'est ce que l'Occident, oublieux qu'aux origines de l'O.N.U. il fut bénéficiaire de la même situation, appelle aujourd'hui « la dictature de la majorité ».

Cette majorité est en mesure de proclamer de nouvelles normes de droit en dépit du vote contraire ou de l'abstention des pays occidentaux et quelques alliés.

On pourrait donner de nombreux exemples de cette situation : la charte des droits et des devoirs économiques des Etats, le nouvel ordre de l'information ou encore des résolutions prenant position juridiquement sur divers conflits (Rhodésie, Afrique du Sud, Namibie, Palestine, Sahara occidental, etc...).

En proclamant de telles règles ou de telles qualifications la volonté de la majorité est de renverser le rapport de force et de modifier la situation actuelle. Toutefois, si cette majorité peut modifier la règle de droit — à tout le moins dans les rapports entre Etats qui acceptent les nouvelles formulations — elle ne peut forcer le bloc occidental — ou les pays socialistes lorsque c'est d'aventure eux qui sont visés (Afghanistan, Kampuchea par exemple) — à modifier leur position.

Si la minorité est capable de changer les règles ou de recommander des comportements sans avoir les moyens matériels pour mettre les uns ou les autres en œuvre, ces règles ou recommandations sont inefficaces, il s'agit du droit proclamatoire pour utiliser la terminologie de Mme Chemillier-Genreau à Reims.

Cette analyse s'applique non seulement aux résolutions de l'O.N.U. mais encore à certains traités. Ainsi, pour ce qui est de la Convention sur le droit de la mer de Montego Bay, la partie relative à la zone du fond des mers pourrait demeurer inefficace si une formule d'entente n'est pas trouvée avec les pays dits investisseurs pionniers.

On pourrait considérer que l'adoption de ces règles purement proclamatoires représente une illusion et n'a aucun intérêt. Ce serait une erreur. En fait, la majorité en changeant la règle de droit affecte bien le rapport de force dans la mesure où la règle de droit ne pourra plus être invoquée — avec son poids autonome — contre la majorité.

Ceux qui contestent la situation ancienne trouveront dans le nouvel énoncé juridique un appui à leur cause qui n'est pas négligeable.

## NOTES

<sup>1</sup> Ch. Perelman, notamment dans «A propos de la règle de droit. Réflexions de méthodes», *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 321.

<sup>2</sup> Principalement «Les méthodes d'analyse en droit international», *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Reims*, rapport de Charles Chaumont: sur l'institution fondamentale de l'accord entre Etats, p. 241-266, A.R.E.R.S. 1974 et «A la recherche du fondement du caractère obligatoire du droit international», *Réalités du droit international contemporain, 1*, Centre d'études des relations internationales, Faculté de droit de Reims, 1976 et «La relation du droit international avec la structure économique et sociale», *Réalités du droit international contemporain, 2*, Centre d'Etudes des relations internationales, Reims, 1978.



# Le juge, ministre du sens

par François RIGAUX

## Introduction

1. Dans le *Traité de l'argumentation* qu'il a écrit en collaboration avec Mme Olbrechts-Tyteca, le professeur Chaïm Perelman a attribué au juge une tâche difficile, celle de découvrir le sens des mots utilisés par le législateur, et il lui a reconnu un pouvoir redoutable, à savoir imprimer l'autorité de la loi elle-même à l'interprétation judiciaire de celle-ci. La pensée de notre regretté collègue va bien au-delà du seul domaine du droit. A de nombreuses reprises il a invité les philosophes à emprunter aux ressources de l'herméneutique juridique, il les a découragés de rechercher une vérité absolue et universelle. Il n'existe pas de vérité hors d'une société historiquement donnée, ayant su constituer une communauté de pensée : sont vraies les croyances auxquelles adhèrent spontanément les membres de cette société ou celles dont la vérité est attestée par «les docteurs de la loi», autorité socialement reconnue.

«Contrairement au droit naturel et à la théologie rationnelle, le droit et la théologie positifs, liés par des textes bien déterminés, constituent des domaines d'argumentation spécifiques»<sup>1</sup>.

L'argumentation est une méthode dialectique dont l'efficacité implique non seulement «une communauté des esprits effective»<sup>2</sup>, et la référence à un texte socialement accepté, mais encore un organe apte à donner de ce texte une interprétation qui, dans les limites où elle est prononcée, fasse autorité.

2. Le déroulement d'un procès est par excellence le lieu d'une organisation socialement contrôlée. Durant l'instance en cassation, l'administration de la justice est épurée des considérations purement circonstanciées, l'effort des plaideurs et l'office du juge se concentrant sur les seules questions de droit auxquelles appartient incontestablement le respect des règles de l'argumentation. Pour rendre hommage au professeur Perelman il a paru adéquat de rechercher dans la jurisprudence de la Cour de cassation ainsi que dans quelques arrêts de juridictions internationales une illustration des intuitions fondamentales de notre éminent collègue. Trois thèmes ont été retenus : la notion de « sens usuel » des termes, l'obligation d'interpréter ceux-ci « dans leur contexte », et les conditions auxquelles le juge peut, pour l'interprétation des termes d'un acte juridique privé, s'écarter du sens usuel de ceux-ci.

### § 1<sup>er</sup>. La notion de « sens usuel » des termes

3. Comme le professeur Perelman l'a fait observer à plusieurs reprises, le langage du droit n'est pas formalisé. Même les concepts techniques dont le législateur a donné une définition « arbitraire »<sup>3</sup> ou artificielle n'échappent pas à la nécessité de recourir aux mots du langage naturel<sup>4</sup>, du langage courant<sup>5</sup>, du langage habituel<sup>6</sup> ou usuel<sup>7</sup>, de la langue vivante<sup>8</sup>, auxquels appartiennent les termes utilisés dans la définition elle-même. L'expression « langue vivante » est très significative, elle ne vise pas seulement une langue qui vit, ayant des locuteurs actuels, mais aussi une langue exprimant les expériences vécues par ceux-ci. A la différence des langues dites « abstraites », même non formalisées comme celle de la science du droit par exemple, le langage utilisé par le praticien du droit évoque des faits de la vie humaine, des rapports de vie. Rapport de vie (*Lebensverhältnis*) et rapport de droit (*Rechtsverhältnis*) ne sont pas séparables : pour que le premier puisse être subsumé par le second, il faut qu'un langage commun les unisse. Quand il vise telle situation humaine particulière, le concept juridique se laisse réduire aux termes — eux-mêmes abstraits d'ailleurs — par lesquels sont conceptualisés les éléments proprement existentiels de ce qu'ont pu vivre ou éprouver les acteurs sociaux. Seul le langage poétique parvient à reconstruire la singularité d'une expérience vécue, mais le juriste ne parle jamais qu'en prose, il ne saurait pénétrer l'ineffable.

4. La doctrine exégétique de la plénitude du texte de la loi établissait une distinction plus tranchée entre les mots que le législateur avait consacrés (au sens plénier de ce dernier terme) et le langage vulgaire. L'évolution de la terminologie des ouvertures à cassation est très significative à cet égard. L'article 3 du décret des 27 novembre - 1<sup>er</sup> décembre 1790 prescrit au tribunal de cassation d'annuler « tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi », l'article 7, alinéa 2, de la loi du 20 avril 1810

et l'article 17, alinéa 2, de la loi du 4 août 1832 visent seulement la «contravention expresse à la loi»; l'épithète «expresse» disparaîtra dans les rédactions ultérieures, celle de l'article 20 de la loi du 25 mars 1876 et de l'article 608 du Code judiciaire.

A l'époque où la contravention à la loi devait être «expresse», seule la méconnaissance d'une définition formulée par le législateur lui-même donnait ouverture à cassation. Quand, au contraire, un concept juridique n'avait pas été défini par une disposition de la loi, il ne pouvait être compris qu'à la lumière du langage courant ou usuel et paraissait par là même abandonné à la souveraine interprétation du juge du fond<sup>9</sup>. A une époque d'identification du droit et de la loi, ce qui ne figurait pas dans un texte législatif ne pouvait qu'appartenir au domaine du fait et être ainsi soustrait au contrôle de légalité.

5. Les faits de langage — car telle est leur qualification correcte, à la lisière de l'ordre juridique — pénètrent par deux voies dans le domaine du droit, l'une qu'on peut situer en amont du texte, l'autre en aval.

a) Si l'on suppose une disposition de la loi qui vient d'être mise en vigueur et n'a pu dès lors être appliquée et par conséquent interprétée par un juge, comment l'interprète accomplira-t-il sa tâche? Sans doute les termes de la disposition nouvelle doivent-ils être compris selon le sens que leur confèrent les définitions particulières qui l'accompagnent<sup>10</sup> et, de manière plus générale, par la place qu'elle occupe dans l'ordonnement juridique global. Un ordre juridique forme un réseau conceptuel très complexe, tantôt lâche, tantôt serré, dont les diverses parties s'éclairent mutuellement.

La cohérence de l'ensemble aboutit à une semi-formalisation du langage juridique, ce qui contribue sans doute à faire paraître le droit hermétique aux non-initiés<sup>11</sup>. Il est cependant impossible d'enfermer la signification de tous les concepts juridiques dans un réseau de définitions portées par le législateur lui-même. Si loin qu'on repousse les frontières du champ conceptuel exprimé, celui-ci s'alimente nécessairement à un fonds linguistique qui n'a pas encore livré toutes ses possibilités de locution, au non encore dit.

Ce qui est vrai du lexique — le législateur emprunte ses mots au vocabulaire commun — se vérifie à plus forte raison pour la syntaxe. L'ordre et la disposition des mots, la construction de la phrase, parfois le déplacement ou l'omission d'une virgule guident la compréhension de l'interprète. Sous le double aspect de la lexicologie et de la syntaxe, les règles du langage appartiennent aux *maximes d'expérience*<sup>12</sup>, c'est-à-dire à un ensemble de connaissances et de pratiques qui, sans être proprement juridiques, s'incorporent nécessairement à l'œuvre du législateur. L'expérience du langage précède l'adoption d'un texte par le législateur. Aucune disposition de la

loi ne saurait être comprise par ses destinataires si gouvernants et gouvernés ne partageaient une expérience linguistique commune.

b) A l'œuvre d'interprétation de la loi le juge confère une autorité particulière. Mais s'il lui est interdit de «prononcer par voie de disposition générale et réglementaire» (C. jud., art. 6), il ne saurait saisir le sens de la loi et conférer à son interprétation l'autorité de la chose jugée s'il ne se référerait lui-même aux expériences linguistiques communes. C'est par là notamment que la décision judiciaire individuelle participe à une œuvre collective. Les règles d'expérience du langage auxquelles le juge ne saurait manquer de puiser sortent enrichies de ses mains. Chaïm Perelman a très justement souligné l'interaction qui s'établit entre le champ de compréhension d'un concept et la décision judiciaire qui a interprété celui-ci<sup>13</sup>. Les notions juridiques recueillent une part appréciable de leur signification de l'usage qui en est fait dans les litiges particuliers. Le juge crée de nouveaux faits linguistiques, les circonstances propres aux situations dont il est saisi lui font inventer des locutions inédites, mais en même temps celles-ci, comme toute innovation linguistique, viennent accroître le patrimoine commun de tous les locuteurs. Telle est la véritable portée du précédent judiciaire, l'invention de significations nouvelles ne pouvant lier, à l'avenir, ceux qui, par d'autres découvertes, élargiront encore le domaine de compréhension du texte original. Dans la mesure où les règles d'expérience situées en amont du texte sont recueillies par le juge et incorporées à une décision interprétative, elles reparaissent en aval du même texte auquel elles confèrent un sens nouveau : plus exactement, le juge choisit entre les interprétations multiples que le texte peut recevoir, il en privilégie une pour l'usage partiel qu'il en fait et ce choix provisoire inspire d'une manière qui n'est pas impérative les interprétations ultérieures du même texte.

6. Depuis le début du siècle, la Cour de cassation n'hésite plus à tenir pour une question de droit l'interprétation des termes non définis par le législateur. Elle procède à ce contrôle, tant en matière civile :

«Si la loi n'a pas défini la vue droite ou fenêtre d'aspect dont l'établissement est prohibé par les articles 678 et 679 du Code civil, l'interprétation qu'il faut donner à ces mots est une question de droit soumise à l'appréciation de la Cour de cassation, appelée à déterminer la portée de ces dispositions et à vérifier si elles ont été justement appliquées à la situation de fait souverainement constatée par les juges du fond»<sup>14</sup>

qu'en matière pénale :

«Le législateur n'ayant pas défini l'état d'ivresse (dans l'arrêté-loi du 14 novembre 1939), il convient de donner à cette expression son sens usuel; dans le langage courant, une personne ivre est celle qui se trouve sous l'influence de la boisson au point de n'avoir plus le contrôle permanent de ses actes, sans avoir nécessairement perdu la conscience de ceux-ci»<sup>15</sup>.

Sans insister sur le caractère téléologique de la définition imputée au « langage courant » par la Cour de cassation (la perte du contrôle permanent de ses actes est une conséquence de l'état d'ivresse, qui n'est point propre à cet état, et qui justifie l'incrimination pénale, notamment de ceux qui se livrent, en cet état, à une activité dangereuse pour autrui), on notera que les termes de la définition jurisprudentielle ont une signification normative équivalente à celle de la loi elle-même. Grâce à l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation les termes du « langage courant » se transforment en notions juridiques. La vérité de la loi se situe en aval de celle-ci plutôt qu'en amont, la référence au « sens usuel » ou au « langage courant » étant de pures clauses de style derrière lesquelles s'abrite l'interprétation choisie par le juge. On serait bien en peine d'identifier le groupe de locuteurs pour lequel l'expression « état d'ivresse » a le sens retenu dans l'arrêt du 18 janvier 1951. Il importe peu, après que la juridiction suprême a marqué cette interprétation du sceau de son autorité.

7. A la vérité, et c'est ici que la théorie de l'argumentation se révèle la plus féconde, l'extension du contrôle de légalité aux règles d'expérience du langage est appuyée sur le contrôle de la motivation des décisions judiciaires et notamment de l'obligation faite au juge du fond de répondre aux conclusions des parties, Quand celles-ci ont noué le débat judiciaire autour de ce que chacune d'elles propose comme le sens usuel de la disposition législative, le juge du fond est tenu, s'il ne veut être cassé pour défaut de réponse aux conclusions, de choisir entre les interprétations controversées, et la Cour de cassation elle-même ne saurait manquer d'ajouter au texte de la loi la glose qui lui paraît appropriée. Quand, au contraire, la motivation du juge du fond a pu, sans omettre le devoir de répondre aux conclusions des parties, affirmer dans les termes mêmes de la loi que les faits litigieux sont établis, sa décision sera qualifiée de « souveraine en fait » et soustraite à tout contrôle de légalité<sup>16</sup>.

Les vices d'argumentation, même en ce qui concerne les pures questions de fait, donnent eux-mêmes prise à un contrôle de légalité, par la voie de la critique des fautes de raisonnement, notamment l'ambiguïté et la contrariété des motifs, assimilées par la Cour de cassation à une absence de motif<sup>17</sup>.

## § 2. L'interprétation des termes dans leur contexte

### A. *Par le juge international*

8. Dans l'article 31, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui a codifié une pratique coutumière antérieure, il est aussi fait référence au sens ordinaire des termes dans leur contexte, cette

disposition prévoyant ensuite l'obligation d'interpréter le traité « à la lumière de son objet et de son but »<sup>18</sup>.

Remontant à Grotius, le concept de sens ordinaire ou usuel (« *ordinary meaning* ») a été mis en œuvre dans des décisions judiciaires internationales ayant précédé la rédaction de la Convention de Vienne. Elle apparaît dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale :

« Le service postal que la Pologne est fondée à établir dans le port de Dantzig doit être entendu dans son sens ordinaire, c'est-à-dire comme comportant les attributions normales d'un service postal en ce qui concerne la levée et la distribution d'envois postaux en dehors du bâtiment postal. En l'absence de réserve expresse, on ne peut déduire du texte d'un traité des limitations ou des restrictions quelconques à cet égard, tant ces limitations offriraient un caractère exceptionnel »<sup>19</sup>.

« Le sens géographique du terme 'Groënland', c'est-à-dire la dénomination qui est généralement employée dans les cartes pour indiquer l'île tout entière, doit être considéré comme l'acception usuelle de ce terme. Si l'une des Parties allègue qu'un sens inusité ou exceptionnel doit y être attaché, c'est cette Partie qui doit établir le bien-fondé de ce qu'elle avance »<sup>20</sup>

comme dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice :

« Pour admettre une autre interprétation que celle qu'indique le sens naturel des termes, il faudrait une raison décisive qui n'a pas été établie »<sup>21</sup>.

« Quand la Cour peut donner effet à la disposition d'un traité en donnant aux mots dont on s'est servi leur sens naturel et ordinaire, elle ne peut interpréter ces mots en cherchant à leur donner une autre signification »<sup>22</sup>.

« S'il est exact que la lettre du texte n'exclut pas absolument la possibilité d'une désignation d'un tiers membre avant la désignation par les parties de leurs commissaires respectifs, il n'en est pas moins vrai que le sens naturel et ordinaire des termes employés indique que la désignation par les parties de leurs propres commissaires a été envisagée comme précédant celle du tiers membre »<sup>23</sup>.

9. L'interprétation d'un traité dans son contexte comporte, pour le juge international, des éléments spécifiques. Le contexte est, ici, celui de sujets du droit des gens qui, hormis les règles coutumières obligatoires de droit international général, ne sont juridiquement tenus les uns à l'égard des autres que si la volonté de s'engager est certaine et dans les strictes limites de l'objet dont ils sont convenus. Au droit international fait défaut la plénitude formelle de l'ordre juridique étatique. Dans les domaines où l'Etat n'est pas tenu par une obligation internationale préexistante ou par un acte de sa volonté, il exerce dans leur intégralité ses attributs de souveraineté. Toute différente est la situation des acteurs sociaux relevant eux-mêmes de la juridiction des Etats, qui n'ont d'autres prétentions à faire valoir que celles qu'ils puisent dans une norme positive.

La différence entre l'interprétation d'un traité par le juge international et celle d'une loi ou d'un acte juridique privé par le juge interne apparaît encore plus considérable si l'on compare à la nature volontaire ou contrac-

tuelle de la juridiction du premier le caractère obligatoire de la compétence exercée par le second. Comme l'arbitre du droit privé le juge international doit trouver dans la volonté des parties la source de son pouvoir de juridiction. Quand le différend relatif à l'interprétation d'un traité a pour objet le principe ou l'étendue de la compétence déferée au juge, celui-ci a généralement préféré une interprétation restrictive des termes de la clause de juridiction<sup>24</sup>.

### *B. Par le juge interne*

10. Une autre différence entre le juge interne et le juge international est que le premier doit appliquer et, par conséquent, interpréter des normes appartenant à d'autres ordres juridiques que le sien. En de tels cas le « sens usuel » des termes doit lui-même être emprunté aux règles d'expériences développées dans l'ordre juridique d'où provient la norme appliquée par le juge interne. Les quatre hypothèses les plus intéressantes sont : l'interprétation de la disposition directement applicable d'un traité international, l'interprétation du droit communautaire, celle d'une loi étrangère et celle d'une notion coutumière de droit des gens incorporée à une loi interne. En chacune de ces quatre hypothèses le « contexte » de la norme à interpréter est l'ordre juridique dont elle est extraite mais dont elle ne peut sortir qu'accompagnée des règles d'expérience propres à cet ordre juridique.

11. Quand le juge interne applique au litige dont il est saisi la disposition d'un traité international, il soumet celle-ci aux règles d'interprétation en vigueur dans l'ordre juridique international, le « sens usuel » des termes étant celui qui a cours dans les relations interétatiques. Le principe est trop bien attesté<sup>25</sup> pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Ainsi se bornera-t-on à deux observations.

La première concerne un problème connexe, celui de l'interprétation de la disposition législative de droit interne dont il est allégué qu'elle est incompatible avec un traité plus ancien. Pour éviter de devoir trancher le conflit en vertu du principe de supériorité du traité sur la loi<sup>26</sup>, les cours et tribunaux se sont efforcés de donner aux termes de la loi un sens compatible avec l'obligation internationale que le législateur ne pouvait enfreindre dans l'ordre interne<sup>27</sup>. Celle-ci forme le contexte dans lequel la loi a été adoptée et elle commande d'infléchir de la manière appropriée le sens des mots utilisés par le législateur.

La deuxième observation se réfère au conflit d'interprétation qui a, voici quelques années, opposé la Cour de cassation à la Cour européenne des droits de l'homme à propos du sens des mots « droit civil » dans l'article 6, 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

des libertés fondamentales. Avant que la Cour européenne ne se fût prononcée sur ce point, la Cour de cassation avait, pour l'interprétation de normes du droit interne, soustrait certaines procédures disciplinaires à la publicité des débats prévue par la norme conventionnelle. A la règle d'expérience du droit interne vint ensuite s'opposer une règle différente dégagée par la Cour européenne. Dans deux arrêts postérieurs à l'interprétation proclamée par la juridiction internationale, la Cour de cassation a d'abord persévéré dans sa propre interprétation. Toutefois, après que la Cour européenne eut confirmé sa jurisprudence, la Cour de cassation s'est, dans un troisième arrêt, ralliée à l'interprétation de cette haute juridiction<sup>28</sup>.

Aucun des trois arrêts de la Cour de cassation ne contient la moindre allusion à l'interprétation de la Cour européenne. Comment expliquer tant le revirement de jurisprudence que ce que d'aucuns ont tenu pour un entêtement de la Cour de cassation? Il est certain, d'abord, que les arrêts de la Cour européenne ayant interprété à propos de litiges particuliers une disposition de la Convention n'ont pas, à l'égard de contestations ultérieures, l'autorité de la chose jugée. Ils n'ont d'autre force que celle d'un précédent qui ne saurait lier les juridictions des Etats dans lesquels la Convention est en vigueur non plus qu'ils n'empêchent la Cour européenne de modifier sa propre jurisprudence. Mais, selon ce qui a été indiqué ci-dessus (n° 5), ils constituent une règle d'expérience non obligatoire explicitant le texte normatif. Il est certes paradoxal que le précédent judiciaire privé de force obligatoire dans son propre ordre juridique acquière une vertu supérieure dès qu'il pénètre dans un autre ordre juridique. Pourquoi la Cour de cassation s'est-elle — de manière implicite certes — inclinée devant la force de précédent des arrêts de la Cour européenne alors que ni l'une ni l'autre de ces deux hautes juridictions n'est liée par ses propres interprétations? L'explication la plus satisfaisante consiste à attribuer force obligatoire, non pas au contenu de la règle d'expérience de l'ordre juridique auquel la norme appartient par son origine, mais à l'obligation d'incorporer à celle-ci les interprétations provisoires qu'elle a reçues de la juridiction suprême de cet ordre juridique.

12. Les normes en vigueur dans l'ordre juridique des Communautés européennes partagent avec les dispositions du Titre premier de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une particularité notable : bien que les unes comme les autres appartiennent à un ordre juridique distinct du droit étatique, les contestations relatives aux droits subjectifs qu'elles confèrent relèvent pour l'essentiel de la compétence des juridictions des Etats parties au traité international. Les conditions dans lesquelles la juridiction non étatique est appelée à « contrôler » la correcte application respectivement de la norme internationale et du droit communautaire sont toutefois très différentes les unes des autres. La Cour européenne des droits de l'homme ne peut être saisie que d'une transgression

de la Convention commise dans l'ordre interne d'un Etat ayant accepté la juridiction de la Cour et après qu'a été constaté l'épuisement des voies de recours interne. Au contraire, le traité de Rome a organisé une harmonisation préventive, par l'obligation de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle d'interprétation du droit communautaire avant qu'il n'ait été prononcé sur l'ultime recours de droit interne. Par l'obligation de se conformer à l'interprétation reçue en réponse à la question préjudicielle, le droit communautaire met en œuvre le principe énoncé sous le numéro précédent, à savoir que l'interprétation donnée par la Cour fait corps avec la norme interprétée et acquiert à l'égard du litige au cours duquel la question a été posée une force obligatoire équivalente à celle de la norme elle-même. Selon la jurisprudence de la Cour, l'interprétation ainsi donnée a en outre valeur de précédent pour les litiges ultérieurs, dans tous les Etats membres de la Communauté, les juridictions de ces Etats ne pouvant par la suite s'écarter de cette interprétation sous réserve de la faculté, qui leur est reconnue, de réitérer la même question où une question analogue<sup>29</sup>. Les articles 169 à 171 du traité CEE organisent aussi un véritable contrôle du respect du droit communautaire par les juridictions des Etats membres en permettant à chacun de ceux-ci et à la Commission de saisir la Cour d'un grief de violation du droit communautaire dont serait accusé l'Etat dans lequel, après épuisement des voies de recours interne, une transgression du traité, et notamment de l'article 177, aurait été constatée.

13. L'évolution suivie par la Cour de cassation en ce qui concerne les méthodes d'interprétation de la loi étrangère fait apparaître comment d'une détermination du sens usuel des termes de la disposition de droit étranger selon les règles d'expérience élaborées par la *lex fori* elle est passée à la réception de la loi étrangère avec les règles d'expérience secrétées par l'ordre juridique dont cette loi est originaire. L'hypothèse la plus significative est évidemment celle d'une norme étrangère libellée dans des termes identiques à ceux qui portent la disposition analogue de la *lex fori*. Plus caractéristique encore le cas dans lequel les deux normes ont pour source le même acte législatif. Il en est ainsi notamment pour les dispositions du Code civil promulguées à l'époque où le territoire actuel de la Belgique faisait partie de la République française. Après l'indépendance belge d'assez nombreux articles du Code ont reçu des interprétations différentes des deux cours de cassation. Même quand, prétendant déceler la volonté du législateur unique, certains arrêts sont conduits à des appréciations incompatibles, il est clairement démontré que la vérité du texte ne se trouve pas en deçà de la loi mais au-delà, dans la signification que les cours et tribunaux y impriment.

Si la détermination du «sens usuel» des termes se fondait sur une herméneutique purement textuelle, comment la jurisprudence de chacun des deux pays pourrait-elle conférer aux mêmes mots des sens différents selon que la

disposition interprétée appartient à la *lex fori* ou à la loi de l'autre Etat? Telle fut aussi, dans un premier temps, l'attitude de la Cour de cassation de Belgique, qui refusa d'incorporer à une disposition de la loi française les interprétations de la jurisprudence française, alors qu'elles s'écartaient du sens reconnu au même texte dans l'ordre interne belge<sup>30</sup>.

Si on accepte au contraire que le sens usuel des termes ne porte pas une pure référence aux lois du lexique et de la syntaxe mais qu'il véhicule les particularités des litiges individuels respectivement déférés aux deux réseaux juridictionnels et subit l'influence d'autres changements législatifs survenus de manière autonome en chacun des deux pays, il est plus aisé de comprendre que, dans un second temps, la Cour de cassation ait accepté d'attribuer à une disposition du Code civil français le sens qu'y avait conféré la jurisprudence française, alors que la disposition linguistiquement identique du droit belge avait reçu et conserverait en Belgique une signification différente<sup>31</sup>.

La différence entre l'interprétation du droit étranger et celle d'une norme de droit international ou de droit communautaire est sans doute moins accusée que l'auteur de la présente contribution a pu le croire et l'exprimer dans des publications antérieures<sup>32</sup>. Sans doute demeure-t-il que le lieu d'application d'une norme étatique est par excellence l'ordre juridique auquel elle appartient, ce qui impose aux juges des autres Etats de s'abstenir de toute recherche propre du sens usuel des termes de cette norme quand un tel sens est procuré par les interprétations judiciaires du même pays. A la différence du droit étranger, les dispositions protectrices des droits de l'homme et le droit communautaire n'ont pas de lieu propre d'application en dehors des ordres juridiques respectifs des Etats parties au traité international. Les autorités chargées de donner aux sources non étatiques l'application directe voulue par les Etats contractants sont aussi compétentes pour les interpréter. Toutefois les mécanismes par lesquels le traité international s'efforce d'assurer une application et, partant, une interprétation uniformes des normes communes confèrent à une juridiction internationale le pouvoir d'exercer un contrôle régulateur dont l'exercice dévoile la signification de ces normes en des termes qui s'incorporent à la norme elle-même tant que la juridiction commune n'a pas revu ses critères et qui, dès lors, s'imposent provisoirement aux juridictions étatiques.

14. Avec les hypothèses dans lesquelles les juridictions d'un Etat appliquent une norme provenant d'un autre ordre juridique, soit parce qu'il s'agit d'une règle de droit international ou de droit communautaire directement applicable dans l'ordre interne, soit en vertu d'une règle de conflit de lois, il ne faut pas confondre les dispositions de droit étatique à l'hypothèse desquelles appartient un concept emprunté à un autre ordre juridique. Parmi les nombreux exemples de cette quatrième hypothèse<sup>33</sup>, on en retiendra un

seul, jugé particulièrement significatif. Après la libération du territoire, le législateur belge a assuré la répression de certains crimes de guerre par les tribunaux nationaux en introduisant dans la qualification des infractions une référence à «la violation des lois et coutumes de la guerre». Pour contrôler la légalité de l'interprétation donnée à l'article 2 de la loi du 20 juin 1947, la Cour de cassation a vérifié si l'arrêt attaqué avait donné à l'expression «infractions tombant sous l'application de la loi pénale belge, commises en violation des lois et coutumes de la guerre» «une portée conciliable avec leur sens usuel en droit public international». Dans ses conclusions, M. Hoyoit de Termicourt, alors premier avocat général, ne négligea pas de se référer sur ce point au statut du Tribunal militaire international, non point comme traité international, inapplicable par les tribunaux belges alors qu'il n'avait pas reçu l'assentiment des Chambres législatives, mais «envisagé comme élément d'appréciation de l'état actuel du droit public international»<sup>34</sup>.

### § 3. Les conditions auxquelles le juge peut s'écarter du sens usuel des termes d'une convention pour l'interprétation de celle-ci

15. Le contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés est sans doute l'un des problèmes les plus intéressants et les plus délicats qui aient été soumis à la Cour de cassation. Alors que l'interprétation de la loi est de manière immédiate une question de droit, ce n'est que par le biais de la force légalement obligatoire du contrat que la «dénaturation» des termes de l'acte juridique privé peut donner ouverture à cassation. S'il est vrai que la volonté d'agents juridiques privés est, comme telle, une question de fait, en principe soustraite au contrôle de légalité, dès le moment où un juge est invité à donner à l'acte juridique privé les effets obligatoires qui lui appartiennent légalement il y imprime sa propre autorité: dès lors, quand il trahit le sens des termes utilisés par les contractants, loin de conférer force obligatoire à la volonté des parties il accorde la sanction de la loi à ce que les parties n'ont pas réellement voulu et il transgresse l'article 1134 du Code civil. Tel est d'ailleurs le motif de cassation correctement retenu par la Cour de cassation de France dans une telle hypothèse. En Belgique le moyen de cassation est souvent déduit de «la violation de la foi due aux actes» (C. civ., art. 1319, 1320 et 1322), mais cette divergence de motivation est sans importance pour l'analyse des problèmes que suscite, sous ces deux formes, l'ouverture à cassation fondée sur la fausse interprétation d'un acte juridique privé<sup>35</sup>.

16. Le problème essentiel est de tracer les limites du contrôle de légalité dans une matière où si, elle s'avance trop loin dans l'appréciation des faits,

la Cour de cassation risque de se transformer en troisième degré de juridiction.

Comment s'y prendre pour déterminer, à propos des actes juridiques privés, la notion de «sens usuel des termes»? Quand cette expression se réfère aux termes de la loi, il est permis de se fier aux règles d'expérience communes au juge, au législateur et aux agents du pouvoir exécutif: il y a lieu de présumer que les différents organes de l'Etat partagent des pratiques linguistiques sensiblement équivalentes. En revanche, l'une des difficultés d'interprétation suscitées par les actes juridiques privés a pour cause l'existence de pratiques langagières déviantes, la généralité des citoyens ne donnant pas aux mots qu'ils utilisent le sens qui est «usuel» pour les professionnels du droit et de l'administration publique. On s'aperçoit alors que l'expression «sens usuel des termes» ne désigne pas une pratique linguistique universelle, commune à tous les locuteurs potentiels de l'ordre juridique de référence, mais qu'elle a, elle-même, un sens particulier, qu'elle est une espèce de langue savante, semi-formalisée, à mi-chemin entre un discours proprement artificiel et le langage «vivant» ou le langage «commun». Au demeurant, cette dernière expression est elle-même impropre, car dans une société dont tous les locuteurs parlent «la même langue», il existe des pratiques linguistiques extrêmement diversifiées, selon les milieux, les classes sociales, voire au gré des circonstances dans lesquelles le même groupe de locuteurs recourt à l'instrument du langage<sup>36</sup>.

17. Quand, dans certains arrêts qui datent un peu, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif

«que le moyen ne se fonde pas sur la méconnaissance des termes du contrat... mais uniquement sur la fausse interprétation de la volonté des contractants»<sup>37</sup>,

elle se réfère sans doute au sens des termes tel qu'il est perçu par des praticiens du droit. On notera, au passage, que, pour rejeter le pourvoi sur un tel motif, la Cour de cassation doit nécessairement interpréter elle-même «les termes du contrat» et, y comparant l'interprétation du juge du fond, affirmer la convergence de ces deux interprétations<sup>38</sup>. Les règles d'expérience du langage sont, par là même, incorporées au contrôle de légalité.

18. De même que la référence à l'interprétation donnée à une loi étrangère par la jurisprudence du pays auquel cette loi appartient est spécialement significative si pareille interprétation est préférée à celle que les cours et tribunaux donnent à la disposition identique de la *lex fori* (voy. supra, n° 13), le contrôle de «la foi due aux actes» prend toute son ampleur quand le juge du fond s'est écarté du «sens usuel» des termes pour mieux serrer la volonté réelle des parties. Dans une hypothèse comme dans l'autre, la Cour de cassation prend en considération le «contexte» spécifique, soit de la norme, soit de l'acte juridique privé, dont l'interprétation est soumise au contrôle

de légalité. A ce moment, en effet, d'autres règles d'expérience que celles qui ont cours parmi les praticiens du droit s'introduisent dans le raisonnement suivi par la Cour.

19. Pour que le juge du fond puisse s'écarter du «sens juridique» d'un terme<sup>39</sup> ou de son «sens usuel et normal»<sup>40</sup>, il faut que deux conditions soient réunies. La première est purement formelle, à savoir que le juge du fond ait indiqué, «sans ambiguïté les motifs de sa décision»<sup>41</sup>. Nécessaire, cette première condition ne saurait être suffisante<sup>42</sup> car la seule présence d'une motivation qui ne soit ni ambiguë ni contradictoire ne saurait permettre au juge du fond de donner à un acte juridique une interprétation inconciliable avec le sens des termes dans lesquels l'acte est rédigé.

La deuxième condition à laquelle la Cour de cassation subordonne l'exercice du contrôle de légalité sur l'interprétation des actes juridiques privés a été lentement dégagée par la jurisprudence. Selon une première formulation, «la cour de cassation n'exerce un droit de contrôle que, lorsque, sous prétexte d'interprétation, le juge détourne de leur sens les termes clairs et formels d'une convention»<sup>43</sup>.

La notion de texte clair a été à juste titre critiquée par le professeur Perelman :

«Mais notre assurance, en cette matière, est peut-être moins l'expression d'un savoir que d'un manque d'imagination»<sup>44</sup>.

Il faut dès lors préférer les arrêts qui font application du principe dispositif en vertu duquel, sauf si la matière intéresse l'ordre public<sup>45</sup>, le juge est lié par l'interprétation concordante des parties. Ce n'est dès lors que si l'interprétation est litigieuse que le juge du fond peut s'écarter du sens usuel des termes, et à condition qu'il donne de l'interprétation choisie une motivation qui réponde de manière adéquate aux conclusions des parties sur ce point.

20. La Cour de cassation a également introduit parmi les règles d'interprétation des actes juridiques privés l'obligation de prendre en considération les «éléments extrinsèques» à l'acte, ce qui vise notamment la manière dont les parties se sont comportées durant l'exécution du contrat, éléments pouvant être assimilés au «contexte» de l'acte à interpréter. La Cour distingue ces éléments de ceux qui sont «intrinsèques», ayant un caractère purement linguistique<sup>46</sup>.

## Conclusion

21. La théorie de l'argumentation procure une explication adéquate du déroulement du procès et de la fonction impartie au juge. On notera ce

qu'a de paradoxal et, pour tout dire, de décevant, l'impossibilité d'arrêter avec certitude la signification d'une disposition législative qu'aucun juge n'a interprétée. Quant aux interprétations judiciaires elles-mêmes, elles sont partielles et provisoires, étant à tout moment révisibles.

Le mot «sens» a, en français, une double acception: signification et direction (ou orientation). De plus, en ses deux acceptions, le concept est mis en œuvre pour définir sa propre compréhension: quelle est la signification du sens? Entre les termes de la loi et ceux d'une décision judiciaire s'opère un échange de significations, mais selon quelle direction le sens est-il porté? La conclusion de la présente étude, déjà suggérée dans son intitulé, est que le juge rend la loi signifiante, que la loi n'acquiert un sens<sup>47</sup> que par l'application qui en est faite, que sa vérité est au-delà d'elle et non en deçà, dans la recherche, nécessairement illusoire, des intentions du législateur.

Tant pour l'interprétation d'une norme législative que pour celle des actes juridiques privés, l'étendue des pouvoirs du juge est déterminée par les positions respectivement prises par les parties dans leurs conclusions. Devant rencontrer les interprétations contrastées respectivement adoptées par chacune des parties, le juge est nécessairement conduit à choisir l'une de celles-ci ou à élaborer une interprétation qui lui soit propre s'il s'agit d'interpréter une norme et aussi, quand la matière intéresse l'ordre public, un acte juridique privé. Quant au contrôle de légalité, il s'exerce sur l'instance ainsi formalisée, la Cour de cassation devant évaluer la correction des diverses règles d'expérience mises en œuvre par le juge du fond, relatives notamment au langage (sens qualifié d'usuel) et à la logique du raisonnement (obscurité, ambiguïté ou contradiction des motifs).

22. La puissance ainsi reconnue à l'interprète atteste la fragilité de l'ordre normatif: aucun précepte de la loi ne reçoit son sens d'un tréfonds législatif, il devient significatif par l'application qui en est faite et grâce à l'interprétation que celle-ci implique<sup>48</sup>. En découle aussi le caractère illusoire d'une légendaire «norme fondamentale». La vérité n'émane pas d'un passé mythique, elle ne se laisse découvrir que dans l'avenir. La tradition nous livre un langage et un réseau de significations qui cessent d'être pertinents au moment même où ils sont mis en œuvre. En tout ordre juridique les institutions ont le pas sur les normes.

La mission d'interprétation de la loi est facilitée par la connivence linguistique entre le législateur, le juge et la doctrine. Avant Bourdieu, Chaïm Perelman a attiré notre attention sur la multiplicité des pratiques linguistiques à l'intérieur d'une aire paraissant unique. Les diverses professions, les milieux sociaux se caractérisent chacun par la langue qu'ils parlent<sup>49</sup>. Le «sens commun» des termes n'est pas celui, au demeurant indéterminable, de la totalité des locuteurs qui croient parler français, anglais ou allemand,

il se dégage des règles d'expérience pratiquées par un milieu considérablement plus restreint, celui des juristes.

## NOTES

<sup>1</sup> Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation* (2<sup>e</sup> éd., Ed. de l'U.L.B., 1970), p. 135.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>4</sup> Ch. Perelman, *Justice et raison* (2<sup>e</sup> éd., Ed. de l'U.L.B., 1972), p. 144; Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.* (note 1), p. 262, p. 285, p. 286, p. 287.

<sup>5</sup> Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.* (note 1), p. 133.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>8</sup> Ch. Perelman, *Le champ de l'argumentation* (Ed. de l'U.L.B., 1980), p. 83. Le caractère fluctuant de la terminologie mérite d'être souligné. Il est clair, en effet, que les épithètes «naturel», «courant», «habituel», «usuel», «vivant» ont des connotations très diverses l'une de l'autre.

<sup>9</sup> En ce sens, voy. notamment: Errera, *Traité de droit public belge* (2<sup>e</sup> éd., Paris, 1918), p. 213, note 1; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III (3<sup>e</sup> éd., 1964), n° 566, B, p. 553, citant à l'appui de cette solution un *obiter dictum* de l'arrêt du 22 janvier 1940 (*Pas.*, 1940, I, 22). Voy. en outre: Cass (1<sup>er</sup> ch.), 13 mai 1937, *Pas.*, 1937, I, 145: «Attendu que le juge du fait apprécie souverainement, en l'absence de définition légale, quand existe entre plusieurs actions le lien étroit qui est de l'essence de la connexité...».

<sup>10</sup> Il s'agit d'une technique législative très répandue aujourd'hui et qui paraît d'origine anglaise: au début de l'instrument législatif un article ou une section définit les termes utilisés «pour l'application de la présente loi».

<sup>11</sup> Voy. notamment Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.* (note 1), p. 133.

<sup>12</sup> Il s'agit d'une notion familière à la doctrine de langue allemande. Voy. pour les références classiques: F. Rigaux, *La nature du contrôle de cassation* (Bruylant, Bruxelles, 1966), n° 75-79. Selon la jurisprudence du Bundesgerichtshof, juridiction civile suprême en République fédérale d'Allemagne, la violation par le juge du fond des règles d'expérience (*Erfahrungssätze*) est un motif de *Revision* (cassation). Voy. notamment: BGH 5 décembre 1958, *NJW*, 1959, 526; 11 octobre 1972, *GRUR*, 1975, 268. L'expression *Lebenserfahrung* est aussi utilisée à la même fin. Voy. notamment: BGH 10 mai 1957, *BGHZ* 24, 200, 205-206; 8 avril 1960, *GRUR*, 1962, 431; 27 janvier 1971, *NJW*, 1971, 1359; 24 juin 1976, *GRUR*, 1979, 157; 27 février 1980, *GRUR*, 1982, 800; 26 juin 1981, *NJW*, 1981, 2402.

<sup>13</sup> Voy. notamment: Ch. Perelman, *op. cit.* (note 8), p. 67.

<sup>14</sup> Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 21 octobre 1909, *Pas.*, 1909, I, 414.

<sup>15</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 18 janvier 1954, *Pas.*, 1954, I, 429.

<sup>16</sup> Voy. notamment: F. Rigaux, *op. cit.* (note 12), n° 156 et 163-164.

<sup>17</sup> *Ibid.*, n° 210-211 et n° 219.

<sup>18</sup> *Art. 31, § 1<sup>er</sup>*: «Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but».

«A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».

<sup>19</sup> Avis consultatif du 16 mai 1925 sur le Service postal polonais à Dantzig, *C.P.J.I.*, Série B, n° 11, p. 37.

<sup>20</sup> Arrêt du 5 avril 1933, Affaire du Statut juridique du Groënland oriental, *C.P.J.I.*, Série A/B, n° 53, p. 49.

<sup>21</sup> Avis consultatif du 28 mai 1948, Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies, *Recueil C.I.J. 1947-1948*, p. 63.

<sup>22</sup> Avis consultatif du 3 mai 1950, Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, *Recueil C.I.J. 1950*, p. 8.

<sup>23</sup> Avis consultatif du 18 juillet 1950, Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, *Recueil C.I.J. 1950*, p. 227.

<sup>24</sup> La jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale est très ferme sur ce point. Voy. notamment: avis consultatif du 23 juillet 1923 concernant le statut de la Carélie orientale, *C.P.J.I.*, Série A, n° 5, p. 27; arrêt du 17 avril 1923, Affaire du vapeur «Wimbledon», *C.P.J.I.*, Série A, n° 1, p. 24; arrêt du 7 juin 1932, Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, *C.P.J.I.*, Série A/B, n° 46, pp. 138-139 (voy. déjà dans la même affaire, l'ordonnance du 6 décembre 1930, Série A, n° 24, p. 12).

<sup>25</sup> Voy. notamment: Cass., 19 mars 1842, *Pas.*, 1842, I, 133; 26 juin 1846, *Pas.*, 1846, I, 432; 13 février 1911, *Pas.*, 1911, I, 126.

<sup>26</sup> Sur ce point la jurisprudence de la Cour a subi une évolution. L'arrêt du 26 novembre 1925 (*Pas.*, 1926, I, 76) a refusé de contrôler l'incompatibilité de la loi avec un traité antérieur. Comp. Cass., 27 mai 1927 (*Pas.*, 1927, I, 241), affirmant que «le droit des gens prime le droit privé national», mais dans une hypothèse peu significative parce que la loi était antérieure au traité. Plus récemment, la Cour a fait prévaloir le traité sur la disposition législative interne, même postérieure: (1<sup>er</sup> ch.), 27 mai 1971, *Etat belge c. S.A. Fromagerie Franco-Suisse*, *Pas.*, 1971, I, 886.

<sup>27</sup> Cass., 27 mai 1927, *Pas.*, 1927, I, 241.

<sup>28</sup> Après l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juin 1981 (*J.T.*, 1981, 622), la Cour de cassation a maintenu sa propre interprétation dans deux arrêts du 21 janvier 1982 (*J.T.*, 1982, 438). Un second arrêt de la Cour européenne (10 février 1983) a maintenu la solution de l'arrêt du 23 juin 1981, à laquelle la Cour de cassation s'est ensuite ralliée (14 avril 1983, *J.T.*, 1983, 607).

<sup>29</sup> Voy. l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 octobre 1982, Aff. 283/81, *S.r.l. CILFIT et autres c. Ministère de la Santé*, *Recueil*, 1982, p. 3415.

<sup>30</sup> Cass., 12 novembre 1935 (2 esp.), *Pas.*, 1936, I, 48.

<sup>31</sup> Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 9 octobre 1980, *Rev. crit. jur. belge*, 1982, 8.

<sup>32</sup> Voy. notamment: «L'interprétation d'une norme empruntée à un autre ordre juridique», *Liber amicorum Frédéric Dumon* (Kluwer, Antwerpen, 1982), pp. 1212-1216.

<sup>33</sup> Voy. notamment: F. Rigaux, *Droit international privé* (t. I<sup>er</sup>, Larcier, Bruxelles, 1977), n° 100-101.

<sup>34</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 27 novembre 1950, *Pas.*, 1951, I, 182. De même, la Cour a interprété selon les principes généraux du droit international le concept d'annexion, en tant que condition d'application de la loi fiscale belge: 16 juin 1947, *Pas.*, 1947, I, 268; 26 janvier 1949, *Pas.*, 1949, I, 52.

<sup>35</sup> Sur la controverse, voy. notamment: F. Rigaux, *op. cit.* (note 12), n° 180. Comp. F. Dumon, «De la motivation des jugements et arrêts et de la loi due aux actes», *J.T.*, 1978, 464-476 et 485-491. A lire certains arrêts récents, il semble que selon que le pourvoi en cassation invoque l'article 1134 du Code civil (violation de la force obligatoire du contrat) ou les articles 1319,

1320, 1322 (violation de la force probante), la Cour se situe elle-même sur l'un ou l'autre terrain. Comp. par exemple : Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 16 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, 1163 (rejet d'un moyen fondé sur l'article 1134) à Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 16 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 70 (rejet d'un pourvoi fondé sur les articles 1319, 1320, 1322). Il arrive aussi que dans son moyen le demandeur en cassation invoque de manière cumulative les deux griefs. Voy. : Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 15 avril 1982, *Pas.*, 1982, I, 932 (rejet); Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 17 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, 215 (cassation motivée par la méconnaissance de la force obligatoire d'une disposition du contrat).

<sup>36</sup> Voy. notamment : P. Bourdieu, *Ce que parler veut dire* (Fayard, Paris, 1982).

<sup>37</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 5 mai 1913, *Pas.*, 1913, Voy. aussi : Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 17 novembre 1932, *Pas.*, 1932, I, 9, 11 : « Attendu que le juge du fond ne méconnaît pas la foi due à un acte lorsque, sans se mettre en contradiction manifeste avec les termes de cet acte, il en détermine le sens et la portée ».

<sup>38</sup> Bien que cette opinion ait été critiquée par un éminent magistrat (F. Dumon, *op. cit.*, *J.T.*, 1978, 468-469), elle ne paraît pas devoir être abandonnée. Quand, dans un arrêt plus récent, la Cour affirme que « le juge du fond interprète souverainement une convention, dès lors qu'il ne méconnaît pas les termes de celle-ci » (2<sup>e</sup> ch., 28 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, 809), il faut de toute évidence que la Cour ait elle-même apprécié selon les règles d'expérience du langage si les termes de l'acte privé n'avaient pas été méconnus. Voy. encore : Cass (1<sup>re</sup> ch.), 16 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 70; 17 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 81.

<sup>39</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 7 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, 436. L'expression « sens juridique » indique clairement que le sens dit « usuel » est celui qui a cours parmi les juristes.

<sup>40</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 4 avril 1941, *Pas.*, 1941, I, 120, 134.

<sup>41</sup> Voy. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 4 avril 1941 (deux espèces), *Pas.*, 1941, I, 120, arrêts précédés de conclusions longuement développées sur ce point du procureur général Léon Cornil. Voy. aussi : note R.H. (Raoul Hayoit de Termicourt) sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 13 juillet 1939, *Pas.*, 1939, I, 367.

<sup>42</sup> Sur le caractère insuffisant de la seule motivation formelle, voy. aussi : F. Dumon, *op. cit.*, *J.T.*, 1978, 488.

<sup>43</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, 125. Voy. dans le même sens les conclusions du procureur général Léon Cornil précédant Cass., 4 avril 1941, I, 124, ainsi que : Cass., 29 mars 1926, *Pas.*, 1926, I, 327 (interprétation d'un rapport d'expertise auquel le juge du fond a donné « une signification qui est en opposition flagrante avec les termes clairs et précis dans lesquels le rapport est conçu »); Cass. (1<sup>re</sup> ch.) 17 novembre 1932, *Pas.*, I, 9, 12 (« Attendu que la clause litigieuse reproduite au moyen est susceptible d'interprétation », 26 février 1959, *Pas.*, 1959, I, 698; 24 juin 1962, *Pas.*, 1962, I, 930; 5 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, 230.

<sup>44</sup> *Justice et raison*, p. 252. Voy. aussi : *Le champ de l'argumentation*, pp. 80-81, p. 93 et *Traité de l'argumentation*, p. 161, pp. 165-168, p. 262, à propos du caractère foncièrement non univoque du langage juridique. Comp. dans le même sens : F. Rigaux, *op. cit.* (note 12), n<sup>os</sup> 176-177; F. Dumon, *op. cit.*, *J.T.*, 1978, 476-477.

<sup>45</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 19 octobre 1956, *Pas.*, 1957, I, 163.

<sup>46</sup> Voy. notamment : Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 28 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, 228; 22 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 256.

<sup>47</sup> Mais non tout son sens, aucune interprétation judiciaire n'épuisant le sens de la loi.

<sup>48</sup> Comme l'a dit récemment Mr. Justice Brennan (cité par *Time*, November 4, 1985, p. 48), « we current Justices read the Constitution in the only way that we can : as 20th century Americans ».

<sup>49</sup> Voy. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *op. cit.* (note 1), pp. 220-225, p. 546.



# Herméneutique et application de la loi au Venezuela

Une approche rhétorique ou théorico-argumentative

par Hermann PETZOLD-PERNIA

«The life of the law has not been logic; the life of the law has been experience».

Holmes

D'après Emerich Coreth, «dans la pensée philosophique actuelle le problème de l'herméneutique est devenu un problème fondamental»<sup>1</sup>, et selon Michel Villey, le terme *interprétation* ou celui d'*herméneutique*, sont «de ceux sur lesquels peinent toutes les philosophies du droit»<sup>2</sup>.

Or l'herméneutique peut être conçue comme l'art ou la science de l'interprétation (en particulier des textes bibliques)<sup>3</sup> ou bien comme l'interprétation elle-même<sup>4</sup>.

Pour Claude du Pasquier, l'herméneutique c'est «la théorie de l'interprétation»<sup>5</sup>, tandis que, selon Segundo V. Linares Quintana, l'«interprétation est l'application de l'herméneutique;... l'herméneutique est la théorie scientifique de l'art d'interpréter»<sup>6</sup>.

Donc l'herméneutique est une technique, un art et même une théorie sur cette technique ou cet art, tandis que l'interprétation est le processus de la mise en œuvre de ceux-là.

Dès lors, d'après Karl Engisch, «l'herméneutique juridique... est arrivée à être une vraie dogmatique de l'interprétation»<sup>7</sup>.

Or selon M. Villey, «le plus ancien nom qu'ait à Rome porté le juriste (on le vérifierait par exemple dans la langue de Cicéron) est précisément celui d'*interpres*. L'office du juriste peut s'appeler interprétation. Bien que la chose ait toujours déplu aux législateurs despotiques, tel Napoléon, nous ne cessons, nous juristes, d'interpréter»<sup>8</sup>.

Ainsi donc l'interprétation juridique est sans doute une espèce du genre de l'interprétation au sens général<sup>9</sup>.

Pour Georges Kalinowski, «interpréter c'est attribuer un sens déterminé à un signe linguistique. Il est essentiel que le signe interprété provienne d'autrui. Car on n'interprète pas — au sens propre du mot — ses propres paroles puisqu'on en connaît le sens»<sup>10</sup>.

Et d'après le même auteur, l'«interprétation scientifique et philosophique peut être appelée 'théorique' parce qu'elle vise la contemplation de ce qui est dit dans les textes interprétés. L'interprétation juridique est par contre une interprétation pratique. Celui qui interprète un texte législatif (au sens large) veut arriver à savoir en dernier lieu non pas tellement ce que l'auteur de ce texte a dit ou a voulu dire (si tant est qu'on puisse le savoir), mais comment il doit se comporter ou comment doit se comporter celui qu'il enseigne (cas du professeur de droit) ou conseille (cas de l'avocat par exemple). Vivre c'est agir. Il y a donc des décisions à prendre, des actes à accomplir, des comportements à adopter. Le législateur (au sens large) promulgue un certain nombre de textes posant des règles d'action, pouvant, voire devant guider ceux qui ont à agir. Ces règles sont d'une importance capitale. Aussi veut-on les connaître. Mais si elles se révèlent quelquefois ne pas être les règles qu'on cherche, on leur fait dire ce qu'on juge désirable.

«Car, aussi importantes qu'elles soient, telles qu'elles sont promulguées elles ne sont pas toujours satisfaisantes. Elles ne sont pas non plus l'unique facteur déterminant le comportement des hommes... Les hommes interrogent donc les textes législatifs et les interprètent»<sup>11</sup>.

D'autre part, Hans Kelsen écrit : «Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur...

» (...)

» Si l'on entend par 'interprétation' la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre. Alors l'interprétation d'une loi ne doit pas nécessairement conduire à une décision unique tenue pour la seule exacte; il est possible qu'elle conduise à plusieurs décisions qui sont toutes d'égale valeur — dans la mesure où l'on prend pour étalon de valeur uniquement la loi a

appliquer —, bien qu'une seule d'entre elles devienne droit positif par l'acte de l'organe d'application du droit, en particulier du tribunal»<sup>12</sup>.

Dès lors, selon Ch. Perelman, « nous devrions présenter comme tâche de l'interprétation juridique de découvrir la solution d'espèces données, *conformément au droit en vigueur* »<sup>13</sup>.

Autrement dit, il n'est pas possible de parler d'une unique interprétation « vraie » ou « exacte » choisie parmi plusieurs autres, d'un texte juridico-positif, si l'interprète est resté dans les limites des diverses possibilités herméneutiques qu'offre le texte même. Bien sûr, si l'interprète est un organe d'application du droit positif, l'interprétation qu'il choisit devient légalement « vraie ».

Par conséquent, le problème de l'interprétation juridique appartient à l'essence du travail des hommes de droit; c'est à ceux-ci que revient le rôle d'indiquer le *sens* cristallisé dans les normes juridiques et de déterminer la *finalité* de celles-ci. Et selon leur attitude comme interprètes — spécialement quand ils agissent comme organes d'application du droit positif — nous serons en face d'une herméneutique « *re-créatrice du sens* » des normes *juridico-positives*, préoccupée de la fonction de celles-ci vis-à-vis de la réalité sociale changeante; ou bien nous nous trouverons devant des décisions judiciaires fondées sur des interprétations normatives qui défendent le *statu quo* et opposées au besoin de renouveler le droit positif et de le mettre à jour par rapport aux transformations de la société où il doit être en vigueur.

Cela dit, l'on peut déclarer avec Kelsen qu'il y a « deux sortes d'interprétation, qu'il faut distinguer très clairement l'une de l'autre: l'interprétation du droit par les organes d'application du droit, et l'interprétation du droit donnée par des personnes privées, et en particulier par la science juridique, par les juristes, qui ne sont pas des organes du droit »<sup>14</sup>.

Or l'on peut « caractériser d'une façon tout à fait générale l'interprétation par des organes d'application du droit: dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur du droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance. Ou bien cet acte crée une norme de degré inférieur, ou bien il réalise l'acte de contrainte ordonné dans la norme juridique à appliquer.

« Par cet acte de volonté, l'interprétation juridique par les organes d'application du droit se distingue de toute autre interprétation, en particulier de l'interprétation du droit par la science juridique.

«L'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours caractère authentique: elle crée du droit»<sup>15</sup>.

Mais, d'après Henri Batiffol, «il y a lieu de relever que si l'interprétation judiciaire est la plus fréquemment considérée, les lois sont interprétées aussi par tous ceux qui ont à les observer ou à les appliquer, c'est-à-dire, parmi ces derniers, les fonctionnaires publics. Eux aussi cherchent à savoir ce qu'ils peuvent ou doivent faire ou ne pas faire dans un cas donné, donc à interpréter les textes. Mais comme en cas de différend ce seront les juges — de l'ordre judiciaire ou administratif — qui trancheront, les fonctionnaires, les administrés, les justiciables cherchent à se représenter comment la juridiction en cause déciderait si elle était saisie...

«S'il n'y a donc pas de différence de fond entre les modes de l'interprétation 'privée' ou 'officielle' (administrative, judiciaire, 'authentique' quand le droit positif institue un organe à cet effet), il importe cependant de souligner la prééminence de celle des juges... Or il est certes heureux et conforme à une conception réaliste du droit que les règles légales soient observées spontanément et sans difficulté dans la majorité des cas. Mais s'il y a hésitation sur le sens d'un texte, les personnes privées aussi bien que les fonctionnaires chercheront comme guide ce qu'a décidé ou déciderait probablement la juridiction compétente le jour où la question lui serait posée»<sup>16</sup>.

Néanmoins, à notre avis, il ne faut pas oublier que l'interprétation juridique *usuelle*, c'est-à-dire l'interprétation *particulière* ou *non officielle* exerce de l'influence sur les juges au moment d'interpréter les normes juridiques générales (par exemple les normes d'une loi ou d'un règlement) ou individuelles (par exemple les clauses d'un contrat), étant donné que ceux-ci ne peuvent pas se risquer à blesser — au moins ouvertement — le sentiment de justice en vigueur; autrement dit, ils ne peuvent pas aller à l'encontre des valeurs sociales ayant cours au sein de la collectivité. Ainsi donc «celui qui doit appliquer une règle de droit — écrit Perelman — aura bien souvent à se demander quelles sont les valeurs qu'elle protège et avec quelles autres valeurs elle entre en conflit le cas échéant, de façon à en étendre ou à en restreindre la portée»<sup>17</sup>, et par conséquent, les «juges, dans leurs jugements et arrêts, chercheront à convaincre les parties, leurs collègues et supérieurs, et même l'opinion publique éclairée, que leurs décisions sont bien fondées, qu'elles s'insèrent, sans le heurter, dans l'ordre juridique en vigueur, qu'elles sont conformes à la règle de justice, et suivent des précédents reconnus ou indiquent les bonnes raisons de s'en écarter en l'occurrence»<sup>18</sup>.

Dès lors il est très évident que le concept de droit positif ne peut pas être réduit à la seule législation, parce que le «droit qui entre dans l'existence

sous la forme de lois positives se réalise également, comme contenu, par l'application et entre alors en relation avec la matière fournie par les situations infiniment compliquées et singulières... »<sup>19</sup>.

Donc l'on peut « dire que la législation en tant que source du droit est inséparable d'un processus d'interprétation par les tribunaux »<sup>20</sup>, et par conséquent, selon Luis Recasens Siches, le « *prototype de l'interprétation est l'interprétation judiciaire* »<sup>21</sup>.

Et à cet égard Perelman déclare : « C'est donc pour le for chargé de dire le droit que les règles de droit existent. Celles-ci varient selon l'organe compétent, et selon le moment où il prend une décision : relatives au juge et variables dans le temps, elles ne se prêtent plus à une distinction rigide entre le droit positif et le droit naturel »<sup>22</sup>.

Nous sommes d'accord avec les opinions citées ci-dessus, étant donné que nous pensons, d'une part, que le droit positif est un phénomène social influencé, en même temps qu'il les influence, par les autres phénomènes sociaux (d'ordre politique, économique, moral, religieux, etc...), et de l'autre, que le droit authentique, vivant, c'est le droit judiciaire (à côté du droit né de l'activité de l'administration publique); le juge, en effet, actualise le contenu des normes juridiques générales, c'est-à-dire le droit *in abstracto*. Ainsi donc le droit judiciaire est le véritable droit, puisqu'il est le droit des cas concrets.

Pour ces motifs, G. Scelle a pu dire que la réalisation de la fonction juridictionnelle est une « nécessité d'ordre public »<sup>23</sup>, étant donné que le processus de l'interprétation créative de la loi, préalable à son application aux cas d'espèce, « est *inévitabile* et généralement bienfaisant. Le législateur n'a jamais tout prévu. En outre, nous le savons, il statue dans l'abstrait et souvent la règle législative est en retard sur les nécessités actuelles, ou le devient; elle le reste également si une révision ou une abrogation expresse ou implicite n'intervient pas »<sup>24</sup>.

Et pour cette raison, selon Perelman, la « personnalité des juges joue un rôle essentiel dans l'administration de la justice, et il faut, dans un Etat bien gouverné, des juges compétents et impartiaux »<sup>25</sup>.

Par conséquent, le même auteur dit : « Dans la conception actuelle du droit, il n'est plus question de limiter le rôle du juge à celui d'une bouche par laquelle parle la loi. Celle-ci ne constitue plus tout le droit : elle n'est que le principal outil guidant le juge, dans l'accomplissement de sa tâche, la solution des cas d'espèce »<sup>26</sup>.

Ainsi, le « droit judiciaire s'élabore à l'occasion de conflits que le juge doit arbitrer, en leur trouvant des solutions convaincantes, et satisfaisantes en droit, parce que juridiquement bien motivées »<sup>27</sup>.

Or d'après S. Belaid, « le Droit jurisprudentiel, dont l'existence et l'originalité sont indéniables, *fait partie du Droit positif*, dans le sens le plus strict de ce terme. Le critère de sa positivité est son effectivité. Les règles créées par le juge sont des règles juridiques positives parce qu'elles font effectivement partie de l'ordonnement juridique et que, dans leurs comportements, les sujets de Droit les respectent et les appliquent »<sup>28</sup>.

Dès lors le « juge apparaît comme un Pouvoir social autonome, qui a pour mission, non pas seulement d'appliquer les règles de Droit émises par le Législateur mais plus généralement de régler les litiges qui naissent entre les sujets de Droit. Dans l'accomplissement de cette fonction indispensable et irréductible aux autres fonctions de l'Etat, le juge exerce nécessairement un Pouvoir créateur et ordonnateur certain, qui atteint les différentes manifestations de la vie sociale et marque profondément tous les aspects de l'ordonnement juridique »<sup>29</sup>.

En synthèse, le *sens* des normes juridiques est celui que les juges ou d'autres fonctionnaires chargés de les appliquer aux cas concrets leur attribuent; ainsi donc, l'efficacité de telles normes dépend de l'interprétation que ces derniers en donnent, d'après leurs croyances, leurs conceptions et leurs intérêts, sous l'influence d'un milieu historico-social déterminé. Mais l'interprétation des juges c'est le critère primordial pour préciser le *sens* d'une norme juridique quelconque, et c'est la seule interprétation qui, comme phase ou étape *préalable* à la *décision judiciaire* mais *essentielle* à celle-ci, acquiert transcendance définitive dans le monde des rapports sociaux relevant d'un point de vue juridique, grâce à la chose jugée (*Res judicata pro veritate habetur*), et au *précédent*, quoique dans ce dernier cas, la plus ou moins grande influence dépende du fait de savoir s'il s'agit d'un ordonnancement juridique relevant soit de la famille de droit de la *common law*, soit de la famille juridique romano-germanique, soit de la famille des droits socialistes<sup>30</sup>.

\*

\*            \*

L'article 4 du Code civil du Venezuela (promulgué au mois de juillet 1982), établit: « A la loi l'on doit attribuer le sens qui apparaît évident de la signification propre des mots, d'après leur connexion entre eux et l'intention du législateur.

«Quand il n'y a pas de disposition précise de la Loi, l'on prendra en considération les dispositions qui règlent des cas semblables ou des matières analogues; et, s'il y a encore des doutes, l'on appliquera les principes généraux du droit».

Ce texte reproduit l'article 4 du Code civil vénézuélien de 1942. Cette disposition à son tour a son origine immédiate dans l'article 4 du Code civil vénézuélien de 1922 et celui-ci dans l'article 4 du Code civil vénézuélien de 1916, dont la rédaction est assez semblable à celle de l'article 3 du Code civil italien de 1865. Avec la même rédaction, sauf une petite modification, apparaît l'article 12 du Code civil italien promulgué en mars 1942, encore en vigueur.

En accord avec ledit article 4 du Code civil vénézuélien, l'article 9 du Code de la procédure civile du Venezuela déclare : «Le Juge qui s'abstiendra de décider sous prétexte du silence, de la contradiction ou de l'insuffisance de la loi, de l'obscurité ou de l'ambiguïté dans ses termes, et celui qui tardera illégalement à prononcer quelque mesure, disposition, décret, décision ou arrêt, seront punis comme coupables de déni de justice».

On voit donc que la rédaction de ce dernier article est semblable à celle de l'article 4 du Code civil français en vigueur, qui dit : «Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

A notre avis, l'utilité fondamentale de l'article 4 du Code civil vénézuélien, qui établit un procédé pour interpréter la loi, est d'offrir des arguments permettant à l'interprète, et particulièrement au juge, de justifier l'interprétation réalisée et de présenter la décision fondée sur celle-ci comme conforme au droit positif, en n'oubliant pas que l'interprétation est un processus essentiellement axiologique, mais d'habitude présenté comme *logico-formel*, à des fins, précisément, *argumentatives*, cherchant à convaincre l'auditoire (les autres juges, les parties au procès, l'opinion publique spécialisée, etc...) de la justification juridico-positive de l'interprétation normative faite.

Dès lors nous pouvons signaler que dans le texte de l'article cité apparaissent trois des treize classes d'arguments (*a contrario*, *a simili* ou analogique, *a fortiori*, *a completudine*, *a coherentia*, psychologique, historique, apagogique, téléologique, économique, *ab exemplo*, systématique et naturaliste) «qui permettent d'interpréter les textes en fonction de l'intention que l'on attribue au législateur»<sup>31</sup>; arguments analysés par le Professeur Tarello au moment d'étudier l'expérience propre des juristes<sup>32</sup>.

Ainsi l'argument *systématique* (qui «part de l'hypothèse que le droit est ordonné, et que ses diverses normes forment un système, dont les éléments peuvent être interprétés en fonction du contexte où ils se trouvent insérés»<sup>33</sup>)

est employé dans la disposition légale examinée, quand celle-ci dit : «A la Loi l'on doit attribuer le sens qui apparaît évident de la signification propre des mots, d'après leur connexion entre eux...».

L'argument *psychologique* (qui «consiste dans la recherche de la volonté du législateur concret, grâce au recours à des travaux préparatoires. Cet argument... est utilisé plus fréquemment quand il s'agit d'une loi récente... De telles recherches permettent de préciser la raison de la loi, en reconstruisant l'intention du législateur, en songeant au problème concret qu'il avait à résoudre, aux principes auxquels il se réfère, aux amendements apportés au projet primitif. Cette argumentation permet, plus particulièrement, de réfuter une interprétation de la loi qui aurait pu paraître plausible en l'absence de ces indications»<sup>34</sup>) est reconnu dans cet article quand l'on désigne «l'intention du législateur» comme l'un des critères de base pour pouvoir déterminer le *sens* à donner aux normes d'une loi.

Enfin la deuxième partie de l'article 4 du Code civil vénézuélien se réfère à l'argument *a simili* ou *analogique* (qui suppose que, «une proposition juridique étant donnée, qui affirme une obligation juridique relative à un sujet ou à une classe de sujets, cette même obligation existe à l'égard de tout autre sujet, ou classe de sujets, ayant avec le premier sujet (ou classe de sujets) une analogie suffisante pour que la raison qui a déterminé la règle à l'égard du premier sujet (ou classe de sujets) soit valable à l'égard du deuxième sujet (ou classe de sujets)»<sup>35</sup>), en établissant l'autorisation de prendre «en considération les dispositions qui règlent des cas semblables ou des matières analogues...», s'il y a des lacunes dans l'ordonnement juridique vénézuélien.

Par conséquent l'on peut affirmer que, d'après la première partie de l'article cité, le *sens* à attribuer à une norme juridico-positive générale, et en particulier aux dispositions d'une loi déterminée, dépend des relations *sémantiques*, c'est-à-dire de «celles qui s'établissent entre les expressions du droit et les pensées signifiées, voire les choses, ou les états de choses désignées»<sup>36</sup>, ou pour employer les termes de l'article 4, entre les «mots» (signifiant) et leur «signification propre» (*designatum*); des relations *syntactiques*, ou autrement dit de «celles qui unissent les expressions du droit entre elles»<sup>37</sup>, ou selon le même article, «d'après leur connexion entre eux», et des relations *pragmatiques*, c'est-à-dire de celles «qui existent entre les expressions du droit et ceux qui les énoncent»<sup>38</sup>, ou selon les mots de l'article 4, «l'intention du législateur», laquelle peut être l'intention ou la volonté du législateur historique ou concret (*mens* ou *voluntas legislatoris*), l'intention ou la volonté législative cristallisée dans la loi (*mens* ou *voluntas legis*) ou la présumée intention ou volonté du législateur actuel<sup>39</sup>, tout ceci d'après la conception doctrinale ou la théorie juridico-méthodologique acceptée par

le juge vénézuélien qui doit résoudre le cas d'espèce conformément au droit positif en vigueur.

D'autre part, la deuxième partie de l'article 4 du Code civil autorise expressément le juge à combler les lacunes juridiques par le recours au *raisonnement par analogie* et aux *principes généraux du droit*, et l'article 9 du Code de la procédure civile lui impose l'obligation de décider sans pouvoir invoquer, pour ne pas le faire, le «prétexte du silence, de la contradiction ou de l'insuffisance de la loi». C'est-à-dire que l'*analogie*<sup>40</sup> et les *principes généraux du droit*<sup>41</sup> sont des procédés juridiquement valides pour combler les lacunes de l'ordonnancement juridique du Venezuela.

\*  
\*       \*  
\*

Maintenant nous voulons transcrire quelques règles jurisprudentielles établies par la Cour Suprême de Justice (ou par des tribunaux suprêmes antérieurs) du Venezuela, à l'égard des normes de l'article 4 du Code civil en particulier, et de la matière herméneutico-juridique en général:

A) Les juges peuvent «interpréter la loi si le cas est douteux, mais non pas quand l'affaire est posée in abstracto, dans l'ordre purement idéal, étant donné qu'il n'existe aucune disposition légale qui autorise les juges à émettre leur opinion in abstracto sur la signification et la portée d'un précepte légal, sauf s'il s'agit de la Loi de Registre Public»<sup>42</sup>, autrement dit, selon la Loi Organique de la Cour Suprême de Justice, «*dans les cas prévus par la Loi*»<sup>43</sup>.

B) Que «c'est une règle d'interprétation, la première de toutes, que, quand une loi est claire, on ne l'interprète pas»<sup>44</sup>, parce que «quand les termes de la loi sont clairs, il n'est pas permis d'éluder sa lettre sous le prétexte d'interpréter son esprit»<sup>45</sup>.

C) Que «quand le législateur ne distingue pas, l'interprète ne doit pas distinguer»<sup>46</sup>.

D) «Les juges et les organes de l'Administration Publique détourneraient... la fonction qui leur est impartie comme instruments d'un Etat de droit, si en appliquant la Loi ils ne tenaient pas compte, avant tout et principalement, des termes employés par celle-ci, sous prétexte que l'esprit du Législateur aurait été autre»<sup>47</sup>.

E) Par conséquent, la loi «qui est claire doit être observée et s'accomplir strictement»; donc «quelles que soient les conséquences auxquelles conduit la stricte application de la loi, c'est au Législateur et non pas au Juge qu'il

incombe de les apprécier pour réformer ou modifier ladite loi, au cas où celui-ci trouverait des inconvénients dans son application»<sup>46</sup>, étant donné que «la circonstance qu'une loi n'offre pas les avantages et n'apporte pas l'utilité qui ont décidé à la dicter, n'autorise pas à la dédaigner, mais à la réformer ou à la révoquer puisque c'est le Législateur, et non pas le Juge, qui peut se demander si les motifs qui l'ont conduit à la promulguer existent encore, s'il est souhaitable ou non pour le pays de maintenir les facilités ou la protection accordée initialement pour des fins d'intérêt collectif. Il incombe seulement au juge d'appliquer ce qui est disposé dans la Loi sans se préoccuper des effets avantageux ou préjudiciables qu'elle cause; cette préoccupation, comme on l'a dit, incombe seulement au Législateur<sup>47</sup>; c'est ainsi que même le plus haut tribunal vénézuélien ne «pourrait arriver, sous prétexte d'interprétation de la loi, à faire dire à celle-ci le contraire de ce qu'elle-même exprime, même si ainsi elle lui semble plus juste ou pertinente, parce que cela reviendrait à empiéter sur la sphère du Pouvoir législatif»<sup>50</sup>.

F) L'«interprétation de la loi est vérifiée en raison de la faculté conférée à cette fin aux juges par l'article 4 du Code civil», c'est-à-dire «moyennant l'observance des principes tracés par ledit article 4 et à l'égard d'un cas concret qu'ils doivent nécessairement trancher dans une controverse qui leur est soumise»<sup>51</sup>. Autrement dit, cette disposition du Code civil «a la valeur de norme directrice en matière d'interprétation»<sup>52</sup>.

G) «Pour interpréter une loi, il faut rechercher quelle a été l'interprétation du législateur au moment de la promulguer»<sup>53</sup>, puisque la «fonction interprétative qu'exercent les juges au moment d'appliquer les lois se limite à rechercher l'intention et le but du législateur, quand il y aurait des doutes à cet égard»<sup>54</sup>.

H) «En matière d'interprétation de la loi, sans exclure tout à fait l'interprétation littérale, il faut tenir compte des dommages que celle-ci pourrait causer et, selon les cas, en préférer une autre plus juridique qui réponde mieux à la vraie norme que le législateur a voulu établir»<sup>55</sup>, étant donné que le droit positif vénézuélien «non seulement admet les deux classes traditionnelles de formes d'interprétation: la littérale et la logique, en outre il leur donne caractère normatif. Du choix de l'une ou de l'autre forme d'interprétation dépendra la classe de moyens auxquels doit recourir l'interprète. Dans l'interprétation littérale, son travail est réduit à la recherche de la signification du texte même, quand celui-ci exprime clairement la pensée du législateur; dans l'interprétation logique, celui qui est chargé d'appliquer le droit doit nécessairement se servir des éléments extérieurs à la disposition: circonstances sociales, économiques, techniques, pour lesquelles la loi a été élaborée, et il devra également tenir compte du milieu social dans lequel la loi est née, l'occasion dans laquelle celle-ci a été formulée, les conceptions

dominantes dans l'esprit de ses rédacteurs et les influences, plus ou moins profondes, des antécédents historiques nationaux ou étrangers qui ont servi d'inspiration au législateur»<sup>56</sup>.

I) Du fait que «l'interprétation d'une disposition légale ne peut pas être faite en faisant abstraction de la lettre et de l'esprit du corps des Lois de la Nation»<sup>57</sup>, «l'on doit repousser l'analyse partielle des textes et envisager ceux-ci avec une vision d'ensemble... Par conséquent, pour obtenir un résultat parfaitement cohérent dans l'interprétation de la loi, celle-ci ne doit pas être fragmentée mais plutôt analysée dans sa totalité»<sup>58</sup>, étant donné que «l'exégèse fondée isolément sur une seule norme de droit, quand l'institution juridique demande une interprétation d'ensemble parce que l'institution est systématisée par cette norme-là et d'autres normes, ne remplit pas les exigences de l'herméneutique juridique»<sup>59</sup>, et l'«intérêt public ainsi que celui des particuliers exigent que les normes de droit soient appliquées en tenant compte de l'ordonnement juridique général, de la branche de la législation, de l'institution ou du système particulier avec lesquels, sans perdre leur individualité, celles-ci forment un tout indissoluble et conforme aux règles de l'herméneutique»<sup>60</sup>.

J) Que «l'on ne doit pas interpréter une disposition légale de façon qu'elle devienne contradictoire»<sup>61</sup>, parce que d'après un «principe élémentaire de l'herméneutique juridique... les lois ne doivent pas s'entendre dans un sens qui conduise à l'absurde, à l'impossible, ou à l'antinomie de leurs propres dispositions»<sup>62</sup>, étant donné qu'il peut «se présenter en effet des situations où l'application stricte de la loi pourrait conduire à de manifestes injustices, des conséquences absurdes et des iniquités que l'interprète (juge ou agent de l'administration) doit éviter ou adoucir quand des motifs raisonnables peuvent (le) rendre possible... sans méconnaître, naturellement, l'esprit et la finalité qui constituent le *substratum* de la norme envisagée»<sup>63</sup>.

K) L'intégration *per analogiam* des lacunes de l'ordonnement juridico-positif du Venezuela a été expressément admise par le tribunal suprême du pays; ainsi celui-ci a-t-il déclaré que l'utilisation de l'analogie «dans notre système juridique a cessé d'être une simple spéculation doctrinaire pour être consacrée dans l'article 4 du Code civil»<sup>64</sup>, et être conforme «à des principes de la plus saine herméneutique et des raisons élémentaires d'économie procédurale»<sup>65</sup>, constituant l'«exercice de la faculté, ou plutôt de l'obligation qu'impose l'article 4 du Code civil»<sup>66</sup>, disposition légale qui est «d'accord avec l'article 9 du Code de la procédure civile»<sup>67</sup>.

L) D'après la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice (ou des tribunaux suprêmes antérieurs) du Venezuela, le recours à l'analogie est permis: a) «devant le silence» d'un texte légal donné<sup>68</sup>; b) «dans les cas non prévus»<sup>69</sup>; c) quand «il manque une disposition expresse» et qu'il y a une

«disposition précise qui règle un cas semblable et une matière analogue»<sup>70</sup>; d) dans les «situations où l'application stricte de la Loi pourrait conduire à de manifestes injustices, des conséquences absurdes et des iniquités que l'interprète (...) doit éviter ou adoucir»<sup>71</sup>; e) «quand il n'existe pas de disposition précise de la Loi sur le cas soumis à l'organe juridictionnel»<sup>72</sup>; f) «devant le silence du législateur»<sup>73</sup>, et g) quand «il n'existe pas de disposition précise de la loi. C'est-à-dire qu'il manque la disposition qui règle la matière, ou la disposition est vague parce qu'elle contient des omissions ou n'établit pas tous les cas qu'elle aurait dû prévoir»<sup>74</sup>.

Il convient de remarquer que le catalogue jurisprudentiel transcrit ci-dessus constitue aussi une liste des cas où l'on peut dire qu'on est devant une lacune juridique.

M) Par contre, selon le plus haut tribunal vénézuélien, il n'est pas licite de recourir à l'application analogique des normes juridiques qui contiennent des exceptions parce que celles-ci «sont limitatives dans leur énumération et dans leur portée, c'est-à-dire que l'on ne peut pas incorporer par analogie un nouveau cas»<sup>75</sup>. De même le raisonnement par analogie n'est pas applicable à l'égard des «sanctions pénales et des déchéances de droits (qui) ne doivent pas s'étendre aux cas pour lesquels elles n'ont pas été clairement et précisément établies»<sup>76</sup>, étant donné qu'il n'est pas possible d'invoquer l'application analogique d'«une loi d'exception, d'une loi de caractère pénal ou limitative de droits ou de libertés»<sup>77</sup>.

N) Le tribunal suprême reconnaît implicitement que, dans des cas juridiquement semblables, il est possible d'employer indistinctement — mais naturellement de manière alternative selon les valeurs et intérêts en jeu dans le procès — tantôt l'argument *a simili*, tantôt l'argument *a contrario*<sup>78</sup>.

O) A l'égard des principes généraux du droit, la jurisprudence du plus haut tribunal du Venezuela a clairement admis que ces principes sont un moyen légalement valide pour combler les lacunes du droit positif du pays; ainsi donc il a été établi que «quand une controverse n'aura pas pu être tranchée par une disposition expresse de la loi» ou moyennant l'application analogique d'autres dispositions, «elle devra être tranchée conformément aux principes généraux du droit»<sup>79</sup>, étant donné qu'«il est nécessaire, devant l'absence des cas semblables ou des matières analogues, d'appliquer les principes généraux du droit»<sup>80</sup>, lesquels, d'après cette même jurisprudence, sont une «source inépuisable de normes supplétives universellement reconnues»<sup>81</sup>; dès lors, la Cour Suprême de Justice parle du «respect qui, dans tout ordonnancement juridique, doit régner à l'égard des principes immanents qui lui donnent forme et le soutiennent»<sup>82</sup>.

Après la lecture de l'échantillonnage jurisprudentiel transcrit, l'on peut établir les conclusions suivantes :

*Primo* : La jurisprudence étudiée est très conservatrice et — sauf dans quelques arrêts — l'on ne reconnaît pas au juge, dans le processus d'interprétation et d'application des normes juridico-positives, un rôle créatif mais seulement mécanique.

*Secundo* : Cette même jurisprudence est contradictoire, étant donné que coexistent, d'un point de vue chronologique, des courants herméneutico-juridiques opposés; ceci est dû au fait que la nomination des magistrats du tribunal suprême vénézuélien a été liée aux changements politiques — pacifiques ou violents — de notre évolution historico-sociale. Ce phénomène explique d'une part, que les décisions soient souvent dictées pour satisfaire des intérêts politiques, économiques, personnels, etc... et à l'encontre de l'efficacité et de la rationalité (conçue d'après la catégorie du raisonnable plutôt que selon l'idée du rationnel<sup>83</sup>) du droit positif du Venezuela, et d'autre part l'insuffisante formation en Méthodologie du droit de la plupart des magistrats de la Cour Suprême de Justice, étant donné qu'encore aujourd'hui sous un régime constitutionnel démocratique, ce ne sont pas les juristes vénézuéliens les plus capables d'un point de vue intellectuel qui arrivent à intégrer le plus haut tribunal du pays, parce que les quinze membres des trois chambres de la Cour (articles 212 de la Constitution de 1961, en vigueur, et 24 de la Loi Organique de la Cour Suprême de Justice, en vigueur aussi) sont élus par le Congrès de la République (articles 214 de la Constitution et 4 de la L.O.C.S.J.) qui tient compte, fondamentalement, du lien ou de la sympathie des futurs magistrats par rapport aux partis politiques dominants, au moment de leur élection, dans le Sénat et la Chambre des Députés; par conséquent, malgré les exigences constitutionnelles (article 213) et légales (article 5 de la L.O.C.S.J.), accèdent souvent à d'aussi hautes responsabilités des personnes non capables, non seulement d'un point de vue professionnel mais encore moral.

*Tertio* : Le problème des lacunes juridiques rend manifeste l'importance du rôle du juge comme organe créateur de droit. Cependant, il est possible de déduire d'une lecture de la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice du Venezuela que les magistrats craignent de reconnaître expressément le fait qu'en tant que juges, ils créent du droit non seulement *intra legem* mais aussi *secundum argumentum legis*, moyennant le recours à l'analogie, et *praeter legem* sur la base des principes généraux du droit; de même ils éprouvent un immense scrupule à admettre qu'éventuellement, et étant donné certaines circonstances de fait, ils pourraient arriver à établir des normes juridiques *contra legem*<sup>84</sup>.

*Quarto*: La jurisprudence du tribunal suprême vénézuélien démontre que l'utilisation du raisonnement par analogie et le recours aux principes généraux du droit — des instruments assez satisfaisants et reconnus par la loi, pour combler les lacunes du droit positif du Venezuela — posent des problèmes d'une nature fondamentalement axiologique et non pas logique puisque la décision de recourir à l'une ou aux autres est le résultat d'un processus fondé essentiellement sur des jugements de valeur et dont l'aspect logico-formel, par conséquent, est secondaire.

*Quinto*: Dans la jurisprudence analysée, l'on observe l'emploi fréquent des *lieux spécifiques du droit* ou topiques juridiques<sup>85</sup> et des techniques du raisonnement juridique (par exemple quelques-uns des treize types d'arguments cités ci-dessus<sup>86</sup>) utilisés comme des raisons ou moyens qui permettent de justifier les décisions prises par le plus haut tribunal du pays, en démontrant ainsi le caractère spécifiquement dialectique ou rhétorique du raisonnement judiciaire.

#### NOTES

<sup>1</sup> Emerich Coreth, *Cuestiones Fundamentales de Hermenéutica*, trad. de Manuel Balasch, Barcelona, Herder, 1972, p. 7.

<sup>2</sup> Michel Villey, *Préface in Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1972, N° 17 (L'Interprétation dans le droit), p. 3.

<sup>3</sup> Cf. José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, 3a. ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1951, p. 434; Real Academia de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, 19 ed., Madrid, 1970, p. 702; Miguel de Toro y Gisbert y Ramón García-Pelayo y Gross, *Pequeño Larousse ilustrado*, Paris-Buenos Aires, Larousse, 1966, p. 537.

<sup>4</sup> André Lalande, *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*, trad. de Luis Alfonso y otros, Buenos Aires, El Ateneo, 1953, t. I, p. 548.

<sup>5</sup> Claude du Pasquier, *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, trad. de Juan Bautista de Lavalle y Julio Ayasta González, 2a. ed., Lima, Librería Internacional del Perú, 1950, p. 180-181.

<sup>6</sup> Segundo V. Linares Quintana, *Interpretación Constitucional in Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Omeba, 1962, t. XVI, p. 481.

<sup>7</sup> Karl Engisch, *Introducción al Pensamiento Jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 105.

<sup>8</sup> M. Villey, *op. cit.*, p. 3.

<sup>9</sup> Georges Kalinowski, *Philosophie et logique de l'interprétation en droit — Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens — in Archives...*, N° 17, p. 39.

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 41-42.

<sup>12</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. de Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 453 et 457.

<sup>13</sup> Chaïm Perelman, *L'interprétation juridique* in *Archives...*, N° 17, p. 30.

<sup>14</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, p. 454.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 460-461.

<sup>16</sup> Henri Batiffol, *Questions de l'interprétation juridique* in *Archives...*, N° 17, p. 13-14.

<sup>17</sup> Ch. Perelman, *A propos de la règle de droit. Réflexions de méthode* in *La Règle de Droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, p. 319.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 323.

<sup>19</sup> G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. d'André Kan, Gallimard, 1966, p. 240, § 213.

<sup>20</sup> Sir Paul Vinogradoff, *Introducción al Derecho*, trad. de Vicente Herrero, 2a. ed. México-Buenos Aires, F.C.E., 1957, p. 106.

<sup>21</sup> Luis Recasens Siches, *Interpretación del Derecho* in *Enciclopedia Jurídica Omeba...* t. XVI, p. 544.

<sup>22</sup> Ch. Perelman, *A propos de la règle de droit...*, p. 315.

<sup>23</sup> Georges Scelle, *Le Droit Public et la Théorie de l'Etat* in *Introduction à l'étude du Droit*, Paris, Rousseau, 1951, t. I, p. 18.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Ch. Perelman, *Éléments d'une théorie de l'argumentation* in *Logique et Argumentation*, Bruxelles, P.U.B., 1968, p. 85.

<sup>26</sup> Ch. Perelman, *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 162.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>28</sup> S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 301.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>30</sup> Cf. René David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1966, p. 19 et s.

<sup>31</sup> Ch. Perelman, *Logique Juridique...*, p. 54-55.

<sup>32</sup> Cf. *ibidem*, p. 54.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>36</sup> Georges Kalinowski, *Introduction à la Logique Juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 56.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Idem*. G. Kalinowski soutient que les relations pragmatiques existent non seulement «entre les expressions du droit et ceux qui les énoncent» mais aussi «entre les expressions de ce langage (du droit) et ceux à qui elles s'adressent» (*Ibidem*, p. 58).

<sup>39</sup> Cf. Ch. Perelman, *A propos de la règle de droit...*, p. 320; *L'interprétation juridique...*, p. 31-33, et *Logique Juridique...*, p. 151-152.

<sup>40</sup> L'on peut dire avec Perelman, que l'«analogie pose une proportion:  $a$  est à  $b$  comme  $c$  est à  $d$ . Il s'agit d'éclairer au moyen d'une relation connue ( $c$  est à  $d$ ) et que nous appelons le *phore*, une relation moins connue ( $a$  est à  $b$ ), qui est le *thème* du discours. C'est ce rapport asymétrique entre le thème et le phore qui distingue l'analogie de la proportion mathématique où l'égalité des relations est symétrique. Dans la proportion mathématique on établit des rapports purement formels entre éléments homogènes. Cette homogénéité est inconcevable dans l'analogie, dont la fonction épistémologique, de mieux faire connaître, structurer ou évaluer le thème grâce au phore, présuppose l'hétérogénéité des éléments» (*Logique Juridique...*, p. 129).

Le *raisonnement analogique* est une combinaison du raisonnement par induction et du raisonnement par déduction; c'est-à-dire que l'on raisonne du particulier — la norme juridique (ou l'ensemble juridico-normatif) qui règle une donnée de fait (ou plusieurs) considérée semblable

au cas concret non prévu normativement — et l'on extrait un principe (ou une règle générale) (à ce niveau on emploie l'induction) qui va être appliqué de façon déductive à ce cas concret non réglé (cf. K. Engisch, *op. cit.*, p. 182). Généralement l'on distingue entre l'analogie *legis* (ou individuelle) et l'analogie *juris* (ou conjointe). Dans la première, l'on applique une norme juridique singulière à un cas d'espèce non prévu par celle-ci, mais que l'on considère « essentiellement » semblable à la donnée de fait (ou antécédent) de ladite norme. Dans le deuxième type d'analogie, l'on part d'un ensemble de normes juridiques, plus ou moins ample, — qui peut arriver à comprendre la totalité des normes d'un code, d'une loi, d'un règlement, etc... —, et l'on obtient par induction un principe ou une règle de caractère général que l'on applique à un cas concret non réglé estimé semblable, dans ce qui est « essentiel », aux données de fait de ces normes (cf. Ludwig Enneccerus - Hans Carl Nipperdey, *Derecho Civil*, Parte General, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, v. I, p. 217; Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, p. 304-305; Ulrich Klug, *Lógica Jurídica*, trad. de Juan David García Bacca, Caracas, Facultad de Derecho - U.C.V., 1961, p. 149-150; K. Engisch, *op. cit.*, p. 186-187; Hans Nawiasky, *Teoría General del Derecho*, trad. de José Zafra Valverde, Madrid, Rialp, 1962, p. 204-206).

Il faut ajouter que l'égalité juridique « essentielle » — entre le cas concret non prévu juridiquement et la donnée de fait de la norme juridico-positive dont on postule l'application analogique à celui-là —, traditionnellement exigée (cf. par exemple L. Enneccerus - H.C. Nipperdey, *idem*; José Castan Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madrid, Reus, 1947, p. 313-316) comme un présupposé fondamental pour employer le raisonnement par analogie dans le domaine du droit, n'est pas quelque chose qui vient par soi-même; l'égalité juridique « essentielle » ne se présente pas au juge d'une telle façon que celui-ci ne puisse pas la méconnaître; c'est tout le contraire, puisque la détermination de cette égalité est un problème axiologique. C'est-à-dire que s'il y a l'aspect logique — le fonctionnement du raisonnement par analogie —, la détermination, par contre, de ce que le cas « X » non prévu normativement et le cas « Z » prévu par la norme juridique sont semblables dans ce qui paraît pertinent par rapport au contenu et au but de cette norme que l'on prétend appliquer, obéit à un raisonnement *dialectique*, à un raisonnement fondé sur des jugements de valeur, et c'est le juge même qui va décider qu'entre le cas concret non prévu et la donnée de fait prévue il y a assez de ressemblance pour justifier l'application de la norme à l'une et à l'autre. Donc le juge va dire qu'existe une égalité juridique « essentielle » s'il croit d'abord qu'il y a une lacune juridico-normative et ensuite que la solution qu'il veut donner peut lui être fournie par la norme (légal ou coutumière) ou le précédent qui règle un cas considéré semblable par lui-même. Pour cela l'on peut affirmer que dans l'analogie il y a une combinaison de la logique et de l'axiologie (cf. K. Engisch, *op. cit.*, p. 184; K. Larenz, *op. cit.*, p. 301; H. Nawiasky, *op. cit.*, p. 206-208).

<sup>41</sup> D'après W.J. Ganshof Van Der Meersch le principe général de droit « a une existence autonome comme source de droit; le juge n'a qu'un rôle 'déclaratif', le révèle, l'interprète et l'applique » (cit. par Ch. Perelman, *Logique Juridique...*, p. 80). C'est-à-dire que les principes généraux du droit ont leur source dans la *Weltanschauung* de chaque société nationale et même de la communauté internationale des Nations, mais leur sens et leur portée sont établis par les tribunaux. Or selon Henri Buch, « aux principes généraux revient la tâche... d'énoncer les propositions fondamentales de la vie juridique » (*La notion d'égalité dans les principes généraux du droit* in *L'Egalité*, vol. I, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, p. 202). Par conséquent l'on peut dire avec Georges Ripert que « les principes juridiques sont les grandes règles qui président au maintien de l'ordre essentiel. Leur existence dépend de notre conception du droit » (*Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 345). Et pour tout ceci, Perelman affirme que l'« on a admis que les principes généraux du droit communs à tous les peuples civilisés constituent des règles de droit que, dans un Etat de droit, on ne peut ni ignorer ni violer » (*Le raisonnable et le déraisonnable en droit* in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1978, t. 23 (Formes de rationalité en droit), p. 42).

<sup>42</sup> Arrêt du 15 mai 1942 de la Chambre Politico-Administrative de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation (aujourd'hui Cour Suprême de Justice) in Hermann Petzold-Pernía, *Interpretación e Integración en el Código Civil Venezolano - Hermenéutica Jurídica y Argumentación -* Maracaibo, IFD - Facultad de Derecho - L.U.Z., 1984, p. 78.

<sup>43</sup> Décision de la Cour Suprême de Justice, Chambre Politico-Administrative, du 27 avril 1982 in *ibidem*, p. 159-160, note 89.

<sup>44</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> février 1917 de la Chambre de Cassation de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation (actuellement Cour Suprême de Justice) in *ibidem*, p. 70.

<sup>45</sup> Décision du 24 avril 1924 de la même chambre de ce tribunal suprême in *idem*. Dans le même sens: cf. les arrêts du 14 mai 1884 (in *ibidem*, p. 157, note 68), du 14 juin 1888 (in *ibidem*, p. 70), les deux du même tribunal; du 10 avril 1940 de la Chambre Fédérale de la Cour Fédérale et de Cassation (in *idem*); du 7 mars 1951 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail du même tribunal suprême (in *ibidem*, p. 71); du 20 juin 1951 de la Chambre de Cassation de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation (in *ibidem*, p. 81); du 7 mai 1965 (in *ibidem*, p. 117-118), du 26 octobre 1967 (in *ibidem*, p. 71-72), et du 12 février 1970 (in *ibidem*, p. 72-74) de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail de la Cour Suprême de Justice.

<sup>46</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> février 1917 cité ci-dessus. Dans le même sens: cf. les décisions du 10 avril 1940, du 26 octobre 1967 (les deux citées *supra*); du 27 novembre 1968 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail de la Cour Suprême de Justice (in *ibidem*, p. 72); du 4 août 1971 de la Chambre Politico-Administrative du même tribunal suprême (in *ibidem*, p. 75), et le vote dissident annexe à l'arrêt du 12 février 1970 cité ci-dessus (in *ibidem*, p. 74-75).

<sup>47</sup> Décision de la Cour Suprême de Justice, Chambre Politico-Administrative, du 16 juin 1969 in *ibidem*, p. 96.

<sup>48</sup> Arrêt du 14 juin 1888 cité *supra*.

<sup>49</sup> Décision du 11 août 1949 de la Chambre Fédérale de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation (aujourd'hui Cour Suprême de Justice) in *ibidem*, p. 94.

<sup>50</sup> Arrêt du 7 mai 1965 cité ci-dessus.

<sup>51</sup> Décision du 15 mai 1942 citée *supra*. Dans le même sens: cf. les arrêts du 16 décembre de 1947 de la Chambre de Cassation de la Cour Suprême de Justice (in *ibidem*, p. 80) et du 12 février 1970 cité ci-dessus.

<sup>52</sup> Arrêt du 2 novembre 1982 de la Chambre Politico-Administrative de la Cour Suprême de Justice in *ibidem*, p. 163, note 110.

<sup>53</sup> Décision de la Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail, du 31 octobre 1961 in *ibidem*, p. 104.

<sup>54</sup> Arrêt du 7 mai 1965 cité *supra*. Dans le même sens: cf. les décisions du 2 novembre 1922 (in *ibidem*, p. 81) et du 31 mai 1946 (in *ibidem*, p. 79) de la Chambre de Cassation de la Cour Fédérale et de Cassation; du 7 mars 1951 citée ci-dessus; du 27 juillet 1953 de la Chambre Civile, Commerciale et du Travail de l'ancienne Cour de Cassation (in *ibidem*, p. 81-82); du 12 mai 1959 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail de la même Cour (in *ibidem*, p. 82-83); du 7 novembre 1962 de la Chambre Politico-Administrative de la Cour Suprême de Justice (in *ibidem*, p. 105-106); du 5 décembre 1962 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail du même tribunal suprême (in *ibidem*, p. 107-109); du 4 avril 1963 (in *ibidem*, p. 110), du 6 février 1964 (in *ibidem*, p. 95) et du 20 novembre 1969 (in *ibidem*, p. 83) de la Chambre Politico-Administrative de la Cour Suprême de Justice; du 12 février 1970 citée *supra*; du 3 décembre 1970 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail du même tribunal suprême (in *ibidem*, p. 83-85), et le vote dissident ou minoritaire annexe à l'arrêt de la Cour Suprême de Justice, en Séance plénière, du 14 août 1973 (in *ibidem*, p. 136-127).

<sup>55</sup> Arrêt du 31 mai 1946 cité ci-dessus.

<sup>56</sup> Décision du 4 novembre 1964 de la Chambre Politico-Administrative de la Cour Suprême de Justice in *ibidem*, p. 112. Dans le même sens: cf. les arrêts du 31 octobre 1961, du 7

novembre 1962 (les deux cités *supra*), et du 3 mars 1983 (in *ibidem*, p. 165-166, note 125).

<sup>57</sup> Arrêt du 16 novembre 1917 de la Chambre de Cassation de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation (actuellement Cour Suprême de Justice) in *ibidem*, p. 69.

<sup>58</sup> Décision du 9 octobre 1953 de la Cour Fédérale in *ibidem*, p. 82.

<sup>59</sup> Arrêt de la Cour Suprême de Justice, en Séance plénière, du 27 mai 1969 in *ibidem*, p. 83.

<sup>60</sup> Décision du 16 juin 1969 citée *supra* in *ibidem*, p. 98. Dans le même sens: cf. l'arrêt du 20 novembre 1969 cité *supra*; le vote dissident ou minoritaire annexe à l'arrêt du 14 août 1973 cité ci-dessus, et l'arrêt du 3 mars 1983 cité *supra*.

<sup>61</sup> Décision du 11 août 1949 citée ci-dessus.

<sup>62</sup> Arrêt du 5 mai 1965 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail de la Cour Suprême de Justice in *ibidem*, p. 95.

<sup>63</sup> Décision du 16 juin 1969 citée *supra* in *ibidem*, p. 100. Dans le même sens: cf. les arrêts du 31 mai 1946 cité ci-dessus; du 20 octobre 1960 de la Chambre Fédérale de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation (in *ibidem*, pp. 94-95); du 6 février 1964 cité *supra*; du 4 août 1971 cité ci-dessus; et du 27 novembre 1973 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail de la Cour Suprême de Justice (in *ibidem*, p. 123).

<sup>64</sup> Arrêt de la Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail, du 5 août 1964 in *ibidem*, p. 203.

<sup>65</sup> Décision du 31 janvier 1974 de la Chambre Politico-Administrative du même tribunal suprême in *ibidem*, p. 208.

<sup>66</sup> Arrêt de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation, Chambre Fédérale, du 21 février 1952 in *ibidem*, p. 209.

<sup>67</sup> Décision du 14 août 1974 de la Chambre Politico-Administrative de la Cour Suprême de Justice in *ibidem*, p. 208.

<sup>68</sup> Arrêt du 21 février 1952 cité *supra* in *ibidem*, p. 208.

<sup>69</sup> Décision de la Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail, du 2 août 1962 in *ibidem*, p. 210.

<sup>70</sup> Vote dissident ou minoritaire annexe à l'arrêt du 5 août 1964 cité ci-dessus in *ibidem*, p. 204.

<sup>71</sup> Décision du 16 juin 1969 citée *supra*: voir note 63.

<sup>72</sup> Arrêt de la Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail, du 4 décembre 1973 in *ibidem*, p. 208.

<sup>73</sup> Décision du 27 novembre 1973 citée ci-dessus in *ibidem*, p. 122.

<sup>74</sup> Arrêt de la Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail, du 1<sup>er</sup> octobre 1974 in *ibidem*, p. 211.

<sup>75</sup> Décision du 19 novembre 1943 de la Chambre de Cassation de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation (aujourd'hui Cour Suprême de Justice) in *ibidem*, p. 209.

<sup>76</sup> Décision du 2 août 1962 citée ci-dessus.

<sup>77</sup> Arrêt du 26 janvier 1966 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail de la Cour Suprême de Justice in *ibidem*, p. 212.

<sup>78</sup> Cf. la décision du 16 juin 1969 citée *supra*: voir note 63.

<sup>79</sup> Arrêt de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation, Chambre de Cassation, du 6 mars 1936 in *ibidem*, p. 229.

<sup>80</sup> Arrêt du 10 août 1966 de la Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail de la Cour Suprême de Justice in *ibidem*, p. 230.

<sup>81</sup> Décision du 16 juin 1969 citée ci-dessus in *ibidem*, p. 98 ou 231.

<sup>82</sup> Arrêt de la Cour Suprême de Justice, Chambre de Cassation Civile, Commerciale et du Travail, du 21 janvier 1975 in *ibidem*, p. 231.

<sup>83</sup> Cf. Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable...*, p. 35-42.

<sup>84</sup> Cf. les décisions du 8 mars 1935 (in H. Petzold-Pernía, *Interpretación...*, p. 208) et du 19 novembre 1943 (citée *supra*) de la Chambre de Cassation de l'ancienne Cour Fédérale et de Cassation.

<sup>85</sup> A cet égard Perelman écrit: «Les topiques juridiques se réfèrent aux lieux *spécifiques* d'Aris-

tote, ceux qui concernent les matières particulières, opposés aux lieux *communs*, que l'on utilise dans le discours persuasif en général, et dont Aristote a traité dans ses *Topiques*...

» L'importance des lieux spécifiques du droit, c'est-à-dire des topiques juridiques, est de fournir des raisons permettant d'écartier des solutions non équitables ou déraisonnables, dans la mesure où celles-ci négligent des considérations que ces lieux permettent de synthétiser et qui s'intègrent dans une vision globale du droit comme *ars aequi et boni*» (*Logique Juridique...*, p. 87. Cf. Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964).

D'autre part nous pouvons mentionner quelques topiques juridiques invoqués, explicitement ou implicitement, dans quelques-uns des arrêts cités: «*Interpretatio cessat in claris*», «*in claris non fit interpretatio*» ou «*clara non indigent interpretatione*» (groupes B et E) «Si le législateur ne distingue pas, il est interdit à l'interprète de le faire» (groupes C, E et G); l'«intérêt public» (groupe I); «la finalité» (groupes E, G, H et J); «Ce qui est insupportable ne peut être de droit» (groupe J); «Les exceptions sont d'interprétation stricte» (*exceptio est strictissimae interpretationis*) (groupe M); etc...

\* Par exemple dans les groupes d'arrêts G et H l'on emploie l'argument *psychologique* déjà défini *supra*. D'autre part dans le groupe I on utilise l'argument *systématique* aussi défini ci-dessus. Et l'argument *apagogique* «ou de réduction à l'absurde selon laquelle on suppose que le législateur est raisonnable, et qu'il n'aurait pas pu admettre une interprétation de la loi qui conduirait à des conséquences illogiques ou iniques» (Ch. Perelman, *op. cit.*, p. 58) est employé dans le groupe J. Enfin l'argument *a simili* apparaît dans les décisions de groupes K, L et M, et l'on fait recours à l'argument *a contrario* — «un procédé discursif d'après lequel, une proposition juridique étant donnée, qui affirme une obligation (ou autre qualification normative) d'un sujet (ou d'une classe de sujets), faute d'une autre disposition expresse, on doit exclure la validité d'une proposition juridique différente, qui affirme cette même obligation (ou une autre qualification normative) à l'égard de tout autre sujet (ou classe de sujets)» (Tarello cit. par *ibidem*, p. 55) — dans l'arrêt mentionné à la lettre N.



# Droit et Révolution

## Quelques réflexions historico-juridiques sur un thème de philosophie du droit

par John GILISSEN

«Du passé, faisons table rase...»

La révolution engendre-t-elle un nouveau droit? En toutes matières, ou seulement en certaines branches du droit? Y a-t-il rupture de l'évolution juridique ou continuité historique?

Ces questions ont souvent préoccupé les philosophes du droit et les politologues<sup>1</sup>, beaucoup moins les historiens du droit. Nous voudrions faire part de quelques réflexions sur ce thème qui avait été choisi comme sujet du colloque organisé par l'Association internationale d'histoire du droit et des institutions dans le cadre du 16<sup>e</sup> Congrès international des Sciences historiques tenu à Stuttgart fin août 1985<sup>2</sup>.

### I. Une typologie des révolutions

A la question principale — la révolution engendre-t-elle un droit nouveau? — la réponse peut être à peu près positive pour les trois grandes révolutions que le monde a connues depuis deux siècles: la révolution française de 1789, la révolution russe de 1917 et la révolution chinoise de 1949. Elle doit être beaucoup plus nuancée, voire parfois à peu près négative, pour les autres révolutions, que ce soit celles des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles ou celles d'un passé plus lointain, depuis la Grèce et la Rome antique et les révoltes du moyen âge et des temps modernes.

En réalité, tout dépend du sens donné au mot «révolution». Le terme est relativement récent dans le vocabulaire politique et historique pour désigner un bouleversement plus ou moins violent et profond de l'ordre politique et éventuellement social; ce n'est guère qu'au 18<sup>e</sup> siècle que l'usage en devient courant, alors qu'auparavant d'autres termes sont utilisés, par exemple *seditio* chez les Romains, insurrection, révolte, rébellion, soulèvement et d'autres mots dans le langage usuel de la fin du moyen âge et des temps modernes. Le concept de révolution a pris aux 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles une importance grandissante dans les sciences politiques, dans l'historiographie, dans la littérature, tant sous l'influence des suites des révolutions française et américaine que sous celle du marxisme.

Toutes les révolutions ne se ressemblent pas, loin de là; on pourrait plutôt dire que chaque révolution est différente des autres, tant dans ses causes que dans son développement historique et dans ses effets. Chaque révolution est un «fait unique»; plus que pour beaucoup d'autres notions, le principe de l'unicité des faits historiques s'applique aux révolutions. Et pourtant, historiens et sociologues ont cherché à réduire le concept à certains types, à établir une typologie des révolutions, mais ils sont loin d'avoir construit un système unanimement admis<sup>3</sup>.

Dans le cadre de cette brève étude, contentons-nous d'une typologie plus spécialement en rapport avec les effets des révolutions sur l'ordre juridique. A ce point de vue, une distinction fondamentale me semble s'imposer :

1. D'une part, les *révolutions globales*, les grandes révolutions, celles qui ont engendré un droit nouveau, et que nous avons cité au début : la française, la russe, la chinoise. Elles sont autant sociales que politiques; elles engendrent un nouveau type de société, un nouveau droit, sans nécessairement constituer une rupture dans l'évolution historique du droit. On peut y assimiler certaines révolutions qui ont suivi l'exemple d'une de ces grandes révolutions, par exemple au cours des dernières décennies : la révolution cubaine, la vietnamienne, la cambodgienne.

2. D'autre part, les *révolutions politiques* qui engendrent des changements dans la structure politique de l'Etat, dans le droit constitutionnel, sans toucher — presque — aux autres branches du droit. Ce sont au 19<sup>e</sup> siècle les révolutions libérales qui s'efforcent d'installer des systèmes politiques inspirés des régimes établis par la révolution anglaise du 17<sup>e</sup> siècle, les révolutions américaine et française de la fin du 18<sup>e</sup> siècle. Ce sont au 20<sup>e</sup> siècle certaines révolutions sociales, le plus souvent de tendance marxiste, mais dont le but et l'effet sont surtout un changement dans la structure politique; tel est le cas, notamment, de beaucoup de révolutions en Amérique latine et en Afrique.

Parmi ces révolutions politiques, deux types peuvent encore être distingués :

a) Les *révolutions internes*, lorsque dans un Etat donné une révolution parvient à substituer un régime politique nouveau au régime établi. Tel fut le cas en Angleterre au 17<sup>e</sup> siècle, en France en 1830, en Espagne au 19<sup>e</sup> siècle, dans de nombreux pays d'Amérique latine et d'Afrique.

b) Les *révolutions nationales*, lorsqu'une partie de la population vivant sur une parcelle du territoire, se soulève contre l'Etat pour acquérir ou reprendre son indépendance. Tel est le cas de la révolution belge de 1830 contre le Royaume des Pays-Bas, de celles de la Pologne contre l'Empire russe en 1830, en 1846, en 1863, de celle de Grèce, de Serbie, de Roumanie, de Bulgarie contre l'Empire ottoman, de l'Irlande contre la Grande-Bretagne. Tel est aussi — et surtout — le cas des colonies luttant pour leur indépendance : les Etats-Unis contre l'Angleterre en 1776, les colonies d'Amérique latine contre l'Espagne au début du 19<sup>e</sup> siècle, les colonies d'Afrique et d'ailleurs contre la Grande-Bretagne, la France, la Belgique, le Portugal, etc... au milieu du 20<sup>e</sup> siècle. Ces révolutions s'appellent généralement, au 20<sup>e</sup> siècle, des guerres de libération nationale; elles commencent le plus souvent comme une révolution, par des actes de violence, par une révolte, une insurrection; si celle-ci parvient à s'installer, la révolution devient guerre d'indépendance dont le but, dans le projet révolutionnaire, est avant tout la formation d'un nouvel Etat; mais ce but peut aussi être un changement politique et/ou social.

3. A ces deux types de révolutions, les historiens et politologues en ont ajouté un troisième, bien différent : ils ont donné le nom de révolution à certaines grandes transformations de la vie politique, sociale et/ou économique, s'étendant sur une durée relativement longue, mais se réalisant sans être liées à des actes violents provoquant ces transformations, ni à des projets révolutionnaires. Un exemple typique est la «révolution industrielle» du 19<sup>e</sup> siècle; elle débute vers les années 1760-1780, surtout en Angleterre, puis s'étend progressivement à la plupart des pays d'Europe occidentale et aux Etats-Unis; elle résulte du développement du machinisme, de l'apparition de nouvelles sources d'énergie, de la concentration industrielle dans les villes et les conglomérations, de la formation d'un prolétariat, etc. Ce type de révolution n'est pas lié à la violence; il n'est pas la réalisation d'une idéologie; il est la lente transformation de la vie économique, et par conséquent, sociale sous l'effet d'une multitude de facteurs.

Dans le même sens, on parle de la «révolution technologique», voire de la «révolution informatique» de la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle. Beaucoup d'historiens de l'antiquité ont cherché une «révolution romaine», mais sans parvenir à s'entendre sur la période à envisager; pour les uns, c'est le conflit

entre le patriciat et la plèbe au début de la République; pour d'autres, c'est la période des Gracques à Sylla; d'autres la situent à la fin du 1<sup>er</sup> siècle avant notre ère<sup>4</sup>. On a parlé de la «révolution religieuse» au 16<sup>e</sup> siècle, encore que l'Eglise — et les historiens — emploient plutôt le terme de réforme; le message du Christ n'était-il pas vraiment révolutionnaire? Engels, et accessoirement Marx, ont vu dans la naissance du droit et de l'Etat par la formation de classes sociales différenciées la principale révolution de l'histoire de l'humanité; à leurs yeux, il fallait une autre révolution pour passer du capitalisme au communisme<sup>5</sup>.

Cette extension du concept de révolution à tout bouleversement profond de la vie politique et sociale, s'éloigne du concept classique de révolution, qui implique une série d'actes violents pour s'emparer du pouvoir et réaliser le bouleversement prévu par le projet révolutionnaire. Dans la recherche des effets juridiques des révolutions, nous nous tiendrons au concept classique, tout en admettant que les autres révolutions ont souvent eu des effets importants et durables sur l'évolution du droit.

Une autre distinction doit encore être faite, celle entre révolutions réussies, révolutions temporairement réussies et révolutions avortées.

1. Du point de vue juridique, seules les révolutions *réussies* ont une réelle importance; elles seules créent un droit nouveau: soit tout un système juridique nouveau si elles ont provoqué un bouleversement global de la société, soit au moins un changement important du droit public, s'il s'agit de révolutions politiques.

2. Beaucoup de révolutions ne sont parvenues qu'à s'emparer *temporairement* du pouvoir. Leur réussite est de courte durée; mais pendant ces quelques semaines ou mois, elles ont engendré des règles de droit nouvelles; celles-ci disparaissent le plus souvent à la suite de l'échec final de la révolution; mais parfois elles subsistent; même si elles disparaissent, elles influencent l'évolution du droit durant les décennies qui suivent. Ainsi, la Commune de 1871 n'a réussi à s'emparer du pouvoir que pendant deux mois et seulement sur une partie du territoire français; mais elle a promulgué des centaines de dispositions législatives qui disparurent avec elle. Si certaines d'entre elles furent des mesures législatives occasionnelles et temporaires, répondant à un besoin immédiat, d'autres réalisèrent des réformes profondes et en principe permanentes prévues dans le projet révolutionnaire; la chute de la Commune les fit disparaître, mais elles furent souvent reprises plus tard, dans des conditions non révolutionnaires, comme une conséquence de l'évolution politique et sociale. Ainsi le décret supprimant le travail de nuit des ouvriers boulangers, du 27 avril 1871, disparut dès fin mai par suite de la défaite de la Commune; mais le principe en fut repris plus tard dans le cadre des lois sociales de la III<sup>e</sup> République. Autre exemple: la révolution espa-

gnole de 1868, qui, après avoir finalement — en 1873 — instauré la république, ne put survivre à un retour à la monarchie en 1874; pendant ces six ans, de nombreuses réformes législatives avaient été introduites par voie législative mais la plupart d'entre elles disparurent dès le rétablissement de la monarchie; ainsi, le mariage civil fut introduit dès 1870, mais supprimé peu après 1874.

3. Une révolution *avortée* ne crée pas de droit nouveau; une insurrection, une révolte qui ne parvient pas à se transformer en révolution, ne crée pas de droit. Les insurgés ne parvenant pas à s'emparer du pouvoir, ne fut-ce que sur une parcelle du territoire, ne sont pas à même d'édicter des règles de comportement qui s'imposent en dehors de leur propre groupe. Tel fut le cas de la révolte des étudiants à Paris en 1968, de celle des ouvriers dans la Ruhr, à Elberfeld et à Iserlohn, en 1849, des centaines d'insurrections nationales ou sociales que connut le «rebellious century» de 1830 à 1930<sup>6</sup>.

Le projet révolutionnaire peut cependant avoir une influence réelle, parfois considérable, sur l'évolution du droit, sans avoir réussi. Si le gouvernement parvient à mater la révolte, il peut toutefois chercher un compromis avec les insurgés; il peut faire des concessions pour éviter une aggravation de la situation; il peut aussi être contraint à céder le pouvoir à un gouvernement plus favorable aux idées des révolutionnaires. Des réformes sur le plan politique, social ou économique peuvent alors se traduire en une législation nouvelle qui peut être aussi novatrice que celle qui serait issue d'une révolution. De nombreux exemples peuvent en être trouvés dans les nombreuses tentatives de révolution politique du 19<sup>e</sup> siècle; le but des révolutionnaires était d'instaurer un régime parlementaire, la responsabilité ministérielle, l'extension du droit de vote; ces réformes furent souvent réalisées, à la longue, malgré les échecs des révolutionnaires. L'évolution du droit aboutit au même résultat que la révolution, mais plus lentement.

De même, les réformes sociales, réclamées par la classe ouvrière dès le milieu du 19<sup>e</sup> siècle en des centaines de révoltes, se réalisent dans certains pays sans révolutions. Le droit social, par exemple, se forme par bribes et morceaux au cours des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles, bien rarement par une révolution, beaucoup plus souvent par des réformes réalisées par l'Etat libéral ou même conservateur. Réformes réalisées par crainte d'une révolution, plutôt que par une révolution, que ce soit en France, en Grande-Bretagne, en Allemagne, ou ailleurs.

Réforme ou révolution? Minimalistes ou maximalistes? C'est le grand conflit qui opposa révolutionnaires et réformateurs au sein des mouvements socialistes au début du 20<sup>e</sup> siècle et qui aboutit partout, après 1917, à la scission en parti socialiste et parti communiste.

## II. Les révolutions globales

Les révolutions globales sont celles qui ont réalisé un changement profond de la société, et par conséquent du droit, celles qui sont de véritables révolutions en ce sens que la prise du pouvoir par les révolutionnaires est faite d'une manière violente. Ce sont, nous semble-t-il, les révolutions française, russe et chinoise; toutes trois ont eu pour but et ont pu réaliser un bouleversement de la vie sociale, des structures sociales, des rapports entre les classes sociales; toutes trois sont issues d'actes violents qui ont, à un moment donné, permis aux révolutionnaires de s'emparer du pouvoir et dès lors de légiférer, de construire un droit nouveau par voie législative.

Les révolutions du 19<sup>e</sup> siècle ne sont pas des révolutions globales; celles qui ont réussi sont des révolutions politiques, modifiant quasi exclusivement le droit constitutionnel, c'est-à-dire la structure de l'Etat et les libertés fondamentales. Certaines révolutions du 19<sup>e</sup> siècle auraient pu être globales, mais elles ne réussirent pas à garder le pouvoir. Tel est le cas de la révolution française de février 1848, de celle de Vienne d'octobre 1848, de celle de Dresde de mars 1849; tel est surtout le cas de la révolution parisienne de 1871 instaurant la Commune.

Certaines révolutions du 20<sup>e</sup> siècle ont le caractère global des révolutions russe et chinoise; mais elles sont le résultat de la propagation de ces deux révolutions. Dans les pays d'Europe de l'Est, la prise du pouvoir par le parti communiste ou pro-communiste en 1947-1948 ne résulte guère d'actes violents révolutionnaires, mais d'une intervention, directe ou indirecte, des forces de l'U.R.S.S. occupant le territoire. Dans d'autres cas, comme à Cuba ou au Viêtnam, il y eut révolution, et elle fut globale; mais en réalité, le précédent soviétique servait de modèle; s'il y eut quelques traits originaux, la majeure partie des changements sociaux et économiques fut inspirée par la doctrine marxiste, telle qu'elle fut interprétée par les dirigeants de l'Union soviétique. Seule, semble-t-il, la révolution du Cambodge dirigée par les Khmers rouges, — tout en étant inspirée par le précédent chinois —, eut un caractère global notamment par l'élimination physique d'une importante partie de la population et par la création d'un système politique et juridique nouveau.

N'y eut-il pas de révolutions globales avant la fin du 18<sup>e</sup> siècle? Certaines révolutions sont qualifiées de «grandes révolutions»<sup>7</sup> de «glorious revolution»; mais ni la révolution anglaise de 1689, ni l'américaine de 1776 ne furent des révolutions globales. Les révolutions anglaises du 17<sup>e</sup> siècle ont eu un effet considérable sur les rapports entre le Roi et le Parlement et sur les premières affirmations des droits de l'homme; mais elles furent finalement menées par les juristes défenseurs du *common law*, du droit tradition-

nel anglais, contre ceux qui voulurent innover dans ce domaine. Elles eurent peu d'influence sur les structures sociales et juridiques de l'Angleterre. La révolution américaine est avant tout une guerre de libération nationale, menée contre le colonisateur anglais; si elle aboutit à la rédaction des constitutions des Etats et de celle de la fédération, elle conserva expressément, même constitutionnellement, le *common law* anglais comme base de son système juridique.

Retenons donc les trois révolutions globales citées ci-avant et voyons comment et dans quelle mesure elles ont supprimé l'ancien droit et créé un droit nouveau.

### A. La Révolution française

L'abrogation de l'ancien droit et la création d'un droit nouveau se fit en — au moins — deux phases: la première qui débute par la «Nuit des sacrifices», le 4 août 1789, la seconde lors de la prise de pouvoir en août 1792 par la «Commune insurrectionnelle» de Paris.

La première phase est peu révolutionnaire, car ce sont les mêmes organes qui continuent à gouverner: le roi, les ministres, les Etats généraux devenus l'Assemblée nationale constituante. Mais c'est cette Assemblée qui, en légiférant énormément pendant deux ans (1789-1791), crée un droit vraiment nouveau. Dans la nuit du 4 août, elle abolit ce qui reste du régime féodal; fin août, elle proclame la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Une constitution est finalement votée, après deux ans de discussions; le droit administratif et l'organisation judiciaire sont profondément modifiés; mais on touche relativement peu au droit privé: le droit d'aînesse et de masculinité furent abolis seulement le 8 avril 1791; le divorce ne fut admis que par une loi votée le 20 septembre 1792, c'est-à-dire le jour même où l'Assemblée législative de la Constitution de 1791 fait place à la Convention et où la République fut proclamée.

La seconde phase fut beaucoup plus révolutionnaire. Elle commence par une prise du pouvoir, le 10 août 1792, par des éléments révolutionnaires, ceux de la Commune de Paris; elle élimine le roi, juridiquement et physiquement; elle proclame la république pour laquelle une assemblée élue est appelée à rédiger une constitution. Cette assemblée, la Convention, gouvernera trois ans; les lois votées par elle imposent des idées de liberté et d'égalité dans tous les domaines; les dernières séquelles du régime féodal disparaissent. On légifère en toutes matières; des projets de code civil sont élaborés. Cette activité législative se poursuit sous le Directoire (1795-1799); en quelques années, des lois innovent en matière de succession, de filiation, de mariage, de divorce, de propriété, etc.<sup>8</sup>.

Mais la synthèse de ce droit nouveau ne se fit qu'après 1800, à l'époque napoléonienne. Cinq nouveaux codes sont promulgués de 1804 à 1810; si on a pu les considérer comme «l'Évangile juridique des temps nouveaux», ils ne reflètent plus le droit révolutionnaire de la Convention; ils ne sont plus «animés d'un esprit démocratique»<sup>9</sup>; ils sont en réalité une synthèse savante, mais difficile, entre l'ancien droit, y compris le droit romain, d'une part, et les idées de liberté et d'égalité de la révolution; ils assurent ainsi la continuité historique du droit français.

### *B. La Révolution russe*

La «Grande Révolution socialiste d'Octobre» — comme l'appelle la constitution de l'U.R.S.S. de 1977 — fait suite à la révolution, partiellement avortée, de 1905 et à celle de février 1917, plus politique que sociale. Après la prise du pouvoir par Lénine et le Parti bolchevique les 25 et 26 octobre (7-8 novembre) 1917, une série de décrets abrogeant directement ou indirectement tout l'ancien droit. Le décret sur la terre du 26 octobre 1917 — le jour même de la prise de pouvoir — supprime «immédiatement les grandes propriétés foncières, sans indemnité»; un autre du 19 février 1918 abolit «pour toujours tout droit de propriété sur la terre, le sous-sol, ...»; un décret du 24 novembre 1917 supprime les anciens tribunaux; celui du 27 avril 1918 supprime tout droit de succession, légal ou testamentaire; un décret du 30 novembre 1918 interdit toute référence aux anciennes lois ou décisions judiciaires<sup>10</sup>.

Mais l'ancien droit n'a pas entièrement disparu. Un décret du 22 février 1918 concernant la procédure admet que les anciennes lois, non expressément abrogées, restent en vigueur sauf si elles heurtent «la conscience socialiste du droit». C'était la porte ouverte à l'arbitraire; car chaque tribunal n'avait pas la même conception de cette «conscience socialiste». Le Parti communiste donna, il est vrai, des directives à ce sujet; et l'élaboration de nouveaux codes se fit rapidement: un Code de la famille fut promulgué dès le 17 octobre 1918, un Code du travail le 10 décembre 1918; un décret du 22 décembre 1918 formule les Principes de base du droit pénal de la République de Russie. D'autres viennent plus tard, et seulement dans la même république, notamment en 1922 une loi agraire, un code pénal, un code civil.

Droit nouveau certes, même si certains codes et lois restèrent assez longtemps en vigueur. Droit nouveau, parce que conçu sur des bases nouvelles, formulées dans les projets révolutionnaires et dans les premiers décrets. Droit conçu pour la phase transitoire entre capitalisme et communisme. Droit conçu comme un instrument pour l'édification de la société communiste sans classes sociales. Droit politique, car conçu par le Parti communiste, «la force qui dirige et oriente la société soviétique»<sup>11</sup> pour réaliser sa politique<sup>12</sup>.

Mais la continuité historique du droit n'est pas entièrement interrompue. On a pu montrer des survivances de l'ancien droit russe, même du droit romain, dans le droit soviétique actuel<sup>13</sup>.

### C. La Révolution chinoise

En réalité, il y eut au moins trois révolutions en Chine au 20<sup>e</sup> siècle : la révolution *nationale* en 1911-1912, la révolution *démocratique et socialiste*, partiellement dès 1931, mais générale en 1949, la révolution *culturelle* en 1966-1969.

La révolution nationale, sous la direction de Sun Yat-sen, remplaça l'Empire millénaire par une république de type occidental; mais les conflits internes empêchèrent pendant une quinzaine d'années l'élaboration d'un droit nouveau occidentalisé. Ce n'est qu'à partir de 1927 que des codes inspirés d'exemples européens, furent élaborés et promulgués; en réalité, ce droit de type européen n'a pénétré que dans une petite partie de la population des villes côtières, nullement à l'intérieur de la Chine.

La révolution démocratique et socialiste, sous la direction du Parti communiste chinois et de Mao Zedong, conquiert d'abord le pouvoir dans une province du Sud de la Chine et y constitua en 1931 la république soviétique chinoise de Jiangxi, puis, après la « Longue Marche » de 1934 pour échapper à l'encerclement, celle de Shaanxi (Sjensi). Après la victoire des troupes communistes en 1949, la République populaire est proclamée dans toute la Chine (sauf Taiwan). Dès février 1949, une Instruction du Comité central du Parti communiste chinois abroge les « six codes du Guomindang » pour établir les nouveaux principes du droit<sup>14</sup>. Ce droit est un « instrument de domination de la classe au pouvoir », un moyen utilisé par le prolétariat pour asseoir son autorité; il est indispensable dans la période de transition entre le capitalisme et le communisme. Ce droit, élaboré sous forme de milliers de lois au cours des années 50, était influencé, même en partie imité, du droit soviétique, tant celui des débuts de la révolution russe et de la N.E.P. que des phases plus récentes. Période de légisme, de prépondérance de la loi, période de *fa*.

La révolution culturelle éclata en 1966 comme une « révolution dans la révolution ». Elle voulut accélérer la voie vers le communisme, ce qui impliqua un état de « non-droit », une absence complète de sanctions légales. Il n'y eut plus de nouvelles lois pendant une dizaine d'années; à défaut de lois, on gouverna au moyen de l'idéologie, de slogans; les masses durent être convaincues d'accepter et d'appliquer avec enthousiasme les idées du Parti et de son chef; c'est la pensée de Mao Zedong, telle qu'elle fut contenue dans le petit « Livre rouge », qui servit de fil conducteur. On en revint en fait involontairement à une période de *li*, de confucianisme, mais

correspondant à la politique du Parti communiste chinois. Depuis lors, surtout depuis 1973, on en revient au système légiste; la campagne contre le confucianisme glorifie l'Ecole des légistes; du temps de Teng Hsiao-ping, le droit redevient légaliste, sans toutefois abandonner le conformisme avec la pensée de Mao<sup>15</sup>.

Il ne reste, en principe, rien de l'ancien droit chinois, ni de celui, européanisé, de la période du Guomindang; théoriquement, les deuxième et troisième révolutions chinoises ont fait «table rase du passé». Mais il resterait à examiner — si c'était possible — dans quelle mesure le nouveau droit a pénétré dans la masse d'un milliard de Chinois. L'alternance séculaire entre le *li* et le *fa*, entre le confucianisme et le légisme, s'est retrouvée dans l'histoire du droit de la République populaire chinoise.

### III. Les révolutions politiques

Les révolutions politiques, aussi bien celles du 17<sup>e</sup>, 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècle que celles du 20<sup>e</sup>, ont un but limité: transformer la structure de l'Etat, confier le pouvoir à des organes autrement structurés et composés, que ce soit au sein du même Etat, ou au sein d'un Etat devenu indépendant par la révolution; elles ne visent pas à bouleverser la société globale, à «changer la vie», à transformer les rapports sociaux et économiques entre les hommes. Tout au plus se servent-elles du mécontentement de certaines classes sociales, généralement les moins favorisées, pour réaliser leur but, sans pour autant adapter leurs projets aux aspirations de ces classes. Les révolutions de 1830 en sont un exemple: révolutions libérales aux buts limités, elles se sont servies du mécontentement des ouvriers provoqué par le machinisme naissant<sup>16</sup>.

Par conséquent, les révolutions politiques ne modifient pas — ou guère — le droit privé; elles se limitent à transformer plus ou moins profondément le droit constitutionnel, dans la mesure où il organise l'Etat et où il reconnaît des droits politiques aux habitants ou à certains groupes d'entre eux.

Les révolutions anglaises au 17<sup>e</sup> siècle, la révolution américaine de 1776, en sont des exemples (supra). Les révolutions libérales du 19<sup>e</sup> siècle ont eu généralement le même effet<sup>17</sup>. Influencées par les idées de la révolution anglaise de 1688 et de la révolution française de 1789 et par les constitutions élaborées alors en France et aux Etats-Unis, elles ont transformé le régime politique en attribuant des pouvoirs plus ou moins étendus à des organes représentatifs composés d'élus de la nation, en augmentant le droit de suffrage jusqu'à finalement admettre le suffrage universel, en organisant une séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, etc.

Elles ont fixé les principes de leur projet révolutionnaire dans des actes législatifs, surtout des constitutions; chaque révolution réussie engendre une nouvelle constitution. Mais il est indéniable que toutes les constitutions du 19<sup>e</sup> siècle ne résultent pas d'une révolution; beaucoup d'entre elles furent l'œuvre de réformateurs plutôt que de révolutionnaires.

Les révolutions libérales ont rarement influencé directement l'évolution du droit privé. Celui-ci n'est généralement pas visé par les projets révolutionnaires; des réformes telles que la laïcisation du mariage et de l'état civil, l'admission du divorce, l'égalité des sexes, la réforme du droit de succession, la protection des droits des mineurs d'âge, sont rarement réalisées au cours d'une révolution; bien plus souvent, elles sont progressivement introduites sous l'effet des idées de liberté et d'égalité. La révolution espagnole de 1868, suivie de la proclamation, très temporaire, de la République (1873-1874), en est cependant un exemple; mais la plupart des réformes furent supprimées dès le retour à la monarchie.

Les mêmes observations s'imposent pour l'analyse des révolutions nationales, tendant à l'indépendance d'une partie du territoire ou d'une colonie.

La révolution américaine de 1776 a créé un nouvel Etat, de type fédéral, relativement différent de la structure de la mère-patrie, l'Angleterre, encore que dans chacun des Etats fédérés l'essentiel des organes des colonies anglaises ait survécu; mais on a conservé le common law anglais comme base du droit privé; on l'a même proclamé dans un des premiers amendements de la constitution fédérale.

Les révolutions des colonies espagnoles d'Amérique latine, de 1810-1825, créèrent de nouveaux Etats, qui adoptèrent des constitutions influencées par celles des Etats d'Amérique du Nord ou celles de la Révolution française; mais elles conservèrent le droit privé espagnol de l'ancien régime; elles n'adoptèrent de nouveaux codes, souvent d'inspiration française, qu'à partir des années 1850<sup>18</sup>.

La révolution grecque de 1821-1832 a rétabli le droit privé byzantin tel qu'il était contenu dans des recueils du 14<sup>e</sup> siècle, notamment l'Hexabiblos d'Harmenapoulos. La révolution belge de 1830 a maintenu en vigueur les codes napoléoniens, en abrogeant l'arrêté qui devait mettre de nouveaux codes en place, alors que cependant ceux-ci avaient été élaborés sous l'influence des membres belges des Etats généraux des Pays-Bas.

Les nouveaux Etats de l'Afrique noire, pour autant qu'ils ont acquis l'indépendance dans les années 1950-1970 par la guerre et la révolution, ont malgré cela conservé le droit privé de leurs colonisateurs; ils ne sont pas retourné au droit traditionnel, coutumier, d'avant la colonisation; mais ils

n'ont pas non plus — du moins pas encore — créé un droit privé nouveau correspondant à un mode de vie propre<sup>19</sup>.

#### IV. Source du droit révolutionnaire: la législation

Le nouveau droit engendré par la révolution est, nécessairement, du droit législatif; c'est au moyen de lois que les révolutionnaires réalisent leur programme.

L'appellation donnée aux actes législatifs importe peu : loi, arrêté, décret, acte, proclamation, décision, etc... Les appellations sont d'ailleurs inspirées du système de droit public existant, mais en donnant aux actes législatifs un sens général, vague, imprécis; car les organes du pouvoir ne sont encore ni hiérarchisés, ni spécialisés dans leurs fonctions. Les actes législatifs sont souvent précédés de déclarations publiques, par lesquelles les révolutionnaires font connaître leurs intentions, leur volonté; mais ces avis, ces proclamations ne contiennent pas encore des règles impératives de droit. C'est à partir du moment où les révolutionnaires ont pris — ou ont prétendu prendre — le pouvoir qu'ils légifèrent.

##### *a) La prise du pouvoir*

La prise du pouvoir par un groupe révolutionnaire est une question de fait. Elle résulte généralement de l'occupation, par suite d'actes violents, insurrectionnels, d'une parcelle de territoire sur laquelle les révolutionnaires exercent leur autorité. «La prise du pouvoir ne peut s'opérer qu'insurrectionnellement», affirma Lénine quelques jours avant la Révolution d'octobre<sup>20</sup>.

Dans les révolutions nationales tendant à l'indépendance, la conquête d'une partie du territoire est généralement suivie de la promulgation d'actes législatifs parmi lesquels la proclamation de l'indépendance est essentielle; ainsi, en Belgique en 1830, après les quatre jours de combats au Parc de Bruxelles du 23 au 26 septembre, le Gouvernement provisoire «arrête», le 4 octobre, que «les provinces de la Belgique violemment détachées de la Hollande constitueront un Etat indépendant» et qu'un congrès national s'occupera d'adopter une constitution.

Dans les autres révolutions, le processus de prise du pouvoir est généralement le même. Les modalités peuvent toutefois être très variées. Dans la seconde révolution russe, celle d'octobre 1917, la prise du pouvoir a lieu à une date précise, la nuit du 24 au 25 octobre. Dans la révolution française de 1792, la prise du pouvoir par la Commune insurrectionnelle de Paris se situe au 10 août, mais l'Assemblée législative (de la Constitution de 1791) continue à légiférer jusqu'au 20 septembre. En Chine, la prise du pouvoir

par le Parti communiste date de 1931 dans une province méridionale; elle ne devient générale qu'en 1949.

La victoire de la révolution légitime les actes des révolutionnaires. La révolution est «légitimante»; par sa réussite, elle légitime même rétroactivement les mesures prises avant la victoire, y compris les actes de caractère législatif<sup>21</sup>.

Ce problème de légitimité de l'ordre juridique résultant d'une révolution, retient surtout l'attention des philosophes du droit<sup>22</sup>. Pour l'historien du droit, le problème semble relativement simple; il constate que, en fait, dans la plupart des révolutions réussies, même temporairement, le pouvoir révolutionnaire légifère dès le premier jour de la prise du pouvoir, qu'il sanctionne la transgression des normes qu'il établit, qu'il crée des institutions pour organiser ou réorganiser l'Etat et la société. Si la révolution réussit à se maintenir, le pouvoir considère cette législation comme légitime, même celle des premiers jours<sup>23</sup>.

#### *b) Droit nécessairement législatif*

Le droit né de la révolution est nécessairement législatif, du moins au début; on ne peut concevoir d'autres sources de droit: ni la coutume, ni la jurisprudence, ni la doctrine.

La coutume naît d'un long usage; la règle de droit coutumier n'est établie que si elle a été pratiquée pendant un temps relativement long. La coutume est par nature conservatrice; elle n'innove pas; elle n'est pas révolutionnaire, car elle traduit le comportement, le mode de vie traditionnel du groupe social. Tout au plus est-il possible que la reconnaissance de coutumes traditionnelles ait été revendiquée par les révolutionnaires luttant contre un occupant qui a imposé son système juridique aux occupés. Tel fut le cas des révolutionnaires grecs de 1821-1832 agissant contre les autorités turques qui avaient soumis les Grecs pendant des siècles, au moins en partie, au droit musulman; la victoire de la révolution remit en vigueur, outre la législation des empereurs byzantins, les coutumes des différentes régions helléniques, dans la mesure où elles avaient survécu à l'occupation ottomane. Tel aurait pu être le cas des pays d'Afrique noire qui acquièrent leur indépendance vers les années 1960 et qui pouvaient vouloir rétablir l'autorité des coutumes locales par la suppression des systèmes juridiques européens imposés par les colonisateurs; mais ils ne le firent guère.

La jurisprudence, au sens français du terme, ne peut introduire un droit révolutionnaire; car elle suppose des actes législatifs qu'elle est appelée à interpréter à l'occasion d'un litige donné. Elle peut certes innover, mais seulement après un certain temps, lorsque les nouvelles lois ont donné lieu à interprétation. On peut certes imaginer que les nouveaux juges, nommés

ou reconnus par le pouvoir révolutionnaire, introduisent une jurisprudence nouvelle en certaines matières, du moins dans la mesure où ils sont d'accord avec le projet révolutionnaire.

La doctrine, qui est plutôt autorité en droit que source de droit, n'est guère novatrice car elle explique et interprète la législation et la jurisprudence existante. On doit toutefois constater qu'une partie de la doctrine acquise aux idées politiques des révolutionnaires dès avant l'insurrection, élabore des théories et des interprétations conformes à ces idées. Ce fut notamment le cas dans certaines révolutions libérales du 19<sup>e</sup> siècle, où le rôle des juristes fut important; souvent, ceux-ci avaient dès avant la révolution écrit et publié des ouvrages dans lesquels ils faisaient connaître leur conception de l'Etat et du droit.

### *c) Qui légifère?*

Ceux qui ont pris le pouvoir, qui l'exercent en fait. Ils forment généralement un gouvernement provisoire qui exerce un pouvoir absolu, n'étant limité par aucun autre organe, par aucun texte légal, si ce n'est par les forces révolutionnaires qu'ils représentent. En Belgique par exemple, en 1830, le premier embryon de gouvernement provisoire s'est constitué dès le 24 septembre; trois hommes se proclament «commission administrative» en motivant ainsi leur décision: «Depuis deux jours Bruxelles est dépourvue de toute espèce d'autorité constituée; ... des citoyens guidés par le seul amour du pays, ont accepté provisoirement un pouvoir qu'ils sont prêts à remettre en des mains plus dignes aussitôt que les éléments d'une autorité nouvelle seront réunis»<sup>24</sup>; deux jours plus tard, le 26 septembre, cette commission, élargie, s'intitule «gouvernement provisoire». C'est lui qui proclame, le 4 octobre, l'indépendance de la Belgique; c'est lui qui dès le 27 septembre légifère, notamment pour structurer les organes du pouvoir, mais aussi pour proclamer certaines libertés fondamentales et pour réformer certaines dispositions légales d'organisation judiciaire et fiscale.

La première autorité que la révolution engendre, est généralement une autorité collégiale, les révolutionnaires craignant l'autorité d'un seul homme, qui peut apparaître comme un dictateur. La révolution est un fait collectif<sup>25</sup>; elle est réalisée par un groupe d'hommes plus ou moins étendu selon les circonstances. La direction des révolutionnaires, de même, est généralement collective, collégiale; ce sont quelques hommes qui se proclament «gouvernement provisoire», qui gouvernent collégalement, qui légifèrent. Tel fut le cas en Belgique en 1830 où un Comité central de quatre, puis cinq membres, gouverne et légifère pendant six semaines<sup>26</sup>; tel fut le cas à Vienne en octobre 1848 où un triumvirat s'impose, à Paris en 1871 où la Commune constitue une direction collégiale à responsabilité collective. A Petrograd, le pouvoir est exercé dès la nuit du 24 au 25 octobre 1917 par le Comité

militaire révolutionnaire et par le Comité central du parti bolchevik, puis par le Congrès des Soviets qui approuve les premiers décrets révolutionnaires.

\*  
\*      \*

L'histoire du droit connaît peu de révolutions; il n'y a guère que les trois révolutions globales qui créent un droit nouveau; encore faut-il constater qu'en France l'ancien droit survit en partie après la révolution, que certains traits spécifiques du droit russe d'avant 1917 subsistent, qu'en Chine l'alternance séculaire entre le *fa* et le *li* n'a guère disparu. Mais il est indéniable que dans chacun de ces trois cas, le droit nouveau né de la révolution est fondamentalement différent de l'ancien; il correspond au « changement de vie » voulu par les révolutionnaires, aux structures sociales et économiques nouvelles, aux modifications profondes des institutions de droit public et de droit privé.

Les révolutions libérales et nationales modifient beaucoup moins le droit; elles ne touchent qu'au droit constitutionnel et à quelques principes ou à quelques normes du droit pénal et du droit privé. Ces révolutions ne rompent pas la continuité historique du droit. Le droit d'un pays est bien plus profondément modifié par d'autres phénomènes, tels que l'occupation par un pays étranger ou la « réception » d'un droit ancien. La renaissance du droit romain à partir du 12<sup>e</sup> siècle et sa pénétration progressive dans toute l'Europe ne provoque-t-elle pas une révolution du droit? Non, dans le sens classique du concept « révolution »; oui, dans le sens dérivé de ce concept, à savoir un bouleversement profond et prolongé de la vie sociale, intervenant sans actes violents.

Le droit est normalement traditionnel, conservateur; mais il peut aussi être novateur; il peut être le moyen employé par des révolutionnaires pour réaliser leurs buts. L'autorité révolutionnaire, dès qu'elle a pris le pouvoir, réalise les changements, voire les bouleversements politiques et sociaux au moyen de lois. Le droit révolutionnaire est nécessairement législatif; il est légaliste; la prise de pouvoir légitime les actes législatifs des révolutionnaires, tant qu'elle se maintient.

## NOTES

<sup>1</sup> H.J. Berman, *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, 1983; Ph. I. André-Vincent, O.P., *Les révolutions et le droit*, Paris 1974, Bibliothèque de Philosophie du droit, t. XVIII; J. Ellul, *Autopsie des Révolutions*, Paris 1970; M.A. Cattaneo, *Il Concetto di rivoluzione nella scienza del diritto*, Milan 1960, Public. Fac. Giurisprudenza, Univ. Milano, serie II: Filosofia del diritto; M. Virally, *La pensée juridique*, Paris 1960 (not. p. 191 et ss: Théorie juridique des révolutions); Cotta, «Per un concetto giuridico di rivoluzione» in *Studi di Sociologia... in onore de L. Sturzo*, Bologne 1953; Santi Romano, «Rivoluzione e ordinamento giuridico», in *Studi politici*, 1953; A. Coing, *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, Berlin 1950 (not. p. 237 ss.); H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. Paris 1962; H. Levy-Bruhl, «Le concept juridique de révolution», in *Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, Paris 1938, p. 250 ss.; Herrfahrdt, *Revolution und Rechtswissenschaft*, Greifswald, 1930; Beling, *Revolution und Recht*, Augsburg 1923.

<sup>2</sup> Nous y avons présenté un rapport sur *Révolutions et droit au 19<sup>e</sup> siècle en Europe*; il paraîtra dans la Revue d'Histoire du droit — Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t. 54 (1986), avec les autres exposés, à savoir: M. Thomann, *La Révolution française et le droit*, H. Izdebski, *Les Révolutions en Europe depuis 1917 et le droit*; G.L. Haskins, *The English Puritan Revolution and its Effect on the Rule of Law in the early American Colonies*; V. Tau Anzoategui, *La Revolution liberal y el Derecho in Iberoamerica durante el siglo XIX*. L'exposé introductif présenté par J. Gaudemet a paru dans les *Rapports du XVI<sup>e</sup> Congrès international des Sciences historiques*, t. II, Stuttgart 1985, p. 735-742.

<sup>3</sup> J. Baechler, *Les phénomènes révolutionnaires*, Paris 1970, p. 58; A.C. Decouflé, *Sociologie des révolutions*, coll. Que sais-je? 3<sup>e</sup> éd., Paris 1983.

<sup>4</sup> J. Gaudemet, *Introduction, op. cit.*, dans *Rapports*, p. 738. Cf. les résultats de l'enquête faite auprès des historiens de l'époque romaine, publiée dans *La Rivoluzione romana*, Bibliotheca di Labeo, n° 6, 1982.

<sup>5</sup> F. Engels, *Les origines de la famille, de la propriété et de l'Etat*, 1<sup>re</sup> éd., 1884; trad. française Editions sociales, Paris 1972, p. 178 ss.

<sup>6</sup> Ch., L. et R. Tilly, *The Rebellious Century, 1830-1930*, Cambridge, 1975.

<sup>7</sup> C. Brinton, dans son *Anatomy of Revolution* (New York, 1952) n'analyse que quatre révolutions: l'anglaise du 17<sup>e</sup> siècle, l'américaine de 1776, la française de 1789, la russe de 1917. Notre collègue R.C. Van Caenegem y ajoute, à juste titre, la révolution des Pays-Bas (du Sud et du Nord) contre l'Espagne en 1576-1585 («Willem de Zwijger en de opstand der Nederlanden: een proeve van plaatsbepaling», in *Herdenking Willem van Oranje*, Koninklijke Academie van België, Bruxelles 1985, p. 50 et ss.

<sup>8</sup> Ph. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, Paris 1898; M. Garaud, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, 2 vol., Paris, 1953 et 1959.

<sup>9</sup> J. Imbert, *Histoire du droit privé*, Paris 1979, p. 97-98.

<sup>10</sup> R. Dekkers, *Introduction au droit de l'Union soviétique et des Républiques populaires*, Bruxelles 1963, p. 49-57.

<sup>11</sup> Constitution de l'U.R.S.S., 1977, art. 6.

<sup>12</sup> M. Lesage, *Le droit soviétique*, Paris 1975; W.E. Butler, *Soviet Law*, Londres 1983; F. Feldbrugge et W. Simons (éd.), *Encyclopedia of Soviet Law*, 2<sup>e</sup> ed. 1984; J. Gilissen et F. Gorlé, *De U.S.S.R.*, 2<sup>e</sup> éd., Bruges 1978, coll. Actuele Geschiedenis, n° 5.

<sup>13</sup> F. Gorlé, «Le poids de la tradition juridique nationale russe dans le droit soviétique», Revue d'Histoire du Droit, t. 48, 1980, p. 99-123.

<sup>14</sup> Tsien Tche-hao, *Le droit chinois*, Paris 1982, coll. Que sais-je?, p. 29.

<sup>15</sup> Tsien Tche-hao, *La République populaire de Chine: droit constitutionnel et institutions*, Paris 1970; le même, *La Chine*, coll. Comment ils sont gouvernés, t. 28, Paris 1977; K.S. Karol, *La deuxième Révolution chinoise*, Paris 1973; J. Gilissen, *China*, 2<sup>e</sup> éd. Bruges 1981, coll. Actuele Geschiedenis, n° 6.

<sup>16</sup> C.H. Church, *Europe in 1830. Revolution and political change*, Londres 1983.

<sup>17</sup> Nous renvoyons à ce propos à notre exposé au Congrès de Stuttgart *Révolution et droit au 19<sup>e</sup> siècle en Europe*, à paraître dans la Revue d'Histoire du droit — Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, t. 54, 1986.

<sup>18</sup> V. Tau Anzoategui, *op. cit.*; le même, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires 1977.

<sup>19</sup> Dans les 129 proclamations (= lois) que les autorités de la Révolution éthiopienne ont faites en trois ans (1975-1977), aucune ne semble concerner le droit civil, beaucoup le droit constitutionnel et administratif, le droit pénal, le droit judiciaire, surtout le droit économique et social. Notons toutefois que la proclamation 31 réalise la réforme foncière en affirmant que «toutes les terres rurales sont la propriété collective du peuple éthiopien» (J. Vanderlinden, *Le droit de la Révolution éthiopienne*, Bruxelles 1978, Acad. Sc. Outre-Mer, Cl. Sciences morale et politique, N.S., XLVI-4.

<sup>20</sup> F. Coquin, *La Révolution russe*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1970, p. 91.

<sup>21</sup> Santi Romano, *Revoluzione e diritto*, p. 122; Ph. André-Vincent, *Les Révolutions et le droit*, p. 95.

<sup>22</sup> Voir la plupart des auteurs cités à la première note.

<sup>23</sup> Des difficultés peuvent toutefois surgir en droit international; les autres Etats peuvent refuser de reconnaître la législation d'un pouvoir révolutionnaire.

<sup>24</sup> *Pasinomie*, 1830-1831, p. 1.

<sup>25</sup> A.C. Decouflé, *Sociologie des révolutions*, p. 21.

<sup>26</sup> J. Gilissen, «Le caractère collégial des premières formes de gouvernement et d'administration de l'Etat belge (1830-1831)», *Revue belge d'Histoire contemporaine*, t. XII, 1981, p. 609-639; Id., «De eerste administratieve organisatie van België ten tijde van de Tijdelijke Regering (sept. 1830-feb. 1831)», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 52, pp. 301-342.



# Epistémologie juridique et enseignement du droit

par Paul ORIANNE

## I. Introduction

La question de l'objet propre de l'enseignement du droit compte au nombre de celles qui semblent pouvoir se régler par le recours à l'évidence, s'il faut en croire, du moins, la rareté des études qui lui ont été consacrées. Depuis longtemps et dans la pratique européenne dominante, elle se résout en un découpage de l'ensemble du juridique en un certain nombre de « matières » constituées en référence aux principaux modes d'interventions du droit dans la vie sociale, et, subsidiairement, à des objets matériels relativement précis (assurance, transport, famille, ...) dont le statut juridique est constitué d'un groupe de règles d'origines diverses.

Les « matières » ainsi constituées sont, toujours sous le couvert de l'évidence, enseignées normalement à partir d'exposés magistraux, éventuellement complétés ou appuyés par des exercices et travaux d'application. Ces exposés se donnent le plus souvent à voir comme des tentatives de synthèse de l'ensemble des règles propres à la matière dont ils traitent et de l'application qu'elles ont reçues dans le passé.

Tel est, du moins, le modèle appliqué dans les écoles qui ont en charge la formation des juristes, c'est-à-dire des professionnels du droit. Les futurs enseignants y sont aussi formés, ce qui assure la perpétuation du système.

Vu du côté des étudiants, celui-ci est souvent perçu comme tendant à susciter un bon enregistrement par eux des synthèses qu'on leur expose, ce

qui implique notamment la capacité d'en reproduire, de mémoire, certains extraits ou de procéder, sur-le-champ, à des applications simples des données générales ou particulières qu'elles comportent.

L'option d'ordre épistémologique que suppose cette pratique n'est que rarement dévoilée, et, lorsqu'elle l'est, c'est en des termes le plus souvent imprécis faisant à leur tour un large appel à l'évidence ou à un système de valeurs dans la défense duquel les arguments polémiques ne sont pas absents<sup>1</sup>.

Quant à l'analyse des vertus propres de la méthode, elle fait le plus souvent défaut. Ainsi, pour J. Ellul, il est évident que « discipline normative, le droit doit être enseigné selon une méthode normative, en donnant une primauté décisive au cours magistral, tout le reste n'étant qu'une illustration »<sup>2</sup>.

Il faut bien constater enfin que, du côté des théoriciens et des épistémologues du droit, dans les pays francophones, la question n'a suscité jusqu'à présent qu'un intérêt très limité<sup>3</sup>.

Tel n'est pas le cas du Professeur Perelman auquel, chacun le sait, revient le mérite d'avoir mis en lumière la place éminente que tient l'*argumentation* dans la pratique juridique. Allant jusqu'au bout de sa pensée, il n'a pas hésité à recommander l'introduction dans l'enseignement du droit de cours théoriques et pratiques consacrés à l'argumentation. Un tel enseignement devrait, selon lui, favoriser l'acquisition de l'extrême sensibilité aux valeurs, telles qu'elles sont vivantes dans une société donnée, qui conditionne le bon fonctionnement de la justice, du moins d'une justice qui vise au consensus, condition de la paix judiciaire<sup>4</sup>.

Exprimée par un des maîtres de la pensée juridique contemporaine, une telle recommandation ne peut laisser indifférent.

Son enjeu véritable reste toutefois à préciser. D'un point de vue théorique tout d'abord, en réexaminant ce qui peut fonder le droit comme objet d'enseignement; au plan pratique ensuite en tentant d'identifier les liens qui peuvent s'établir entre cet objet et les méthodes disponibles pour la dispensation de son enseignement.

## 2. La constitution du droit en objet d'enseignement

Le problème ici abordé se situe dans le prolongement de la question essentielle de la connaissance du droit. Savoir ce qu'est la connaissance du droit, devrait permettre d'identifier ensuite la méthode grâce à laquelle

s'acquiert cette connaissance. Mais, comme l'exprime judicieusement C. Atias, «l'activité de connaissance du droit est complexe. Elle l'est en raison de son objet: le droit dont les manifestations sont multiples et la définition incertaine. Elle l'est par la diversité de ses modalités qui vont de la recherche de la solution juste à la description des solutions existantes, en passant par l'interprétation. Elle l'est encore par les liens qui l'unissent aux activités d'élaboration et d'application du droit»<sup>5</sup>.

Ce n'est donc point par ce biais que la recherche de l'aptitude du droit à constituer un objet d'enseignement peut être entreprise, ce qui explique sans doute les silences de la science juridique à ce sujet.

Il reste alors à prendre le problème par l'autre bout, c'est-à-dire par l'acte d'enseigner, à s'interroger sur les conditions de sa validité et à rechercher ce qui, dans le droit, semble le plus apte à faire l'objet de l'entreprise qu'il suggère.

Activité pratique, l'acte d'enseigner a fait, lui, l'objet de nombreuses analyses qui en ont peu à peu dégagé les constantes, même si, là comme ailleurs, diverses écoles se partagent la disposition du terrain.

Il est possible encore de réduire le champ des investigations, en considérant que le droit a lui aussi une fonction pratique, — celle de régler efficacement les rapports sociaux — et que c'est, dans la grande majorité des cas, l'intérêt qui s'attache à la connaissance de cette fonction qui motive l'organisation d'une entreprise d'enseignement du droit. Sans doute, d'un point de vue théorique, cette réduction n'est-elle pas totalement satisfaisante, mais il suffira de s'en souvenir avant de conclure sur les résultats de l'examen qu'elle aura permis de faire et de vérifier, après coup, si ceux-ci restent compatibles avec une vision plus large — voire plus nettement axiologique — de la signification du droit.

Cela dit, il s'agit de porter successivement l'attention, d'abord sur l'objet propre de l'acte d'enseigner une discipline à fonction pratique, et, ensuite, sur ce qui, dans le droit, semble constituer l'objet de connaissance le plus adapté à cette entreprise.

\*  
\* \*

On ne conteste plus guère aujourd'hui que l'acte d'enseigner doit s'analyser dans le chef de son destinataire, avant que d'être rapporté à celui qui en a la charge. Même s'il dépend largement des motivations propres à l'enseignement, c'est dans son résultat qu'il puise sa véritable légitimité. La détermination au moins approximative du destinataire de l'enseignement est donc la condition préalable à tout examen de son objet et de sa méthode.

Ici encore nous nous servons de la facilité tenant au fait qu'il existe des professions juridiques et que c'est, d'abord, dans l'intérêt du bon exercice de celles-ci que l'enseignement du droit est entrepris. Sans doute d'autres publics, réels ou potentiels, existent-ils, aux divers niveaux de la formation générale et professionnelle et leurs besoins sont aussi à couvrir. Toutefois, comme c'est dans la formation des professionnels du droit que l'investissement majeur est consenti, de part et d'autre, ou — autrement dit — que l'investissement pédagogique est le plus lourd et le plus complet, il est permis de penser qu'en commençant par raisonner pour ce public, l'on se donne les moyens de traiter ensuite, avec moins de difficulté, le cas des autres.

Si la fin de l'acte d'enseigner est à apprécier du côté de l'élève, les moyens, eux, renvoient à la personne de l'enseignant. Il y va de l'affectation par cette personne d'une part déterminée de son temps à l'instruction des élèves. *L'optimum pédagogique* est ainsi le meilleur rapport qui peut être obtenu entre l'importance du temps consacré par l'enseignant à sa tâche et celle des résultats obtenus dans le chef de l'élève.

L'élève étant lui-même actif, et sa formation dépendant pour une partie de l'utilisation de son temps de travail, l'optimum résultera, en fait, de la combinaison la plus heureuse possible entre le temps de travail de l'enseignant et le temps de travail de l'enseigné, en tenant compte de leur degré respectif de rareté. C'est ce qui fait toute la différence entre la notion d'enseignement et celle d'apprentissage. La première implique une sélection de moyens et de méthodes que ne comporte pas nécessairement la deuxième. L'homme est en situation permanente d'apprentissage et les occasions de celui-ci lui sont fournies à profusion par la nature, la vie sociale et ses produits. L'enseignement se donne comme objet d'intervenir activement, par des moyens déterminés, dans l'apprentissage d'autrui et ce, de façon préférentielle dans les premiers âges de la vie.

Il s'agit donc pour nous, de déterminer dans le droit l'objet sur lequel doit porter l'effort de l'enseignant en vue de susciter, dans le chef de l'élève, la démarche susceptible d'avoir le meilleur rendement pour celui-ci.

Faute de pouvoir l'identifier dans sa réalité profonde, il reste à en rechercher les manifestations dans les lieux où celle-ci peut être observée.

Dans le cas du droit, il en est deux, aussi vastes l'un que l'autre.

Le premier est physiquement institué dans la forme des bibliothèques de droit qui réunissent aujourd'hui des dizaines de milliers d'ouvrages et collections diverses: recueils de lois et règlements, de décisions des cours et tribunaux, études, analyses, commentaires et synthèses de toute nature. Le deuxième est constitué par le champ de la pratique juridique, depuis la

confection des lois jusqu'à leur application la plus concrète par les autorités judiciaires et administratives, et par les particuliers. Des communications nombreuses existent, bien entendu, entre l'un et l'autre de ces lieux. Des informations sont données, dans certains ouvrages, sur les pratiques suivies dans certains domaines (pratiques notariales, du commerce international, de la répression criminelle, etc.) et cette pratique elle-même prend, à son tour, appui sur les diverses publications juridiques à commencer par celles des lois et règlements.

L'immensité de ces deux lieux de la connaissance juridique place d'emblée l'enseignant du droit en face d'une redoutable difficulté : une vie entière consacrée à l'étude du droit ne permettrait pas encore de les explorer systématiquement, même si leur contenu pouvait être considéré comme stable, ce qui est loin d'être le cas, on le sait.

Le problème sera donc de fournir à l'enseigné les moyens de pénétrer dans ces lieux, de s'y orienter correctement, et d'apprendre à y puiser lui-même les objets de connaissance utiles à sa pratique personnelle.

Dans cette perspective, un apprentissage de la méthode du droit et une initiation à sa dynamique propre semble bien devoir jouer un rôle essentiel.

### 3. La méthode du droit

Quelle que soit la conception du droit que l'on adopte, une constante s'impose, que nul ne songe à nier. Le droit agit par l'application de règles à la réalité. L'essentiel de sa substance est là. De sa dynamique aussi. Il propose des solutions à des problèmes concrets, en référence à des règles générales et abstraites. Celles-ci, au moins dans les pays de droit écrit, sont exprimées dans des textes auxquels une force impérative est donnée. La pratique du droit porte sur leur élaboration et leur application. L'une et l'autre se font en vue de répondre à des besoins sociaux, individuels et collectifs.

Si, dans l'ordre historique, l'élaboration précède l'application, c'est à l'inverse que s'établit le lien logique, la relation causale qui les unit. Le but de la loi, c'est son application et c'est en vue de celle-ci qu'elle est élaborée. La conception de la loi dépend de l'idée que se fait le concepteur de ses applications.

L'inverse n'est pas vrai, ou l'est en tout cas beaucoup moins. A la différence de l'œuvre littéraire en laquelle veut s'exprimer l'auteur, pour se donner à voir à quiconque le désire, la loi s'adresse à des lecteurs déterminés, qui sont censés y retrouver leur image et l'expression de leurs besoins.

La figure de l'application de la loi préside donc à sa conception.

Dans les deux cas, il y va d'une prise en compte de la réalité que l'on veut informer par le droit. C'est à cette réalité que l'auteur de la règle entend adapter celle-ci. C'est à elle également que l'interprète de la règle doit l'appliquer<sup>6</sup>. Et l'on comprend ainsi que, dans la pratique juridique, les mêmes personnes soient tour à tour consultées sur la rédaction et sur l'application des lois. La rédaction de certains actes privés (contrats, statuts de société, etc.) qui s'inscrit dans la pratique courante du conseiller juridique, relève d'ailleurs tout autant de l'art de rédiger les règles que de celui de les appliquer.

Dès lors, et sans méconnaître l'intérêt d'une formation particulière à la confection des textes de loi, nous pouvons ici accorder la priorité à l'examen du rapport qui unit le droit au fait ou la loi à son application.

Or, ce rapport est loin d'avoir généralement le caractère d'immédiateté, ou de nécessité que certains paraissent en attendre et que semble d'ailleurs promettre la vocation de la loi à une application uniforme et sans compromis.

Pratiquement, toute la science du droit est, sur ce point, actuellement mobilisée : la loi, dans la majorité des cas, ne peut correctement s'appliquer que sous le couvert d'une opération complexe que l'on appelle l'interprétation et qui procède de la confrontation de la règle à une réalité déterminée.

C'est, dans cet espace, notamment, que vient se loger la théorie de l'argumentation en ce qu'elle met en évidence la spécificité du raisonnement juridique et l'impossibilité de lui appliquer les seules règles de la logique formelle ou du raisonnement mathématique<sup>7</sup>.

L'acte intellectuel qui est au centre du juridique, et qui assure le passage de la règle à la réalité et de la loi au droit, se trouve ainsi déterminé dans sa nature et son effet et peut devenir objet de savoir.

C'est au demeurant un acte complexe, qui implique la mise en œuvre de multiples ressources : connaissance et compréhension des lois, aptitude à en combiner le jeu, capacité d'appliquer les principes, d'analyser les faits, de rechercher et de comparer les multiples solutions qui pourraient leur être appliquées.

Pour Perelman, on peut parler de logique juridique à propos « des techniques qui permettent de qualifier les faits, de les subsumer sous des normes juridiques, d'en tirer les conséquences juridiques. Le juge a recours à la logique juridique quand il s'agit de choisir la loi applicable, surtout quand le choix de la règle pose un problème de droit, parce que plusieurs règles

sont en compétition ou parce qu'il y a lieu de combler les lacunes de la loi, quand il y a lieu d'interpréter la loi, de préciser son champ d'application»<sup>8</sup>.

Ainsi, «ce qu'il y a de spécifique dans la logique juridique, c'est qu'elle n'est pas une logique de la démonstration formelle, mais une logique de l'argumentation qui utilise non des preuves analytiques, qui sont contraignantes, mais des preuves dialectiques — dans le sens aristotélicien de cette distinction — visant à convaincre ou du moins à persuader l'auditoire (le juge en l'occurrence) de façon à l'amener à trancher par sa décision une controverse juridique»<sup>9</sup>.

Le raisonnement juridique est donc bien à l'intersection du fait et de la loi<sup>10</sup>.

La théorie de l'argumentation a le grand avantage de nous introduire à l'intérieur de ce qui fonde la spécificité même de la méthode juridique, relevant, non de la logique de l'évidence et du bon sens, mais d'une élaboration systématique et dialectique susceptible de déboucher sur une décision.

Le départ entre le droit et la loi est ainsi prononcé. La connaissance de l'un et de l'autre ne vont pas nécessairement de pair. Seule la loi appliquée mérite le nom de droit. Et cette application ne s'opère que dans la prise en compte simultanée du fait et du droit, dans un jeu de miroirs dont l'interprète règle tour à tour l'orientation, jusqu'à ce qu'il obtienne, de l'un et de l'autre, des images suffisamment compatibles.

Ce qui reste à voir, et ce que la théorie de l'argumentation ne précise pas clairement, c'est ce qui fait de la logique juridique une logique particulière ou encore ce qui lui donne son statut spécifique. Pour Perelman, ce statut proviendrait de la double obligation qui pèse sur le juge, étant d'une part de se conformer à la loi, d'autre part de déterminer ce qui est juste, «ce que son sens de l'équité lui recommande comme étant socialement et moralement le plus souhaitable»<sup>11</sup>.

L'on connaît les réserves que cette vision des choses a suscitées<sup>12</sup>. Il nous paraît, quant à nous, qu'elle réalise une coupure insuffisamment fondée entre ce qui relève, d'une part de la loi, de l'autre de l'équité dont la conscience du juge serait le dépositaire; entre l'impérativité du droit et la liberté décisionnelle du juge; enfin entre la règle que le juge applique et l'ensemble du système dans lequel elle s'inscrit.

Le risque est ainsi, qu'après avoir constaté le caractère effectivement central du raisonnement juridique dans l'opération du droit, l'on n'y puisse découvrir qu'un art, tenant tout entier aux qualités de la personne qui l'exerce et qui ne serait finalement susceptible de se transmettre que par la voie d'un apprentissage à ses côtés. Le risque est aussi, et on l'a relevé<sup>13</sup>,

de renvoyer vers un ailleurs ce qui constitue, pour nous comme pour Perelman, l'acte majeur du droit, dont l'accomplissement pourrait, en fin de compte, relever, non sans paradoxe, de disciplines traditionnellement reconnues comme non juridiques. Ce risque est notamment mis en évidence dans les arguments mêmes que donne Perelman en faveur de l'introduction dans l'enseignement du droit, de cours consacrés à l'argumentation: «dans la mesure où le juge recherche une solution acceptable pour les plaideurs, ses supérieurs et l'opinion publique éclairée, il doit connaître les valeurs dominantes dans la société, ses traditions, son histoire, la méthodologie juridique, les théories qui y sont reconnues, les conséquences sociales et économiques de telle ou telle prise de position, les mérites respectifs de la sécurité juridique et de l'équité dans une situation donnée»<sup>14</sup>.

L'on n'évite un tel glissement qu'en prenant en compte, dans ses multiples dimensions, le rôle spécifique de la loi à l'intérieur du raisonnement juridique.

#### 4. La rôle de la loi

C'est dans un texte que la loi se donne à connaître, au juge et à tous ceux auxquels elle est destinée.

Élément quasi matériel ou «physique» du raisonnement juridique, le texte de la loi exprime dans la généralité de ses termes la règle qui devra être appliquée à la réalité. Son autorité est garante de l'application à tous d'un traitement égal, ou au moins semblable, et nul n'est censé l'ignorer.

Le rapport à la loi est ce qui unit tous ceux qui vivent dans la société qu'elle régit, en ce compris les auteurs de la loi eux-mêmes: *Patere legem quam ipse fecisti*.

Ainsi fondé sur la loi, le droit est d'abord une science herméneutique.

Par nature, le texte de la loi est une parole scellée, définitivement clôturée. Solennellement prononcée, publiquement proférée et dûment enregistrée, elle est mise à l'abri de toute discussion, de toute altération. Seule peut l'abolir, la parole nouvelle, de même nature et de même valeur, qui la révoque.

Elle s'institue dans le présent, mais elle prononce pour l'avenir<sup>15</sup>.

C'est trop peu de dire qu'elle exprime la volonté, les intentions de celui qui l'a faite et il est faux de croire qu'elle n'est que le signe dont le sens qu'il exprime doit être recherché dans cette intention. C'est le contraire qui est vrai. Le sens de la loi, tel qu'en révèle le texte, exprime la volonté du législateur, permet de la connaître, de la découvrir.

L'expression écrite de la règle la fonde dans un statut particulier, dans la mesure où, comme l'explique Gadamer, «par le moyen de l'écrit se réalise une existence affranchie de l'écrivain ou de l'auteur, ainsi que d'un destinataire ou d'un lecteur nommément désignés. Ce qui est fixé par écrit s'est, pour ainsi dire, élevé aux yeux de tout le monde à une sphère de sens à laquelle participent de manière égale tous ceux qui savent lire»<sup>16</sup>.

Le propre de la loi écrite est d'entrer dans ce jeu de miroirs par lequel tant le lecteur que l'auteur contribuent à en déterminer le sens. Et s'il est vrai que, dans ce jeu, le reflet de la pensée de l'auteur donne à connaître la volonté dont il a entendu user, celui qui vient de l'interprète, du lecteur, a pour lui d'exprimer, dans l'actualité de sa démarche, la vérité immédiate du texte et, pour tout dire, l'une des manières de l'accomplir.

Destiné à des lecteurs multiples, le texte de la loi est donc passible de multiples lectures. Celles-ci sont dès lors soumises à contrôle : celui du juge, d'abord, qui tranche en imposant sa compréhension du texte à partir de celles que lui proposent respectivement les parties ; celui de la Cour suprême, ensuite, dans la mesure où il est allégué que le juge a fait de la loi une lecture incompatible avec le texte de celle-ci. Aucune lecture du texte n'est cependant définitive. Ainsi le veut la règle selon laquelle l'autorité de la chose jugée est limitée aux parties en cause. Mais il est vrai que les décisions dites «de jurisprudence» balisent au moins provisoirement le champ de l'interprétation, sans jamais pourtant réussir à le clôturer. Et l'expérience démontre que, dans la plupart des domaines, l'existence d'une abondante jurisprudence a souvent pour effet, non de réduire, mais de déplacer les lieux ouverts à la controverse.

Enfin, dans la mesure même où certaines décisions de jurisprudence s'expriment en un langage qui se veut aussi proche que possible de celui de la loi et tentent d'atteindre au même niveau de généralité et d'abstraction que celle-ci, elles peuvent devenir, à leur tour, objets d'une recherche de sens. La publication de résumés en tête des décisions facilite largement ce transfert.

Ainsi l'opération que C. Perelman désigne sous le nom de raisonnement ou d'argumentation juridique, doit-elle également se qualifier au titre de la recherche propre à l'herméneutique. Dès lors, il y va non seulement d'un travail dans lequel le renvoi à la logique formelle n'occupe qu'une place limitée, mais aussi de la découverte du sens nouveau que la règle écrite peut prendre chaque fois qu'elle est mise en présence d'une réalité précise, sous l'impulsion de la subjectivité d'un lecteur déterminé, sensible aux intérêts que son application peut affecter.

Cette aptitude à la découverte du sens découle sans doute de ce qu'on appelle la « sensibilité » du juriste. Développer celle-ci est peut-être donc l'une des tâches majeures de sa formation.

Ce n'est point à stimuler chez lui les vertus morales et en particulier le sens de la justice et de l'équité que celle-ci peut, plus qu'une autre, prétendre. C'est, plus modestement peut-être, à l'intériorisation par lui des diverses méthodes qui peuvent être appliquées à la recherche du sens de la loi, selon les principes directeurs qui sont à la base même du droit et du système de régulation sociale qu'il constitue<sup>17</sup>.

Cette recherche s'inscrit aussi dans l'exploration, consciente ou non, des mouvances de l'imaginaire. Celui-ci, dans la représentation qu'en donne le texte, agit tout à la fois comme un facteur réducteur de l'espace dévolu au discours rationnel et comme un élément susceptible d'amplifier, en les fécondant, les vertus propres des concepts qui jalonnent ce discours<sup>18</sup>.

## 5. L'objet de l'enseignement du droit

Tout enseignement qui se donne pour objet le droit, et non simplement un discours sur le droit, doit nécessairement tendre à faire percevoir sa dynamique propre et ses mécanismes essentiels.

Il s'agit donc d'apprendre à pénétrer au cœur de cette opération exactement qualifiée de « raisonnement juridique », par laquelle s'opère le passage de la loi à la régulation du fait, de la loi abstraite à la loi appliquée; opération inlassablement répétée et pourtant toujours nouvelle en ce qu'elle prétend dire le droit singulier de chacune des situations à laquelle on l'applique.

Sans doute n'est-il pas impossible de prendre les choses à l'envers. C'est-à-dire de substituer à la connaissance du droit telle que nous venons de la définir une connaissance des *solutions* apportées par le droit à un certain nombre de problèmes sociaux, ou encore une connaissance des comportements qu'il est recommandé d'adopter dans telle ou telle circonstance (achat, assurance, déclaration aux impôts, exercice d'activités dangereuses, etc.), pour être « en règle », pouvoir prétendre au secours du droit en cas de litige, ou éviter des sanctions. Il est vrai qu'il s'agit là d'une connaissance éminemment utile, et, dans certains cas même, indispensable. Mais c'est, croyons-nous, commettre un abus que de la qualifier de connaissance *juridique*, car non seulement elle n'épouse en rien son objet véritable mais encore elle risque d'en écarter plutôt que d'en rapprocher celui qui l'acquiert. Car si elle se veut pratique, il lui faut nécessairement quitter le domaine des abstractions pour aborder celui des réalités; et tout ce qu'elle peut tenter

de faire à ce niveau c'est indiquer, là où c'est possible, les probabilités en face desquelles se trouve le sujet de droit dans des circonstances déterminées, étant entendu que de telles prévisions ne vaudront que tant que la loi existante restera en vigueur et que la jurisprudence s'y rapportant n'aura pas évolué; c'est dire qu'elle va insidieusement substituer, dans l'esprit de ses destinataires, l'image d'un droit mort à celle d'un droit vivant et, plus grave encore, qu'elle va interposer entre la loi et le citoyen une sorte de juge de la loi, ou de prophète de celle-ci, imposant son propre discours à des auditeurs auxquels il ne reste plus qu'à l'assumer pour en faire leur règle de comportement.

Si l'on accepte que le véritable travail du droit se situe au niveau de son application au fait, la connaissance du droit implique nécessairement une autre démarche comportant :

- un accès à la connaissance des lois;
- un apprentissage de leur mode de lecture et d'analyse;
- un apprentissage de l'analyse des faits et de la confrontation du résultat de cette analyse avec celle de la loi.

a) L'accès matériel à la connaissance des lois est relativement facile à procurer. C'est là un problème de bibliothèques et de catalogues, manuels ou informatisés. Mais l'information qui est ainsi donnée l'est sous une forme telle que des repères intellectuels sont nécessaires pour qu'il soit possible de s'y orienter. Toute une production littéraire s'offre de pourvoir à ce besoin: édition de codes, de recueils, de répertoires, au maniement desquels un exercice est nécessaire; il comporte l'intériorisation de mots-clés, notions, concepts, principes et classifications élaborés par la doctrine et la pratique.

b) La lecture de la loi est, nous l'avons vu, une opération capitale qui doit permettre d'en dégager la règle. Elle doit se faire tant au niveau grammatical qu'au niveau proprement sémantique et structural, avec l'aide, à nouveau, de l'appareil conceptuel fourni par la doctrine et la jurisprudence et sous le couvert des principes généraux, axiologiques et méthodologiques assurant l'équilibre du système juridique tout entier. La connaissance de l'opinion du monde juridique sur la loi ne peut bien entendu être négligée, si l'interprète entend convaincre un auditoire de juristes. Elle n'est cependant, à tout prendre, qu'un des éléments de l'argumentation qui reste à construire, lors de chacune de ses applications.

c) L'analyse des faits, enfin, implique une initiation suffisante aux méthodologies des sciences humaines et des sciences de la nature, qui ne relève pas en propre de la formation juridique bien qu'elle lui soit nécessaire. Mais l'opération par laquelle la règle et la réalité sont rendues compatibles, qui débouche, d'une part sur l'interprétation de la loi et, d'autre part, sur la

qualification du fait et constitue l'activité essentielle du juriste, postule un apprentissage que l'on ne peut songer à sous-traiter. S'agissant de la solution de *problèmes*, seule une familiarisation à la manière dont ils se posent et aux raisonnements propres à les régler permettra d'entrer dans l'intimité même du droit et, partant, d'en percevoir la réalité.

Mais une telle description des tâches à accomplir demeure inadéquate dans la mesure où elle classe dans un ordre séquentiel trois opérations qui n'ont de sens que dans la combinatoire à laquelle elles donnent lieu. C'est en effet en fonction d'un fait et des résultats de son analyse qu'il faut reconnaître la loi ou les lois susceptibles d'y être appliquées et les sens divers et parfois opposés que l'on peut leur donner. Une initiation fragmentée aux trois opérations que nous venons de décrire ne peut donc à elle seule conduire à la connaissance du droit. Il faut encore trouver le moyen d'apprendre à les intégrer dans une entreprise unique dont tous les éléments demeurent interactifs.

## 6. La problématique des méthodes

La question des méthodes porte sur la sélection des moyens les plus aptes à procurer l'accès à la connaissance de la réalité du droit. Parmi tous les moyens théoriquement possibles, et selon la règle de l'optimum pédagogique, on retiendra ceux qui semblent capables de produire le maximum de rendement pour le minimum d'effort et de temps. Et comme la place nous manque ici pour faire de ce sujet une analyse exhaustive, nous nous en tiendrons aux deux grands types de méthodes qui sont actuellement à l'honneur dans les écoles de droit, ou tout au moins dans celles qui sont habilitées à donner licence d'exercer les professions juridiques, à savoir le «cours magistral» et les «travaux dirigés». Nous examinerons donc en quoi et à quelles conditions ils peuvent constituer des voies d'accès adéquates à la connaissance juridique.

### A. *Le cours magistral*

Nous le définirons sommairement comme une réunion du professeur et des élèves au cours de laquelle celui-ci transmet verbalement un savoir à ses auditeurs. Ceux-ci recueillent le contenu de son discours et en prennent note.

Il s'agit là de ce que R. Perez Perdomo appelle le «discours du professeur», dont il a cherché à évaluer l'aptitude à transmettre la connaissance du droit: «A notre point de vue, écrit-il, le discours du professeur se rapporte à un modèle d'activité juridique qui ne correspond ni à notre perception actuelle du droit ou de l'activité juridique, ni à une vue prospective du rôle

du juriste. Si nous pensons que le raisonnement juridique consiste dans l'application mécanique des règles d'une fixité considérable dans le temps et que cette application puisse s'obtenir au moyen de déductions simples, le discours du professeur serait certainement un modèle adéquat, en supposant qu'il existe une coïncidence de base dans les explications des professeurs...»<sup>19</sup>. Ceci n'enlève évidemment pas tout mérite au discours du professeur «qui reste un instrument très adéquat pour la transmission de l'information, encore que l'essai ou le manuel le soient plus encore»<sup>20</sup>.

Relevons aussi que, pour l'auteur que nous citons, c'est *par sa nature même* et non par son contenu que le discours du professeur a pour effet d'occulter la dimension essentielle — c'est-à-dire la dimension problématique — du droit. Il ne suffit pas en effet que le professeur fasse état des controverses que suscitent ou ont suscitées les questions qu'il traite, pour que l'écueil soit évité. L'objection se fonde en effet sur la circonstance inévitable que le discours du professeur est prononcé sous le couvert de son «auctoritas», en ce sens que, dans sa bouche, les controverses elles-mêmes deviennent objets de vérité et sont reçues comme telles par l'élève<sup>21</sup>.

Tout en souscrivant pour l'essentiel à cette vision des choses, nous pensons qu'il y a lieu de l'approfondir quelque peu, en prenant notamment appui sur l'assimilation à laquelle M. Perdomo procède, dans son étude, entre l'exposé oral du professeur et ce qu'il appelle sa forme écrite, le manuel ou polycopié, c'est-à-dire «la littérature didactique dont les élèves se servent pour préparer certains cours ou matières; ceux-ci sont généralement des transcriptions plus ou moins fidèles de ce que le professeur dit, ou vice-versa et tous deux visent aux mêmes fins»<sup>22</sup>.

Or, si cela est généralement vrai, il n'est nullement nécessaire qu'il en soit ainsi. Et si l'on raisonne à partir de ce que nous voulons bien appeler l'exception, nous nous apercevons que les choses changent. Car il y a, à ce moment, dans le chef de l'élève, deux rapports différents qui se produisent avec la «matière enseignée»: le rapport à la parole et le rapport à l'écrit.

Lorsque l'écrit est autre chose que la reproduction du discours du professeur, en quoi peut-il consister?

Il peut s'agir soit d'un traité qui exprime de façon plus ample ou plus complète la pensée du professeur sur le sujet. A ce moment-là l'obstacle aperçu par Perdomo subsiste puisque nous sommes toujours en présence de l'exercice de l'autorité magistrale. Mais il peut s'agir aussi du texte de la loi, d'un ouvrage ou d'extraits d'ouvrages à la conception desquels le professeur serait étranger, ou encore d'une documentation sur des cas d'application du droit à des situations concrètes, reflétées dans des actes de procédure ou autres.

Il reste alors à savoir quel est l'usage qui sera fait de ces écrits et donc quelle sera la position prise par le professeur et par les élèves à leur égard. Disons en bref qu'ils constituent soit un développement du cours oral, qui l'illustre et le prolonge, soit l'objet (le support) même de la connaissance à laquelle le professeur veut introduire et vers lequel il entend n'exercer qu'un rôle de médiation. A ce moment, la possibilité apparaît de libérer le discours du professeur de sa normativité naturelle pour lui permettre de fonctionner comme un guide vers la réalité problématique du droit et l'apprentissage de sa méthode propre.

Parmi les lieux d'une connaissance autonome ainsi constitués, le texte de la loi occupe naturellement une position-clef, puisqu'il est le seul endroit possible de la certitude juridique et qu'il ouvre aux multiples démarches de l'herméneutique dont il a été question ci-dessus. Il s'agira donc d'inviter l'élève à travailler «en direct» sur le texte même de la loi. C'est elle seule, en effet, qui représente l'avenir du droit; la jurisprudence n'est jamais que le passé. Mais il est clair que les explorations déjà réalisées par celle-ci — ou par la doctrine — dans le champ des possibilités ouvertes par la loi comportent pour le lecteur de celle-ci de multiples *repères* dont il serait sot de se priver. Encore faut-il éviter de prendre ces repères eux-mêmes pour la réalité (la loi) dont ils signalent seulement la présence.

Ils ont par ailleurs l'incontestable mérite d'informer sur le sens, ou les sens qui éventuellement ont été donnés à la loi par la communauté des juristes, et dont le nouveau lecteur devra tenir compte s'il veut construire une argumentation de nature à persuader des membres de cette communauté. C'est la justification de l'appareil de références dont s'honorent les publications juridiques, et dans lesquelles il ne faut pas voir avant tout, comme paraît le penser C. Atias<sup>23</sup>, le souci d'accumuler les connaissances, mais plutôt l'indication de l'étendue de l'auditoire susceptible d'accepter l'interprétation à l'appui de laquelle elles sont produites.

Mais ce ne peut être que dans l'espace laissé libre par la contradiction des opinions, ou non encore occupé par elles, que se situe le véritable travail du juriste et dès lors le lieu de l'apprentissage authentique de la réalité du droit.

On peut ainsi soutenir que, dans l'examen de décisions judiciaires en présence des étudiants, le plus important n'est pas de mettre en valeur «l'enseignement qui s'en dégage», mais bien plutôt de reconstruire la thèse de la partie qui a été déboutée de ses prétentions, de s'interroger sur l'argumentation sur laquelle elle s'appuyait et les raisons de son échec.

Ainsi donc, ce qui est vrai du discours du professeur qui ne renvoie qu'à un autre discours, écrit celui-là, dont il est le reflet, peut ne pas l'être lorsque

ce discours introduit à un ailleurs qui est le domaine de la loi, et de son application problématique à la réalité vivante des faits.

Encore faut-il que la performance attendue de l'élève telle qu'elle sera vérifiée lors de l'épreuve d'évaluation consiste bien dans l'aptitude à procéder personnellement à cette application et non dans celle, souvent dénoncée, de reproduire le discours qui a été tenu devant lui<sup>24</sup>.

### *B. Les séminaires et exercices*

La caractéristique de ces méthodes est de placer l'étudiant face à des questions juridiques qu'il est invité à résoudre à l'aide d'une documentation mise à sa disposition. D'une manière ou d'une autre, il s'agit de le mettre en situation de concevoir et d'exprimer la solution d'un problème d'ordre juridique et c'est à ce titre que, de prime abord, cette méthode paraît plus apte que le discours du professeur à initier l'étudiant à la véritable problématique du droit. Le rôle du professeur est ici de poser les questions, d'assister l'étudiant dans sa recherche des solutions et de l'aider à apercevoir les déficiences de son argumentation. On parle alors à juste titre « d'encadrement ».

Les mérites de la méthode dépendent toutefois, ici aussi, de l'usage qu'on en fait, c'est-à-dire de la manière de poser les questions. En effet, si au lieu de les poser de la manière dont elles s'expriment dans la réalité, et dans les termes où elles peuvent être posées à un professionnel, on leur donne pour objet un élément abstrait ou un simple concept du savoir juridique, le risque est grand de voir l'étudiant s'atteler à un travail de pure compilation des auteurs et de la jurisprudence, c'est-à-dire à une œuvre d'information dont nous avons vu qu'elle ne peut constituer qu'un préalable au travail juridique proprement dit.

Une telle démarche sans doute n'est pas dépourvue d'intérêt et d'utilité, là du moins où elle oblige l'étudiant à rechercher les sources multiples de l'expression de la volonté légale sur un sujet déterminé et à s'interroger sur le sens des termes en lesquels elle s'exprime, ou encore là où il lui est demandé de confronter les opinions divergentes émises sur un même sujet. Mais, dans la mesure où elle fait abstraction des conditions concrètes dans lesquelles se situe nécessairement toute véritable application de la loi, elle risque de limiter l'apprentissage de l'étudiant à la découverte des questions résolues en lui laissant ignorer la problématique propre à la solution des autres.

Pour entrer de plain-pied dans celle-ci, un travail à partir des faits, exprimés aussi concrètement que possible, semble indispensable<sup>25</sup>. Tel est notam-

ment le mérite propre des stages en milieu réel, ou, à défaut, des séminaires ou exercices qui tentent d'en reproduire les conditions de travail.

Partir des faits, c'est reconnaître que le droit n'a de sens que dans son action sur la réalité; c'est aussi et surtout se donner le moyen d'interroger de façon pertinente l'ensemble de l'appareil juridique pour y puiser les arguments propres à soutenir une thèse, en se libérant des contraintes tenant à l'arbitraire des qualifications et classifications préconçues; c'est, enfin, retrouver l'unité même du droit, par-delà son éclatement en de multiples sous-disciplines.

## 7. Conclusions

Initier, comme le propose Perelman, tout étudiant en droit à l'argumentation, nous paraît un devoir qui se déduit directement de la prise en compte de la fonction pratique du droit. Cette initiation est-elle de nature à occulter les autres voies de la connaissance juridique, et notamment celles qui permettent de prendre conscience de sa dimension éthique ou des problèmes de pouvoir qui le traversent? Nous ne le pensons pas. C'est que, au contraire, la perception de l'urgence des sollicitations propres à l'application de la loi a fatalement pour effet de requérir les forces de l'interprète au profit d'une recherche qui n'est jamais complètement achevée et pour laquelle toutes les ressources de la réflexion et de l'*imagination* doivent pouvoir être mobilisées.

Comment pourrait-elle, dès lors, s'interdire de déboucher sur les interrogations les plus diverses et les plus fondamentales?

Sur le plan des méthodes, les enjeux attachés à une initiation concrète des étudiants à l'argumentation nous paraissent trop importants pour qu'il suffise d'introduire dans le système dominant l'un ou l'autre cours théorique ou pratique se donnant cet objet. Sans négliger l'apport qu'ils pourraient représenter dans la formation des futurs juristes, au moment surtout où cette formation ne bénéficie plus des mêmes prérequis que dans le passé (formation poussée à l'analyse linguistique et littéraire par exemple), nous pensons qu'il doit être possible d'aller plus loin, c'est-à-dire de tendre vers un recouvrement par la totalité de l'enseignement du droit de l'objet central de celui-ci. Ceci postulerait à l'évidence une nouvelle identification de la performance attendue des étudiants et une redéfinition de l'ensemble des moyens pédagogiques à mettre en œuvre pour leur permettre de s'y préparer<sup>26</sup>.

## NOTES

<sup>1</sup> Pour Michel Villey, la réforme de 1954, en France «allait clairement dans le sens d'une puérilisation, d'une primarisation, d'une dégradation des études de licence en droit: au devant de la nouvelle barbarie» («L'université malade de réformite», Archives de Philosophie du droit, n° 6, Paris, Sirey, 1961, p. 22).

<sup>2</sup> J. Ellul, «Essai sur la signification philosophique des réformes actuelles de l'enseignement du droit», Archives, op. cit., p. 17.

<sup>3</sup> Outre les études dont il est question plus loin, on peut mentionner ici les «Actes de la 3<sup>e</sup> Conférence des Facultés de droit» sur «L'adaptation des études de droit à la société moderne», Conseil de l'Europe, 17-19 avril 1974.

<sup>4</sup> «La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique», in «L'Educazione giuridica», Librairie universitaire, Pérouse, 1975, p. 14.

<sup>5</sup> C. Atias, «Epistémologie juridique», Paris, P.U.F., 1985, p. 24.

<sup>6</sup> Dans leur étude sur «Les rapports entre la norme et la disposition légale» (Archives de Philosophie du droit, T. XIX, 1974, p. 249), C. Grzegorzyc et T. Studnicki montrent comment l'existence de la norme, issue de la loi, dépend de l'existence du destinataire dont le comportement est réglé.

<sup>7</sup> Voy. notamment à ce propos la préface par M. Villey des études de M. Perelman publiées sous le titre «Droit, morale et philosophie», Paris, L.G.D.J., 1976, pp. III à V.

<sup>8</sup> «Le champ de l'argumentation», Presses universitaires de Bruxelles, 1970, pp. 134-135.

<sup>9</sup> Op. cit., pp. 133-134.

<sup>10</sup> Voy. du même auteur «Raisonnement juridique et logique juridique», Archives de philosophie du droit, Paris, 1966, pp. 1 à 6.

<sup>11</sup> «Droit, morale et philosophie», op. cit., p. 92.

<sup>12</sup> Voy. J. Lenoble et F. Ost, «Les implicites de la théorie du juge raisonnable», Annales de droit, 1976, pp. 329 à 365.

<sup>13</sup> J. Lenoble et F. Ost, «Droit, mythe et raison», Bruxelles, 1980, p. 210.

<sup>14</sup> «La réforme de l'enseignement du droit et la nouvelle rhétorique», op. cit., pp. 13-14.

<sup>15</sup> Elle appartient à la classe de discours «qui, indéfiniment, par-delà leur formulation, sont dits, restent dits, et sont encore à dire» (M. Foucault, «L'ordre du discours», Paris, Gallimard, 1971, p. 24).

<sup>16</sup> H.G. Gadamer, «Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique», Paris, Seuil, 1976, p. 239; sur l'herméneutique juridique, voy. e.a. E. Forsthooff, «Recht und Sprache Prolegomena zu einer richterligten Hermeneutik», Halle, 1940, pp. 8-9 et 28-29, trad. par J. Freund in «Le droit d'aujourd'hui», Paris, P.U.F., 1972, pp. 61 et ss.

<sup>17</sup> Sur ce point, voyez notre «Introduction au système juridique», Bruxelles, Bruylant, 1982, spécialement les pp. 151 à 154.

<sup>18</sup> Voy. à ce sujet J. Lenoble et F. Ost, «Droit, mythe et raison», Bruxelles, 1980, spécialement les pp. 269 et ss.; sur le décodage à opérer à ce propos, voy. J.F. Perrin, «Pour une théorie de la connaissance juridique», Paris, Genève, Droz, 1979, pp. 145-146.

<sup>19</sup> «Le discours du professeur comme modèle pédagogique du raisonnement juridique» in «L'Educazione giuridica», Pérouse, Librairie universitaire, 1975, p. 50.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 42.

<sup>22</sup> Op. cit., pp. 35-36.

<sup>23</sup> Op. cit., p. 206.

<sup>24</sup> On ne peut manquer d'évoquer ici l'étude de R. David sur «L'évolution récente de l'enseignement du droit: les méthodes d'enseignement en France», in «Travaux du XI<sup>e</sup> Colloque international de droit comparé», édition de l'Université d'Ottawa, 1975, p. 197 où l'on peut lire: «Je voudrais en premier lieu voir supprimer les examens ou du moins les réformer et ne plus les conserver que pour vérifier essentiellement si l'étudiant possède un bon vocabulaire

juridique. Je voudrais, en deuxième lieu, voir réduire considérablement les programmes parce que, dans leur état actuel, ils demandent à l'étudiant un effort de mémoire préjudiciable à l'exercice du raisonnement. Je souhaite, en troisième lieu, une réforme des bibliothèques dans leurs conditions de fonctionnement et dans leurs heures d'ouverture».

<sup>25</sup> Sur la nature du fait dans la science du droit, voy. notamment C. Atias, «L'épistémologie juridique», pp. 123 à 144; on y trouve notamment réponse aux inquiétudes exprimées par J. Ellul (dans l'étude précitée), concernant l'hypertrophie du fait dans un certain type d'enseignement du droit.

<sup>26</sup> C. Atias propose l'introduction, dans les programmes, de nouveaux cours, notamment de philosophie du droit et d'épistémologie juridique («Pour l'enseignement fondamental en faculté de droit et pour l'épistémologie juridique», *Gazette du Palais, Chronique*, 1984, p. 73). Mais ne serait-il pas plus important encore de revoir la méthodologie des cours existants?

# La justification en droit dans la pensée de Ch. Perelman

par Henri BATIFFOL

Chaïm Perelman a attaché son nom à la restauration dans la théorie et la philosophie du droit du rôle de l'argumentation et de la rhétorique : la substance de la démarche juridique consiste dans la confrontation des arguments et l'appréciation de leur portée relative dans le cas considéré.

L'illusion serait facile de croire que cette attitude se réduirait à la rhétorique prise dans l'acception péjorative qui a été répandue dans la langue courante à l'époque contemporaine — l'art du rhéteur — parallèlement à celle qui rapproche au point de les confondre argumentation et sophisme. La pensée de Perelman est autrement forte et réfléchie ; la place dans son œuvre de la justification en droit paraît propre à en donner une illustration.

La notion est abordée « de front » par une délimitation de son domaine : la justification ne concerne ni l'évidence, ni l'arbitraire<sup>1</sup>. La première de ces deux exclusions prend parti sur un problème dont la signification est assurément première : le droit ne consiste pas, au moins simplement, dans des constatations dont il s'agirait de montrer la certitude par leur évidence ; le droit implique une intervention de choix volontaires ; il existe une « dialectique de volontés et de raisons humaines »<sup>2</sup>.

Cette formule explique la seconde exclusion. Si le sens communément reçu de l'arbitraire est la décision dépourvue de raisons, une telle décision échappe aussi à cette dialectique<sup>3</sup>. Perelman prend, cette fois, ses distances par rapport à ceux qui ne voient le droit que dans les volontés des gouvernants, ce qui conduit finalement à réputer indifférente pour le juriste — ou la science du droit — la teneur des normes. La pensée de Kelsen a pu laisser

croire qu'il regardait le contenu des normes comme arbitraire parce qu'il peut changer à la volonté des gouvernants — comme si le changement était de soi arbitraire...<sup>4</sup>.

Le champ de la justification étant ainsi délimité, en quoi consiste-t-elle ?

La pensée de Perelman présente au premier abord des aspects passablement négatifs. Sur le problème central de l'interprétation, et plus précisément sur la question la plus fréquente, celle du choix entre la voie restrictive et la voie extensive, l'imprévisibilité, plus d'une fois observée, de l'option provient, estime-t-il, de facteurs qui se ramènent à cette confrontation des arguments avancés dans l'un et l'autre sens — laquelle constitue la substance même de la méthode juridique : les raisonnements éventuellement serrés qui suivront le choix n'empêchent pas que celui-ci n'est pas formalisable<sup>5</sup>.

Bien plus, et comme par voie de conséquence, Perelman considère que la fréquence des antinomies en droit établit la différence spécifique entre les systèmes juridiques et les systèmes formels, ces derniers n'en tolérant pas. Et en effet si les majeures des syllogismes se forment comme il a été dit, comment éviter les incompatibilités ? Mais comme les incompatibilités rendent le système impraticable, les juristes ont recours, explique Perelman, à des procédés de « résorption », qui, sans supprimer l'antinomie des majeures, permettent de coordonner les résultats dans l'application<sup>6</sup>. La plus classique est la dérogation limitative à l'une des majeures, inconnue des systèmes formalisés, et qui apparaît comme le type de l'artifice au sens le plus péjoratif de négation d'une contradiction certaine.

Toutes réserves étant faites sur les réponses possibles à ces difficultés, il faut constater que Perelman ne s'en est pas tenu, tant s'en faut, à une attitude aussi agnostique. Le cheminement de sa pensée apparaît à la position qu'il prend vis-à-vis de Descartes et de Spinoza. Le premier embarrasse les historiens de la philosophie du droit par son silence sur notre sujet : que trouver dans son œuvre au-delà de la « morale provisoire » ? Le second a certes écrit une éthique, mais son inspiration et ses aboutissements donnent lieu à des interprétations divergentes. Perelman s'exprime à ce sujet dans les termes suivants : « Aussi bien dans la conception de Descartes que dans celle de Spinoza, il n'y a pour la volonté humaine qui cherche à éviter l'erreur et le mal aucune possibilité de choix imparfait mais raisonnable. Car un tel choix, qui n'est pas arbitraire mais guidé par des règles, présuppose l'exercice d'un pouvoir de décision à l'intérieur d'un cadre préalable. Or cette double condition s'oppose aussi bien à l'idée d'une volonté parfaite, critère de toute norme, qu'à celle d'une raison parfaite capable de déterminer la solution correcte de tous les problèmes et éliminant donc toute possibilité d'un choix éclairé »<sup>7</sup>.

Ces quelques lignes posent les jalons de la conception constructive de notre auteur. Le premier est l'introduction entre l'arbitraire et le choix « parfait », c'est-à-dire rationnel, des choix dits imparfaits, c'est-à-dire simplement raisonnables. Ces choix se distinguent de l'arbitraire en ce qu'ils sont « guidés » par des règles, ils ne sont donc pas abandonnés au caprice de ceux qui les exercent. Mais d'autre part guider ne signifie pas déterminer : il subsiste une marge de choix entre différentes solutions possibles. Ce choix implique finalement l'existence d'une initiative que Perelman attribue à un « pouvoir de décision dans un cadre préalable ».

Un tel schéma permet de constater que Perelman n'est aucunement, comme certains ont pu le croire, un négateur des règles au profit d'une libre argumentation dans chaque cas concret. Mais il a des règles une conception réaliste. Il sait qu'elles ne peuvent tout déterminer à l'avance pour toutes les éventualités qui se présenteraient. Si l'influence cartésienne a pu inspirer une telle ambition à certains des juristes ou philosophes de son époque, ce programme, on le sait, n'a pu être mené à bonne fin. Portalis, dont on admire de plus en plus avec le recul du temps l'expérience et la hauteur de vues, disait : « nous nous sommes préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir... un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat... »<sup>8</sup>. L'« inconscient » linguistique a de fait donné au mot raisonnable une désinence qui exprime fréquemment la possibilité, donc une pluralité éventuelle — de solutions, pour notre problème.

Les choix à exercer introduisent le recours au pouvoir de décision. La difficulté est séculaire de savoir comment le droit, s'il est en soi une idée — celle du juste —, est inséparable de l'intervention d'hommes dotés de ce caractère complexe qu'est l'autorité. Le sens le plus répandu de ce terme lui assigne d'abord, sinon exclusivement, l'exercice de la coercition : il faut punir les méchants. Au lendemain de la première guerre mondiale, la Société des nations a provoqué la contestation ou l'ironie parce qu'elle ne disposait pas d'une force armée. A s'en tenir là on retrouve la juste formule de Balladore Pallieri : pour ceux qui acceptent la finalité de l'ordre juridique ou l'ordre juridique lui-même, la coercition est inutile, et pour les autres elle est pure violence<sup>9</sup> — autrement dit, complètement hétérogène au droit dont la notion l'oppose à la force.

Le lien se retrouve si on admet avec Perelman que l'autorité a pour première mission l'élaboration des règles parce que l'indétermination de celles-ci appelle des choix dans lesquels intervient la volonté — c'est-à-dire celle de certains hommes. Alors il n'y a pas irruption d'un facteur intrinsèquement contradictoire à ce qu'il s'agit de défendre, mais une articulation d'éléments qui s'appellent mutuellement : c'est cette dialectique de la raison et de la volonté qui a annoncé ces développements.

Perelman rétablit ainsi la notion du droit, donc sa consistance, tant dans son extension que dans son unité en y réintégrant l'intervention du pouvoir. Mais il spécifie que celui-ci s'exerce «à l'intérieur d'un cadre préalable». Nous retiendrons cette formule, par contraste avec ce qui a été dit sur l'ordre international, que le droit, pour remplir son rôle, doit être élaboré pour une société déterminée. Il ne s'agit pas seulement des institutions qui organisent le pouvoir dans sa constitution et ses prérogatives, mais des données sociales, économiques, psychologiques qui caractérisent la collectivité pour laquelle le pouvoir sera exercé. On rencontre ici une nouvelle «dialectique», celle des idées et des faits : à faits différents règles différentes, quoi qu'en aient dit Pascal et toute la tradition sceptique. De même que dans le temps l'évolution du droit ne signifie pas l'arbitraire, des différenciations dans l'espace ne sont pas nécessairement privées de causes.

Perelman a ainsi délimité le domaine de la justification, et il a amorcé son mode d'exercice en se référant à l'existence de règles et à leur caractère relativement indéterminé, à la nécessité en résultant de l'intervention du pouvoir, et aux liens de celui-ci à une collectivité déterminée.

Il va plus loin, et s'engage dans le processus de la justification. Au départ il constate que justifier consiste à montrer la conformité à la norme; c'est en effet le sens qu'exprime la langue dans sa spontanéité par le verbe ajuster : conformer à un modèle, qui peut prendre valeur de norme, comme c'est précisément le cas en droit. Par où apparaît à nouveau, si besoin était, que Perelman ne récuse nullement le rôle des normes en droit. Mais le problème nécessairement rebondit : ne se pose-t-il pas de nouveau pour la norme elle-même ? Perelman n'éluide pas la question, qui est cruciale dans toutes les conceptions du droit et non pas seulement pour le positivisme volontariste, où elle est assurément plus voyante. Notre auteur observe d'abord que la justification de la règle peut provenir de sa conformité à un principe supérieur, car le droit est systématique<sup>10</sup>. L'allusion est précieuse car elle renforce le rôle des normes, quelque position qu'on prenne sur le degré réel ou possible de la systématité du droit. Mais la menace finale subsiste, celle de la *regressio in infinitum*:

Pour ne pas s'y abandonner Perelman pose qu'il faut s'arrêter à une norme antérieure dont la justification se trouve dans la justice, laquelle a un caractère «prophétique»<sup>11</sup>. Ce terme paraît ramener au point de départ. En effet si les principes ne sont pas démontrables, ils sont pour Perelman justiciables, comme toute la pensée juridique, d'arguments sans valeur contraignante soumis à l'approbation d'un «auditoire universel» composé d'un ensemble d'hommes compétents pour en juger<sup>12</sup>.

Le même retour se présente dans l'autre mode de justification qui est envisagé par Perelman, celui du rapport de moyen à fin. Il est certes moins

classique que le recours à une norme logiquement antérieure, mais point n'est besoin de revenir ici sur son importance. Il apparaît dans le texte de départ sur le domaine de la justification : « il n'y a pas lieu de justifier ce qui ne doit pas se conformer à des normes ou à des critères, ou ce qui ne doit pas réaliser une certaine fin »<sup>13</sup>. Soulignons au passage le rapprochement et l'opposition des deux processus, qui paraît décidément répondre à une certaine logique. Mais la justification par la fin pose le problème du choix de la fin, et celui de savoir si la méthode conduit à rechercher une fin ultime à laquelle seraient subordonnées les autres. La même menace de *regressio in infinitum* apparaît comme dans le recours à une norme antérieure. Perelman ne l'a naturellement pas ignoré, et considère que le choix des valeurs s'opère comme celui de la majeure dans un syllogisme impératif<sup>14</sup>.

Le bilan peut paraître plutôt négatif. Et pourtant l'œuvre même de Perelman porte les amorces d'une vue plus positive. La principale est son affirmation de l'égalité de traitement comme principe de justice. Il y voit d'abord une définition de la « justice formelle », quels que soient les contenus des différentes « justices concrètes »<sup>15</sup>. On sait que Kelsen, intimidé par cette exigence, alors qu'il refuse à la science du droit l'étude du contenu des normes, l'a qualifiée exigence de logique, non de justice<sup>16</sup>. Perelman ne s'en est pas tenu là, malgré la proximité du formalisme susmentionné, car il précise aussitôt<sup>17</sup> que la justice formelle et abstraite est un principe d'action selon lequel « les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon ».

Aucun juriste ne niera qu'égalité n'est pas égalitarisme : à situations différentes règles différentes. Sans quoi ce serait trop simple... et trop injuste. Mais quelles différences peuvent être retenues pour que la différenciation de traitement soit précisément justifiée ? C'est ici que Perelman se réfère à la notion décisive d'« êtres d'une même catégorie essentielle ». Une différenciation fondée sur des caractères accidentels, c'est-à-dire sans rapport avec le problème à résoudre, est discriminatoire, c'est-à-dire injustifiée. Nous avons connu dans le passé des exemples qui parlent plus facilement pour nous par eux-mêmes. Le refus aux roturiers de l'accès au grade d'officier dans l'armée pouvait trouver des arguments voisins de prétextes dans l'exercice plus facile du commandement ; il était en réalité étranger à l'essentiel, savoir l'aptitude au commandement ; on l'a vu, paraît-il, quand les sous-officiers de l'armée royale sont devenus officiers des armées révolutionnaires. Autrement dit, la règle à poser ne tenait pas à l'essence — supposée connue — de la catégorie dite nobiliaire.

On approche ici un sérieux problème : pourquoi des règles sont-elles liées à des essences de choses existantes ? Sans y entrer, nous observerons que Perelman en parle à propos de catégories d'hommes ; c'est qu'en effet les

règles juridiques sont élaborées pour des hommes vivant en société; et la diversification inéluctable de ces règles est liée à l'existence de catégories: agriculteurs, salariés, commerçants ont des besoins ou des problèmes qui leur sont propres. Et cependant ce sont tous des hommes: la constance de la recherche de l'égalité en témoigne. C'est dire que leurs différenciations n'éliminent pas des traits communs qui permettent de parler de nature humaine. La praticabilité des relations avec des hommes de cultures très différentes, comme le droit international privé travaille à les organiser, est à ce prix. Ici encore les problèmes apparaissent multiples, ne serait-ce que la consistance de ce noyau commun, et du lien qu'il emporte avec des règles à poser. Sans épiloguer ici sur la distinction entre nature et essence, il est certain que la nature est liée à des besoins, des tendances, des aspirations, tandis que l'essence implique l'idée de nécessité: ce que la règle ne doit pas méconnaître sous peine d'ignorer les réalités. Or Perelman a retenu l'essence. Il a donc ouvert la voie au mode de justification le plus lié à la philosophie.

Il en a aussi ouvert une autre sur la relation de moyen à fin. «Si pour Hume, écrit-il<sup>18</sup>, les règles de justice ne sont pas naturelles mais artificielles, cela ne veut pas dire qu'elles ne soient pas fondées, parce qu'elles sont essentiellement utiles». Il retrouve chez l'illustre empiriste anglais la conviction qu'à défaut de démonstration proprement dite un «fondement» n'est pas impossible, ici par le but à atteindre. On n'ignore pas que si l'utilitarisme a voulu s'en tenir originairement à des objectifs «rapprochés», un développement inéluctable passant par l'«utilitarisme social», a mené, ou ramené — qu'on pense à Aristote — à l'affirmation chez Jhering du but comme «générateur de tout le droit». Perelman n'en a pas tant dit, mais ici aussi la voie est ouverte.

Il y pose aussi un jalon important. Déterminer une fin susceptible de justifier l'ensemble de la conception juridique n'est pas chose facile, ne serait-ce que pour expliquer qu'elle se passe elle-même de justification. Et il a été observé que l'idée de justice répond simultanément à la recherche d'un principe premier justifiant les solutions qui en sont déduites, et à celle d'une fin ultime vers laquelle tendent, ou devraient tendre, toutes les règles de droit. Or Perelman a eu le souci de «sonder» l'idée de justice. Après avoir posé que le juste est d'abord conformité à une règle, il montre que la justice de la règle peut provenir d'un principe «supérieur», «voire même de la justice»: celle-ci peut être entendue philosophiquement avec les Grecs comme recherche de la raison, rejet de l'arbitraire<sup>19</sup>, ou avec Kant comme impératif catégorique<sup>20</sup>. Elle prend enfin, constate-t-il, un caractère prophétique judéo-chrétien dans la conformité à la volonté divine<sup>21</sup>.

Dans cette dernière vue, qui répond à l'intuition initiale de Perelman, la justice est bien conçue simultanément comme conformité à une notion antérieure, et comme recherche du but à atteindre. Il est possible de s'en arrêter là en considérant qu'il s'agit de «fermer le cercle» des deux voies dont l'opposition est claire dans leur direction, comme dans les problèmes concrets qu'elles soulèvent sur la considération de la légalité et de l'utilité. Il ne paraît pas cependant superflu de faire un pas de plus.

Si on accepte une théologie philosophique, comme y incite la formule de Perelman faisant abstraction des données différentes du judaïsme et du christianisme, la volonté de Dieu n'apparaît pas simplement comme la norme première à laquelle obéissance est due. Cette vue provoque incoerciblement une objection dont Kelsen s'est fait l'interprète majeur : une norme n'a ce caractère qu'en vertu d'une norme antérieure qui le lui confère. Qui ou quoi m'oblige à obéir à Dieu ? On retrouve la *regressio in infinitum* qui n'est arrêtée que devant une Volonté suprême. Alors le volontarisme a le dernier mot à l'encontre de tout ce qui a été dit sur le caractère raisonnable, sinon rationnel, du droit. Il ne s'agit plus que d'obéissance au sens usuel du terme, qui n'implique pas l'adhésion de l'esprit.

L'auteur de ces lignes a cru un temps que pour répondre à l'objection il fallait reprendre l'idée de fin. Dieu est créateur ; il est aussi la fin à laquelle nous devons tendre. Or notre esprit accepte plus facilement, et parce qu'il se sent plus libre en fait de raisons d'action, l'idée d'une fin à l'atteinte de laquelle il consacre volontairement son intelligence et ses énergies, que la notion d'un commandement procédant d'un principe logiquement «antérieur»<sup>22</sup>.

Sans renier cette observation sur la primauté du rationnel (ou du raisonnable...), bref de la fin dans les raisons d'agir, il paraît nécessaire de revenir sur ce qu'obéir à Dieu est un acte de raison, sinon l'acte de raison par excellence : l'intelligence peut saisir que la volonté de Dieu c'est la raison. Il s'agit certes ici de théologie, et l'idée appellerait bien des approfondissements. Mais la philosophie du droit doit pouvoir dire si l'essence du juridique est irrémédiablement volontaire<sup>23</sup>.

On voit que la pensée de Perelman, malgré certaines apparences, n'y porte pas. Elle porte au contraire à réintégrer le raisonnable dans le droit, avec les ouvertures qui en résultent sur d'autres prolongements. On peut ne pas considérer avec lui que l'argumentation soit la substance de la méthode juridique, surtout quand il demande que le choix des majeures soit accepté par un «auditoire universel», dont la notion laisse l'esprit indécis. Il n'en est pas moins vrai que l'argumentation reprend tout son rôle à un stade crucial de la démarche juridique, celui de l'application des règles de droit, de soi générales, aux cas nécessairement concrets qui naissent de la

vie en société, et sont soumis aux juges et aux conseils des parties. Qu'il s'agisse de l'établissement des faits, de leur qualification, de l'interprétation «opérative» des règles en présence, la pluralité des solutions possibles est un fait d'expérience, dont la fréquence ou la constance dépendent des matières, et qui résultent de facteurs connus. Cette possibilité justifie la place qu'occupe le raisonnable dans la pensée de l'illustre disparu.

## NOTES

<sup>1</sup> Justice et raison, p. 237.

<sup>2</sup> Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe, Archives de philosophie du droit, 1962, 35, p. 37.

<sup>3</sup> Il n'est peut-être pas hors de propos de rappeler la proximité linguistique d'arbitraire et d'arbitrage. Le second vocable est exempt du sens péjoratif attaché au premier, mais il exprime précisément que l'arbitre, dans l'esprit des parties, exerce un pouvoir d'appréciation relativement libre par rapport aux règles de droit, sans toutefois que cette liberté verse dans l'arbitraire.

<sup>4</sup> V. nos *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 55.

<sup>5</sup> V. Le raisonnement juridique, *Etudes philosophiques*, 1965, p. 133: «la déduction en droit n'a rien de particulier, et tout se joue au niveau du choix des prémisses».

<sup>6</sup> Les antinomies en droit, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1965, p. 5.

<sup>7</sup> Article précité des Archives de philosophie du droit 1962, p. 37.

<sup>8</sup> V. J. Foulon-Piganiol, J.C.L. 1964.I.1876.

<sup>9</sup> Dottrina dello Stato, p. 86.

<sup>10</sup> L'idée de justice dans ses rapports avec la morale, le droit et la philosophie, *Annales de philosophie politique*, III, 1959.

<sup>11</sup> V. Justice et raison, p. 236 et s.

<sup>12</sup> V. Justice et raison, *loc. cit.* L'idée est reprise dans *Droit, morale et philosophie*, 1968.

<sup>13</sup> Justice et raison, p. 275.

<sup>14</sup> De la justice, p. 59 et s.

<sup>15</sup> Justice et raison, 1973, p. 26.

<sup>16</sup> Justice et droit naturel, *Annales de philosophie politique*, III, 1959, p. 79.

<sup>17</sup> V. déjà *Über die Gerechtigkeit*, 1967, p. 28.

<sup>18</sup> *Annales de philosophie politique*, 1959, p. 134.

<sup>19</sup> Justice et raison, p. 171 et s.

<sup>20</sup> *Annales précitées*.

<sup>21</sup> *Annales précitées*.

<sup>22</sup> V. sur ce point nos *Problèmes de base de philosophie du droit*, pp. 199 et s.

<sup>23</sup> Nous nous sommes exprimé en ces termes dans une communication au Colloque organisé en 1982 sur le thème «Caduta e ripresa della religiosità in Europa», dont les travaux ont été publiés par l'Institut international d'études européennes A. Rosmini de Bolzano.

# Perelman e Kelsen

par Norberto BOBBIO

1. Nel giugno 1957 Hans Kelsen e Ch. Perelman si trovarono fianco a fianco nel Colloquio sul diritto naturale promosso dall'Institut international de philosophie politique, di cui era presidente allora il doyen Georges Davy. Rispetto agli altri relatori essi si contraddistinsero per aver trattato il tema del diritto naturale prendendo le mosse dal problema della giustizia. Negli atti del colloquio pubblicati l'anno successivo<sup>1</sup>, il contributo di Kelsen diventò un vero e proprio trattatello sul problema della giustizia, *Justice et droit naturel*, che egli pubblicherà l'anno dopo in appendice alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre* e rappresenta il maggior contributo dell'autore della dottrina pura del diritto al tema della giustizia. Il saggio di Perelman, *L'idée de justice dans ses rapports avec la morale, le droit et la philosophie*, già pubblicato nella «Revue internationale de philosophie» nel 1957, e compreso successivamente nella raccolta *Justice et Raison* (1963), con un diverso titolo, *Les trois aspects de la justice*, rappresenta la continuazione e insieme uno sviluppo dell'operetta *De la Justice* apparsa nel 1945<sup>2</sup>. Mentre Kelsen si riferisce più volte all'opera di Perelman, questi ignora l'opera di Kelsen che pur aveva già pubblicato sullo stesso tema *Was ist Gerechtigkeit?* nel 1953.

L'anno successivo Perelman invitò Kelsen a partecipare al primo colloquio promosso dalla rivista allora fondata «Logique et Analyse», che si svolse presso l'Università di Lovanio nel settembre 1958, sui due temi della *Definition en droit* e del *Système juridique*. Kelsen accettò l'invito ma non partecipò di persona al colloquio: vi inviò un suo contributo originale *Der Begriff der Rechtsordnung*, che fu pubblicato insieme con le altre relazioni

nel fasc. 3-4 di «Logique et Analyse», apparso con la data agosto 1958<sup>3</sup>. Il 1958 fu anche l'anno in cui apparve l'opera fondamentale di Perelman, il *Traité de l'argumentation*, scritto in collaborazione con la signora Lucie Olbrechts-Tyteca, ove di Kelsen viene citata la prima edizione della *Reine Rechtslehre* (1934), e criticata se pure di sfuggita a puro scopo semplificativo, vale a dire per mostrare l'ambiguità del linguaggio comune e la necessità in cui si trova il giudice di motivare la scelta del significato che egli attribuisce a questa o a quella parola del legislatore, la tesi secondo cui il sistema giuridico costituisce un ordine chiuso (un ordre fermé).

Solo alcuni anni dopo, nell'articolo scritto per gli studi in onore di Kelsen, *Law, State and International Legal Order* (The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964), Perelman s'impegna in un giudizio globale sulla teoria pura del diritto, con l'articolo, pubblicato successivamente anche in Francia, *La théorie pure du droit et l'argumentation*<sup>4</sup>. Questo articolo costituisce certamente la fonte principale per l'esame del pensiero di Perelman su Kelsen, seguito via via da accenni quasi sempre critici in articoli successivi, come *Betrachtungen über die praktische Vernunft* (1966), *Science du droit et jurisprudence* (1969), *Gesetz und Recht* (1983). In occasione del centenario della nascita di Kelsen, morto più che novantenne nel 1973, Perelman promuove la pubblicazione di un fascicolo della «Revue internationale de philosophie» dedicato a *Kelsen et le positivisme juridique* (n. 138, 1981) cui premette una breve riflessione sui limiti della dottrina pura del diritto e li fa coincidere coi limiti del positivismo giuridico.

Per quel che riguarda l'atteggiamento di Kelsen nei confronti di Perelman, dopo il saggio, citato, sulla giustizia, bisogna giungere all'opera postuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), per avere con una certa sorpresa la prova di un'attenta lettura, se pure quasi sempre in chiave critica, della *Théorie de l'argumentation*<sup>5</sup>. Kelsen dedicò a questo suo ultimo lavoro, com'è noto, gli ultimi anni della vita, aggiornando con slancio giovanile le sue conoscenze specie nei campi della logica generale e della logica giuridica, com'è dimostrato dalle numerose e varie opere che egli, generalmente così parco nei riferimenti bibliografici, cita nelle note. Oltre il *Traité* cita anche *The Idea of Justice and the Problem of Argument* (1963) et *Logique formelle, logique juridique* (1960).

Nonostante la profonda differenza dei rispettivi punti di vista, non venne mai meno il reciproco rispetto e la reciproca stima. A proposito della teoria della giustizia di Perelman, Kelsen parla di una «excellente analyse des notions les plus courantes de justice»<sup>6</sup>. Nell'articolo dedicato a Kelsen per gli studi in onore, Perelman chiama Kelsen «ce maître incontesté de la science juridique»<sup>7</sup>. Probabilmente le differenze si vennero precisando e accentuando nel tempo. Se si considerano gli ultimi scritti citati dell'uno e

dell'altro, la premessa di Perelman al fascicolo della «Revue internationale de philosophie» e l'opera postuma di Kelsen, il dissenso è, o sembra, totale. Dico «sembra», perché non sempre il dissenso è reale, e talora deriva da incomprensioni reciproche. Alla fine il fondatore della teoria pura del diritto e il rinnovatore della teoria dell'argomentazione appaiono, nella dottrina giuridica contemporanea, i rappresentanti di due concezioni antitetiche del diritto e della scienza del diritto, il cui punto centrale di dissenso riguarda il «posto della ragione» nel diritto, e, più in generale, nella sfera della pratica.

2. Proprio sulla questione del posto della ragione nel diritto, il contrasto si manifesta chiaramente già nello scritto di Kelsen sulla giustizia anche se non ancora in polemica diretta con l'autore, sotto certi aspetti preso a modello, del libro *De la justice*. Di Perelman Kelsen accoglie l'impostazione generale, vale a dire il tentativo di trattare «scientificamente» (e per Kelsen «scientificamente» vuol dire «non ideologicamente») il problema della giustizia, dove per trattazione scientifica del problema intende «analyser les diverses normes que les hommes, en jugeant une chose juste, présupposent valables, et de le faire de manière objective»<sup>8</sup>, in contrasto con tutti coloro che ponendo il problema della giustizia hanno fatto valere i propri giudizi di valore per dettare norme che stabiliscano ciò che è giusto e ingiusto e servano da criteri per distinguere i comportamenti leciti da quelli illeciti. Ritiene che sia da accogliere anche il metodo seguito da Perelman, che è quello di individuare nelle diverse norme di giustizia un elemento comune, anche se il risultato cui egli approda è diverso, è un risultato radicalmente scettico circa la possibilità di trovare una qualsiasi formula di giustizia che non sia o tautologica o vuota.

Non è qui il caso di seguire Kelsen nella critica delle principali formule della giustizia, che è peraltro ben nota. Qui interessa la conclusione di tutta questa analisi, perché è proprio nella conclusione che si rivela il dissenso esplicito nei riguardi di Perelman. Il dissenso si riferisce a quello che Perelman ha chiamato la «regola di giustizia» (sulla quale è tornato spesso in lavori successivi), o regola della giustizia formale, l'unica regola universale (universale appunto perché formale), e proprio in quanto formale comune a tutte le formule particolari, come «a ciascuno secondo il merito», «a ciascuno secondo il lavoro», «a ciascuno secondo il rango» ecc.; è la regola secondo cui «les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon». Se Perelman avesse ragione, cioè se fosse possibile riconoscere nella cosiddetta regola di giustizia una norma di condotta ricavata esclusivamente attraverso un'analisi empiricorazionale, «scientifica» nel senso kelseniano del termine, il posto della ragione nell'etica, se pure un posto limitato a un'enunciazione priva di contenuto concreto, sarebbe assicurato. Si protrebbe sostenere che partendo da una serie di dati empirica-

mente e storicamente accertabili, relativi alle diverse formule di giustizia, applicabili e di fatto applicate in diversi contesti sociali e secondo le circostanze, e scoprendo il loro elemento comune, si ottiene una regola di condotta valida in tutti i contesti e in tutte le circostanze.

La critica radicale di ogni forma di razionalismo etico conduce Kelsen a una confutazione alquanto singolare della regola di giustizia. Egli sostiene che il trattamento eguale degli eguali e ineguale degli ineguali è un'esigenza non della giustizia ma della logica, vale a dire è la conseguenza dell'esistenza in qualsiasi ordinamento normativo, giuridico o morale che sia, di norme generali ed astratte, dalle quali discende logicamente («logicamente», si basi, e quindi indipendentemente da qualsiasi giudizio di valore) che debbono essere trattati nel modo previsto dalla norma tutti gl'individui o tutte le azioni cui essa si riferisce. «Comme *toutes* les normes de justice ont un caractère général et comme toutes les normes de justice prescrivent que des hommes, dans des conditions déterminées, doivent être traités d'une manière déterminée, le principe selon lequel des hommes égaux doivent recevoir un traitement égal est une conséquence logique du caractère général de *toutes* les normes de justice»<sup>9</sup>. Nella critica di Kelsen è naturalmente sottinteso che il problema che le varie teorie della giustizia hanno cercato invano di risolvere è quello di definire criteri razionali in base ai quali si possano distinguere gli eguali dai diseguali. Una volta stabilito un criterio, per lo stabilimento del quale Kelsen irrazionalista e volontarista crede che la ragione pratica, ovvero la ragione del suo uso pratico, non possa svolgere alcuna funzione utile, il trattamento eguale di coloro che appartengono alla stessa categoria ne è una conseguenza logica. Lo stesso tipo di critica Kelsen estende al principio dell'eguaglianza davanti alle legge: nell'applicazione che il giudice fa della norma generale al caso singolo egli deve trattare il caso singolo in conformità di ciò che stabilisce la norma, ma questa applicazione conforme «réside dans le caractère correct au point de vue de la logique et n'a rien à voir avec la justice, en particulier avec la justice de l'égalité»<sup>10</sup>.

Riprendendo qualche anno dopo il tema della regola di giustizia Perelman non fa alcun riferimento esplicito alla critica di Kelsen (anche se cita alcune opere di Kelsen ma a proposito di un tema diverso). Non è improbabile che ne abbia tenuto conto per precisare il suo pensiero, soprattutto là dove prendendo le mosse da Leibniz secondo il quale la giustizia comprende la «regola della ragione», precisa che quando si afferma che non esiste alcuna ragione che permetta di giustificare il trattamento diseguale di due esseri uguali, «le traitement juste se présente comme le traitement fondé en raison, car conforme au principe de la raison suffisante»<sup>11</sup> e subito dopo avverte che, se la regola di giustizia sembra difficilmente discutibile, «son champ d'application est extrêmement réduit, si pas entièrement nul»<sup>12</sup>.

La regola di giustizia viene chiamata correttamente una regola di giustizia puramente formale perché stabilisce che debbono essere trattati in modo eguali gli individui *essenzialmente* eguali ma non dice né quando due individui sono da considerarsi eguali e come debbono essere trattati. Una volta stabilite queste due condizioni, in una norma giuridica, la giustizia si definisce «dans ce cas comme l'application correcte de la loi»<sup>13</sup>.

3. A ogni modo, se contrasto c'è fra Kelsen e Perelman sul problema della giustizia, la ragione fondamentale della contesa non è questa. Per cogliere il punto principale del contrasto bisogna tornare al problema del posto della ragione in etica. L'oggetto centrale delle scritto di Kelsen sulla giustizia è la critica della ragione pratica in alcune delle sue maggiori versioni storiche, Cicerone, San Tommaso, Kant, in generale nelle forme tradizionali e più autorevoli del razionalismo etico: «Si l'on aborde le problème de la justice d'un point de vue scientifique et rationnel, non métaphysique, et si l'on reconnaît qu'il existe une pluralité d'idéaux de justice, différents et contradictoires, et qu'aucun d'eux n'exclut l'existence possible des autres, alors on ne peut considérer les valeurs de justice constituées par ces idéaux que comme valeurs relatives»<sup>14</sup>. Critica della ragione pratica e relativismo etico sono nel pensiero di Kelsen strettamente connessi. Una volta dimostrata la fallacia di ogni forma di razionalismo etico, o della pretesa della ragione di fondare un'etica dimostrativa (*geometrico more demonstrata*), che è stato l'ideale lungamente perseguito dalla dottrina del diritto naturale moderno, non resta altro secondo Kelsen che ammettere la irrazionalità valori. *Tertium non datur*.

Il sistema kelseniano è rigorosamente e apoditticamente dualistico: esso è tutto quanto costruito sulla contrapposizione tra fatti e valori, tra Sein e Sollen, tra sfera della conoscenza, ove opera la ragione, e sfera della volontà, ove per la ragione non v'è alcun posto. «Nous appelons raison la fonction de connaissance de l'homme. Mais créer des normes, légiférer n'est pas une fonction de la connaissance... Créer des normes est une fonction de la volonté non de la connaissance»<sup>15</sup>. Di qua la perentoria conclusione che la nozione di ragione pratica è una nozione «contraddittoria», che ha origine non scientifica ma religiosa e teologica: se è ragione non è pratica e se è pratica non è ragione.

E' contro questo dualismo che si appunta la critica di Perelman. All'inizio dell'articolo sulla teoria pura del diritto e la teoria dell'argomentazione, scrive: «La théorie pure du droit se caractérise... par un intransigent dualisme»<sup>16</sup>. Per un dualista, il diritto o è ragione o è volontà: per la teoria del diritto naturale è ragione, per un positivista è volontà. Il principio cui s'ispira la teoria kelseniana del diritto che si presenta come la forma estrema del positivismo giuridico è la massima hobbesiana: «Auctoritas non veritas facit legem». La teoria pura del diritto, in quanto dottrina del positivismo giuri-

dico, è fondata su una concezione volontaristica del diritto. Le norme giuridiche, a tutti i livelli, dalle più alte alle più basse, sono, per Kelsen, atti di volontà. Esse non derivano logicamente le une dalle altre ma attraverso norme che delegano poteri, o norme di autorizzazione. Il sistema giuridico non è un sistema statico ma è un sistema dinamico. Se si adotta il dualismo kelseniano, commenta Perelman, «on doit renoncer à l'illusion de la raison pratique dans tous les domaines, et non seulement en droit»<sup>17</sup>.

Per Perelman, tra una concezione unilaterale razionalistica, che sovrappone al diritto un modello matematizzante incapace di comprenderne la mobile realtà, e una concezione altrettanto unilateralmente volontaristica che sfocia nell'affermazione del diritto come sfera del puro arbitrio, esiste una posizione intermedia, rappresentata, com'è ben noto, dalla sfera del ragionevole, vale a dire dal modo di comportarsi della ragione nel mondo della pratica, che procede non per via dimostrativa ma per via argomentativa. Da questo punto di vista, il distacco dalla teoria pura del diritto non potrebbe essere più netto: l'errore di Kelsen deriverebbe dall'aver accolto una teoria della conoscenza che dà valore soltanto a un sapere non controverso e trascura completamente il ruolo dell'argomentazione. Per una siffatta teoria della conoscenza, una volta abbandonata la vecchia strada del razionalismo etico, non più sostenibile, non resta che gettarsi nelle braccia del volontarismo. Il volontarismo si presenta così come la conseguenza necessaria di una teoria della conoscenza che non conosce che la ragione dimostrativa. E' un errore pratico che deriva da un errore teoretico. E' un errore pratico che non permette di comprendere ciò che avviene di fatto nella pratica dei tribunali, dove il diritto svolge la sua funzione di garantire l'ordine sociale, e lo svolge anche attraverso l'uso della ragione se pure della ragione non in senso forte ma in senso debole.

Perelman accomuna nella critica Kelsen a Ross, in particolare alla prima opera di Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933), anche se non ne stabilisce un rapporto diretto. E ripete in questa occasione la sua tesi centrale secondo cui se si elimina la ragione dalla pratica e la si considera soltanto come un mezzo di giustificazione a posteriori di scelte irrazionali (si tratta della nota teoria delle «derivazioni» sostenuta da Pareto nel *Trattato di sociologia generale*, 1916<sup>18</sup>), bisognerebbe trarre la conclusione che la vita sociale si regge esclusivamente su rapporti di forza.

4. Per trovare un'adeguata risposta a questa critica bisogna giungere all'ultimo capitolo della *Allgemeine Theorie der Normen*, vale a dire alle ultime pagine pubblicate di Kelsen, intitolate: *Esiste una logica specificamente giuridica?* La «logica specificamente giuridica» cui queste pagine si riferiscono è appunto la retorica secondo Perelman.

Chi già conosca la teoria kelseniana della interpretazione, esposta più volte, e da ultimo, senza sostanziali mutamenti, nell'ultimo capitolo della seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, non troverà nulla di particolarmente nuovo in questa critica. Kelsen prende in esame due tipici argomenti usati dal giudice nell'applicazione delle norme al caso concreto, il cosiddetto ragionamento per analogia e quello *a maiore ad minus*, e nega che siano forme di ragionamento che abbiano qualche cosa a che fare con la logica. Tanto il primo quanto il secondo non si svolgono attraverso una pura e semplice deduzione ma implicano in ultima istanza un giudizio di valore soggettivo e, come ogni altra forma d'intervento interpretativo da parte del giudice, hanno per effetto una vera e propria creazione di diritto. L'autore cui Kelsen si riferisce di proposito è Ulrich Klug, col quale aveva avuto una lunga e puntigliosa corrispondenza sul tema della logica giuridica, ma in una nota prende posizione direttamente contro la teoria di Perelman, di cui cita l'articolo *Logique formelle, logique juridique*, rivolto polemicamente soprattutto a Kalinowski, e contro la riduzione di tutta la logica, ivi compresa la logica dei giuristi, a logica formale. «En voulant réduire la logique à la logique formelle, telle qu'elle se présente dans les raisonnements démonstratifs des mathématiciens, on élabore une discipline d'une beauté et d'une unité indéniables, mais on négligé entièrement la manière dont les hommes raisonnent pour arriver à une décision individuelle ou collective»<sup>19</sup>.

Che si possano far rientrare nella nozione di 'logica' anche forme di argomentazione dei giuristi, che lo stesso Perelman distingue dalle forme tradizionali del ragionamento logico è, secondo Kelsen, una pura questione terminologica. Ma l'eventuale egual denominazione non elimina la sostanziale differenza delle due logiche che lo stesso Perelman è ben lungi dal negare. Da questo punto di vista, cioè dal punto di vista del riconoscimento della differenza tra il ragionamento logico e l'argomentazione giuridica, Kelsen e Perelman sono molto più vicini di quel che le rispettive e reciproche critiche facciano pensare. Sono tutti e due schierati con egual decisione contro autori come Klug e Kalinoswski che hanno cercato di rimentere in onore la logica formale nel campo del diritto. Nella critica della logica giuridica nel senso tradizionale del termine sono alleati. Kelsen non è mai stato un logicista, non ha mai considerato l'ordinamento giuridico come un sistema logico, nonostante le frequenti confusioni fatte da alcuni interpreti tra il formalismo della dottrina pura del diritto e il formalismo logico. Com'è ben noto, nei suoi ultimi studi sulla logica nel diritto ha condotto alle estreme conseguenze il suo originario antilogicismo, sostenendo la tesi della inapplicabilità della logica delle proposizioni descrittive alle proposizioni normative. Il che può anche spiegare l'indubbio interesse dimostrato negli ultimi anni per la teoria dell'argomentazione, che combatte sullo stesso fronte dell'antilogicismo nel diritto, contro la validità del sillogismo normativo, per una

giurisprudenza ormai liberata dal vecchio pregiudizio del giudice passivo interprete del diritto stabilito.

Eppure il contrasto fra Kelsen e Perelman non è soltanto terminologico, non deriva solo dal fatto che il primo ritenga inopportuno parlare di una «logica giuridica» a proposito dell'argomentazione, e il secondo invece, proprio per mettere in evidenza la distinzione fra dimostrazione e argomentazione, parli talvolta di una logica «specificata» del diritto. Il contrasto, anche se non chiaramente esplicitato, sta nel diverso modo di concepire la funzione e la rilevanza di questa logica specifica. Per Perelman la funzione è essenziale e la rilevanza pratica grande. Per Kelsen la funzione è marginale e la rilevanza pratica nulla. Fedele alla concezione filosofica dualistica, che procede per grandi dicotomie, poiché l'interpretazione giuridica non può essere annoverata fra le attività logiche, è sempre e soltanto opera di volontà; poiché non è deduzione di norme giuridiche inferiori da norme giuridiche superiori è sempre creazione di norme nuove. Una delle affermazioni ricorrenti nell'opera di Kelsen è che l'interpretazione è creazione, non diversamente dalla legislazione, dalla quale differisce unicamente perché le norme da essa create non sono generali ma individuali.

5. A questo contrasto relativo al posto della ragione in etica e in modo particolare nell'opera del giudice, si collega il contrasto sul quale Perelman ritorna spesso relativo alla natura e alla funzione della scienza del diritto.

La netta separazione sostenuta da Kelsen tra la sfera della conoscenza e la sfera della volontà, e la conseguente irriducibilità dei giudizi di valore che determinano la volontà ma non debbono influenzare la scienza, ai giudizi di fatto, sui quali soltanto può fondarsi una conoscenza scientifica, e che in quanto tali non possono determinare un atto di volontà, conduce Kelsen a sostenere un'idea della scienza del diritto, che giustamente Perelman considera inadeguata e addirittura ingannevole; siccome ogni norma deve essere interpretata per essere applicata al caso concreto, e non vi è norma che non possa ricevere diverse interpretazioni, il compito del giurista che, in quanto scienziato del diritto e quindi svolgente un compito diverso da quello del giudice, deve fare opera di conoscenza del diritto e non dare giudizi di valore allo scopo d'influenzare la volontà del giudice, sarebbe unicamente quello di ricavare dal testo esaminato tutti i possibili significati che esso può avere e di proporli a colui che deve prendere la decisione e dar vita a una nuova norma giuridica, senza proporre uno a preferenza di un altro. Nel momento stesso in cui mostra una preferenza per un significato a scapito di altri, egli non fa più opera di scienza ma svolge un compito diverso (che oltretutto non gli compete), un compito di politica del diritto. Per le ragioni viste nel paragrafo precedente il giurista, secondo Kelsen, fa opera di politica del diritto anche quando colma una lacuna o risolve un'antinomia. In entrambi

i casi, proprio perché l'eliminazione sia di una lacuna sia di un'antinomia non può essere compiuta con operazioni logiche, il giurista vien meno al suo compito di proporre soluzioni alternative tutte egualmente possibili e si sostituisce al giudice.

Questa maniera d'intendere la scienza giuridica è una delle prove più evidenti delle conseguenze cui può portare l'eccessiva rigidità del dualismo fatti-valori cui Kelsen è rimasto fedele dal principio alla fine, accentuandola se mai negli ultimi scritti. Tra l'altro ne deriva un paradosso che mi è accaduto di mettere in rilievo in altra occasione: Kelsen nega che la scienza, qualsiasi scienza, e quindi anche la scienza del diritto in quanto voglia raggiungere il livello delle scienze più progredite, possa avere una funzione normativa. Però, riguardo alla scienza del diritto, egli attribuisce, inconsapevolmente, una funzione normativa alla metascienza del diritto, vale a dire alla teoria della funzione della scienza del diritto<sup>20</sup>. Egli infatti, se fosse coerente con il suo ideale di scienza, dovrebbe limitarsi a descrivere quello che fanno i giuristi. E invece, quando si occupa della scienza del diritto, espone le sue idee su quello che i giuristi debbono fare, in pieno contrasto con quello che fanno realmente, giacché in genere nessun giurista si limita a esporre le diverse interpretazioni possibili, ma dopo averle esposte ne sostiene una a preferenza di altre. In tal modo egli sembra abbandonare il suo ideale di scienza quando si pone sul livello superiore della metascienza che non è descrittiva ma prescrittiva e in quanto prescrittiva fa sorgere immediatamente il sospetto di essere l'espressione di una presa di posizione ideologica.

Proprio a questa difficoltà si riferisce il commento di Perelman, formulato su per giù con le stesse parole in più luoghi, ispirato a una concezione più flessibile della ragione, per cui non esiste soltanto la ragione dimostrativa, al rifiuto della netta separazione fra ragione e volontà, e infine a una visione insieme più prammatica e più realistica del lavoro dei giuristi. Soprattutto quest'ultima conduce l'autore del trattato sull'argomentazione a quell'analisi non astrattamente teorica ma attraverso esempi, che è sempre stata una delle caratteristiche principali delle ricerche da lui fatte e da lui promosse attraverso il Centre national de recherches de logique di Bruxelles. Attraverso questa analisi egli è in grado di mostrare che in pratica i giuristi non fanno quello che Kelsen vorrebbe che facessero, e quindi la teoria kelseniana della scienza del diritto dà una rappresentazione deformata della realtà, e in quanto tale non è scientifica; e che in contrasto con quello che Kelsen vorrebbe che facessero essi «guidano» attraverso le loro interpretazioni sia il legislatore sia il giudice e pertanto concorrono all'opera di creazione del diritto. Da questa osservazione egli deriva una conclusione di più vasta portata teorica in netto contrasto col dualismo kelseniano: anziché essere separate e chiuse ciascuna nel proprio ambito, dottrina e giurisprudenza

collaborano fra di loro in un rapporto di continuo e reciproco scambio per conseguire lo scopo precipuo del diritto che è quello di soddisfare nella misura del possibile i nostri bisogni di sicurezza e di equità. Il ruolo del giurista è per Perelman non quello «unicamente scientifico», quale viene loro attribuito da Kelsen, ma quello ben più importante socialmente di preparare e di illuminare il lavoro del giudice e di tutti coloro che debbono prendere delle decisioni, insomma di operare come «consigliere» e non soltanto come indifferente e distaccato commentatore<sup>21</sup>.

6. Il contrasto fra volontà e ragione sta alla base della secolare contrapposizione fra teoria del diritto naturale e positivismo giuridico. Poiché il diritto appartiene secondo Kelsen al mondo della volontà, il positivismo giuridico ha ragione, la teoria del diritto naturale ha torto. La divergenza tra i due autori riguardo al posto della ragione nel diritto non poteva non riguardare le loro rispettive posizioni di fronte al problema del diritto naturale. Su questo tema Kelsen ignora Perelman, ma Perelman non ignora Kelsen.

Perelman non è certo un giusnaturalista nel senso tradizionale della parola ma non è neppure un positivista intransigente e radicale come Kelsen. Anche di fronte alla celebre controversia, la soluzione di Perelman è ancora una volta flessibile: respinge il dualismo troppo rigido e tenta una mediazione fra le due teorie estreme. Per chi non accetta il positivismo giuridico condotto alle estreme conseguenze, Kelsen non può non essere l'avversario principale: quando Perelman decide di dedicare a Kelsen un fascicolo della «Revue internationale de philosophie», lo intitola non a caso *Kelsen et le positivisme juridique*. Nella breve premessa espone, con una semplicità e una chiarezza che non si potrebbero pretendere maggiori, il punto di vista del mediatore: osserva che tra le due concezioni estreme del diritto come *ars boni et aequi* e come sistema di norme sanzionate, emanate da un potere sovrano, la teoria pura del diritto ha accolto la seconda. Ma qui starebbe il suo errore o meglio qui si rivelerebbe il suo presupposto ideologico non esplicito: una teoria del diritto che considera l'ordinamento giuridico esclusivamente come espressione del potere sovrano e della forza con cui questo potere riesce a farlo valere, rivela implicitamente la propria preferenza per il valore della sicurezza rispetto al valore dell'equità. Ma questa interpretazione del diritto (perché di una interpretazione si tratta) non è in contrasto con la pratica dei tribunali? Non appartiene ai giudici il compito di adeguare le norme giuridiche all'esigenza di giustizia che muove dai cittadini, e questo adeguamento non richiede che i giudici cerchino le soluzioni adatte ai casi nuovi anche al di là delle norme statuite, purché motivate con argomenti persuasivi? «La pratique des juges — afferma Perelman nella stessa premessa — est loin d'avoir suivi la conception positiviste de Kelsen».

Non è questa la sede per discutere se questa interpretazione di Kelsen sia corretta. Io credo che non lo sia. Abbiamo visto che secondo Kelsen i giudici creano diritto e che la differenza tra la sua concezione della giurisprudenza e quella di Perelman sta unicamente nella maggiore o minore considerazione del ruolo del ragionamento nel procedimento che conduce alla decisione. Ciò che fa della teoria pura del diritto una teoria del positivismo giuridico è la tesi, del resto condivisa da Perelman, che in ultima istanza viene considerato diritto in una determinata società organizzata l'insieme delle norme che dopo essere state imposte vengono per lo più (*im grossen und ganzen* direbbe Kelsen) osservate, in una parola l'accettazione del principio di effettività. Non è del tutto esatto ciò che lo stesso Perelman scrive a proposito delle due proprietà della regola giuridica, la validità e la efficacia, entrambe necessarie per la sua esistenza, là dove sostiene che la combinazione di questi due aspetti evita le esagerazioni tanto della dottrina pura del diritto quanto quelle del realismo americano<sup>22</sup>. Kelsen non disconosce affatto la rilevanza dell'effettività come principio costitutivo del diritto positivo: ciò che lo distingue da Perelman è che per lui l'effettività è il principio costitutivo dell'intero ordinamento e non delle singole norme prese ad una ad una: non a torto Kelsen sostiene che la norma singola può benissimo continuare a essere valida senza essere effettiva almeno sino a che non è abrogata da una legge successiva o dalla consuetudine ove nell'ordinamento sia consentita la consuetudine abrogativa.

Nella stessa premessa al fascicolo kelseniano Perelman propone di parlare di «diritto naturale positivo» per designare questa sua posizione secondo cui principi non contenuti nell'insieme delle norme giuridiche di un ordinamento positivo vengono invocati e applicati per integrare, correggere, colmare, le regole autoritativamente stabilite (sia questa autorità del legislatore o della consuetudine). Nell'usare l'espressione «diritto naturale positivo», Perelman riprendeva evidentemente la teoria dell'amico e collaboratore Paul Foriers<sup>23</sup>, che l'aveva esposta in diversi scritti, sostenendo che il diritto naturale aveva rispetto al diritto positivo un triplice ruolo, suppletivo, di controllo, e creatore. Subito dopo aver invocato il diritto naturale positivo Perelman aggiunge che esso «contraddice il positivismo giuridico»: in questo contesto è chiaro che per positivismo giuridico si deve intendere la dottrina di Kelsen. Lo contraddice in che senso? Nel senso che fra le regole che il giudice applica, se pure in casi eccezionali, ve ne sono alcune che non sono poste dall'autorità; e quindi non appartengono al diritto positivo in senso stretto. Ma è proprio vero che questo modo d'intendere il diritto naturale come diritto naturale positivo contraddice il positivismo giuridico come lo intende Kelsen? Credo che Kelsen avrebbe risposto che nulla, assolutamente nulla, impedisce di concepire un ordinamento giuridico in cui il giudice è autorizzato a desumere le regole da applicare alla soluzione delle controver-

sie in mancanza di norme giuridiche prestabilite da principi morali o religiosi. Si tratta di un normale caso di recezione in un ordinamento giuridico di norme appartenenti a un altro ordinamento, di una recezione la cui legittimità riposa sulla norma implicita o esplicita che autorizza il giudice a servirsene.

Indipendentemente dal contrasto, vero o presunto, con Kelsen, la teoria del diritto naturale positivo pone più problemi di quelli che cerca di risolvere, almeno per due ragioni: non si capisce bene quale sia la necessità di chiamare diritto naturale principi di condotta che sono manifestazioni correnti della morale sociale; e non si capisce quale bisogno ci sia di correggere il positivismo giuridico per il solo fatto di riconoscere la validità di regole non scritte, un riconoscimento che nessuna teoria del diritto positivo ha mai contestato.

Rispetto alla scuola del diritto naturale, che è la massima espressione del razionalismo in etica, Perelman assume un atteggiamento non diverso da quello che ha assunto di fronte al razionalismo etico: un atteggiamento che lo avvicina al positivismo se pure corretto, così come la critica del razionalismo assoluto lo avvicina al volontarismo, se pure mitigato dal riconoscimento della funzione pratica del discorso persuasivo. Ma come il riconoscimento della ragione argomentativa non lo fa entrare nella schiera dei razionalisti che costituiscono il suo bersaglio privilegiato, così il riconoscimento dell'esistenza di principi generali extra legem e talora anche contra legem non lo fa diventare un membro della famiglia dei giusnaturalisti, per le dottrine dei quali, peraltro, non ha mai dimostrato molto interesse<sup>24</sup>. Ancora una volta ciò che lo distingue da Kelsen è il rifiuto del radicalismo concettuale, della posizione dei problemi filosofici in termini di aut aut. Il contrasto fra i due filosofi, che rappresentano due momenti essenziali del pensiero giuridico contemporaneo, è sì un contrasto fra due concezioni della filosofia, o fra due mentalità, ma è un contrasto che, tenuto conto delle posizioni che entrambi avversano, il razionalismo etico, il logicismo giuridico, il giusnaturalismo della tradizione, hanno maggiori tratti in comune, per lo meno negativi, di quelli che la reciproca polemica lasci supporre<sup>25</sup>.

## NOTES

<sup>1</sup> *Le droit naturel*, «Annales de philosophie politique», n. 3, Paris, PUF, 1959. Gli articoli di Kelsen e di Perelman sono rispettivamente a pp. 1-123 ed 125-145. Nello stesso volume anche il mio scritto *Quelques arguments contre le droit naturel*, pp. 173-190.

<sup>2</sup> Questo saggio fu da me pubblicato in italiano insieme con la traduzione di *De la justice*, nel volume *La giustizia*, Torino, Giapichelli, 1959. — Lo stesso Perelman mi consigliò di pubblicarlo scrivendomi in una lettera del 30 aprile 1958: «En effet cet exposé complète d'une façon que je trouve heureuse les idées contenues dans le volume». — I miei rapporti personali con Perelman risalgono all'articolo da me scritto per presentare *De la justice* al pubblico italiano, *Sulla nozione di giustizia*, in «Archivio giuridico», CXLII, 1952, pp. 16-33.

<sup>3</sup> Assente Kelsen, toccò a me il compito di presentare ai partecipanti al convegno la sua relazione. Ritengo che questo incarico mi sia stato affidato perché Perelman mi considerava il più ortodosso dei kelseniani presenti. Non è un caso che nel *Traité de l'argumentation* Kelsen ed io siamo accomunati nella critica, Paris, PUF, 1958, vol. I, p. 176.

<sup>4</sup> Nel volume *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, LGDJ, 1968, pp. 95-101.

<sup>5</sup> Di quest'opera esiste un'accurata traduzione italiana a cura di M. Losano, *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985, che a differenza dell'edizione originale ha l'indice dei nomi, dal quale risultano i numerosi passi in cui Perelman è citato nel testo e criticato nelle note. — Un accenno all'interesse di Kelsen per la teoria dell'argomentazione nell'articolo di K. Opalek, *Überlegungen zu Hans Kelsen «Allgemeiner Theorie der Normen»*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1980, p. 17.

<sup>6</sup> H. Kelsen, *Justice et Droit naturel*, cit., p. 12.

<sup>7</sup> Ch. Perelman, *La théorie pure du droit et l'argumentation*, cit., p. 95.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 12.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 55.

<sup>10</sup> Op. cit., p. 57.

<sup>11</sup> Ch. Perelman, *La règle de justice*, in *Justice et raison*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, p. 225.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 225.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 227.

<sup>14</sup> H. Kelsen, *Justice et droit naturel*, cit., p. 14.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 83.

<sup>16</sup> Ch. Perelman, *La théorie pure et l'argumentation*, cit., p. 97.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 97.

<sup>18</sup> Sul rapporto fra la teoria dell'argomentazione e la teoria delle derivazioni di Pareto avevo richiamato l'attenzione in un articolo, *Pareto e la teoria dell'argomentazione*, in «Revue internationale de philosophie», LVIII, 1961, pp. 376-399. Il tema è stato ripreso dallo stesso Perelman in *Pareto et l'argumentation*, in «Uni Lausanne», n. 37, juin 1983, pp. 32-33.

<sup>19</sup> Ch. Perelman, *Logique formelle, logique juridique*, in *Justice et Raison*, cit., 222.

<sup>20</sup> *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giapichelli, 1970, pp. 139-173. In traduzione inglese, *Sein und Sollen in Legal Science*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», LVI, 1970, pp. 7-29.

<sup>21</sup> Ch. Perelman, *Diritto, logica ed epistemologia*, in *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, Parma, Pratiche editrice, 1979, p. 230.

<sup>22</sup> Ch. Perelman, *A propos de la règle de droit. Réflexions de méthode*, in *La règle de droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1971, p. 316.

<sup>23</sup> La prima menzione del «diritto naturale positivo» si trova nell'articolo, *Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique* (1954), ora in *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1982, vol. I, p. 75. Vedi soprattutto *Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif* (1963), ibidem, pp. 411-428. Sul tema L. Ingber, *Paul Foriers et le droit naturel*, ibidem, vol. II, pp. 891-905.

<sup>24</sup> Nella *Introduction à la philosophie morale* (Editions de l'Université de Bruxelles, 1980), in cui Perelman traccia una storia sommaria della filosofia morale dai Greci ai giorni nostri, la scuola del diritto naturale è quasi del tutto ignorata. Parla del diritto naturale a proposito della dottrina di San Tommaso contrapponendo la tesi, secondo cui vi sono regole imposte da Dio cui bisogna obbedire quando sono in contrasto col diritto positivo, al diritto naturale degli antichi stoici, che ammettevano l'esistenza di una morale con una funzione soltanto suppletiva del diritto positivo (p. 90). Sembra che egli accetti la seconda e non la prima.

<sup>25</sup> Accenni al rapporto Kelsen-Perelman dal punto di vista di Perelman, nella monografia di L. Gianformaggio, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano, Edizioni di Comunità, 1973, pp. 144 et 152. Dal punto di vista di Kelsen, rispetto al problema della giustizia, F. Quintana, *El problema de la Justicia en Kelsen*, nel volume *Hans Kelsen (1881-1973)*, promosso dalla «Revista de ciencias sociales», della Facultad de ciencias jurídicas económicas y sociales, Universidad de Valparaiso, 1974, pp. 104, 129-130, 134, 138.

# Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman\*

par Jerzy WRÓBLEWSKI

## I. Controverses sur la logique juridique

1. Les controverses concernant la logique juridique sont bien connues. Leur persistance est liée aux conceptions différentes du droit et aux idéologies opposées de l'activité juridique en général et de l'application du droit en particulier. Ce fond caché des controverses donne un climat particulier à toutes les réponses à la question de base, à savoir de quelle logique on veut parler et comment est-elle liée avec le raisonnement juridique.

On répond à la question «quelle logique?» par une distinction des deux types fondamentaux de logique — la logique formelle<sup>1</sup> et la logique non formelle<sup>1</sup>. Mais même cette distinction est contestée par ceux qui utilisent le terme «la logique» comme synonyme de «la logique formelle», dont il y a plusieurs sortes: logique classique, logiques aléthiques, déontiques, modales, etc. Comme logique non formelle, on traite de la topique et de la théorie de l'argumentation, nommée aussi «la nouvelle rhétorique».

A la question «comment la logique est-elle liée avec le raisonnement juridique?» on répond en désignant son application par le juriste (l'approche descriptive) ou en disant comment on doit l'appliquer (l'approche postulative).

Or, on doit souligner que l'activité intellectuelle du juriste et ses résultats sont très différenciés. Il suffit de comparer les problèmes traités dans la théorie du droit, dans la dogmatique juridique et ceux de la jurisprudence. Le théoricien de droit, selon sa position théorique ou philosophique, s'oc-

cupe des problèmes empiriques ou philosophiques<sup>2</sup>. Dans la dogmatique juridique, en règle générale, on fait une systématisation et une interprétation (doctrinaire) du droit en vigueur et une analyse critique du droit et de son application<sup>3</sup>. Le juge tranche les cas et justifie ses décisions selon le style des motivations accepté<sup>4</sup>. Alors une référence au juriste comme personne appliquant une logique n'est pas déterminée si on traite les problèmes de ces trois groupes comme liés avec les différences de la «logique» appliquée.

Si on ajoute la facilité avec laquelle on brouille la différence entre les approches descriptives et postulatives et les oppositions des valeurs présupposées, le fond des controverses sur la logique juridique serait clair. Surtout dans l'approche postulative, on identifie le modèle préféré de l'analyse théorique du droit, le modèle de la dogmatique juridique et une idéologie de l'application judiciaire du droit. Et cette approche en cachette détermine les analyses qui paraissent descriptives...

2. Il y a trois types de controverses sur la logique juridique : les controverses tranchées par une convention linguistique («controverses verbales»), controverses décidées d'une façon descriptive dans la langue déterminée («controverses substantielles») et celles qui dépendent des estimations («controverses axiologiques»).

Au fond des controverses verbales, il y a les différences de substance, mais on ne peut pas les résoudre, sauf par une convention linguistique ou — dans une formulation différente — par le choix d'une langue. Discutant sur la logique juridique, on doit choisir la langue dont on parle. De ce point de vue, on peut traiter les controverses verbales comme les controverses visant le choix de la langue.

Les controverses substantielles sont à résoudre par la description de la langue. «La langue» est conçue d'une manière plus ample comme théorie des phénomènes d'un type déterminé. La description, c'est la constatation de ce qui est vrai ou faux dans cette langue selon sa relation à une réalité.

Les controverses axiologiques ne peuvent pas être tranchées dans la langue déterminée sauf par une référence aux estimations ou valeurs. La langue des controverses de ce genre est plus riche que celle présupposée par les controverses substantielles, car elle contient aussi les estimations qui ne sont pas traitées comme description des phénomènes mais comme expression de leur appréciation.

Les controverses verbales, substantielles et axiologiques peuvent être mutuellement liées en pratique. Or, c'est le cas dans les controverses concernant la logique juridique.

3. La controverse verbale concerne le mode d'emploi des termes «logique» et «logique juridique».

Dans la discussion, on utilise le mot «logique» sans aucune qualification, les expressions indiquant le genre de logique («logique formelle», «logique mathématique»), son objet («logique des normes», «logique des estimations») ou son caractère philosophique («logique transcendentale»). Il y a aussi les qualifications mixtes, où la description est liée à une qualification estimative, soit positive, soit négative — le cas typique c'est le terme «logique juridique» utilisé soit d'une manière descriptive, soit aussi évaluative.

La diversité des expressions qui contiennent le terme «logique» est constatée dans la description d'une langue, mais elle peut être aussi liée au postulat que le terme «logique» est employé d'une façon choisie comme propre. Alors c'est la proposition d'une convention linguistique. Par exemple, il y a le postulat de traiter le terme «logique» comme synonyme de «logique formelle», car cette dernière est l'unique logique au sens propre de ce terme; d'un autre côté, on soutient que cette convention serait injustifiée, car la logique englobe toutes formes du raisonnement et de la rationalité et pas seulement celles qui sont formalisées ou formalisables. Alors la controverse concernant le champ de l'application du terme «logique» est traitée comme controverse qui vise la façon propre de son emploi selon une convention linguistique déterminée.

La controverse verbale dont nous parlons est décidée par une convention linguistique, mais est liée aux idées sur la sphère de la rationalité. Il y a les positions extrêmes suivantes, dans une simplification poussée: selon les formalistes, la logique se réfère seulement au champ formalisable de la raison théorique et aux propositions vraies ou fausses; selon les antiformalistes, la logique et la rationalité se réfèrent aussi au champ de la raison pratique dont au moins une partie exprimée dans les controverses pratiques peut être (et doit être aussi) analysée du point de vue de leur rationalité en tant que les décisions pratiques sont bien justifiées. La théorie de l'argumentation de Ch. Perelman est explicitement antiformaliste et cette position détermine son attitude vis-à-vis de la logique juridique (LJ, chap. 5, 98; JLA, chap. 13-17; CA, chap. VIII-IX; JR, chap. XIV).

*Ceteris paribus*, les problèmes analogues d'une convention linguistique existent dans le champ de la logique formalisée (par exemple si la logique des normes est une «logique») <sup>5</sup> et non formalisée (si la topique est la propre logique de l'argumentation) (LJ, §§ 47, 48) <sup>6</sup> — mais laissons cette question de côté.

4. L'acceptation d'une convention linguistique de l'emploi du terme «logique» est nécessaire pour l'analyse des controverses substantielles (la logi-

que juridique est-elle une logique?) et axiologiques (la logique juridique doit-elle être une logique?), pourvu que le sens du terme «logique juridique» soit défini dans la langue de notre discours. On doit accepter les conventions linguistiques qui sont enracinées profondément dans les conceptions de la théorie du droit et dans les contextes institutionnels de la création et de l'application du droit.

Du point de vue métathéorique, il suffit de distinguer trois significations de base du terme «logique juridique», nommées *ad usum* de notre essai «logique justificative», «logique heuristique» et «logique systémique», dont chaque genre peut être divisé en plusieurs sous-genres.

La logique justificative contient les raisonnements justifiant les propositions juridiques et les décisions juridiques, et spécialement les décisions de création de droit<sup>7</sup>, décisions de validité, décisions de l'interprétation, décisions de la preuve, décisions de choix des conséquences (ou «décisions finales»)». Or, il y a des décisions quand on fait un choix parmi les alternatives (NRH, p. 127). Dans mon texte, j'utilise le terme «justification» dans le sens large qui contient aussi bien les arguments présentant les raisons de la décision (justification au sens strict) que la démonstration d'une assertion (CA, chap. XV)<sup>8</sup>. On doit souligner, pourtant, qu'il ne s'agit pas de constater si la décision (ou assertion) en fait est justifiée, mais si elle est justifiable<sup>10</sup>. Selon la théorie de l'argumentation, on justifie seulement ce qui est contesté (CA, p. 203 sq; JLA, p. 63).

La logique heuristique s'occupe des raisonnements par lesquels on cherche la décision ou l'assertion justifiée. Cette logique doit être différente pour le raisonnement du législateur, de l'organe d'Etat appliquant le droit, des personnes qui participent à la prise des décisions judiciaires, les raisonnements de la science juridique en général et le raisonnement de la théorie et de la dogmatique juridique en particulier. Ces raisonnements sont très complexes et diversifiées. Il suffit d'indiquer les raisonnements dans l'interprétation du droit ou dans son application<sup>11</sup>.

Le raisonnement du champ de la logique heuristique peut être ou ne pas être le même que celui qu'on emploie pour justifier cette décision (ou assertion), selon la logique justificative. C'est pourquoi, on doit délimiter ces deux types de la logique et leur confusion conduit aux erreurs théoriques.

La logique systémique s'occupe des relations entre les éléments des normes ou entre les normes dans le système juridique<sup>12</sup>. Cette logique présuppose les relations entre ces éléments du droit dont parle la science juridique et qui ne sont pas réductibles à la logique justificative. Le cas typique est «l'inférence logique» — dans le sens de cette logique — entre les normes dans le système de droit. Cette logique présuppose certaines caractéristiques

des relations entre les normes (ou leurs éléments) et aussi les propriétés du système juridique. L'acceptation de la logique systémique n'a pas d'importance seulement pour la théorie du droit, mais aussi est nécessaire pour la construction des systèmes de l'informatique juridique<sup>13</sup>.

La détermination de la signification du terme «logique juridique» est nécessaire pour trancher les controverses axiologiques liées aux caractéristiques de cette logique et à ses relations avec la logique «en général» et les autres types de la logique en particulier<sup>14</sup>. La logique juridique dans la théorie de l'argumentation, c'est surtout la logique heuristique, tandis que la majorité des «conceptions formalistes» s'occupe de la logique justificatoire ou de la logique systémique<sup>15</sup>.

5. Les controverses substantielles concernant la logique juridique dépendent de la réponse à la question «quelles sont les caractéristiques de cette logique?»<sup>16</sup>. Or, on ne peut pas trancher ces controverses sans préciser si on vise la logique justificatoire, heuristique ou systémique et quel champ de leur application est analysé.

Par exemple, on doit caractériser la logique justificative en analysant les façons de justifier les types particuliers des décisions de la création, de l'application du droit ou des propositions des sciences juridiques. Sans présenter cette analyse, on peut formuler son résultat: les décisions sont justifiées par une référence aux propositions concernant les faits, aux règles, et aux valeurs très diverses<sup>17</sup>. Or, c'est, en règle générale, la justification au sens large, mais non la démonstration dans le sens accepté dans la logique aléthique ou dans la méthodologie des sciences dites «exactes». Avec cette analyse on peut seulement répondre à la question «quelle est la relation de la logique juridique à la logique en général ou à une logique non juridique déterminée?». Or, on peut préciser si et dans quelle mesure la logique juridique est une «logique», si elle est une interprétation d'une logique formelle, etc.<sup>18</sup>. Dans la controverse substantielle, on peut décider si et dans quelles conditions le type concret de justification en droit peut être décrit comme application d'une logique formelle.

L'exemple est donné dans l'analyse des décisions de la preuve et de leur justification (JR, chap. XIII; LJ, § 23) et dans la recherche d'un calcul formel avec les caractéristiques prédéterminées. Il semble que la réponse soit positive à la condition qu'il s'agisse de la décision de la preuve concernant les faits déterminés par la norme appliquée d'une façon descriptive, positive et simple, que cette norme et les règles de la preuve appliquées n'évoquent pas des doutes interprétatifs. Sous ces conditions, la justification de la décision de la preuve n'est pas en principe différente de la démonstration dans toute discipline empirique. Mais dans les autres conditions, la situation est plus compliquée et très controversée<sup>19</sup>.

L'autre exemple, c'est l'applicabilité du syllogisme juridique à la justification de la décision finale<sup>20</sup>. Même la théorie de l'argumentation accepte qu'il soit utilisé, mais conteste l'importance heuristique de son rôle (LJ, § 3; JLA, p. 150; CA, p. 140 sq.).

6. Les controverses axiologiques à propos de la logique juridique concernent la réponse à la question «comment doit-on justifier les décisions (ou assertions) juridiques?» (la logique justificative), «comment doit-on raisonner?» (la logique heuristique), «quelle doit être la construction du système de droit?» (la logique systémique). Le devoir-être dont on parle peut être non relativisé, ou relativisé selon le système axiologique (une relativisation systémique), ou relativisé d'une façon instrumentale (une relativisation instrumentale) ou d'une autre façon<sup>21</sup>.

Les controverses axiologiques de la logique juridique sont concentrées sur la décision de l'application du droit. On discute si la décision doit être faite «d'une manière logique». Cette formulation typique est certainement vague. Or, on ne sait pas si on dit comment on doit chercher la décision (la logique heuristique) ou comment on doit la justifier (la logique justificative), s'il s'agit de la logique formelle ou non formelle. Ce manque de précision nécessaire était typique dans les discussions sur le syllogisme juridique quand les adversaires du formalisme attaquaient le paradigme du positivisme juridique<sup>22</sup>. Ayant écarté les malentendus de ce type, il est clair que, dans ces controverses, on discute des valeurs et de leur réalisation dans l'application du droit et ce sont, certes, les controverses axiologiques. Les solutions de ces controverses peuvent être présentées comme corrolaires des types principaux de l'idéologie de l'application judiciaire du droit<sup>23</sup>. L'idéologie de la décision déterminée traite le processus de la prise de la décision comme un processus «logique», dans le sens d'une détermination mécanique de la décision par les règles appliquées; l'idéologie de la libre décision postule que la décision soit conforme aux estimations du juge dans la situation concrète; l'idéologie de la décision légale et rationnelle souligne le rôle de la logique formelle dans la justification de la décision et le rôle des estimations dans la justification des prémisses de la décision.

Les controverses axiologiques sont souvent latentes dans les discussions sur la logique juridique et la théorie de l'argumentation n'est pas l'exception. On peut, pourtant, contester la possibilité d'opposer les controverses axiologiques et les autres controverses en soulignant que toutes, du fait qu'elles concernent le droit ou les phénomènes sociaux en général, ne sont pas axiologiquement neutres. Je ne peux pas analyser ce problème ici et j'assume la prémisse qu'on doit distinguer les expressions linguistiques exprimant la cognition et celles exprimant estimations et postulats, mais cette différence

sémiotique n'exclut pas les relations empiriques entre cognition, évaluation et sentiments de devoir-être.

## II. Logique juridique et nouvelle rhétorique

7. La théorie de l'argumentation ou la nouvelle rhétorique de Ch. Perelman est historiquement liée aux traditions de la philosophie classique grecque, et surtout aux idées d'Aristote. Nous ne pouvons décrire ni ses sources ni l'évolution des conceptions de la rhétorique (CA, chap. VII, XVII, XVIII, XXII; RH, chap. 1-5; E, chap. I, XIV)<sup>23</sup>. «*The new rhetoric is a theory of argumentation*» (NRH, p. 9) qui est «*non formal reasoning that aims at obtaining or reinforcing the adherence of an audience*» (NRH, p. 12). La théorie de l'argumentation s'occupe des situations de controverse — il s'agit de donner les raisons et de présenter les objections (NRH, p. 78) sans oublier que «*all argumentation aims somehow at modifying an existing state of affairs*» (NRH, p. 11). Ces observations caractérisent les thèses essentielles de cette théorie et sont décisives pour la logique juridique.

Premièrement, cette conception, par ses sources historiques, est liée à l'idée de la raison pratique (CA, chap. XIII, XIV; NRH, chap. 12)<sup>25</sup>. La négation de cette raison, à savoir l'exclusion du raisonnement pratique du champ du *logos*, est rejetée. La théorie de l'argumentation apparaît comme troisième voie entre les positions extrêmes, dont l'une introduit le vrai et le faux dans le champ des valeurs pratiques, et l'autre repousse cette pratique dans la sphère de l'irrationnel. «*The imperialism of rationalistic dogmatism finds its counterpart in the nihilism of positivistic scepticism. Either each question is resolved by finding the objectively best solution and this is the task of reason, or truth does not exist and every solution depends upon subjective factors: reason can be no guide to action*» (NRH, p. 112; cf. p. 157). L'activité pratique peut être analysée dans les catégories de la raison et, alors, de la logique. C'est l'assomption essentielle de la conception de Ch. Perelman.

Deuxièmement, la théorie de l'argumentation s'occupe des situations de décision, dans lesquelles il y a des alternatives d'action; or on doit choisir entre elles, et le choix dans une controverse doit être justifié<sup>26</sup>. «*Justification only concerns what is disputable and disputed*» (NRH, p. 128; JLA, p. 59 sq.). La justification rationnelle est fondée sur une argumentation rationnelle (NRH, p. 128). Une décision est justifiée «*... by sufficient reasons. These are not constraining because the evaluation of the reasons and arguments is tied to the situation and to the philosophy of each person*» (NRH, p. 115). Les strictes relations de la rationalité avec les situations et philosophies concrètes a comme conséquence que «*there exist no non-formal criteria*

*transcending all philosophy to which rational argumentation has to conform. That is why, ultimately, philosophical reasoning implies the philosopher's freedom of judgment as well as responsibility*» (JLA, p. 74).

Troisièmement, du fait de ses liens étroits avec les situations concrètes de la controverse, l'argumentation est appréciée selon son succès, c'est-à-dire selon sa force de conviction. En fin de compte, c'est l'argument pragmatique qui prévaut dans l'argumentation raisonnable (NHR, p. 89; TA, § 10)<sup>27</sup>. L'homme raisonnable est celui qui «... *in his judgments and conduct is influenced by common sense...*» et qui «... *is guided by the search, in all domains, for what is acceptable in his milieu, and even beyond it, for what should be accepted by all*» (NRH, p. 118). Cette relativisation de la rationalité<sup>28</sup> de justification à l'auditoire ouvre la porte vers le danger évident du «subjectivisme positiviste» et du nihilisme relativiste ci-dessus mentionnés. Pour éviter ce danger, on peut unir la rationalité avec l'universalité. Ch. Perelman a introduit le concept de l'auditoire universel privilégié, «l'auditoire des hommes bien informés et raisonnables», «des hommes libres mais raisonnables» (TA, § 7; JLA, pp. 72-74, NRH, p. 70). La description de cet auditoire, tellement importante pour le concept de la rationalité et les propriétés des controverses philosophiques (E, p. 177, NRH, chap. 2-4), a provoqué la discussion et la critique<sup>29</sup>. En particulier, cet auditoire est-il composé des hommes qui argumentent, ou est-ce une société parfaite imaginaire ?<sup>30</sup>

Quatrièmement, pour Ch. Perelman, le cas exemplaire du raisonnement pratique, c'est le raisonnement judiciaire qui est le paradigme du raisonnement juridique. C'est pourquoi la philosophie doit plus utiliser les modèles des sciences juridiques (JR, chap. XVII; JLA, chap. 17) que les modèles des sciences exactes ou de la géométrie (JLA, pp. 163, 174; NRH, p. 104 sq.). On dit que cette conception du rôle du raisonnement juridique est une idée de base de Ch. Perelman<sup>31</sup>. Sans doute presque personne n'avait utilisé si largement le raisonnement juridique pour l'analyse du raisonnement pratique (cf. comme exceptions J. Dewey, S. Toulmin, M. Polanyi)<sup>32</sup>. La situation de la controverse tranchée par une personne impartiale est institutionnalisée dans le procès judiciaire et l'arbitrage avec la possibilité de justifier la décision comme fondement de sa rationalité, qui est la valeur de notre culture juridique<sup>33</sup>. Grâce à la théorie de l'argumentation, le raisonnement judiciaire apparaît comme point de référence dans la philosophie morale et la théorie du raisonnement pratique. L'empire rhétorique «... couvre le champ immense de la pensée non formalisée» (E, p. 177).

8. L'analyse de l'argumentation forme le contenu de l'œuvre fondamentale «Traité de l'argumentation» (TA, passim, E, passim). Sa conclusion est la thèse qu'il n'y a aucune logique spécifique des évaluations<sup>34</sup> mais le

discours pratique utilise les arguments divers avec lesquels on cherche et/ou on justifie la décision (NRH, p. 56; JLA, pp. 57, 149).

Dans les travaux de Ch. Perelman et de son Ecole de Bruxelles<sup>35</sup>, une place particulière est réservée à l'analyse du discours juridique. La conception de la logique juridique, présentée pour la première fois dans sa totalité par la « Logique juridique. Nouvelle rhétorique » (LJ passim)<sup>36</sup> était précédée par les analyses détaillées de la pratique juridique et d'une réflexion générale<sup>37</sup>.

Le champ de ces recherches et la conception de la logique juridique dans la théorie de l'argumentation présupposent un concept de droit et une prise de position vis-à-vis des théories du droit contemporaines.

Le droit est conçu comme mode d'organisation des controverses en vue de la solution des problèmes de décision (JLA, pp. 151, 165). C'est *sit venia verbo* un concept judiciaire du droit, qui peut être combiné avec les différentes théories de droit. Mais avant tout, ce concept du droit est lié au réalisme juridique, selon lequel le droit est défini comme décision ou prévision de la décision<sup>38</sup>. Du point de vue de l'action du droit dans la société, la perspective réaliste vise seulement une partie de ses fonctions. Une controverse judiciaire est le symptôme que la règle de droit n'était pas efficace, car quand elle motive le comportement, il n'y a pas de conflits<sup>39</sup>. On doit ajouter que seulement une partie des controverses juridiques est décidée par les tribunaux<sup>40</sup>. Le concept judiciaire de droit est justifié si on se concentre sur les controverses qui ont la procédure la plus spécialisée, les règles de la décision les plus précises et dont l'analyse théorique est la plus approfondie, mais ce concept n'est pas une *pars pro toto* de la théorie du droit.

Le concept judiciaire de droit dans les travaux de Ch. Perelman n'est pas, pourtant, lié à une théorie des fonctions sociales de droit, mais au raisonnement judiciaire comme paradigme du raisonnement pratique. « *There is no need of a judge where the rules lead everyone, provided no errors are committed, to the same solution, and where correct rules of reasoning from undisputable premisses exist. We need a judge when these rules are equivocal, when reasoning does not end in a conclusion, but justifies a decision* » (JLA, pp. 143-144). Le juge ne serait pas nécessaire si les décisions étaient vraies ou fausses, ou si elles n'étaient pas justifiées (NRH, p. 113). Mais les analyses de l'Ecole de Bruxelles avaient démontré que ce n'est pas le cas, et c'est pourquoi ni l'argumentation juridique ni n'importe quelle argumentation pratique ne peut être réduite à l'interprétation des calculs de la logique formelle.

Sur cette base, il n'est pas étonnant que la théorie de l'argumentation soit traitée comme une théorie antiformaliste du droit ou du raisonnement juri-

dique<sup>41</sup>. Le terme « formalisme juridique » est polysémique<sup>42</sup>. L'idée de l'application du droit dans la théorie de l'argumentation est « antiformaliste » dans trois sens.

Premièrement, elle rejette la thèse que la logique formelle dans la décision judiciaire fonctionne d'une manière heuristique. Le juge prend sa décision en utilisant les arguments qui sont le paradigme du raisonnement pratique (JLA, p. 129) — dans le cas contraire, le raisonnement pratique ne serait pas différent du raisonnement théorique. Or, cette différence est au fond de la philosophie de Perelman. Mais il n'affirme pas que la logique formelle soit inutilisable pour donner le schéma d'une décision déjà prise (LJ, § 3).

Deuxièmement, la théorie de l'argumentation rejette la thèse de la « jurisprudence mécanique » selon laquelle le processus décisionnel est évaluatif (JLA, p. 129 sq.) et y souligne le rôle des estimations. En fait, on ne décide pas sans évaluations, car les raisons de l'action ne sont pas la vérité ou la fausseté mais des valeurs telles que rationalité, justice, utilité, etc. (NRH, p. 103). Se pose, pourtant, le problème de savoir s'il n'y a pas des situations où les évaluations ne sont pas placées au premier rang dans la prise de décision et si on peut analyser ce problème sans accepter la critique que l'argument rhétorique est toujours secondaire<sup>43</sup>.

Troisièmement, la théorie de l'argumentation n'accepte pas la thèse que dans chaque cas il y a une seule décision correcte. Le cas évident est la décision interprétative et les discussions concernant le « vrai sens » de la loi. Mais cette thèse est acceptée dans la pratique juridique. La position de la théorie de l'argumentation est la conséquence sceptique basée sur la différence entre la logique des assertions et la nouvelle rhétorique: dans la première, on obtient les propositions vraies ou fausses, tandis que dans la seconde ce sont des résultats qui sont plus ou moins justifiés pour les auditoires différents.

Caractérisé de telle manière, l'antiformalisme de Ch. Perelman est donc la critique de la théorie de la décision judiciaire du positivisme juridique. Or, ce positivisme est défini par l'acceptation des trois thèses ci-dessus formulées.

Il y a plusieurs modes de critique antiformaliste de la théorie de la décision judiciaire positiviste, et la critique la plus radicale souligne l'irrationalité de cette décision. Convergent ici les courants radicaux du réalisme américain d'un *hunch* intuitif dans la prise de la décision et ceux qui, brouillant la différence entre la description et le postulat, prêchent la liberté des décisions judiciaires dans le mouvement du « droit libre »<sup>44</sup>. Ch. Perelman est pourtant explicitement opposé à l'irrationalisme et il veut inclure la sphère du raisonnement pratique dans les catégories de la raison et de la rationalité.

La décision de l'application du droit doit être juste et raisonnable (JLA, chap. 7; NRH, chap. 1) et alors demande une justification. Ces valeurs ne sont pas traitées comme irrationnelles ou émotives, ne sont pas non plus entendues à la manière du logicisme empirique comme dans la première œuvre sur la justice de Ch. Perelman (JR, chap. 1<sup>46</sup>; JLA, chap. 1; NRH, p. 7 seq.), mais à la manière propre à la théorie de l'argumentation. Les concepts de ces valeurs ne sont pas strictement déterminés (JLA, chap. 10) mais sont pratiquement nécessaires parce qu'ils fonctionnent dans le discours juridique.

Le droit naturel critique le positivisme juridique comme théorie et comme méthodologie<sup>47</sup>. La variété bien connue du droit naturel rend difficile sa définition générale<sup>48</sup>. La théorie de l'argumentation est traitée comme une version «modérément critique» du droit naturel<sup>49</sup>. Il semble, pourtant, que cette qualification de la théorie de l'argumentation ne soit pas aussi simple.

Premièrement, dans l'École de Bruxelles existent différentes attitudes à l'égard du droit naturel. Son partisan était P. Foriers, quand il avait écrit du «droit naturel positif»<sup>50</sup>, mais la position de Ch. Perelman n'était pas déterminée d'une manière stricte (LJ, §§ 72, 90, § 1; JLA, pp. 30, 32; NRH, p. 33 sq.).

Deuxièmement, il y a plusieurs versions du droit naturel et Ch. Perelman rejette les versions absolutistes comme expression d'un dogmatisme rationaliste (NRH, p. 113).

Ch. Perelman traite le droit naturel comme ensemble de principes généraux ou de *loci communes* mais il voit en eux l'effacement de l'opposition de l'être et du devoir-être (NRH, p. 8, 33 sq.). Il oppose la théorie de l'argumentation au droit naturel rationaliste construit *more geometrico* qui reflète la construction du système du droit positiviste au niveau plus élevé des normes qui ne sont pas posées par l'autorité de l'Etat. Mais cet effacement de la différence dont Ch. Perelman parle est typique pour les doctrines du droit naturel et est qualifié par ses critiques comme «erreur naturaliste»<sup>51</sup>.

Ch. Perelman écrivait : «*The ideas of the reasonable and the unreasonable in law... provide a framework in which any legal authority has to function. What is unreasonable is always unacceptable in law: the existence of this framework makes it impossible to reduce the legal system to a formal and positivistic concept*» (NRH, p. 120 sq.)<sup>52</sup>. Comment interpréter cette thèse ? On peut la traiter comme assertion du droit naturel, quand le raisonnable correspond à l'équité (NRH, p. 123) et traiter l'équité dans les catégories du droit naturel. Mais on peut aussi séparer l'équité du droit naturel soulignant seulement qu'elle fonctionne d'une façon analogue au renvoi aux règles du droit naturel<sup>53</sup>. Le raisonnable (NRH, chap. 11) n'a pas nécessai-

rement le caractère du droit naturel, mais au moins *via facti* détermine les limites de l'activité juridique.

Les observations analogues évoquent la conception des règles universelles. Elles ne sont pas justifiées «... *not because they are self-evident, but simply because they are not contested*» (JLA, p. 68). L'exemple c'est l'impératif catégorique de Kant ou le principe *adunatur et altera pars*, qui sert de base de la rationalité (JLA, pp. 68, 71, 73). Le fait de l'acceptation commune des règles était utilisé comme fondement du droit naturel<sup>54</sup> mais on peut aussi le traiter comme argument pour les accepter.

A propos des techniques de la logique juridique, Ch. Perelman a observé : «Elles sont invoquées quand l'application de la logique formelle, d'une façon mécanique, conduit à une impasse, c'est-à-dire à une conséquence inacceptable. L'exercice du pouvoir judiciaire dans notre système du droit exige du juge, du jugement, d'empêcher que l'application du droit mène à des conséquences déraisonnables, ainsi que le recours à des techniques de logique juridique, de façon que la solution ne paraisse pas arbitraire, mais conforme au système préalablement enrichi et assoupli»<sup>55</sup>.

D'ailleurs Ch. Perelman dit que le juge joue le rôle du droit naturel dans les sociétés démocratiques car il doit combiner le respect du droit avec le respect de l'équité et de la justice<sup>56</sup>. Le juge doit le faire selon l'idéologie de l'application du droit, mais la question ouverte est si c'est aussi la fonction du droit naturel en général ou seulement de quelque type de cette doctrine.

Ainsi la théorie de l'argumentation est une des versions de l'antiformalisme. Il serait difficile de la lier avec une théorie du droit déterminée quoiqu'elle s'occupe d'une partie importante de celle-ci, à savoir la théorie de la décision judiciaire. Ch. Perelman est un antipositiviste juridique mais sa théorie de l'argumentation n'est pas placée d'une manière univoque ni dans l'antipositivisme réaliste ni dans l'antipositivisme du droit naturel.

9. La position de la théorie de l'argumentation dans la controverse verbale concernant le terme «logique» et, par conséquent, «logique juridique» est claire. La logique ne peut pas être réduite à la logique formelle (LJ, §§ 4, 98; NRH, pp. 13, 16, 27, 56, 117 sq.; JLA, pp. 125, 148). Cette thèse est justifiée par des raisons philosophiques importantes, à savoir par l'existence de la raison pratique, or cette raison exige un concept de rationalité qui se réfère aussi au discours pratique : il doit être appliqué à la décision et à sa justification devant les auditoires concrets. Alors on ne peut pas réduire la logique à une logique formelle.

Ch. Perelman, comme nous l'avons déjà souligné, avait cherché une logique spécifique du discours pratique, mais ne l'avait pas découverte. Néan-

moins, l'analyse de ce discours a démontré l'existence des divers arguments utilisés pour persuader l'auditoire. C'est le champ de la «rhétorique traditionnelle» ou de la «rhétorique nouvelle» ou de la «théorie de l'argumentation» — les noms changent, mais la matière est la même. À côté de la démonstration dans la logique formelle, il y a la justification dans la théorie de l'argumentation (JLA, p. 57). La théorie de l'argumentation ne néglige pas le rôle de la logique formelle aussi dans le discours pratique, mais elle s'oppose à une réduction à la logique formelle et elle est contre l'assignation à cette dernière d'un rôle exclusif ou décisif dans le discours pratique. Alors on doit reconnaître deux types de logique : la logique formelle et la logique non formelle (cf. point 1).

La théorie de l'argumentation est contre la réduction des analyses sémiotiques à l'analyse des langues artificielles et se refuse aussi à traiter leurs caractéristiques comme l'idéal de la langue de la science. «*A language is ideal when it is adaptable not only to analytical discourse but also to dialectical, rhetorical and even poetical and religious discourse*» (NRH, p. 83). Mais on peut trouver ces caractéristiques seulement dans les langues naturelles qui s'adaptent aux besoins changeants de leur utilisation, leur pragmatique domine leur sémantique (NRH, p. 89) et, à cet égard, elles sont opposées aux langues formalisées. On peut ajouter aux arguments de Perelman qu'une réduction de la logique à la logique formelle serait aussi injustifiée que la réduction des langues naturelles aux langues artificielles.

Toutes ces observations sont appliquées aussi à la conception de la logique juridique. Elle ne peut pas être traitée comme logique formelle appliquée au droit, car dans ce cas on aurait divisé la logique selon les champs de leur application en parlant par exemple de la logique zoologique (JLA, p. 125). La logique juridique, c'est la logique du raisonnement juridique, traité par Perelman comme raisonnement judiciaire, qui est le paradigme du raisonnement pratique et constitue l'objet de la théorie de l'argumentation.

Or, la logique juridique ne peut être réduite à aucune logique formelle. De plus, cette logique formelle ne se voit attribuer aucun rôle heuristique par le formalisme juridique. La logique formelle peut pourtant jouer le rôle «justificatif», car chaque raisonnement, moyennant une précision suffisante de ses prémisses, est formalisable. Mais Ch. Perelman se demande à quoi cette formalisation pourrait servir (LJ, § 3). À ce sujet, on peut discuter avec lui en soulignant que la justification en forme de conclusion d'une application de la règle de la décision suffisamment précise correspond aux aspirations à la rationalité de notre culture juridique. Mais alors on doit transformer d'une façon essentielle la formule traditionnelle du syllogisme juridique pour montrer la rationalité de la décision et la traiter clairement comme justification et pas comme description des opérations heuristiques<sup>57</sup>.

En fin de compte, c'est l'argumentation qui est nécessaire pour fixer les prémisses en cas de controverse concernant leur choix.

10. Les controverses substantielles sont liées aux caractéristiques de la logique juridique. Selon Ch. Perelman, ces caractéristiques justifient l'entendement du terme «logique juridique» dans la théorie de l'argumentation<sup>58</sup>. On doit pourtant souligner que l'objet des analyses de cette théorie, ce sont avant tout les données de la pratique judiciaire. Or, c'est une limitation du champ du discours juridique, car il contient non pas seulement l'argumentation des praticiens qui tranchent les controverses mais aussi le discours de la science juridique. Il y a deux perspectives pour traiter cette limitation.

Du premier point de vue, on dit que le discours de la science juridique est le cas spécial du discours scientifique qui applique la logique formelle. Il n'y a donc pas les particularités qui distinguent le raisonnement de la science juridique et le raisonnement des autres sciences. L'élimination des raisonnements scientifiques du champ de l'argumentation est ainsi justifiée.

Selon le second point de vue, la science juridique est une discipline pratique et le discours de la dogmatique juridique<sup>59</sup> vise aussi la solution des controverses pratiques, quoique les problèmes ne soient pas concrets et leur solution ne soit pas autoritative. Il semble que ce soit la position qu'on peut attribuer à la théorie de l'argumentation.

La controverse substantielle concerne alors les caractéristiques des décisions judiciaires. Tenant compte de la distinction entre la logique justificative et la logique heuristique, et acceptant l'importance des évaluations dans les deux<sup>60</sup>, le problème à discuter est le rôle des éléments évaluatifs et ceux de la logique formelle dans le raisonnement juridique. Il est trop facile d'exagérer le rôle des premiers et c'est probablement de ce côté qu'on a critiqué la théorie de l'argumentation comme «acceptation acritique du sophisme antilogiciste»<sup>61</sup>. La polémique avec le formalisme conduit parfois à une concentration trop poussée sur les prémisses de la décision et l'accent est mis sur le rôle des estimations et procédés non formels, tandis que les problèmes de la justification de la décision déjà prise dans la forme adaptée à une présentation formelle sont plutôt négligés. Les controverses décisionnelles, en règle générale, concernent les estimations ou les qualifications des faits. Mais les controverses apparaissent surtout dans les cas difficiles, tandis que les décisions moyennes sont dans une haute mesure routinières. Les controverses sont variées dans les différentes instances de l'administration de justice : les caractéristiques des controverses devant la Cour Suprême ne sont pas celles des tribunaux du fond.

D'ailleurs, indépendamment de la théorie de l'argumentation, on démontre qu'il y a des estimations dans les formules normales des décisions de

validation, de l'interprétation, de la preuve et du choix des conséquences<sup>62</sup>. Et c'est aussi la thèse de l'École de Bruxelles. La même chose vaut pour beaucoup de concepts juridiques, construits par la doctrine juridique et très importants dans la pratique judiciaire, comme par exemple pour l'antinomie et les lacunes<sup>63</sup>.

Il faut souligner que le rôle des estimations dans la logique juridique de la théorie de l'argumentation est fondé sur la liaison de la rationalité de la justice, car la décision apparaît comme alternative de la violence (CA, chap. XVI; NRH, chap. 14).

11. Voici la synthèse de la position axiologique de Ch. Perelman qui détermine les liens de la justice et de la rationalité: «*An unjust action is one which does not abide by the Rule of justice, unless the irregularity is for reasons of equity. An unjust rule is one that is arbitrary, that deviates from customs and precedents without due reason, or one that creates arbitrary discrimination. An arbitrary deviation is one that is not justified rationally. The criteria and values invoked can never be deemed rational if they are partial to sectional interests, with no regard for values accepted by the universal audience*» (JLA, p. 75).

On peut se demander si les relations de la justice, de la rationalité, de l'arbitrage et de l'équité déterminent l'axiologie tout entière de la théorie de l'argumentation ou l'idéologie de l'application judiciaire du droit.

Il nous semble que c'est le schéma général de l'axiologie de cette théorie, mais ce n'est pas une idéologie de la décision judiciaire détaillée. La direction de cette axiologie est précisée par la règle de la justice formelle ou abstraite selon laquelle «... les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon» (JR, p. 24; JLA, p. 11).

Le juge juste c'est... «*the impartial judge which must be tied to no party appearing before him, but must apply either obligatory rules to every case within his jurisdiction or, if he is an arbitrator, apply rules and customs which are accepted by those who are in litigation before him. The ideas of impartiality is relative because the rules and values common to the parties can vary in each case*» (NRH, p. 131). L'impartialité est donc aussi une valeur formelle dans le même sens que les valeurs citées au-dessus<sup>66</sup>. L'impartialité est liée avec l'observation des règles appliquées et l'acceptation de la valeur de la légalité entendue comme conformité au droit<sup>67</sup>. La place de la légalité est confirmée par l'attitude négative envers la théorie du droit libre. Le rôle des coutumes et des précédents souligne aussi la valeur de stabilité et de continuation: «... *rationality, as it presents itself in law, is always a form of continuity — conformity to previous rules or justification of the new by means*

*of old values. That which is without attachment to the past can only be imposed by force, not by reason*» (JLA, p. 170).

Nous pouvons chercher comment imputer la théorie de l'argumentation de Ch. Perelman aux idéologies de l'application judiciaire du droit et aux théories normatives (ou idéologies) de l'interprétation<sup>68</sup>.

Il y a trois types de l'idéologie de l'application judiciaire du droit: de la décision déterminée, de la libre décision et de la décision légale et rationnelle. La dernière est dominante dans les systèmes contemporains soit capitalistes, soit socialistes. L'idéologie de la décision légale et rationnelle semble inhérente à la théorie de l'argumentation. Elle est en faveur de la soumission du juge à la loi, c'est-à-dire accepte la valeur de légalité (LJ, § 78), mais corrigée par l'équité (JLA, p. 75); elle est aussi en faveur de la décision rationnelle, justifiée par les arguments appropriés. En même temps, la théorie de l'argumentation critique et rejette l'idéologie positiviste de la décision déterminée et aussi celle du droit libre (LJ, partie I).

Ch. Perelman est partisan de la théorie normative dynamique de l'interprétation dans la version de la théorie de la volonté du législateur actuel (LJ, § 79). Cette théorie donne la possibilité de combiner la légalité avec les valeurs dynamiques de l'interprétation<sup>69</sup>. Le contenu du droit n'est pas pré-supposé par cette théorie.

L'axiologie de la théorie de l'argumentation est déterminée d'une façon très générale. On peut se demander si on peut attendre de la logique juridique une axiologie plus détaillée et une logique juridique qui détermine les solutions concrètes? Il me semble que la réponse doit être négative. La théorie de l'argumentation demande une référence à la valeur pragmatique de la justification rationnelle pour l'auditoire donné, même quand il s'agit de l'auditoire universel. L'imposition des valeurs matérielles serait en contradiction avec les présuppositions philosophiques de la théorie de l'argumentation.

Sur cette base, on doit comprendre le «principe d'inertie» qui «... *is the basis of the stability of our spiritual and our social life, and explains the constant recourse to precedent when we must act*» (NRH, p. 131). Ce principe dit que «*Change only must be justified*» (JLA, p. 28, cf. also p. 159 and sq., 169) et alors «*that which is without attachment to the past can only be imposed by force not by reason*» (JLA, p. 170).

Le principe d'inertie était critiqué comme l'expression d'une attitude de «conformisme et conservatisme»<sup>70</sup> ou même était interprété comme «conservatisme militant»<sup>71</sup>. Mais une telle critique ne pourrait être justifiée qu'à la condition que le libéralisme politique soit une version qualifiée du conservatisme... Ch. Perelman est lié au libéralisme par le principe de tolérance et

de « libre examen » liés d'une manière institutionnelle avec les principes idéologiques de l'Université Libre de Bruxelles<sup>72</sup>. On peut aussi traiter comme libéraux les pluralismes acceptés par Ch. Perelman (NRH, chap. 4, p. 68 sq., 71, 80, 115; JLA, pp. 87, 116, 160, 172)<sup>73</sup>.

12. La logique juridique de Ch. Perelman montre les possibilités d'application de la théorie de l'argumentation au raisonnement judiciaire. Cette logique se présente comme une polémique plus ample avec les traditions du formalisme positiviste dans le champ du raisonnement juridique. Il y a aussi les autres critiques, par exemple de la position analytique<sup>74</sup> ou herméneutique<sup>75</sup>, mais c'est la seule qui continue les traditions de la rhétorique classique. La théorie de l'argumentation comme critique et comme théorie transcendant le champ du droit, où elle est enracinée, est importante dans la culture juridique contemporaine et montre « ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe » (JLA, chap. 17).

## NOTES

\* Le texte est la version amplifiée de l'introduction par l'auteur à la traduction polonaise de Ch. Perelman, « Logique juridique ». Nouvelle rhétorique » (Paris, 1972, 2<sup>e</sup> éd.) parue sous le titre « Logika prawnicza. Nowa retoryka », Warszawa, 1984.

Dans le texte les travaux principaux de Ch. Perelman sont cités avec les abréviations suivantes : CA - Le champ de l'argumentation, Bruxelles, 1970; E - L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation, Paris, 1977; JLA - Justice, Law and Argumentation. Essays on Moral and Legal Reasoning, Dordrecht-Boston-London, 1980; JR - Justice et raison, Bruxelles, 1963; LJ - Logique juridique. Nouvelles rhétorique, Paris, 1979, 2<sup>e</sup> éd.; NRH - The New Rhetoric and the Humanities. Essays on Rhetoric and Its Applications, Dordrecht-Boston-London, 1979; TA - Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique (avec L. Olbrechts-Tyteca), Paris, 1958, 1<sup>re</sup> éd.; Bruxelles, 1976, 3 éd.

Les abréviations des périodiques et séries utilisées dans les notes : APD - Archives de philosophie du droit; ARSP - Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie; ELJ - Etudes de logique juridique, éd. Ch. Perelman, Bruxelles; LA - Logique et analyse; OZR - Österreichische Zeitschrift für öffentliches Rechts (und Völkerrecht); PP - Państwo i prawo; RIFD - Rivista internazionale di filosofia del diritto; RIP - Revue internationale de philosophie; R - Rechts-theorie; SPE - Studia prawno-ekonomiczne.

<sup>1</sup> J. Wróblewski, Metody logiczno-językowe w prawoznawstwie (Les méthodes logico-sémiotiques dans les sciences juridiques) (dans) éd. A. Lopatka, Metody badania prawa, Wrocław-War-

szawa-Kraków-Gdańsk, 1973, pp. 53-56 et lit. cit. Id. *Justification of Legal Decisions*, RIP 127-128, 1979, pp. 279-281. Voir la bibliographie de la logique formelle et non formelle de A.G. Conte et G. di Bernardo, Bibliografia (dans) éd. G. di Bernardo, *Logica deontica e semantica*, Bologna 1977, pp. 349-447.

<sup>2</sup> Cf. J. Wróblewski, *The Concept of Legal Philosophy* (dans) éd. R. Lukić, *O filosofii prava*, Beograd 1978; Id. *The Theory of Law — Multilevel, empirical or sociological?* *Poznań Studies in the Philosophy of the Science and the Humanities*, 1-4, 1979.

<sup>3</sup> Cf. A. Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turku, 1977, partie III; Id. *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Wien-New York, 1979, chap. 4-6; W. Krawietz, *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis*, Wien-New York, 1978, partie II, III; J. Wróblewski, *Wybrane zagadnienia metodologiczne dogmatyki prawa* (Les problèmes méthodologiques choisis de la dogmatique juridique) (dans) éd. J. Wróblewski, *Zagadnienia metodologiczne prawoznawstwa*, Wrocław Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź, 1982.

<sup>4</sup> J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa* (L'application judiciaire du droit), Warszawa, 1972, chap. 2 et lit. cit.

<sup>5</sup> Par ex. la position contre: J. Wóleński, *Z zagadnień analitycznej teorii prawa* (Les problèmes de la théorie analytique de droit), Warszawa-Kraków, 1980, chap. III et lit. cit.; Z. Ziemia, *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej* (Théorie analytique du devoir. Etude de logique déontologique) Warszawa, 1984; L. Hernandez Marin, *El derecho como dogma*, Madrid, 1984. La position pro: G. Kalinowski, *La genèse d'un système de logique des normes*, *Informatica e diritto* 2, 1983; Id. *Etudes de logique déontique (1963-1969)*, Paris, 1972, chap. I.

<sup>6</sup> Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1964, 4 éd.; G. Struck, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 197; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1978, p. 39-43 et partie A chap. IV; M. Taruffo, *Le motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, chap. IV - 2,3; T.-M. Seibert, *Rhetorische Rechtslehre im Zusammenhang* (dans) éd. O. Bellweg et T.-M. Seibert, *Rhetorische Rechtslehre*, Freiburg-München, 1982; Id. *Fall, Regel und Topos* (ibidem); O. Ballweg, *Phronetik, Semiotik und Rhetorik* (ibidem); J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972, chap. VI.4; O. Weinberger, *Topik und Plausibilitätsargumentation ARSP*, 59, 1973.

<sup>7</sup> J. Wróblewski, *A Model of Rational Law-making*, ARSP 2, 1979; Id., *Teorie racjonalnego tworzenia prawa* (La théorie de la création rationnelle de droit), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź, 1985, chap. 8, 9, 12.

<sup>8</sup> J. Wróblewski, *Justification... passim*; Id., *Sądowe...* chap. X.

<sup>9</sup> J. Wróblewski, *Verification and Justification in the Legal Sciences*, R. Beiheft 1, 1979, pp. 196-201.

<sup>10</sup> J. Wróblewski, *Motivation de la décision judiciaire* (dans) éd. Ch. Perelman et P. Fiers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles 1978, partie II, III; O. Weinberger, *Rechtsglogik*, Wien-New York, 1970, chap. XIV.

<sup>11</sup> Cf. J.-C. Cueto-Rua, *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, Luisiana, 1981; H. Tapani Klami, *Legal Heuristics. A Theoretical Skeleton*, Vammala, 1982.

<sup>12</sup> Par ex. O. Weinberger, op. cit., chap. XVIII; Lourival Vilanova, *As estruturas logicas a o sistema do direito positivo*, Sao Paulo, 1977; C.E. Alchourron et E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971; La «théorie pure du droit» est aussi traitée comme «logique formelle du droit»; C. Cossio, *La teoria epologica del derocho y el concepto juridico de libertad*, Buenos Aires, 1964, 2 éd., chap. II, 3.

<sup>13</sup> J. Wróblewski, *Modelli di sistemi giuridici e potenzialità dell'informatica giuridica*, *Informatica e diritto* 2/1/1978; Id., *Operative Models and Legal Systems* (in) éd. C. Ciampi, *Artificial Intelligence and Legal Information Systems*, vol. I, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, l'informaticque n'est pas neutre dans le champ de l'idéologie de l'application du droit; Id., *Informatics and Ideology of Judicial Decision-making*. *Informatica e diritto*, 3, 1984.

<sup>14</sup> Cf. au-delà de l'Ecole de Bruxelles: A. Giuliani, *Logica del diritto. Teoria dell'argomenta-*

zione, *Enciclopedia del diritto* v. XXV, Milano, 1974; Id., *Nouvelle rhétorique et logique de langage normatif*, LA 49-50, 1970.

<sup>15</sup> U. Klug, *Juristische Logik*, Berlin-Heidelberg-New York, 1958, 3<sup>e</sup> éd. et sa critique par J. Horowitz, Ulrich Klug's Legal Logic. A Critical Account, *ELJ* 1966; G. Kalinowski, Introduction à la logique juridique, Paris, 1965, chap. III, IV; Id., Le raisonnement juridique et la logique juridique LA 49-50, 1970; Id., La spécificité de la logique juridique, *APD XI*, 1966; O. Weinberger, op. cit., chap. II-VII, IX; Id., *Normenlogik andwendbar im Recht*, LA 49-50, 1970; Z. Ziemiński, Les conditions préliminaires de l'application de la logique déontique dans les raisonnements juridiques, LA 49-50, 1970, I. Tammelo, Outline of Modern Legal Logic, Wiesbaden, 1969; I. Tammelo et H. Schreiner, *Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik*, Pullach, vol. I (1974, & vol. 2), 1976; I. Tammelo, *Modern Logic in the Service of Law*, Wien-New York, 1978. Pour une description cf. par ex. G. Kalinowski, *La logique des normes*, Paris, 1972; G. di Bernardo, *Introduzione alla logica dei sistemi normativi*, Bologna, 1972.

<sup>16</sup> Cf. en général Ch. Perelman, *Raisonnement juridique et logique juridique*, *APD XI*, 1966.

<sup>17</sup> J. Wróblewski, *Justification...*, passim; Id., *Sądowe...* chap. X, 2-7; Id., *Presuppositions of Legal Reasoning* (dans), éd. E. Bulygin et al., *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht-Boston-London, 1985.

<sup>18</sup> Pour la polémique des formalistes avec les anti-formalistes cf. G. Kalinowski, *Logique formelle et Droit*, *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse XV*, 1967; Id., *Le raisonnement juridique. Etat actuel de la question. Bilan et perspective*, *ARSP*, Beiheft 7, 1972.

<sup>19</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. VIII.2; Id., *Facts in Law*, *ARSP* 2, 1973; Id., *La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation* (dans) éd. Ch. Perelman et P. Foirers, *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981; G. Gottlieb, *The Logic of Choice*, London, 1968, chap. IV.

<sup>20</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. X.8 et lit. cit.; Id., *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision-Making*, R 1, 1974.

<sup>21</sup> J. Wróblewski, *Systemically relativized statements*, LA 81, 1978; Id., *Evaluative statements in law. An analytical approach to legal axiology*, *RIFD* 4, 1981.

<sup>22</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. X.8, chap. XII.2 et lit. cit.

<sup>23</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. XII, 2-4; Id., *Ideologie de l'application judiciaire du droit*, *OZR* 24, 1974.

<sup>24</sup> L. Gianformaggio Bastida, *Gli argomenti di Perelman: della neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milano 1973, chap. II, 6, 7; III. 5, 6 et lit. cit.; éd. H. Hubien, *Le raisonnement juridique. Legal Reasoning. Die juridische Argumentation*, Bruxelles, 1971, partie II; M. Villey, *Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit*, *ELJ* II, 1973; A. Giuliani, *Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, *The Juridical Review* 3, 1962; S. Van Noorden, *Rhetorical Arguments in Aristotle and Perelman*, *RIP* 127-128, 1979; M. Geroult, *Logique, argumentation et histoire de la philosophie*, LA 21-24, 1963.

<sup>25</sup> Par ex. G. Haarscher, *La rhétorique et la raison pratique*, *RIP* 127-128, 1979.

<sup>26</sup> Pour l'histoire voir: A. Giuliani, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966.

<sup>27</sup> L. Gianformaggio Bastida, op. cit., p. 197 sq.

<sup>28</sup> Ed. Th.F. Geraetz, *Rationality To-Day. La rationalité aujourd'hui*, Ottawa, 1979; O. Weinberger, *Rationales und irracionales Handeln* (dans) éd. F. Kaulbach et W. Krawietz, *Recht und Gesellschaft*, Berlin, 1978; J. Wróblewski, *Justification...*, passim; M. Zirk-Sadowski, *Legal Rationality among Different Types of Rationality* (dans) éd. A. Peczenik et al., *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-London, 1984.

<sup>29</sup> L. Gianformaggio Bastida, op. cit., pp. 213, 220 et chap. V.4; M. Taruffo, op. cit., p. 220 sq.

<sup>30</sup> R. Alexy, op. cit., p. 207.

<sup>31</sup> M. Taruffo, op. cit., p. 193.

<sup>32</sup> L. Gianformaggio Bastida, op. cit., pp. 176-185 et lit. cit.; V. Villa, *Teorie della scienza giuridica e teoria delle scienze naturali. Modelli e analogie*. Milano, 1984, chap. V.

- <sup>33</sup> P. Stein et J. Shand, *I valori giuridici della civiltà contemporanea*, Milano 1981, p. 117.
- <sup>34</sup> La même thèse est formulée à partir de positions tout à fait différentes, par exemple du côté formaliste O. Weinberger, *Rechtslogik*, p. 20; G. Kalinowski, *Introduction...*, chap. I, § 3; U. Klug, *op. cit.*, §§ 1-3; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, chap. 61.
- <sup>35</sup> L. Gianformaggio Bastida, *op. cit.*, p. 135 et note 3 là; A. Bayart, *Le Centre National Belge de Recherches de Logique*, APD, XI, 1966; P. Foriers, *L'état des recherches de logique juridique en Belgique*, *ELJ* II, 1967.
- <sup>36</sup> V. Legros, *A propos de la logique juridique de Ch. Perelman*, *ELJ* VI, 1976; H. Hubien, *Logique juridique de Ch. Perelman*, *RIP*, 127-128, 1979; compte rendu J. Wróblewski, *PP* 11, 1978.
- <sup>37</sup> Cf. les recueils: *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1961; éd. Ch. Perelman, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965; éd. Ch. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968; éd. Ch. Perelman, *La règle de droit*, Bruxelles 1971; éd. Ch. Perelman et P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974; éd. Ch. Perelman et P. Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978; éd. Ch. Perelman et P. Foriers, *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981; éd. Ch. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, 1984.
- <sup>38</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law* (dans), éd. J.J. Marke, *The Holmes Reader*, New York, 1955; K.N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, New York, 1951, 2<sup>e</sup> éd., p. 8 sq., 12 sq.; A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, § 9.
- <sup>39</sup> Il s'agit de l'efficacité «behaviorale» soit matérielle, soit procédurale, cf. J. Wróblewski, *Skuteczność prawa i problemy jej badania* (*L'efficacité du droit et problèmes de son analyse*), *Studia prawnicze* 1-2, 1980, p. 10 sq.
- <sup>40</sup> Il y a des controverses qui peuvent être décidées par le tribunal mais sont décidées en dehors de lui (M. Taruffo, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova, 1979, chap. IV); il y a aussi l'activité des organes de l'Etat liée aux controverses qui rendent la justice sans procès judiciaire, mais par une voie administrative ou policière, cf. J. Scolnick, *Justice without Trial: Law enforcement in Democratic Society*, New York-London-Sydney, 1966, chap. 4-11.
- <sup>41</sup> G. Gianformaggio Bastida, *op. cit.*, chap. IV.2; A. Giuliani dans *Presentazione* (introduction à la traduction italienne de la LJ, *Logica giuridica*, Nuova Retorica, Milano, 1979) souligne la possibilité d'une interprétation formaliste et non formaliste de la nouvelle rhétorique (p. VII) et soutient la thèse de son antiformalisme (p. XI sq.). Pour une interprétation formaliste voir H. Zyskind, *The New Rhetoric and Formalism*, *RIP*, 127-128, 1979, repris comme introduction dans *NRH*.
- <sup>42</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, chap. IV; M. Jori, *Il formalismo giuridico*, *Quaderni di filosofia analitica de diritto* I, Milano, 1980; pour les problèmes de l'interprétation J. Wróblewski, *Legal Reasoning in Legal Interpretation*. *LA* 12, 1969 et *Id.*, *Meaning and Truth of Judicial Decision*, Helsinki, 1983, 2<sup>e</sup> éd., pp. 71-103.
- <sup>43</sup> M. Taruffo, *La motivazione...*, p. 203, cf. p. 195 sq., 205.
- <sup>44</sup> H. Oliphant, *A Return to Stare Decisis*, *American Bar Association Journal* 14, 1928; J.C. Hutcheson Jr., *Judgment Intuitive*, Chicago, 1938; J. Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Jurisprudence*, Princeton, 1950, p. 172 sq., 397.
- <sup>45</sup> Cf. la monographie fondamentale L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. XII, 3.2.
- <sup>46</sup> Ch. Perelman, *De la justice*, Bruxelles, 1945; trad. polonaise *O sprawiedliwości*, Warszawa, 1959.
- <sup>47</sup> N. Bobbio, *Giusnaturalismo...*, chap. V, VI, VIII.
- <sup>48</sup> E. Wolff, *Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1959, 2<sup>e</sup> éd.; S. Cotta, *Diritto naturale*, *Enciclopedia del diritto* XII, 1964; *Id.*, *Giusnaturalismo*, *ibidem* XIX, 1969; K. Opalek et J. Wróblewski, *Axiology: Dilemma between Legal Positivism and Natural Law*, *OZR*, 2-3, 1968, pp. 354-357.

\* L. Gianformaggio Bastida, op. cit., chap. IV.3; M. Villey, Nouvelle rhétorique et droit naturel, *ELJ* VI, 1976; A. Bayart, Le droit naturel et «l'Ecole de Bruxelles», *ibidem*.

<sup>30</sup> P. Foriers, Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif, *RIP*, 17, 1963.

<sup>31</sup> G. Carcaterra, Il problema della fallacia naturalistica, Milano, 1969; La logica e il dover essere, *Rivista di filosofia* 4, 1976; J. Wróblewski, Błąd naturalistyczny. Zarys zagadnień (L'erreur naturaliste. Précis des problèmes), *Ruch filozoficzny* 1-2, 1983.

<sup>32</sup> Cf. aussi B. Peppinghaus, Inadmissible Arguments, *ELJ* VI, 1976; N. MacCormick, Formal Justice and the Form of Legal Argument, *ibidem*; P. Foriers, Le raisonnement pratique, le raisonnable et ses limites, *RIP* 127-128, 1979.

<sup>33</sup> J. Wróblewski, Wartości a decyzja sadowa, (Valeurs et décision judiciaire), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk, 1973, chap. IX; Id., L'Équité dans le système juridique polonais, Rapports polonais présentés au VIII<sup>e</sup> Congrès intern. de droit comparé 1970; O. Weinberger, Einzelfallgerechtigkeit (dans) Dimensionen des Rechts, Berlin, 1974; V. Frosini, Il diritto nella società tecnologica, Milano, 1981, partie I, chap. 3.

<sup>34</sup> C'est un des arguments de la construction de «la nature factuelle» dans les doctrines du droit naturel, cf. J. Wróblewski, Natural a reguły postępowania (La nature et les règles d'action), (dans) éd. I. Lazari-Pawłowska, *Metaetyka*, Warszawa, 1975, p. 582 sq., 592, 600 sq.

<sup>35</sup> Ch. Perelman, Règles et logique juridique, *APD*, 28, 1983, p. 322.

<sup>36</sup> Ch. Perelman, Gesetz und Recht (dans) éd. D. Meyer-Mally et P.M. Simons, *Die Naturrechtsdenken Heute und Morgen*, Berlin, 1983, p. 435.

<sup>37</sup> J. Wróblewski, Legal Syllogism..., *passim*; Id., *Sądowe...*, chap. IX.3, X.8; J. Esser, op. cit., chap. III.

<sup>38</sup> Selon Gianformaggio les recherches de l'Ecole de Bruxelles sont la vérification de la théorie de l'argumentation traitée comme hypothèse théorique; L. Gianformaggio Bastida, op. cit., chap. III, IV.

<sup>39</sup> Cf. note 3. Mais le courant analytique italien montre que, dans le champ de la réflexion théorique, la sphère des propositions vraies et fausses est très restreinte car partout on découvre les estimations politiques, cf. E. Pattaro, *Per una mappa del sapere giuridico* (dans) éd. U. Scarpelli, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983.

<sup>40</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. II, IX-XI; Id., *Theoretical and ideological Problems of Controlling Judicial Decision* (in) éd. A. Giuliani et N. Picardi, *L'educazione giuridica. III La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, pp. 85-92 repro. Id., *Meaning...*, pp. 129-140.

<sup>41</sup> M. Taruffo, *La motivazione...*, p. 195.

<sup>42</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. X, 2-7; Id., *Justification...*, pp. 285-290. Le raisonnement juridique présuppose les valeurs, cf. Id., *Présuppositions...*, p. 292 sq.

<sup>43</sup> Cf note 35.

<sup>44</sup> M. Corsale, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; J. Wróblewski, *Wartości...*, chap. IV; V; Id., *Functions of Law and Legal Certainty*, *Anuario de filosofia del derecho* XVII, 1973-74; Id., *The Certainty of the Application of Law*, *Archivum Iuridicum Cracoviense* IX, 1976.

<sup>45</sup> Pour la typologie des valeurs dans l'application judiciaire du droit, cf. J. Wróblewski, *Wartości...*, chap. II.

<sup>46</sup> L'impartialité est conçue aussi comme objectivité (J. Wróblewski, *Wartości...*, chap. V). On a critiqué l'impartialité chez Ch. Perelman comme «mythe»; L. Gianformaggio Bastida, op. cit., chap. V.4.

<sup>47</sup> J. Wróblewski, *Wartości...*, chap. III; Id., *Problems of Legality in Marxist Theory*, *ARSP* 4, 1976.

<sup>48</sup> Cf. en général J. Wróblewski, *Idéologie de l'application...*; Id., *L'interprétation en droit: théorie et idéologie*, *APD* XVII, 1972; Id., *Sądowe...*, chap. VII.4; XII.

<sup>49</sup> J. Wróblewski, *Sądowe...*, chap. VIII.4 et p. 141; Id., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego* (Les problèmes de la théorie de l'interprétation du droit populaire), Warszawa, 1959, chap. IV, § 1 et p. 172 sq., et *lit. cit.*

<sup>70</sup> M. Taruffo, *La motivazione...*, p. 201.

<sup>71</sup> L. Gianformaggio Bastida, *op. cit.*, p. 227.

<sup>72</sup> *Ut supra*, pp. 201-209.

<sup>73</sup> Le pluralisme de E. Dupréel a influencé la pensée perelmannienne; Ch. Perelman, *A propos d'Eugène Dupréel. Contribution à un portrait philosophique*, RIP 1-2, 1968; cf. E. Dupréel, *Essais pluralistes*, Paris, 1949; L. Gianformaggio Bastida, *Le pluralisme axiologique d'Eugène Dupréel*, RIP 1, 22, 1968.

<sup>74</sup> Cf. les travaux cités de J. Wróblewski, *Sądowe...*, *Wartości...*, *Justification...*, etc.

<sup>75</sup> A. Aarnio, *On Legal...*, chap. II; Id., *Philosophical...*, chap. 2; R. Alexy, *op. cit.*, partie C; G. Gadamer, *Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe*, RIP, 127-128, 1979; E. Betti, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaft*, Tübingen, 1972.

# La justice selon Ch. Perelman et John Rawls

par Marc VAN QUICKENBORNE

1. L'on sait que l'intérêt du regretté Chaïm Perelman pour la philosophie du droit se manifesta pour la première fois dans son analyse pénétrante de la notion de la justice<sup>1</sup>.

Il y examine quelques conceptions traditionnelles de cette notion, telles que: A chacun la même chose, à chacun selon ses besoins, à chacun selon ses mérites, à chacun selon ses prestations, à chacun selon son rang, à chacun ce qui lui revient d'après la loi (*cuique suum*). Le résultat — assez désabusant — de l'analyse est que toutes ces conceptions ont en commun le principe d'après lequel il faut traiter de la même façon tous les êtres appartenant à la *même classe essentielle*, cette classe essentielle dont les membres doivent être traités de la même façon étant définie précisément d'après les six critères énumérés ci-dessus.

Ainsi, selon les uns, la classe essentielle comprend tous ceux dont les mérites sont sensiblement égaux, selon les autres elle comprend ceux qui ont les mêmes besoins, etc.

Le principe qu'il faut traiter de la même façon tous les membres de la même classe essentielle constitue la justice *formelle*. Elle est très voisine, sinon identique à la notion, familière aux juristes, de l'égalité devant la loi.

On s'aperçoit par ailleurs que la justice formelle est une notion vide. Elle n'a pas de contenu concret, aussi longtemps que l'extension de la classe essentielle n'est pas délimitée, ou, si l'on préfère, aussi longtemps qu'on ne s'est pas accordé sur le critère auquel doivent répondre les membres de la

classe essentielle : est-ce le besoin qui est déterminant pour la distribution des richesses, ou plutôt le mérite, ou tel autre critère encore ?

Une conception positiviste ne peut que constater la dichotomie entre la justice formelle et la justice matérielle. Ainsi, Hans Kelsen<sup>2</sup> donne une énumération très complète des différentes conceptions de la justice, en soulignant chaque fois qu'en fait toutes ces conceptions ne forment qu'une application du principe de l'égalité devant la loi, et qu'elles doivent être complétées par un système de valeurs préexistant et présupposé. Dans la mesure où ces différentes conceptions présupposent une morale préexistante, elles sont fondamentalement conservatrices, puisqu'elles reviennent en fait à recommander le respect de l'ordre établi.

Ch. Perelman au contraire ne s'est pas incliné devant le constat du positivisme. Sa grande ambition a toujours été de formuler une conception raisonnable de la justice matérielle. C'est pourquoi il a élaboré son *Traité de l'Argumentation*, et qu'il s'est intéressé aux raisonnements des juristes, qui, eux, ont l'obligation de trouver des solutions aux conflits, — solutions raisonnables et dénuées d'arbitraire, sans être contraignantes cependant, comme l'est la conclusion d'un raisonnement déductif.

Dans cette étude nous voudrions aborder, dans l'optique de Perelman, la célèbre théorie de la justice de John Rawls<sup>3</sup>. Nous voudrions nous demander notamment dans quelle mesure cette théorie des plus ambitieuses constitue une théorie matérielle de la justice ou s'il s'agit par contre d'une théorie purement ou partiellement formelle, présupposant un système de valeurs préexistant. Remarquons d'emblée que Rawls la présente, sans aucune ambiguïté possible, comme une théorie matérielle et complète.

2. Relevons en premier lieu que Rawls prétend *déduire* les principes de sa théorie. Sa théorie est déductive : il prétend être en mesure d'en déduire les principes de base.

Il va sans dire qu'une telle ambition repose sur une certaine conception de la rationalité. Pour Rawls, les principes de la justice distributive sont tels que tout homme rationnel les choisirait comme principes de base de la société où il doit mener son existence.

Mais qui est cet homme rationnel ? C'est quelqu'un qui préconise une rationalité « économique » : il s'assigne un but précis, et il choisit les moyens qui, d'après les lois scientifiques et le calcul des probabilités, semblent les plus aptes à atteindre le but choisi. L'homme rationnel, c'est un dirigeant d'entreprise, un « entrepreneur », qui entend mettre en œuvre les moyens appropriés afin de maximaliser les bénéfices.

En l'occurrence, les bénéfices escomptés consistent en la réalisation de ses valeurs et de la conception du bonheur qu'il se fait; et les moyens pour les atteindre, c'est une vie en société régie par certains principes de la justice.

3. Il est évident toutefois qu'un tel entrepreneur choisira les principes qui lui conviennent le mieux: s'il possède une grande fortune, il sera contre tout impôt sur les fortunes; s'il est faible et handicapé, il préconisera une assurance-maladie très généreuse; s'il se croit intelligent, il plaidera pour une société où l'intelligence est au pouvoir; s'il est noir, il sera contre toute discrimination raciale, etc.

On n'aura aucune garantie, dès lors, que les principes déduits rationnellement, au sens indiqué, pourraient être qualifiés de «justes». En outre, il semble hautement probable que tout le monde se créera sa propre conception de la justice, en érigeant en critère constitutif de la classe essentielle perelmanienne les qualités dont il se sait doué. Il n'y aurait donc ni justice ni société, mais un ensemble incohérent, voir anarchique de conceptions incompatibles entre elles.

4. C'est pourquoi Rawls impose certaines restrictions aux conditions dans lesquelles l'homme rationnel, qui ne voit que son intérêt, a à choisir les principes organisant la vie en société.

Afin d'éviter que chacun ne choisisse une conception de la justice «à sa mesure», c'est-à-dire à son avantage, Rawls met l'homme rationnel derrière un «voile d'ignorance». Il ne sait plus rien concernant sa situation concrète: il ne sait pas s'il est riche ou pauvre, noir ou blanc. Il ne connaît même pas sa conception du bonheur, ni le but qu'il veut atteindre et les valeurs qu'il entend réaliser. Il est ignorant de l'époque dans laquelle il vit, du type de société dans laquelle il aura à réaliser son destin, de la structure économique et sociale de celle-ci. Derrière le voile d'ignorance, le voilà privé de toute connaissance particulière.

La seule connaissance qui lui reste, c'est celle des lois scientifiques et générales: il sait donc que, s'il veut atteindre tel but dans tel type de société, et s'il a les caractéristiques f, g, h, ..., il lui faudra une société régie par des principes bien déterminés, puisque de tels principes lui permettront d'atteindre le but en question dans le type de société qu'il a en vue.

Rawls entend donc assurer à tout prix que le choix des principes de la justice distributive soit *impartial*. Puisque son modèle de la rationalité de l'homme conduit celui-ci à choisir la voie la plus facile pour atteindre le résultat désiré, il faut exclure absolument que cet homme, en choisissant les principes de la justice, ait connaissance de cette voie. C'est pourquoi il faut qu'il ignore sa situation et ses conditions personnelles.

5. Par le truchement de l'image du voile d'ignorance, Rawls exclut en fait un certain nombre de principes de justice distributive, ou du moins, il rend leur adoption fort improbable. Dans le choix de ces principes, on ne peut pas tenir compte de la capacité des gens, ni de leur fortune, ni de leur race, ni de toute autre circonstance particulière favorable ou défavorable. Si l'homme rationnel ne sait pas s'il est intelligent, s'il est en bonne santé, s'il ose prendre des risques, s'il ignore jusqu'à son sexe, sa race, ses préférences religieuses et philosophiques, son idéal de vivre, il est fort improbable — et d'après Rawls, très irrationnel — d'adopter comme principe de la justice distributive «A chacun selon son ardeur religieuse», par exemple, puisqu'un tel choix pourrait s'avérer désastreux pour lui, s'il apparaît qu'il est athée.

En d'autres termes, en imposant des restrictions assez sévères à la nature des prémisses à partir desquelles les principes de la justice devront être déduits, Rawls exclut d'emblée un certain nombre de théories traditionnelles. En déterminant les conditions de la déduction, il *préjuge* déjà, c'est le moins qu'on puisse dire, de sa conclusion. Lorsqu'il impose une impartialité et une ignorance quasi totale, il est presque certain que le raisonnement conduira inévitablement à l'égalitarisme: si je ne connais aucune de mes caractéristiques, il semble prudent de définir la classe essentielle comme l'humanité tout entière au lieu de la définir par un critère traditionnel plus sélectif dont il n'est pas sûr qu'il sera applicable à mon cas.

Il n'est pas surprenant dès lors que le premier principe de Rawls consiste en une forme de l'égalitarisme: tout le monde a un droit égal au maximum de liberté compatible avec la liberté des autres.

#### 6. La «déduction» de Rawls n'est pas très convaincante.

La décision rationnelle, telle que Rawls la conçoit, ne semble guère mériter pareille qualification. Décider rationnellement, n'est-ce pas décider en connaissance de cause, après avoir essayé d'obtenir le maximum d'informations et de données, et en disposant de tous les paramètres? Si l'on se cantonne volontairement dans une ignorance artificielle, n'est-ce pas là le type même d'une décision irrationnelle?\*

D'autre part, même si on ne connaissait aucun fait concret, on connaît les lois statistiques. On sait donc que la probabilité que l'on ait la caractéristique *f* est de 65 % par exemple, — ce qui permet quand même de concevoir une stratégie rationnelle probabiliste qui n'aboutit pas nécessairement à l'égalitarisme préconisé par Rawls.

Le choix que Rawls présente comme le seul possible constitue en réalité le choix d'un homme fort prudent.

7. Certes, presque tout le monde admettra que les critères que Rawls écarte, sont écartés à bon droit. Les biens de ce monde doivent être répartis, sans avoir égard au sexe des gens ni à leurs convictions philosophiques, ni à leur race, etc. ... Mais si l'on veut *fonder* pareille théorie, il faudra avoir recours à une argumentation, à un raisonnement qui essaye de convaincre et qui, le cas échéant, ne convaincra pas l'interlocuteur. Ainsi, il n'est pas évident que les critères de la capacité, de la productivité et d'autres encore n'ont aucun rôle à jouer dans le problème de la justice distributive.

Rawls prétend donc pouvoir se passer d'une argumentation et d'une discussion raisonnable, en arguant que l'homme rationnel, ne tenant pas compte d'un certain nombre de critères, peut déduire les principes de la justice, qui vaudraient dès lors pour tout le monde et pour tous les temps.

Mais il *ne justifie pas* cette exclusion des critères traditionnels. Avec un peu de malignité, on pourrait prétendre qu'il suppose établi ce qu'il devait établir, et qu'il a inventé, pour masquer ce procédé peu orthodoxe, l'image du voile d'ignorance.

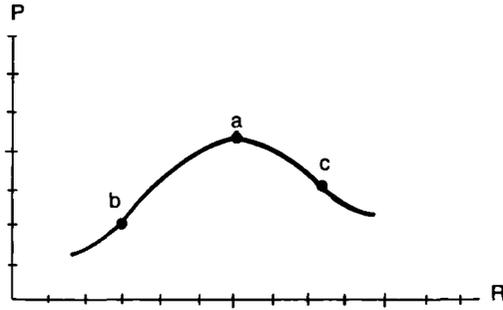
Certes, pareille critique est trop sévère. Rawls se rend compte de la difficulté, et pour la résoudre il introduit la notion de «l'équilibre réflexif». Comme point de départ, il apporte des restrictions aux prémisses acceptables; mais si les conclusions qui en découlent — en l'occurrence les principes de la justice — paraissent inadmissibles à tout homme raisonnable qui a soigneusement pesé le pour et le contre, il faudra revoir le point de départ, et modifier les restrictions apportées aux prémisses acceptables.

Mais n'est-ce pas reconnaître que le vrai problème, le problème fondamental, est celui de l'argumentation raisonnable? N'est-ce pas abandonner implicitement, sinon explicitement l'ambition de construire une théorie déductive de la justice?

8. Partant de sa conception de la rationalité et des restrictions qu'il apporte aux prémisses de la déduction à faire, Rawls prétend que tout homme rationnel adhérera à un second principe de justice distributive qu'il appelle le principe de différence (*difference principle*).

Ce principe constitue un correctif et une dérogation au principe de l'égalitarisme. Une distribution inégale est acceptable pour autant que les mieux nantis — que j'appellerai *brevitatis causa* les «riches» — contribuent à la richesse des plus démunis — que j'appellerai, pour les mêmes raisons, les «pauvres». La richesse des riches est justifiable dans la mesure où elle cause une amélioration de la condition des pauvres.

Pour être plus précis, on peut présenter le principe de différence par un graphique, où la droite R désigne la situation des riches, et où la droite P représente celle des pauvres.



Le point a désigne la distribution optimale : les riches sont certes mieux nantis que les pauvres, mais leur richesse a contribué à l'amélioration du sort des pauvres. La distribution, représentée par le point c par contre, doit être rejetée : l'accroissement des richesses des privilégiés y va de pair avec une détérioration de la situation des pauvres. Apparemment, les riches se sont donc enrichis au détriment des pauvres.

Le point b enfin représente une distribution sous-optimale. Il y subsiste une inégalité au détriment des pauvres, mais celle-ci ne leur cause aucun préjudice : elle est allée de pair avec une légère amélioration de leur sort.

Pour autant que tout le monde, ayant les capacités nécessaires, ait les mêmes chances d'accès aux fonctions et aux professions les mieux rémunérées, le principe de différence devrait être accepté par tout homme rationnel.

Il ne peut en souffrir, puisque les distributions où les riches s'enrichissent au détriment des autres (le point c), sont exclues. Il ne peut qu'en profiter au contraire, puisque chaque amélioration de la situation des privilégiés doit lui procurer une amélioration corrélative (le point b du graphique).

On se trouve donc devant une application de la maxime, assez traditionnelle, *Noblesse oblige*. La richesse doit se justifier, doit se payer par elle-même, et notamment par les répercussions favorables qu'elle a sur le sort des plus démunis<sup>5</sup>.

9. Le principe de différence constitue sans doute une justification idéologique pour les cadres, les chefs d'entreprise, les industriels et les créateurs. Leurs revenus plantureux sont justifiés, puisque leurs initiatives contribuent

à l'amélioration de la condition des pauvres. D'autre part, s'ils n'étaient pas rémunérés aussi généreusement, il faudrait craindre qu'ils ne prennent plus les risques de faire des investissements et de développer des initiatives dont tout le monde, et donc surtout les plus démunis, bénéficieraient. A la limite, si le travail n'était pas rémunéré convenablement, y aurait-il encore quelqu'un qui prendrait la peine de travailler sérieusement, c'est-à-dire autrement que pour s'amuser ou comme passe-temps favori?

10. Cependant, pour que le principe de différence soit acceptable — et à condition que les présuppositions économiques sur lesquelles il repose soient exactes — il me semble que l'amélioration de la condition des privilégiés doit être la condition *nécessaire* pour l'amélioration de la condition des plus démunis.

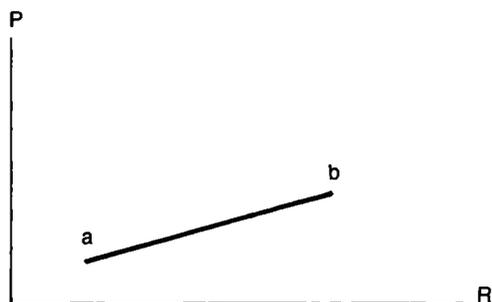
Il ne suffit donc pas que l'accroissement des revenus des riches entraîne, *de facto*, une amélioration de la situation des pauvres. Il faut en outre que cette amélioration ne puisse être obtenue que moyennant l'accroissement des revenus des riches.

Pour devenir plus concret, supposons qu'il y ait plusieurs possibilités pour améliorer la situation des pauvres: un allègement de la charge fiscale, une modification de l'assurance contre la maladie et l'invalidité et l'octroi de primes substantielles à ceux qui créent des emplois nouveaux. L'effet bénéfique de ces trois mesures est sensiblement égal, mais seule la deuxième profite uniquement aux plus démunis, alors que les autres profitent indistinctement à tout le monde. Il me semble résulter de l'optique de Rawls — qui ne se prononce pas explicitement sur ce problème — que seule la deuxième mesure est compatible avec le principe de différence. En effet, les autres créent ou maintiennent une inégalité qui n'est pas indispensable pour l'amélioration de la condition des pauvres.

11. Cette précision étant faite, examinons plus en détail le principe de différence, et relevons-en quelques implications qui pourraient être éprouvées comme assez paradoxales.

Relevons en premier lieu que ce principe n'exclut nullement de très grandes inégalités, comme il résulte du graphique suivant. La distribution représentée par la courbe a-b est parfaitement conforme au principe de différence. Chaque accroissement chez les riches y est compensé par une amélioration — minime, il est vrai — chez les pauvres.

Le principe de différence justifie donc éventuellement des inégalités flagrantes. Cependant, il serait irrationnel d'après Rawls de protester contre un tel état de choses. De quoi les pauvres ont-ils à se plaindre? Si les



richesses des privilégiés n'avaient pas augmenté, les pauvres en seraient toujours au point a, qui leur est moins favorable que le point b.

Et lorsque pareille inégalité provoquerait des remous et des mouvements d'envie et de jalousie, de tels sentiments seraient irrationnels. La situation des pauvres s'est améliorée; et si les riches avaient été moins riches, les pauvres seraient encore plus pauvres. La jalousie n'est donc pas justifiée, parce qu'incompatible avec la conception rawlsienne de la rationalité: le pauvre veut la réalisation de ses idéaux, sans s'occuper le moins du monde de ceux des autres. Comme ses possibilités passent du niveau a au niveau b, son idéal à lui devient donc plus proche, peu importe que le rêve des riches soit également devenu plus proche de la réalité. Il serait plutôt infantile, de la part des pauvres, de se mécontenter de l'enrichissement des privilégiés, si pareil enrichissement leur a procuré des avantages, même si ces avantages semblent disproportionnés par rapport à ceux recueillis par les privilégiés.

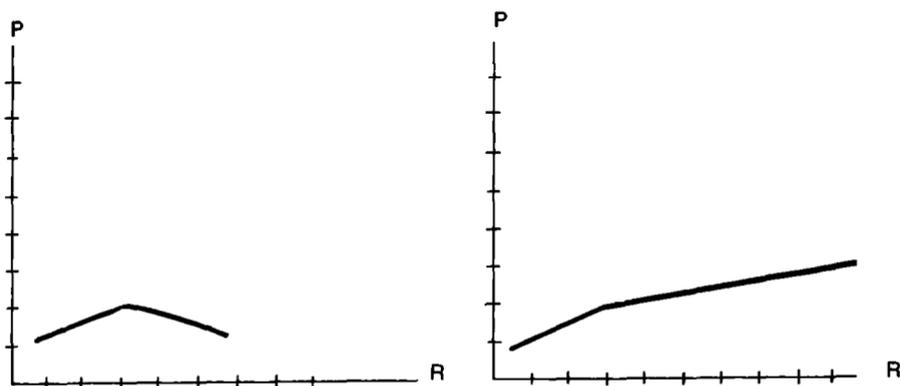
12. Enfin et surtout, le principe de différence ne garantit pas que l'inégalité entre riches et pauvres — même si elle est nécessaire à l'amélioration de la condition de ceux-ci — soit toujours juste et équitable.

Prenons l'exemple de la production d'un produit dont personne ne peut raisonnablement mettre en doute l'utilité pour la société en général et pour les plus démunis en particulier, un produit améliorant sensiblement les conditions hygiéniques par exemple.

Un industriel a les possibilités de le commercialiser et de le mettre en vente, mais il se laisse tirer l'oreille. Il s'abstient de faire les investissements nécessaires et il préfère continuer sa vie paisible de rentier.

Ce n'est que lorsque le gouvernement lui permet de vendre son produit à un prix exorbitant qu'il est prêt à sortir de sa léthargie, à construire des usines et à commercialiser le produit, ce qui lui procure des bénéfices énormes.

mes. Illustrons l'exemple par les deux graphiques suivants, le premier indiquant la situation avant la commercialisation, le second celle après la commercialisation.



L'on s'aperçoit que l'initiative de l'industriel lui a procuré un bénéfice plus grand que l'avantage que son investissement a procuré aux plus démunis. Cependant, l'inégalité flagrante qui en est résultée est parfaitement compatible avec le principe de différence: l'investisseur n'était prêt à agir que moyennant la perspective de bénéfices très considérables; cette perspective était la condition *sine qua non* pour le faire sortir de sa passivité.

Un tel système où l'amélioration de la situation des plus démunis dépend entièrement, ou dans une très large mesure, du bon vouloir des riches qui ne veulent engager leurs capitaux que lorsqu'ils sont rémunérés à leurs «conditions», me paraît injuste et contraire à l'esprit de fraternité qui devrait animer la société régie par le principe de différence. Il ne faut pas que la demande soit entièrement dépendante de l'offre, même si ceux qui ont besoin du produit offert n'éprouvent, en fin de compte, aucune aggravation de leur situation.

13. Le principe de différence permet d'autres inégalités, mais cette fois-ci ce n'est pas le «consommateur» mais plutôt le producteur ou le créateur qui en est la victime.

Dans l'exemple précédent, on avait affaire à un investisseur qui exploitait sa situation privilégiée afin d'obtenir des bénéfices déraisonnables, tout en restant dans les limites tracées par le principe de différence. Mais il y en a d'autres.

Il y a certainement des créateurs dont l'initiative contribue de façon inestimable au bien-être de l'humanité tout entière, mais dont le travail n'est guère rémunéré à sa « juste » valeur. Il suffit de songer à Mozart qui devait mourir dans la plus grande misère matérielle.

Cependant, la situation de Mozart et de tant d'autres, est à nouveau parfaitement conforme au principe de différence. Celui-ci n'*admet* des dérogations à l'égalitarisme que pour autant que les privilégiés fassent bénéficier tout le monde, et surtout les plus démunis, de leur richesse accrue. Mais il n'y a aucune *obligation* de la part de la société de rémunérer les créateurs et les novateurs.

Ceux-ci peuvent certes s'enrichir dans les limites tracées par le principe de différence, mais rien ne garantit qu'ils s'enrichiront effectivement. Ils ne peuvent faire valoir aucun *droit* à une rémunération ou à une récompense.

On s'aperçoit donc qu'une discrimination s'instaure au sein des créateurs et des producteurs eux-mêmes : il y en a qui s'enrichissent jusqu'à épuiser la quasi-totalité de la plus-value qu'ils ont créée ; il y en a d'autres dont la contribution au bien-être de la plupart des individus est indéniable, mais qui ne profitent guère de la plus-value produite. Il y donc des créateurs ou des investisseurs qui ne gagnent pas ce qu'ils méritent (Mozart par exemple), comme il y en a qui ne méritent pas ce qu'ils gagnent (le producteur du produit hygiénique).

14. La problématique précédente nous amène à poser la question plus générale de savoir si les créateurs et les novateurs ont droit à une récompense. Rawls ne se prononce pas explicitement sur ce problème. Je pense qu'une réponse nuancée s'impose.

Si l'on se trouve dans une société juste<sup>6</sup> — ce qui sera sûrement très exceptionnel, sinon utopique — où subsistent néanmoins des inégalités conformément au principe de différence, la justice ne me semble pas exiger que le créateur puisse prétendre à un droit quelconque sur la plus-value qu'il a créée. Celle-ci doit servir au contraire à réduire l'écart entre les privilégiés et les plus démunis. Il va sans dire pourtant qu'une telle solution n'est sans doute *pas très opportune*, puisqu'elle n'encourage pas les initiatives.

Par contre, si l'on se trouve dans une société injuste<sup>7</sup> — hypothèse la plus réaliste — la solution varie selon que le créateur en question est ou non défavorisé par rapport aux principes de la justice (et notamment par rapport au principe de différence). S'il a moins que son dû, la plus-value pourra lui être accordée prioritairement. Mais lorsqu'il possède plus que ne l'admet le principe de différence, il faudra d'abord redistribuer la plus-value créée jusqu'à ce que l'injustice soit annihilée. Ce n'est que lorsqu'il reste encore

quelque chose à distribuer que le créateur aura des droits prioritaires sur le produit de sa création.

15. Comme indiqué ci-dessus, le principe de différence conduit donc à certaines anomalies : il y a des créateurs qui gagnent trop, et il y en a qui ne gagnent pas assez.

A la réflexion, cette constatation n'a rien de surprenant.

Chaque création crée une plus-value, des richesses nouvelles qui doivent être distribuées. Or, la seule restriction que Rawls impose explicitement à cette distribution, c'est qu'elle ne lèse pas les plus démunis. Dès que cette condition — importante, il est vrai — est remplie, Rawls ne donne plus d'indications pour la redistribution de la plus-value.

Sa thèse est donc incomplète; mais comment la compléter ?

16. On pourrait le faire — comme nous l'avons fait implicitement dans l'exemple de la commercialisation du produit hygiénique — en abandonnant la distribution aux lois du marché, à condition, bien entendu, que celles-ci ne violent pas le principe de différence.

On se rappellera qu'il était nécessaire de permettre à l'industriel de réaliser des bénéfices très substantiels pour le faire sortir de sa passivité. C'était donc lui, et lui seul, qui déterminait la valeur respective du produit à commercialiser et des efforts requis pour le produire et le lancer.

D'autre part, il se peut qu'un industriel crée un produit dont l'utilité est médiocre, mais qui, pour une raison ou pour une autre, est fort apprécié par les masses populaires. Rappelons-nous le prolétariat du début de ce siècle qui dépensait tout ce qu'il gagnait pour se souler, en faisant ainsi la fortune des patrons.

Inversement, l'on peut concevoir un individu réalisant une création dont bénéficiera de façon durable l'humanité tout entière, mais qui reste aussi pauvre qu'auparavant, parce que personne n'apprécie sa création.

Si l'on interprète donc l'œuvre de Rawls dans une perspective libérale, — et il y a beaucoup de passages qui corroborent pareille interprétation — le principe de différence ne semble pas être constitutif de la justice.

17. Mais je crois qu'une telle interprétation n'est pas la seule possible. On *pourrait* interpréter le principe de différence d'une façon qui semble conforme à l'idée de la justice et qui n'est sans doute pas incompatible avec les thèses préconisées par Rawls.

Pareille interprétation supposerait cependant que l'on puisse se référer à un système de valeurs *préexistant*. Elle implique donc que l'adage « Noblesse

oblige» constitue en quelque sorte un cadre formel, une forme partiellement vide<sup>8</sup>, dont le contenu effectif dépend d'un système de valeurs, d'une certaine conception de la justice matérielle.

Supposons que l'on s'accorde sur un système de valeurs qui confère à chaque produit, à chaque prestation ou création une certaine valeur  $v_i$ . Ce système de valeurs nous permettra par exemple d'affirmer que l'obtention d'un emploi convenable constitue une très haute valeur, que la création d'un opéra comme «Cosi fan tutte» mérite effectivement une récompense substantielle, que les chansons de Johnny Halliday n'en méritent guère, etc.

Observons d'ailleurs qu'il n'est pas nécessaire de pouvoir exprimer numériquement la valeur des biens; il suffit qu'on puisse les ranger suivant un ordre de préférence: telle chose vaut plus que telle autre.

Or, si l'on dispose d'un tel système de valeurs, organisé et structuré selon certains principes directeurs, on pourrait corriger et nuancer comme suit la maxime «Noblesse oblige» et notre suggestion que, certaines conditions étant remplies, chaque création mérite une récompense.

Alors que Rawls n'apporte qu'une seule restriction à l'enrichissement des privilégiés — l'accroissement de leurs richesses ne peut se faire au détriment des plus démunis — il faudrait en ajouter une autre. Si un créateur améliore par ses initiatives la situation de ses concitoyens, son effort mérite une récompense, proportionnelle à l'accroissement du bien-être des plus démunis et pour autant que les conditions énumérées au numéro 14 soient remplies.

Il n'est donc pas juste, ni conforme au principe de différence tel qu'il vient d'être amendé, que le créateur qui ne procure qu'un avantage assez réduit à ses concitoyens, gagne des fortunes, en invoquant son initiative dont la valeur est limitée.

Il sera également exclu que celui dont l'initiative est effectivement valable et procure de grands bienfaits aux masses populaires, s'enrichisse de façon démesurée, sous prétexte que tout le monde et notamment les plus défavorisés ont profité de ses efforts.

Enfin, il sera impossible qu'un génie méconnu, tel que Mozart, ne puisse recevoir de son vivant la juste récompense pour la création artistique avec laquelle il a enrichi la culture humaine.

18. Bien entendu, l'élaboration d'une telle hiérarchie de valeurs est une œuvre qui reste à faire et qui doit toujours être recommencée. Elle présuppose à son tour toute une conception de l'homme et de son environnement; elle présuppose donc toute une philosophie.

La solution de Rawls est donc très partielle; son œuvre est inachevée. Ou bien, l'on interprète le principe de différence d'un point de vue libéral, laissant déterminer par les lois du marché l'importance de l'inégalité résultant de l'exercice d'une activité économique ou intellectuelle; mais alors on ne voit pas pourquoi pareille inégalité mériterait le qualificatif prestigieux d'être juste.

Ou bien, l'on estime que les créateurs méritent certes une récompense pour l'effort accompli, mais que cette récompense doit être juste, c'est-à-dire proportionnelle à la valeur raisonnable de leur initiative. Ce n'est qu'à cette condition (et éventuellement à celles énumérées au numéro 14) que l'inégalité qui en résultera pourra être considérée comme « juste ».

19. Les remarques précédentes ne doivent pas donner l'impression qu'il existerait quelque chose comme la valeur objective et intrinsèque des biens et des services économiques et intellectuels. Il n'y a de valeur qu'en fonction des fins que l'homme se pose et des moyens qu'il croit aptes à réaliser ses fins. Il n'y a donc pas de valeur « en soi »; la valeur d'une chose, c'est le prix que les gens veulent payer pour l'obtenir.

Mais cela n'implique pas que toutes les estimations se valent; il y en a qui peuvent se défendre raisonnablement et il y en a qui ne résistent pas à un examen sérieux et impartial. Si nous avons fait allusion à la valeur des choses et des prestations, nous avons en vue cette valeur raisonnable qui ne s'impose certainement pas d'une façon contraignante, mais dont une argumentation sérieuse peut faire admettre le bien-fondé. C'est à la recherche de cette valeur-là que Chaïm Perelman a consacré sa carrière scientifique.

## NOTES

<sup>1</sup> *Justice et Raison*, 2<sup>e</sup> édition, 1963; la première édition date de 1945.

<sup>2</sup> *Das Problem der Gerechtigkeit*, dans *Reine Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> édition, 1960, Anhang, pp. 357-444.

<sup>3</sup> *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.

<sup>4</sup> Comment la déduction pourrait-elle être rationnelle, si l'on ignore la fin qu'on veut atteindre? Rawls essaie de résoudre cette difficulté, en introduisant la notion — fort vague — des « primary social goods », c'est-à-dire certaines conditions et certains buts que tout homme rationnel veut

atteindre, quelle que soit sa conception du bonheur. Il y aurait donc certains biens qui tendent à promouvoir la réalisation de toute valeur, quelle qu'elle soit.

<sup>5</sup> N. Rescher, *Distributive Justice*, Indianapolis - New York, 1966, se montre également favorable au principe *Noblesse oblige*, bien qu'il y ait des nuances importantes entre sa thèse et celle de Rawls.

<sup>6</sup> Donc: conforme au principe de différence.

<sup>7</sup> Donc: contraire au principe de différence.

<sup>8</sup> Le principe de différence n'est certes pas totalement vide, puisqu'il exclut que les privilégiés s'enrichissent au détriment des plus démunis.

# Raymond Aron and Chaim Perelman men for the same cause

par William KLUBACK

Writing the lead article in «Commentaire» entitled «The Intellectuals and Politics» Raymond Aron referred to his life long debate with intellectuals who easily married the ideology of Marxism and forced it to sound as if it represented the humanistic tradition of Western thought. Aron remarked that «France is certainly not the only country in which intellectuals discuss passionately their vocations and accuse each other of betraying it. Following the first World War Julien Benda accused his colleagues of having misconceived the obligations of their profession (*cléricature*). A quarter of a century later I initiated another action against the opium smokers, the intellectuals who, with all their faith consciously or not, participated in a venture of enslavement disguised with humanistic language»<sup>1</sup>. During his life this action played a serious role in the formulation of his attitude toward history, politics and morality. At the end of his remarks Aron observed that the question that must be posed to the intellectual and citizen is: «What could we ask of the intellectual-citizen who knows faithfulness to his profession and to his obligations as citizen?» Answering his own question Aron said that «I could ask of them, above all, modesty. However outstanding are his merits, a writer or a physicist does not possess, by this fact alone, an evident superiority when the problems posed concern civic administration, and, at times, the conduct of external affairs. There is no science of war and peace comparable to the election, not even at the Weizmann Institute»<sup>2</sup>. In these few words we can discern an attitude toward politics, morality and history which ties together the work of Chaim Perelman with that of Aron. There is no evidence that they knew each other personally but Perelman's interest

in the categories of history showed that he read Aron. Both fled from the Nazis, Aron to London and Perelman joined the Belgium underground and both bore the burden of the Jewish existence which forced upon them an added responsibility toward events which could not be avoided. World wide Nazi and Soviet anti-semitism was a blatant fact and no Jew could escape its reality. Deeper, however, than these circumstances is the attitude which both assumed toward the comprehension of man in society and history. Perelman spoke from the tradition of the classical rhetoricians, Demosthenes, Thucydides, Pericles, while Aron emerged from the Neo-Kantianism of Leon Brunschvig imbued with a sensitivity for the limitations of knowledge and the refusal to endow history with the ideological and mythic trimmings that destroy the reality of human freedom and moral responsibility. Both developed in traditions that were intimately tied to reason and the reasonable, to the spirit of intellectual and moral conflict within societal forms that enhanced discussion as well as prudence, a loyalty to values which advance the meaning of human dignity.

Often in despair Aron would speak of the intellectuals of the Left who «closed their eyes in order not to see the great purge or the goulag. They reserved their censure for western democracy. They were won over to a moralism which disguised the worst of tyrannies»<sup>3</sup>. Nothing seemed more dangerous to Aron than the loss of moderation, the sense of national unity and, above all, that peculiar and distinct political wisdom which Aristotle called *phronesis*: that ability not only to avoid and reject extremes but to see a positive direction, to comprehend a meaningful decision. The most serious loss of this intellectual virtue is seen when we approach the concept of history and the varied attempts which myths and ideologies have made to forge it into a tool of action and justification. History is perhaps the most dangerous invention of modern thought because unlike its use in antiquity, where it taught the need for humility, illustrated man's folly and made us aware of our limited place in the scheme of nature, it has become the homeland of those inevitable forces and fates which reduce man to meta-historical and mythic control. Aron in his *Opium of the Intellectuals* gave us more than hints of the dangers that lie in man's imaginative use of history. In an age when man's will assumed Promethean defiance of all powers beyond his manipulative controls it is not difficult to believe that history would assume a deified quality for man's attempts to create new laws of nature. Aron observed that now «a single class is the instrument of the redemption of all: the few men who claim to be its authentic representatives treat the rest of humanity as a means and regard all circumstances, favorable or not, simply as occasions for furthering their purpose. Having progressed from opposition to power, they place the same intransigent ardour at the service of socialist construction. The liquidation of the Kulaks or the depor-

tation of minorities became mere episodes, painful but unimportant in a policy aimed at the realization of reason in history»<sup>4</sup>. History in antiquity, on the other hand, was a teaching tool and its practitioners understood it as such. The great Greek historian Polybius remarked that «what chiefly benefits students of history is just this — the study of causes and the consequent power of choosing what is best in each case. Now the chief cause of success or the reverse in all matters is the form of a State's constitution; for springing from this, as from of a fountain head, all designs and the plans of action not only originate but reach their consummation»<sup>5</sup>. From history man learned human nature and its fallibilities, from history we gathered an insight into the conflicts, deceits, jealousies and false ambitions of the human species. Modern man also invented a history to justify his secular assumptions to divinity, his hope to put aside chance and accident. History became the new metaphysics; it lost forever its capacity to be a teacher because it gained meta-historical presumptions.

Both Aron and Perelman turned to history to comprehend its epistemological limits and to investigate the meaning that it assumes to give man a place in the universe. Aron noted that «peace will return to the world when, with the experiences of government, the fading of fanaticism, and the realization of all the insurmountable obstacles, the revolutionaries will admit that one cannot either reconstitute societies according to a plan, or postulate a unique objective for the whole of humanity, or refuse people the right to reject the earthly city»<sup>6</sup>. Often Aron referred to Max Weber's prudent distinction between the ethics of responsibility, *Verantwortungsethik* and that of conviction, *Gesinnungsethik*. In these two terms we discover attitudes that need to be clearly comprehended. In reviewing Weber's critique of the intellectual opponents to the first World War Aron made us aware that the problem arises again and again. The complementary forms of these ethics are easily lost sight of, but with dangerous and perverse consequences. Aron set forth Weber's attitude with these words: «to the unconditioned pacifists, to the revolutionaries he responded: You obey your conscience, but you do not take into account the consequences of your action. You contribute to the defect of your country and do not know if your enemy's victory will enhance values for which you condemned the war»<sup>7</sup>. The intellectuals of conviction came forth in armies to condemn war, foreign policy and national interest and causes which appeal to the moral conscience but they have little concern for the politics of responsibility. Responsibility is a fleeting experience. The conflict of these two ethics which should ideally relate to each other prudently, are in opposition in democratic society to the detriment of its survival. Needless to say that in the totalitarian society this conflict does not exist; Lenin had outlawed conscience. We have become deeply aware that there is a serious gap between conscience and political responsibility,

between the moral satisfaction of the self and the needs of the historical community. The compromises that must be forged between them demands that phronesis which we would call statesmanship and which we know cannot be trained but is given. Our age requires an even greater comprehension of these ethics because we experience the Hitler and Stalin dictatorships and their terroristic fallouts. We know that there can be escapes into the fantasies of conscience as there can be into the world of «reality». Each demands a perspective different from itself, each needs its negation. Aron made clear separations which help clarify differences without imposing dogmas. He left us with that serious and sound distinction between the «politics of the understanding» and the «politics of Reason».

From these two politics there arises two attitudes toward the political: the spectator and the actor. Aron was always both and in this fact we find that important link which ties theory to *praxis*. This is the link that creates the philosopher, the man of the market place as well as the contemplative thinker a union of perspectives and forces that join contemplations to action in such a way that neither one is subjected to the other in a way that destroys their relationship. Aron remarked that he had early in life decided to be an «engaged spectator», «Spectateur engagé». He said that «he wanted to combine the double attitude of actor and spectator. I wrote *Introduction to the Philosophy of History* to show the limits in which we can be both pure spectator and actor. These were the limits of historical objectivity. This subtitle did not indicate that I disdained objectivity. It showed, on the contrary, that the more we wish to be objective the more it is necessary to know from what point of view, from what position we express ourselves and view the world»<sup>8</sup>. Theory does not divorce us from perspective, it does not put aside involvement. In fact, theory presupposes forceful involvement because it is commitment and loyalty to objectivity. This loyalty to objectivity penetrates the intellect through belief, clarified the idea and leaves less room for «experiential» compromise and concession. The philosophers of objectivity know clearly what issues separate totalitarianism from democracy. The philosophers of action know the force of circumstance, the need for manipulation and the value of time. They, more easily, are aware of the possibilities of compromise and adjustment.

Turning for the moment to the philosopher of rhetoric, Chaim Perelman, we are thrust into an engagement with history, society and the procedures of law. From Perelman's point of view the value of rhetorical thinking is to justify Protagoras' belief that the role of rhetoric is to justify the weakest argument because although it, at first, appears inadequate, there may be assumed in it a deeper reality than the one that lies in the stronger one. Perelman stated this position in these terms: «He who identifies what appears at first glance to be good or evil, namely pleasure or suffering, with

good or evil, should simply follow his instincts. But he who opposes them needs rhetoric to dissociate reality from appearance. How could one resist one's passion without rhetorics? One hardly need a discourse to submit to what is present of what imposes itself naturally. Discourses are needed to resist what is natural and spontaneous, to evoke and make present what does not impose itself at first glance»<sup>9</sup>. The question that Perelman raised about the resistance to the passions seems more apparent than tenable. There is little doubt that the political discourse is founded in reason and the reasonable, but the passions add a dimension of fortitude and convictions which unites the fullness of man's being and eliminates that artificial separation between the feelings and reason. The feelings can be powerful forces in man's resistance to the chaos of arbitrariness. They are a weaponry of reason in its struggle against the terror of non-thinking, the refusal of discourse in which feelings no longer exist.

Perelman recognized only two figures in France who dealt seriously with historical methodology: Raymond Aron and Henri-Irenée Marrou<sup>10</sup>. Perelman's remark reflected an interest in the study of the evolution and origin of historical categories. He stated that the historian «is interested in the unique and non-repeatable. He does not give all objects of reality his attention; he limits his investigations to those aspects which he believes merit belonging history which are sufficiently *significant* for the historian to consider them as historical facts»<sup>11</sup>. The awareness that the past cannot be recaptured except as a work of art, an imaginary vision created by the historian-artist force us to realize that the categories which we bring forth to capture historical reality also have a history of growth and decline.

Concluding his article on the categories in history Lean E. Halkin observed that the «evolution which we have analysed in numerous cases allow us to conclude, on the one hand, that there is an instability in the categories and on the other, their need of *semantic reevaluation*. Slowly the aggressive character of the terms are detected and more and more we tend to employ them as simple mental references without prejudicing in the least their value»<sup>12</sup>. These remarks have particular value because they emphasize the temporal quality of the categories which are formulations of attitudes, their dependence on the values of the time in which they are born. They show also a decline which they undergo when these values change or suffer diminution. Examples of attitudes and their formation into categories are: the Hellenistic Age, the Middle Ages, the Renaissance, the City, Christianity, Socialism. These categories each bear within itself a history which passes through innumerable changes of significance. What we grasp from these varied perspectives in the fact that history, apart from the theological dimension, corresponds to man's need to comprehend his past in a meaningful way. However truthful and diligent are his efforts the history he creates

corresponds to his selectivity and values. What he most eagerly wants to avoid are those systematic attempts to reduce history to values that impose upon him the status of marionette.

The questions that receive no conclusive answers are posed by Marrou: «What is the meaning of this long march through time — I had at first written — of this slow pilgrimage — of this succession of empires (to speak with the Ancients) of Civilization (as we now say) of cultures? Does history follow an oriented direction (and toward what goal?) does it have a significance, a reason that we can comprehend, a value which can be justified by the many efforts, sufferings, spilled blood, exploits and apparent checks»<sup>13</sup>. These are the questions which face every philosopher who has not lost the sense of the political, who like Perelman and Aron knew the dangers of historical schemes which end the conflicts and confrontations which in their proper and prudent forms are the most significant opposition against utopianism and millenianism. The challenges of the questions are not limited to theoretical debate but they bear within them the values by which men choose to live and for which they make sacrifices.

History is the tale of man from which we decide or not to learn. Thucydides when discussing the demands of the Athenians to the Melians asking that they force Athens in her war with Sparta remarked that «for of the gods we hold the belief, and of men we know, that by a necessity of their nature wherever they have power they rule. And so in our case since we neither enacted this law nor when it was enacted were the first to use it, but found it in existence and expect to leave it in existence...»<sup>14</sup>. It is a simple fact to recognize the advantage of power; it is a difficult fact to comprehend the consequences of it, the prudence of its employment or restriction. If history is a story then what we call meaning depends upon how the story is read and if we could know how this story has been interpreted we would believe we have grasped the nature of history. But how is this ever possible? If we know that there is no *meaning in history* we also know that we are necessitated to force the fortuitous quality of history into some form of order or necessity which we find so comforting and valuable in the natural sciences. There is, however, a peculiar danger in wanting to create a historical science analogous to the natural sciences. At best, the assumptions made by the historians remain perspectives, ways of organizing materials. In this *fact* they are not necessary and in their fortuitousness that continue the peculiar quality of the historical discourse.

Claire Preaux in his article on historical categories, has shown in a discussion of J.G. Droysen, one of the most significant historians of 19th century Germany, how his attempt to establish the idea of a hellenistic epoch is subject to doubt. Preaux stated that it was legitimate for Droysen to choose

the «hellenization of Philo or the words of St. Paul 'there is no longer Greek nor Jew', or the extraordinary expansion of the Greek language in the world and to give these phenomena enough significance to base upon them an epoch»<sup>15</sup>. But Preaux followed this analysis with the judgment that this synthesis which is given a general name is nothing more than a myth, because if we look below the surface the forces of opposition — the Jews for example — were *gros de conséquence* and what seemed like a magnificent union of forces bore within it varied and sharp political, social and religious oppositions. From Preaux's studies of Droysens's famous *Geschichte des Hellenismus* we observe the artistry and diligence of the great historian and understand how this same artistry is deeply conditioned by other and later significant syntheses such as the Holy Roman Empire. Deeper than this example was the power of Hegel's *Lectures on the Philosophy of World History* which Droysen heard in Berlin. There he was impressed with that union of history and rationality, with a sense of purpose and development which could give each epoch of history its peculiar significance and link it to the next through negation. From this negation new birth arose to allow reason to overcome and surpass its historical limitations. More significant, according to Preaux, than these philosophical schemes were the wars and struggles between city and country-side, between unconquerable national cultures and the veneration of hellenistic unity. These questions concerning categories trouble us when we leave the realm of speculative assumptions. The more persistently we become involved in these problems, the more we aware how inadequate are both empirical and speculative answers and how easily totalitarian regimes undertake to rewrite history with fixed and unchanging categories. Where there are too many questions and discourses these men have too often value conscience without responsibility. These insights Aron and Perelman knew well.

Rhetorical philosophy made a sharp distinction between «self-evident» or necessary knowledge and fortuitous knowledge. The latter is embodied in the questions which Marrou posed and in the identification between being and meaning. Meaning belongs to the future as possibility and probability. In his book on the philosophy of history Aron remarked that «we often confuse historical meaning with the cult of tradition or the taste for the past. In fact, for both the individual and the collectivity the future is the primary category. The old who only speak of memories is as strange to history as the child absorbed in the present without memory. For knowledge itself as well as for that of collective evolution, the decisive act is one that transcends the real, which gives to what is no longer a kind of reality, giving it a consequence and a purpose»<sup>16</sup>. The future is man's most speculative realm and it is to this realm that man must dedicate the past and the present. The future not only inherits but it must imbue with meaning what lies potentially

in the present and past. It is the realm of the fortuitous easily embraced by millennial visions and schemes of societal paradise, but it can also be man's most profound moral challenge to bring forth a history of reason that has only begun to show its hints in the past and present. The future awakens our sense of freedom because it breeds hope and newness, challenges and demands. These correspond to the presence of given historical categories which make history meaningful but also fix it in such a way that the categories are no longer philosophical but scientific and theological. Perelman observed this danger when he stated that history as class struggle gives us a different perspective from that of national conflict. History is obviously different through the visions of Marx and Engels than it is through those of Clausewitz and Bruckhardt. Are not all these perspectives arbitrary? Are they not useful tools? Do they not allow a better comprehension of the past? To these questions answers are not required if we believe that history will remain the tale of human activity<sup>17</sup>. We need continuous speculation and a sense of historical and societal responsibility. In fact, we come to the simple realization that the concept of history which we form depends upon the moral and aesthetic proclivities we have been able to develop within ourselves. «The possibility of a philosophy of history», Aron knew, belongs finally to the possibility of a philosophy in spite of history, since every philosophy can be defined as man's effort to determine himself<sup>18</sup>.

Our need for meaning makes it impossible for us to do without historical categories and attitudes. For this reason we study the categories that have developed through the ages and which have made possible historical knowledge. We know that the categories we have formed correspond to our need but there are other categories which can be easily opposed to these we now use. The fact that the categories are not fixed makes possible the dialogue among historians. Perelman believe that «it is because of such a dialogue, and the enrichment which the historians cannot fail to procure from that the idea of a progress in historical objectivity can be conceived as the infinite march through the web of opposing theses toward a never achieved and ongoing self-perfection syntheses»<sup>19</sup>. From Perelman's view philosophy is this continuous dialogue between categories which develop and change in the course of history because of their basic dependence upon the temporality of human life. We cannot free ourselves from the time and space in which we are discovered as finite human beings, but in which we find our moral dignity. If this dialogue is rooted in the finitude of the human condition then we understand what Aron said of philosophy by showing how it is «the dialogue between means and ends, relativism and truth. Philosophy is untrue to itself if it cuts short the dialogue to the advantage of one term or the other. It remains faithful to itself and its social responsibilities to the extent that it refuses to sacrifice any of the terms whose contradictory

solidarity distinguishes the condition of the thinking man »<sup>20</sup>. In reading and thinking the words of Aron and Perelman we ask ourselves where does their concept of history lead? Have we been caught by a relativism that precludes the reality of truth? Is faith put away for a skepticism that plays havoc with eternal truths? In some paradoxical way we are placed between a faith that begins with revealed truth and man's temporality which becomes the new radical faith of finitude which has become its own absolute. It would seem that the confidence which we have in finitude and which we call the dialogue of the philosophers is as pervasive and embracing as the theological truth we announce from revealed religion.

If we consider some of the observations of Marrou who dealt with the theology of history, which Perelman and Aron could only relegate to the realm of faith, we find the believer and historian is engaged in problems that have little reference to rhetorical philosophy, to its relativism and skepticism. Marrou advanced a radically different attitude. He said: «It is not for man, and I would further say for the Church militant and in pilgrimage, to discern the details of history. We commune through faith with the global movement of history but without being able to bring forth a judgment on the precise role of each event, on the degree of positive or negative participation of each actor, of each of their acts for the progress of this history. We cannot always discern with certitude what has worked and works to hasten the coming of the Kingdom. The ways of God are impenetrable. He makes use, in a mysterious way, even of evil to accomplish his designs »<sup>21</sup>. We could easily dismiss this attitude and say that it is *a way* of perceiving human history, its categories are not universally valid and they can be substituted for with other categories. But faith has an efficacy and conviction which is a profound human experience and proceeds from a revelation, from a divine given or light in and through which we attempt to clarify the nature and purpose of human history. The realm of the sacred and profane are not clearly distinguished from each other. They relate to each other in the human experience. In the sacredness of the one, the profane remains the persistent opposition and within the profane the traces of the sacred bear witness to the limits of the profane. The interrelationship of divine and human history reveals not only the peculiar and distinct nature of human finitude but man's capacity to surpass it. Man cannot be relegated to a single dimension; he is not the captive of a radical finiteness conditioned by its absolute language and condemned to its historicity and temporality. If we accept the fact that the meaning of history is in the spatial temporal dimensions then we cannot believe that the revelations of sacred belongs to these dimensions in such a way that it is in conflict with it. The confrontation in the empirical realm of the conflict dimensions of power becomes the dialectic force of historical movement. In this conflict, however, of sacred

and profane, of Jew and Pagan, we witness the moral, societal and historical struggles in and through which man comprehends the perversity of the deification of the finite and the corrupting danger of its absoluteness.

We have spoken of Aron and Perelman because their thought is a continuity of the faith in reason which flowed from the tradition of Hermann Cohen's neo-Kantianism. This continuity was deeply threatened by a return to mysticism which began with the old Paul Natorp who for years had been Cohen's colleague and friend in Marburg. Politically and morally the tradition found practical consequences in publically active thinkers. In them the logic and epistemology of Marburg became political resistance to totalitarianism. When Aron was asked to state the values that were most significant for him he said: truth and freedom. «The love of truth», he said, «and the horror of the lie is, I believe, the deepest in my way of being and thinking. Precisely to be able to express the truth we must be free. There must be no external power which contains you»<sup>22</sup>. In truth and freedom man finds the power to oppose totalitarianism. Does he not find in the radical transcendence of God the same power to oppose to deification of the finite?

Aron was in agreement with his friend Eric Weil, whose philosophy is a major contribution to contemporary thought, who had noticed that «man is a reasonable being but it has not been shown that men are reasonable». Aron reflected on his own experiences and said that «the history I have lived, which I have tried to comprehend was in fact, a senseless tumult filled with noise and fury. Human history has always flowed with noise and fury. The twentieth century has been in certain ways even more horrible than others. But this is not a reason for despair». Continuing the same reflections Aron added that for thousands of years «there had always been the intermingling of heroism and absurdity, of saints and monsters, incomparable intellectual progress and persistent blind passions»<sup>23</sup>. If Aron, like Perelman, refused the theology of history, that dimension of the sacred which drew the profane into sharp opposition, then it was to find in the conflicts between truth and scepticism the preservation of man's freedom. Where societies develop on the basis of legitimate conflict of opinion there both thinkers believed that freedom could ward off the inroads of totalitarianism. The heritage of the reasonable and the rational found in both Aron and Perelman highly developed expressions of their significance. The continuity of the tradition of understanding philosophy within the political, of the philosopher who is concerned with theoretical problems but is drawn to the political arena in which he makes decisions, writes analyses and contributes to political and moral attitudes, is the mature realization of man's struggle for truth and freedom, for his self realization through responsibility for his fellowman.

In an address, in honor of Karl Jaspers, given in 1983 at Basel, Aron spoke of the differences between the understanding *Verstand* and the reason *Vernunft* which he found characteristic of Jaspers' thought. Referring to the understanding Aron remarked that without it «we would confront blindly and powerlessly the defiances of nature and history. But we would cut off our humanity or we would be deprived of it if our spirit were reduced to the understanding — The reason does not bring forth knowledge as such — the reason does not grasp scientific truths like the understanding but it clearly sets the proper limits to each of the disciplines, limits that are imposed on the understanding as such»<sup>24</sup>. In this division between the understanding and reason we discover that philosophy is more than epistemology. Philosophy is a loyalty to the realm of ideas. Hermann Cohen had remarked that the highest realization of philosophical love is the Idea, the Idea of Humanity that has had a long and difficult history and whose force is just beginning to take hold in men's mind. The reason belongs to man's faith in the future, to the universal discourse of reason and to its development and realization. The understanding is man's endeavor to dominate his empirical world. The reason is the force of ideas that gives purpose and meaning to existence. This struggle for meaning is inseparable from the commitment to reason. In the loyalty to reason man creates the community which embraces that fundamental need to give our fortuitous existence the purpose which it doesn't give to itself.

We should always ask why we read a particular philosopher and avoid another. The reading of both Aron and Perelman is justified because they stand within a tradition that defends truth and freedom not only from the podium of the lecture hall or in books. Both philosophers are «engaged spectators», theorists of and participants in that ancient heritage of civic life which embodies the fundamental belief that only in civic action and responsibility does man become human, find his fellowman and comprehends through him social and political justice. He discovers man's limitations. In these limitations he finds man's ineptitude as well as his nobility; he finds the needs of the understandings, but he also deepens his awareness of the power of ideas. Aron and Perelman represented a philosophical and moral attitude which linked together the inseparable relationship between what Max Weber had defined as the «ethics of conscience» and the «ethics of responsibility». Their refusal to separate one ethic from the other gave their thought a concreteness and realism rare among academics for whom theory is the incarnated divinity.

## NOTES

<sup>1</sup> *Commentaire* No. 22, Summer, 83. 259. An address delivered at the Weizmann Institute in Jerusalem.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 262.

<sup>3</sup> *Ibid.*, 262.

<sup>4</sup> *The Opium of the Intellectuals* (Greenwood Press, Westport, CT. 1977 originally published, 1957), 199.

<sup>5</sup> *The Histories*, trans. W.R. Paton (G.P. Putnam's Sons, New York, 1923), Book VI 2.

<sup>6</sup> *The Opium of the Intellectuals*, 199-200.

<sup>7</sup> «Les intellectuels et la politique», 260.

<sup>8</sup> *Le Spectateur engagé*, conversations with J.L. Missika and D. Wolton (Julliard, Paris, 1981), 307.

<sup>9</sup> «The Rhetorical Point of View in Ethics», *Communication*, 1981, Vol. 6, 319.

<sup>10</sup> «The Meaning and Categories in History», trans. W. Kluback, in *The New Rhetoric and the Humanities* (Riedel, Dordrecht, Holland, 1979), 146. See H.I. Marrou, *Théologie de l'histoire*, 1968, *De la Connaissance historique*, 1954. The Perelman article is the last chapter of *Les Catégories en histoire* (Université Libre de Bruxelles, 1969).

<sup>11</sup> *Ibid.*, 146-147.

<sup>12</sup> «*Les Catégories en histoire*», in *Les Catégories en histoire*, 16.

<sup>13</sup> *Théologie de l'histoire* (du Seuil, Paris, 1968).

<sup>14</sup> *History of the Peloponnesian War*, trans. C.F. Smith (Harvard University Press, 1964), III, B.V., CV2.

<sup>15</sup> «Réflexions sur l'Entité Hellénistique» in *Les Catégories en Histoire*, 26.

<sup>16</sup> *Introduction à la Philosophie de l'histoire, Essai sur les limites de l'objectivité historique*, Gallimard, Paris, 1981, 432. This new edition was dedicated to two friends: André Malraux and Eric Weil.

<sup>17</sup> «Meaning and Categories in History», 155.

<sup>18</sup> *Introduction à la philosophie de l'histoire*, 401.

<sup>19</sup> «Meaning and Categories in History», 157-158.

<sup>20</sup> «The Social Responsibility of the Philosopher», in *Politics and History Selected Essay by Raymond Aron* (Free Press, New York, 1978), 258.

<sup>21</sup> *Théologie de l'histoire*, 70.

<sup>22</sup> *Le Spectateur engagé*, 312.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 314.

<sup>24</sup> «Karl Jaspers et la politique», in *Raymond Aron 1905-1983, Histoire et politique* (Julliard, Paris, 1985), 531.

# Après Perelman

par Guy HAARSCHER

On n'a peut-être pas suffisamment réfléchi jusqu'ici aux liens existant entre les présupposés philosophiques de la «Nouvelle Rhétorique» et certains courants majeurs de la philosophie politique et juridique contemporaine. Ou, plus exactement: Perelman lui-même y pensait beaucoup à la fin de sa vie, mais il n'a pu mener l'entreprise à terme. Je prendrai comme fil conducteur d'un tel rapprochement de perspectives (dont j'espère qu'il apparaîtra tout sauf artificiel) la critique, par Perelman, de la rationalité démonstrative (ou logique-formelle) en droit, et dans la délibération pratique en général.

On sait que le *Traité de l'argumentation* peut être compris — les auteurs nous y invitent dès la préface<sup>1</sup> — comme la tentative de résoudre les problèmes du néo-positivisme (en matière éthique) en «jouant» pour ainsi dire Aristote contre Descartes: Perelman n'a cessé de critiquer le modèle de la certitude, des idées claires et distinctes, de l'intuition et de la déduction, bref les catégories majeures du cartésianisme en dénonçant l'impuissance du rationalisme: il est impossible de régler les conflits humains, d'obtenir l'accord des esprits, en atteignant des principes soutenus de la seule force de la raison, et donc s'imposant universellement à tout interlocuteur de bonne foi. Certes, ce faisant, Perelman ne fait que reprendre la critique humienne du rationalisme, ainsi que son prolongement kantien (le savoir ne peut délivrer la vertu): il poursuit le courant néo-positiviste, selon lequel la raison ne peut nous éclairer qu'en ce qui concerne les faits ou les moyens, non en ce qui concerne les valeurs ou les fins. Cette méfiance à l'endroit du «rationnel» en morale, Perelman ne l'abandonnera jamais. Ce qu'il

abandonnera par contre, c'est l'alternative proposée par le néo-positivisme à la position rationaliste, à savoir l'idée suivant laquelle les valeurs sont subjectives, ultimement irrationnelles, objets en dernière instance d'une «décision» injustifiable. C'est ici qu'Aristote entre en scène, et la figure de l'homme prudent (*phronimos*) que promeut l'*Ethique à Nicomaque*: il s'agit de soutenir qu'en matière éthique, tout est variable, relatif, imprévisible, et que le rôle de l'homme prudent consiste malgré tout à maintenir le cap de la «raison» au travers de situations indéfiniment changeantes. De ce point de vue, on échappe aux deux positions précédentes, «cartésienne» et positiviste: il s'agit de se décider dans un contexte toujours situé — face à un auditoire particulier — et de faire pourtant prévaloir des points de vue qui, ultimement, pourraient être reçus devant l'auditoire universel, c'est-à-dire par tout interlocuteur de bonne foi.

On comprendra mieux la nécessité de cette position en mesurant ce que l'on perdrait à en abandonner un des pôles. Si le contexte était *purement et simplement* situé, c'est-à-dire si l'action ne devait être justifiée que devant un auditoire particulier, une culture, une époque, voire plus restrictivement un groupe social et ses valeurs, voire pire encore une assemblée prise à chaud au gré de ses humeurs —, s'il ne s'agissait que de cela, Perelman n'aurait pu prétendre affronter la question essentielle de la rationalité en morale: il s'agirait seulement de montrer que tel acte, telle politique, telle norme sont adéquats à une idéologie particulière que l'on accepterait, sans critique, comme un donné; on aurait abandonné les exigences critiques et universalistes liées à l'idée moderne de raison (et d'humanité), et l'on s'en serait retourné à une sorte de paganisme axiologique (à chaque sol et à chaque temps ses dieux qui, comme le disait Weber, se feront éternellement la guerre). Mais s'il s'agissait, à l'inverse, de court-circuiter l'auditoire ou le contexte particulier pour se référer immédiatement à l'auditoire universel, on en reviendrait à la raison du rationalisme, dont l'impuissance a été affirmée par la postérité de Hume, à laquelle, au moins sur ce point, se rattache Perelman. On voit donc négativement que les deux pôles sont nécessaires, le particulier et l'universel, le concret et l'abstrait, le situé et le dé-situé, le culturel et le naturel, etc.

Mais, bien évidemment, cette approche négative ne suffit pas: il faut encore montrer que ce «ni ... ni» correspond positivement à une attitude possible, et non simplement à un double refus. Le *phronimos*, le «prudent», c'est celui qui peut voir l'universel dans le particulier, préserver les exigences de l'humanité dans des situations chaque fois différentes: pour lui, l'auditoire universel constitue une exigence, un horizon, une sorte de choix, de «position» premiers à partir desquels apprécier chaque situation particulière. Il faut donc chercher un «pont» entre particulier et universel. Cette médiation, c'est le «raisonnable»<sup>2</sup>, lequel se trouve atteint grâce aux procédés de l'ar-

gumentation. Raisonnable ne peut vouloir dire, nous l'avons vu plus haut, que l'homme prudent se soumette à *ce qu'un milieu considère comme raisonnable*, ce qui serait circulaire (Perelman n'a pas toujours évité lui-même cette circularité dans ses propres formulations): serait raisonnable ce qui correspondrait aux préjugés de tel temps et de tel lieu. Mais si «raisonnable» signifie «plus» que cela, en revanche il signifie «moins» que rationnel, puisqu'on ne peut déduire la décision concrète de principes rationalistes (jusnaturalistes, par exemple) immuables et évidents. Mais alors, qu'est-ce que cela signifie, rigoureusement parlant?

La notion d'argumentation, processus de pensée permettant d'atteindre un choix, une solution «raisonnables», ne nous est, du moins au départ, pas d'un grand secours, puisqu'elle ne fait qu'assouplir les modes de preuves, substituant à la linéarité contraignante, à la «concaténation» de l'inférence logique l'image d'un tissu serré de «bonnes raisons» s'étayant l'une l'autre<sup>3</sup>: la rhétorique laisse ouverte la question de savoir quelles sont les prémisses partagées par l'auditoire, et c'est précisément cette question qui doit être affrontée si l'on veut éviter de tomber dans le relativisme pur et simple. Il faut donc aller plus loin, et formuler explicitement ce qui, chez Perelman lui-même, a toujours été traité de façon un peu latérale, jamais en tout cas sur un mode systématique.

Donner de «bonnes raisons», justifier une position, un acte, un choix, et cela devant un auditoire qui peut aller du for interne à l'universalité philosophique —, tout cela présuppose que l'on reconnaisse l'individu comme se trouvant en droit de justifier argumentativement ses choix, ou de demander aux autres qu'ils le fassent. En d'autres termes, la Nouvelle rhétorique implique sans doute une conception générale du pacte social, au sens minimal où l'on assume que les valeurs fondamentales organisant la vie des hommes doivent être justifiées dans une libre discussion, et non imposées par voie d'autorité, par inspiration divine, par violence. Aujourd'hui, J. Habermas a tenté de réfléchir aux conditions d'une telle discussion, conditions qui, à n'en pas douter, correspondent à la fondation philosophique que Perelman n'a pas eu le temps de donner. Habermas parle en effet d'une «éthique communicationnelle»<sup>4</sup>, c'est-à-dire des conditions minimales garantissant une libre discussion des options morales. Bien entendu, cette éthique n'existe encore, comme on le sait, qu'à titre de programme, mais elle comble indubitablement un vide dans la théorie perelmanienne: s'il est vrai que plusieurs positions «raisonnables» peuvent, dans une situation concrète, s'affronter (par exemple l'une plus libérale, l'autre plus socialisante), et que si l'une l'emporte c'est soit que le poids des «bonnes raisons» finit, en l'occurrence, par faire pencher la balance en sa faveur, soit qu'une procédure fixée préalablement (par exemple un vote majoritaire) a mis fin à un débat n'aboutissant pas, de lui-même, à la décision —, si tout cela est vrai, il n'en reste

pas moins que doit, en toute logique, être qualifiée de *déraisonnable* — et cela en quelque sorte «*a priori*» — la position qui (telle celle de Calliclès dans le *Gorgias*) refuserait purement et simplement la discussion et chercherait à faire prévaloir ses vues par l'exercice de la violence, du mensonge, de la manipulation sophistique ou par les voies du fanatisme, religieux ou politique. Il faut donc s'être mis d'avance d'accord sur un certain nombre de règles du jeu, sans le respect desquelles la théorie de l'argumentation de Perelman serait sans force. Autrement dit, la Nouvelle rhétorique implique le pluralisme, le respect de la position minoritaire, la volonté de discuter, l'éthique de la vérification et de la falsification des thèses, bref un certain engagement préalable. Or Perelman s'est peu penché sur l'éthique qui soutient sa théorie de l'argumentation : tout se passe comme s'il avait accepté comme argent comptant les valeurs «libérales» (au sens large du terme) telles qu'elles se sont élaborées, disons, depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle. Et c'est évidemment de ce point de vue que le droit a pu lui apparaître comme la discipline majeure, appelée, comme il l'a dit, à se substituer aux mathématiques dans le rôle de domaine fondamental (ces dernières se fondent sur l'évidence et le caractère contraignant des raisonnements, bref sur le «rationnel», tandis que le droit — c'est toute l'entreprise perelmanienne qui vise à le montrer<sup>5</sup> — se base sur le «raisonnable» et l'argumentation).

De ce point de vue, Perelman n'éprouve aucune difficulté à démontrer que le juge moderne, quand il tranche, n'use que peu du syllogisme judiciaire (la prémisse majeure étant constituée par la règle applicable, la mineure par le fait qualifié, la conclusion par la décision qui en découle logiquement, objectivement) : il est clair qu'au contraire, plusieurs valeurs entrent en jeu (celle de la sécurité juridique, et donc de la cohérence, de la clarté et d'une certaine complétude du texte légal, mais aussi celle de l'équité, de la paix sociale, de l'évolution des mœurs, de la morale commune, de l'efficacité, etc.); entre ces valeurs, seule une solution raisonnable (et cela veut dire : il pourrait y en avoir d'autres, considérées par un autre individu, comme raisonnables) peut «trancher», et non une solution rationnelle ou objective. Tout cela est bien connu, et l'une des raisons du succès perelmanien auprès des juristes consiste sans doute en ce qu'ils ont reconnu dans la Nouvelle rhétorique une théorie du raisonnement qui leur semble cadrer parfaitement avec tout ce que le caractère pragmatique et inventif de «l'esprit juridique» a pu produire de meilleur.

C'est en ce sens qu'une réévaluation du *sens commun*<sup>6</sup> a été entreprise par Perelman. Déprécié par la raison rationaliste comme lié à l'habitude, l'usage, l'«autorité de l'éternel hier» (Weber), le préjugé, l'opinion naïve et préphilosophique, le sens commun réacquiert une importance majeure dès lors que ce rationalisme se trouve, comme on l'a vu, critiqué dans ses prétentions mêmes : il témoigne sans doute d'une subtilité, d'un «esprit de

finesse» (comme le disait à cet effet Pascal, l'opposant à l'«esprit de géométrie», à «Descartes inutile et incertain»), d'une attention aux valeurs et problèmes de l'auditoire, de la culture ambiante, dont ne dispose pas l'abstraction rationaliste; peut-être les fils ténus de la réflexion de l'homme *phronimos* («prudent») n'ont-ils rien à faire avec les grosses chaînes de raisonnements propres aux «systèmes». Et cela est vrai, on le sait, pour l'éthique en général: tout ce qu'il y a de grand, qui aide à vivre, élargit les horizons, ou tout simplement nous éclaire sur nous-mêmes, tout cela, que l'on trouve aussi chez les philosophes systématiques, ne se trouve qu'*apparemment* déduit «*more geometrico*» (Spinoza) des principes du système. Perelman a souvent insisté sur le fait que les penseurs rationalistes argumentaient comme les autres, faisant souvent recours au sens commun, mais ne l'avouaient pas, prétendant, au lieu de cela, avoir tout engendré à partir des fondements de la théorie. Péchés d'orgueil de la pensée moderne naissante, bien stigmatisés par Hume.

Mais, on l'a vu plus haut, il faut éviter d'unilatéraliser à son tour le sens commun, d'en faire le *shiboleth* de la pensée pratique, la clé ultime de la réflexion éthique, juridique ou politique. En effet, si l'on en venait à faire cela, rien n'empêcherait la confusion entre sens commun et préjugé, le glissement de l'esprit de finesse à l'acceptation des valeurs dogmatiquement reçues de l'auditoire (rien de plus facile, pour convaincre les gens, que de leur susurrer ce qu'ils désirent entendre parce que cela correspond à leurs penchants intimes). Le sens commun est là pour pallier les insuffisances du rationalisme, non pour en dénoncer les fins. Celles-ci ont été clairement posées à l'époque des Lumières: humanisme individualiste et universaliste, respect de la personne. De tels buts sont, pour nous, des absolus: à leur propos, aucune compromission n'est possible et la vigilance est requise des «intellectuels». Le racisme ambiant, la quête de boucs émissaires, l'intolérance religieuse renaissante, la non-pensée stalinienne toujours vivace, tout cela nous entraîne à reposer la question des fondements de notre liberté moderne, de l'Etat de droit, de l'individualisme, de la démocratie. La Nouvelle rhétorique opère à l'intérieur du cadre de cette «modernité»: c'est dans cette sphère protégée (les quelques Etats de droit de la planète) que plusieurs positions raisonnables peuvent librement s'affronter, que le poids des bonnes raisons a quelque chance de faire triompher l'une ou l'autre, que des procédures et une mentalité garantissent les droits de la minorité ou du défendeur, de l'inculpé, de l'accusé. La Théorie de l'argumentation nous dit comment l'on raisonne dans un cadre pluraliste. Elle ne nous dit rien — jusqu'à présent — sur les immenses dangers qui ébranlent ce même cadre, sur les soubassements de la liberté moderne, qui n'est pas plus éternelle ou de droit divin que toute œuvre humaine. Comme disait Sartre, on ne nous a rien promis. Si la pensée juridique de Perelman doit avoir une

postérité, c'est entre autres choses dans ce sens qu'il faut aujourd'hui diriger les investigations. Sans quoi, un jour, la Nouvelle rhétorique pourrait bien apparaître comme l'expression nostalgique de ces temps reculés où le respect de l'autre n'avait pas encore tout à fait cédé à la barbarie. La Théorie de l'argumentation est l'incarnation d'une société libérale assurée d'elle-même, en particulier après la victoire sur le nazisme. Il lui faut se renouveler, s'approfondir et d'une certaine façon se dépasser pour se trouver à la hauteur des enjeux d'une Europe «décadente», attendant plus que le beau plaidoyer d'Aron pour prendre la mesure des questions essentielles.

#### NOTES

<sup>1</sup> C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation (La nouvelle rhétorique)*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Editions de l'U.L.B., 1970, pp. 1-13.

<sup>2</sup> Cf., sur cette notion, *Traité de l'argumentation, op. cit., passim*, et en particulier, le dernier ouvrage publié de Perelman: *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984.

<sup>3</sup> Cf. *Traité de l'argumentation*, pp. 610 sq.

<sup>4</sup> Cf., sur ce point, T. Mac Carthy, *The critical theory of Jürgen Habermas*, Boston, M.I.T., 1982, quatrième partie, «Foundations».

<sup>5</sup> Cf. C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979, *passim*.

<sup>6</sup> En particulier dans sa critique de la *Theory of Justice* de John Rawls, in *J. Rawls et la théorie de la justice*, éd. P. Van Parijs, Louvain-La-Neuve, Institut Supérieur de Philosophie, 1985.

## TABULA GRATULATORIA

Georges BARTHEL (Berstett)	Jean MICHOT (Bruxelles)
Adolphe BEYER (Gent)	Masashi MIWA (Hirakata-Osaka)
Jan M. BROEKMAN (Winksele)	Michel NUYENS (Leuven)
G. BUSINO (Chêne-Bourg)	Adolphe NYSENHOLC (Bruxelles)
Jeanne CROISSANT (Bruxelles)	Lucie OLBRECHTS-TYTECA (Bruxelles)
René CYPRES (Bruxelles)	Paul ORIANNE (Louvain-la-Neuve)
Marc DASSESE (Bruxelles)	Fela PERELMAN (Bruxelles)
J.-P. DE BECKER (Bruxelles)	Léon PLATTEAU (Bruxelles)
Philip DE KEUKELAERE (Eeklo)	Danièle RAMBAUDI (Varazze)
Etienne de LHONEUX (Bruxelles)	Alain RAMSDAM (Eupen)
Suzanne DELORME (Thomery)	H. REINHOLD (Bruxelles)
Wim de PATER (Leuven)	François RIGAUX (Bruxelles)
Jacques FLAMENT (Bruxelles)	Jan RONSE (Gent)
René FOQUE (Kaatsheuvel)	Georges ROQUE (Gardanne)
Jean-Louis FOSSAT (Saint-Simon)	Jacques SALMON (Bruxelles)
Aronne FRANCO (Bruxelles)	Jean SALMON (La Hulpe)
Guy FRANKARD (Bruxelles)	Pierre SALMON (Bruxelles)
Pierre-Robert GILLIERON (Lausanne)	Désiré F. SCHELENS (Nijmegen)
Paul HATRY (Bruxelles)	Luc SILANCE (Bruxelles)
Jeanne HERSCH (Genève)	Alain SQUILBECK (Bruxelles)
Georges HIRSOIL (Bruxelles)	A. Willy SZAFRAN (Bruxelles)
Robert HUENENS (Bruxelles)	André TUNC (Paris)
Marie JANSSENS (Bruxelles)	Jos UBERSFELD (Bruxelles)
John KIRKPATRICK (Bruxelles)	Raymond VANDER ELST (Bruxelles)
Nicole LAHAYE-BEKAERT (Bruxelles)	Georges VANDERSANDEN (Bruxelles)
Régine LAUWEREYS (Bruxelles)	Alf. VASTERSAVENDTS (Asse)
Dominique LECHIEN (Linkebeek)	Paul VERMEULEN (Edegem)
Paul LEVAUX (Bruxelles)	Wilhelm VENGLER (Berlin)
André MAES (Leuven)	Georges WOLF (Bruxelles)
Pierre MAHILLON (Bruxelles)	Bernard XHENSEVAL (Liège)
Jean MESNARD (Paris)	

## Bruxelles

Bibliothèque de la Faculté de Droit des Facultés Universitaires, Saint-Louis  
 Centre national de Criminologie  
 Etablissements Max Bloch  
 Universitaire Faculteiten St Aloysius, Bibliotheek  
 Université Libre de Bruxelles, Bibliothèque de la Faculté de Droit  
 Université Libre de Bruxelles, Bibliothèque principale des Sciences humaines.  
 Vrije Universiteit Brussel, Centrale Bibliotheek

## Canterbury

University of Kent, Library

## Gent

Universiteitsbibliotheek

**Glasgow**

Glasgow University Library

**Lausanne**

Bibliothèque cantonale et universitaire

**Leuven**

Bibliotheek Hoger Instituut voor Wijsbegeerte K.U.L.

**Liège**

Université de Liège, Faculté de Droit, Bibliothèque Léon Graulich

**Mons**

Université de l'Etat, Bibliothèque

**Montpellier**

Centre d'étude et de traitement de l'Information juridique, Bibliothèque

**Nancy**

Bibliothèque interuniversitaire, Section Droit

**Orléans**

Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université d'Orléans

**Paris**

Ecole Normale Supérieure de Jeunes Filles, Bibliothèque

**Pau**

Université de Pau et des Pays de l'Adour, Faculté de Droit, Salle de documentation

**Saint-Etienne**

Université de St-Etienne, Bibliothèque, section droit

**Strasbourg**

Faculté de Droit et des Sciences politiques, Bibliothèque

**Talence**

Bibliothèque interuniversitaire de Bordeaux, Droit et Sciences économiques

**Zurich**

Zentralbibliothek Zurich

# Table des matières

Guy HAARSCHER, Léon INGBER Avant-propos . . . . .	7
Léon INGBER La pensée de Perelman et la recherche de l'égalité . . . . .	9
Raymond VANDER ELST Justice et sécurité juridique . . . . .	19
Luc SILANCE La logique, le sport et les ordres juridiques . . . . .	29
Paul-Alain FORIERS Variations sur le thème de la tradition . . . . .	47
Jean J.-A. SALMON Accords internationaux et contradictions interétatiques . . . . .	67
François RIGAUX Le juge, ministre du sens . . . . .	79
Hermann PETZOLD-PERNIA Herméneutique et application de la loi au Venezuela . . . . .	97
John GILISSEN Droit et révolution. Quelques réflexions historico-juridiques sur un thème de philosophie du droit . . . . .	117

Paul ORIANNE Epistémologie juridique et enseignement du droit . . . . .	135
Henri BATIFFOL La justification en droit dans la pensée de Ch. Perelman . . . . .	153
Norberto BOBBIO Perelman e Kelsen . . . . .	161
Jerzy WRÓBLEWSKI Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman .	175
Marc VAN QUICKENBORNE La justice selon Ch. Perelman et John Rawls . . . . .	197
William KLUBACK Raymond Aron and Chaïm Perelman: Men for the same cause . .	211
Guy HAARSCHER Après Perelman . . . . .	223
Tabula gratulatoria . . . . .	229



Les textes rassemblés dans le présent volume constituent une contribution à l'étude du droit, de la philosophie juridique et de la théorie de l'argumentation dans la perspective ouverte par Perelman. Nous avons voulu que les différents aspects de celle-ci soient abordés, pour témoigner de la multiplicité des influences perelmaniennes. Des spécialistes belges et étrangers envisagent les questions proprement philosophiques (Perelman confronté à Kelsen, à John Rawls, à Aron; problèmes d'épistémologie juridique et de justification en droit), tandis que d'autres analysent les aspects plus particulièrement juridiques (rôle de la tradition, de la sécurité juridique, de l'égalité, étude des accords internationaux, de la fonction du juge, de la logique juridique). Un certain nombre de monographies spécifiques complètent le volume. Le lecteur intéressé par les questions contemporaines de philosophie du droit trouvera donc ici ample matière à méditation.

## **Règles d'utilisation de copies numériques d'œuvres littéraires publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles et mises à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB**

L'usage des copies numériques d'œuvres littéraires, ci-après dénommées « copies numériques », publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles, ci-après dénommées EUB, et mises à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB, implique un certain nombre de règles de bonne conduite, précisées ici. Celles-ci sont reproduites sur la dernière page de chaque copie numérique publiée par les EUB et mises en ligne par les Archives & Bibliothèques. Elles s'articulent selon les trois axes : protection, utilisation et reproduction.

### **Protection**

#### **1. Droits d'auteur**

La première page de chaque copie numérique indique les droits d'auteur d'application sur l'œuvre littéraire. La mise à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB de la copie numérique a fait l'objet d'un accord avec les EUB, notamment concernant les règles d'utilisation précisées ici. Pour les œuvres soumises à la législation belge en matière de droit d'auteur, les EUB auront pris le soin de conclure un accord avec leurs ayants droit afin de permettre la mise en ligne des copies numériques.

#### **2. Responsabilité**

Malgré les efforts consentis pour garantir les meilleures qualité et accessibilité des copies numériques, certaines déficiences peuvent y subsister – telles, mais non limitées à, des incomplétudes, des erreurs dans les fichiers, un défaut empêchant l'accès au document, etc. -. Les EUB et les Archives & Bibliothèques de l'ULB déclinent toute responsabilité concernant les dommages, coûts et dépenses, y compris des honoraires légaux, entraînés par l'accès et/ou l'utilisation des copies numériques. De plus, les EUB et les Archives & Bibliothèques de l'ULB ne pourront être mis en cause dans l'exploitation subséquente des copies numériques ; et la dénomination des EUB et des 'Archives & Bibliothèques de l'ULB', ne pourra être ni utilisée, ni ternie, au prétexte d'utiliser des copies numériques mises à disposition par eux.

#### **3. Localisation**

Chaque copie numérique dispose d'un URL (uniform resource locator) stable de la forme <[http://digistore.bib.ulb.ac.be/annee/nom\\_du\\_fichier.pdf](http://digistore.bib.ulb.ac.be/annee/nom_du_fichier.pdf)> qui permet d'accéder au document ; l'adresse physique ou logique des fichiers étant elle sujette à modifications sans préavis. Les Archives & Bibliothèques de l'ULB encouragent les utilisateurs à utiliser cet URL lorsqu'ils souhaitent faire référence à une copie numérique.

### **Utilisation**

#### **4. Gratuité**

Les EUB et les Archives & Bibliothèques de l'ULB mettent gratuitement à la disposition du public les copies numériques d'œuvres littéraires sélectionnées par les EUB : aucune rémunération ne peut être réclamée par des tiers ni pour leur consultation, ni au prétexte du droit d'auteur.

#### **5. Buts poursuivis**

Les copies numériques peuvent être utilisés à des fins de recherche, d'enseignement ou à usage privé. Quiconque souhaitant utiliser les copies numériques à d'autres fins et/ou les distribuer contre rémunération est tenu d'en demander l'autorisation aux EUB, en joignant à sa requête, l'auteur, le titre, et l'éditeur du (ou des) document(s) concerné(s). Demande à adresser aux Editions de l'Université de Bruxelles ([editions@admin.ulb.ac.be](mailto:editions@admin.ulb.ac.be)).

#### **6. Citation**

Pour toutes les utilisations autorisées, l'utilisateur s'engage à citer dans son travail, les documents utilisés, par la mention « Université Libre de Bruxelles – Editions de l'Université de Bruxelles et Archives & Bibliothèques » accompagnée des précisions indispensables à l'identification des documents (auteur, titre, date et lieu d'édition).

#### **7. Liens profonds**

Les liens profonds, donnant directement accès à une copie numérique particulière, sont autorisés si les conditions suivantes sont respectées :

- a) les sites pointant vers ces documents doivent clairement informer leurs utilisateurs qu'ils y ont accès via le site web des Archives & Bibliothèques de l'ULB ;
- b) l'utilisateur, cliquant un de ces liens profonds, devra voir le document s'ouvrir dans une nouvelle fenêtre ; cette action pourra être accompagnée de l'avertissement 'Vous accédez à un document du site web des Archives & Bibliothèques de l'ULB'.

### **Reproduction**

#### **8. Sous format électronique**

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement le téléchargement, la copie et le stockage des copies numériques sont permis ; à l'exception du dépôt dans une autre *base de données*, qui est interdit.

#### **9. Sur support papier**

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement les fac-similés exacts, les impressions et les photocopies, ainsi que le copié/collé (lorsque le document est au format texte) sont permis.

#### **10. Références**

Quel que soit le support de reproduction, la suppression des références aux EUB et aux Archives & Bibliothèques de l'ULB dans les copies numériques est interdite.