



Journal des Tribunaux

7 décembre 1996
115^e année - N° 5821

Bureau de dépôt : 7000 Mons
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1899) - Léon Hennebicq (1900-1940) - Charles Van Reepingen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

38 ISSN 0021-812X

Y A-T-IL EN DROIT DES REVOLUTIONS SCIENTIFIQUES ? ⁽¹⁾

1. — Le droit, paraît-il, n'aime pas les révolutions. Il les détesterait même au point de constituer contre elles le dernier rempart du régime en place. Et lorsque, malgré ses efforts, une révolution réussit, il n'aurait de cesse de réduire la fracture et de restaurer bientôt, sous les couleurs du nouveau pouvoir, le règne de l'ordre établi. Ainsi, la codification napoléonienne n'aurait que prolongé l'ancien droit en réalisant sa synthèse et refermé, comme on ferme une parenthèse, la période révolutionnaire dont elle se proclamait l'héritière. Quant au contenu, les institutions et les règles fondamentales du droit privé n'auraient guère varié depuis deux millénaires. Elles traduiraient ce fond intangible de nature humaine qu'effleure sans l'altérer le souffle parfois violent de l'histoire. Le droit serait ce qui perdure quand tout se modifie. Il mériterait ce respect qu'impose seul l'étrange permanence de ce qui doit être par rapport au flux continu des événements. Quant à la méthode, une plus grande pérennité encore s'attacherait aux formes de raisonnement qui assurent l'application exacte des lois. Croisement réussi d'une saine logique et d'un solide bon sens, la logique judiciaire déclinerait, au fil des siècles, sur le double mode de la science et du raisonnable, les règles de la sagesse antique des nations. Le syllogisme judiciaire formerait la clé de voûte de ce majestueux édifice érigé par les anciens et conservé intact jusqu'à nous par les soins d'une tradition jalouse. La théorie du droit serait, au fond, à tous les sens du terme, une discipline sans histoire.

Selon une autre version, le droit aurait bien connu d'importantes évolutions, mais celles-ci s'inscriraient finalement toutes dans la ligne d'un progrès continu, sous les auspices de la raison. S'émancipant peu à peu de l'onction sacrée et divine puis d'une métaphysique qui confondait les règles des hommes avec les mécanismes de la nature, le droit aurait atteint enfin l'âge adulte où, libéré des fantasmes et épousant les besoins de la société contemporaine, il se serait élevé au statut de science positive (2).

Et si l'une et l'autre de ces versions dissimuleraient une réalité moins rassurante ? Si le passé était lourd d'autre chose que du présent dont il est censé accoucher ? Si, en droit aussi, la vérité avait une histoire (3) ? Je veux dire qu'il faut envisager que, sous le même nom de « droit » ou de « science juridique » et malgré l'apparente récurrence des problèmes posés, des conceptions radicalement différentes aient pu s'imposer successivement à propos de la nature de la règle de droit et de la méthode requise pour en déterminer le sens et en assurer l'application. C'est cette perspective d'une histoire de la pensée juridique placée sous le signe non de la continuité mais de la rupture, de ruptures peut-être brutales, de véritables révolutions scientifiques, que je voudrais évoquer ici.

2. — Le concept de révolution scientifique. — Le concept de « révolution scientifique » a été introduit dans l'épistémologie des sciences par l'américain Thomas Kuhn dans les années soixante (4). Kuhn n'est pas juriste et il ne s'occupe pas de droit. Son domaine est celui des sciences dites exactes. Mais il se trouve lui aussi confronté au récit, popularisé par les manuels, d'une science se développant selon le plan imposé d'un progrès linéaire, harmonieux et continu. Kuhn conteste cette histoire. Il observe qu'une discipline scientifique se constitue au départ d'une idée maîtresse, qu'il appelle paradigme, et que ce paradigme, autour duquel s'organise une communauté de chercheurs et un programme de recherches, définit à la fois l'objet de la recherche, le champ des questions pertinentes et les règles à observer pour parvenir à leur solution. Tant que le paradigme fonctionne bien, qu'il suscite de nouvelles découvertes, qu'il permet une interprétation plausible des faits qui se présentent à l'observateur, on se trouve en période de « science normale ». Mais, il suffit qu'avec le temps sa fécondité vienne à baisser ou qu'un fait aberrant survienne dont la théorie ne puisse rendre compte ou encore qu'un nouveau paradigme surgisse et

S O M M A I R E

- Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ?, par B. Frydman 809
- Impôts sur les revenus - Conjoints séparés de fait - Article 267 du C.I.R. 1964 et article 346 du C.I.R. 1992 (C. Arb., 27 juin 1996, observations de R. Forestini) 814
- Responsabilité - Faute - Obligation secondaire - Rupture du lien de causalité (Cass., 2^e ch., 5 juin 1996) 818
- Mariage - Article 224 du Code civil - Epoux de nationalité italienne - Résidence en Belgique - Sûretés personnelles données par un époux - Loi italienne seule applicable (Mons, 7^e ch., 7 juin 1996) 818
- Action en cessation - Nom commercial - Publicité - Confusion avec le nom commercial d'un premier utilisateur (Bruxelles, 9^e ch., 17 mai 1996) 819
- Faillite - Société en liquidation - Cessation de paiement - Ebranlement du crédit (Comm. Bruxelles, 24 juin 1996) 820
- Chronique judiciaire :
Billet de la Semaine - Coups de règle - Bibliographie - Mouvement judiciaire - Dates retenues.

1996

809

Vient de paraître

LA LOYAUTÉ

Mélanges offerts à Etienne Cerexhe

Sous la coordination
du professeur Joe Verhoeven

Voyez dépliant au centre de ce journal

(1) Ce texte, légèrement retouché, reproduit la leçon inaugurale du cours de théorie du droit, délivrée à la Faculté de droit de l'U.L.B., le 30 janvier 1996.

(2) En ce sens, Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1906, qui développe une conception positiviste orthodoxe de l'évolution du raisonnement juridique.

(3) Sur le thème d'une histoire de la vérité en rapport avec les formes judiciaires, on lira les conférences de Michel Foucault : « La vérité et les formes judiciaires », in *Dits et écrits*, t. II, Paris, Gallimard, 1994, n° 139, pp. 538 et s.

(4) Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (trad. fr. de la 2^e éd. anglaise élargie de 1970).

se pose en concurrent sérieux, et voici que la science entre en crise. Les chercheurs se mettent à douter. Ils désertent le laboratoire pour se plonger dans les méandres de la théorie ou de la philosophie et se déchirent parfois en âpres débats d'école. Si, à l'issue de cette crise, un nouveau paradigme parvient à s'imposer, on a affaire à une révolution scientifique. Celle-ci a souvent pour conséquence le changement profond de la discipline, de son programme de recherche, de sa méthode, de son organisation, de son enseignement et même de la vision du monde de ceux qui la pratiquent. En dernier ressort, ce qui détermine la victoire d'un paradigme sur un autre demeure mystérieux, de l'ordre de la croyance ou du moins de l'adhésion de la communauté des chercheurs.

Prenons l'exemple classique de l'astronomie. Dans la théorie de Ptolémée, tous les corps célestes se meuvent sur une série de cercles autour d'un point fixe et central, la terre. Ce modèle astucieux, conçu au II^e siècle dans le prolongement de la métaphysique aristotélicienne, a déterminé pendant des siècles les conceptions de l'univers, tout en fournissant une méthode de calcul de la position des astres satisfaisante au regard des besoins de la pratique. Mais satisfaisant ne veut pas dire exact et, pendant longtemps, les astronomes ont cherché à en améliorer les performances par de minuscules corrections, qui ont, en définitive, compliqué considérablement le calcul des tables planétaires. Le paradigme de l'héliocentrisme proposé par Copernic, dans lequel la terre décentrée apparaît comme une planète parmi d'autres du système solaire, devait opposer à ces problèmes de calcul une solution certes plus élégante et plus économique que la multiplication des cercles, mais non pas plus exacte en raison de ces approximations théoriques. Il bouleversait en outre considérablement la vision du monde des hommes de la Renaissance, attirant les foudres des autorités religieuses et de certains métaphysiciens. Pourtant, cette théorie exerçait un tel attrait, notamment par les voies nouvelles qu'elle traçait pour la recherche, que la crise ouverte par la mise en cause du modèle de Ptolémée devait finalement se résoudre à son avantage.

Des renversements comparables à celui de la révolution copernicienne se sont-ils produits dans le domaine du droit, bouleversant, sinon toujours des visions du monde, du moins l'idée que les hommes se font de la loi ? Je le pense et voudrais vous en proposer trois exemples au fil d'une perspective cavalière de l'histoire moderne de la théorie du droit.

3. — La révolution jusnaturaliste. — Le premier cas que je soumetts à votre appréciation est celui de l'école du droit naturel moderne, qui domine sans partage le terrain de la science juridique à l'âge classique, aux XVII^e et XVIII^e siècles. Les jusnaturalistes se sont divisés sur bien des points. Ce qui les rassemble pourtant, ce n'est ni une conception commune de la nature ou de la loi, ni une attitude politique définie (on y trouve des absolutistes comme des libéraux), mais bien un projet scientifique : le projet de construire une science exacte du droit en rupture avec le modèle scolastique, hérité du Moyen-Âge.

La pensée scolastique s'épanouit dans la casuistique et plus précisément dans une forme de discussion universitaire des questions difficiles obéissant à un rituel très précis : la *disputatio*.

Tenant à la fois de l'exercice et de la cérémonie, la *disputatio* consiste en une discussion contradictoire, à l'image d'un procès si vous voulez, qui dure plusieurs jours, au cours desquels des étudiants, de niveaux différents, s'affrontent en échangeant arguments et réponses au sujet d'une thèse proposée par le maître, qui statue en finale sur les mérites respectifs. Chacune des parties essaie de mettre de son côté le maximum « d'autorités », c'est-à-dire de grands textes considérés comme infaillibles (Aristote, l'Écriture Sainte, le Corpus justinien, etc.), et recourt fréquemment à l'analogie, en proposant la solution du cas par référence à une espèce similaire déjà tranchée. Les traités de droit ou de théologie utilisent également ce prisme de la discussion contradictoire pour l'exposé des questions litigieuses qui relèvent de leur domaine (5).

Ce modèle, qui avait donné satisfaction pendant des siècles — et qui ne paraît sans doute pas tout à fait absurde à l'avocat d'aujourd'hui —, est perçu par la pensée classique comme tout à fait irrationnel et vain. Ainsi, Leibniz rapporte le mot d'un certain M. Casaubon à qui on faisait visiter une vieille salle de la Sorbonne en lui expliquant que, depuis plus de trois cents ans, « on y disputait » : « et qu'a-t-on finalement décidé ? » demanda-t-il sceptique (6). Les jusnaturalistes rêvent de remplacer les interminables discussions de la scolastique par des démonstrations contraignantes et définitives à la manière des théorèmes mathématiques. En outre, ils rejettent explicitement l'autorité comme fondement de la vérité. Barbeyrac, grand spécialiste du droit des gens, s'écrie ainsi dans son introduction au *Traité de Pufendorf* : « C'est l'honneur de notre siècle qui, plus que tous les siècles passés, a secoué le joug d'une Autorité destituée de preuve » (7). Les rationalistes substituent aux autorités médiévales le critère de l'évidence rationnelle qui s'impose au sujet lui-même. On se rappelle le premier principe de la méthode de Descartes : « ne recevoir jamais aucune chose pour vraie que je ne la connusse évidemment être telle » (8). De même, pour Spinoza, la vérité doit être à elle-même sa propre norme (*index sui*) (9). Rejet de la discussion au profit de la démonstration, refus de l'autorité au profit de l'évidence, méfiance enfin vis-à-vis de l'analogie, car, comme l'écrit Michel Foucault, à l'ère classique, « la similitude n'est plus la forme du savoir mais plutôt l'occasion de l'erreur » (10). La ressemblance est fille de l'imagination non de la raison. Au procédé horizontal de l'analogie qui procède au cas par cas, c'est-à-dire au hasard des rencontres, les jusnaturalistes préfèrent la déduction verticale dans l'ordre

dû depuis des principes certains et généraux jusqu'aux solutions particulières.

Les tenants de la nouvelle école se donnent très explicitement comme référence les *Éléments* d'Euclide, c'est-à-dire un traité de géométrie. De même que Spinoza dans l'*Ethique* démontre la métaphysique et la morale *more geometrico*, à la manière des géomètres, pareillement les jusnaturalistes tentent de reconstruire un droit universel au départ de quelques axiomes et par le moyen de démonstrations progressives. On pense notamment aux fameux systèmes de droit naturel de Grotius (11) et Pufendorf (12). Et si réduire le droit à la géométrie participe bien sûr d'une image, on n'en est pas moins frappé par la foi de savants comme Pufendorf en l'établissement d'une jurisprudence rationnelle, qui atteindrait à un degré de certitude au moins égal à celui des mathématiques. Il reviendra à Leibniz, célèbre philosophe et mathématicien, mais aussi juriste de formation et conseiller du Prince en la matière, de pousser le plus loin une entreprise extraordinairement ambitieuse de formalisation du droit, à laquelle il travaillera sa vie durant (13). Sa réussite suppose d'abord une logique déontique formelle (logique des normes), dont Leibniz jette les bases au départ de la logique modale. Il faut ensuite réduire le droit (romain ou germanique) à un nombre fini de définitions et d'éléments simples. Puis, on doit exprimer ceux-ci dans une langue parfaite, univoque, et les classer en vastes tableaux, dont le philosophe proposera avec ses secrétaires plusieurs versions qui le laisseront toujours insatisfait. Enfin, ce tableau des éléments simples, à le supposer complet, permettra idéalement de reproduire, par le recours à l'art combinatoire, l'intégralité des cas possibles tels qu'ils se sont présentés ou se présenteront dans l'avenir aux magistrats. Muni de ce tableau et du calcul logique, le juge deviendra un scientifique, que ne troubleront plus les sophismes et barbarismes des avocats — Leibniz ne les portait guère dans son cœur — et dont les décisions rationnelles ne s'exposent plus à l'accusation d'arbitraire.

Le projet leibnizien n'aboutira pas en tant que tel. Il n'y aura pas, au total, absorption de l'argumentation juridique par la logique formelle, mais plutôt une réorganisation des normes sur la base d'une *mathésis*, d'un classement, propre au droit. Le droit naturel fournit à la fois le fondement et le cadre de cette entreprise de « mise en ordre ». Le maître-mot ici, c'est l'ordre et le nouveau paradigme, qui remplace la *disputatio*, l'*ordre juridique*. Le juriste classique s'emploie à restaurer dans l'ordre de la raison la masse des signes éparés qui disent le droit (écriture sainte, droit romain, ordonnances et édits royaux, arrêts de Parlement, coutumes rédigées, etc.). Ainsi, Jean Domat entreprend-il de mettre *les lois civiles dans leur ordre naturel*, selon le titre de son grand ouvrage (14). L'ordre juridique moderne désigne une totalité, un ensemble de règles homogène et autonome, qui bénéficie d'une validité propre.

(5) La *Somme théologique* de Thomas d'Aquin en fournit une remarquable illustration.

(6) Cette anecdote tirée de la correspondance de Leibniz est rapportée par Benoit Timmermans dans son ouvrage, *La résolution des problèmes de Descartes à Kant*, Paris, P.U.F., « L'interrogation philosophique », 1995, p. 6.

(7) S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Londres, Nours, 1740, préface du traducteur, § 10.

(8) R. Descartes, *Discours de la méthode* (1637), 2^e partie.

(9) *Ethique*, 2^e partie, proposition XLIII, scolie.

(10) M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard « Tel », 1966, p. 65.

(11) *Le droit de la guerre et de la paix (De jure bello ac pacis)*, trad. Barbeyrac, Amsterdam, P. de Coup., 1724.

(12) *Le droit de la nature et des gens*, op. cit.

(13) On peut consulter, à ce propos, l'ouvrage déjà ancien mais toujours de référence de G. Grua, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris, P.U.F., 1956.

(14) Paris, Gosselet, 1723.

Il représente toutes les règles, indépendamment de leur origine, dans un tableau unique où elles fonctionnent ensemble. La notion d'ordre se précise et culmine enfin dans celle de *système*, qui postule la cohérence et la complétude des données ainsi réaménagées. En d'autres termes, à tout problème, le système doit offrir une et une seule bonne réponse claire, qui est le droit. Ce nouveau paradigme entraîne d'importants changements, non seulement dans la vision du droit aux XVII^e et XVIII^e siècles, mais encore dans les règles du raisonnement juridique. D'abord, comme je l'ai indiqué, on justifie une solution non plus au cas par cas, mais en montrant qu'elle procède de manière nécessaire et suffisante du système global. Ensuite, parce qu'on est imprégné de cette idée de système, on donne la chasse aux lacunes, aux antinomies, aux exceptions, qui ne posaient nullement problème dans le paradigme, contradictoire par définition, de la scolastique, mais qui sont devenues intolérables. Le souci de leur élimination stimule désormais l'activité créatrice des juristes.

4. — La révolution philologique. — Le paradigme géométrique va lui-même, et ce sera mon deuxième exemple, être brutalement révoqué au début du XIX^e siècle. Ce n'est pas le moindre paradoxe du droit naturel moderne que sa double victoire, aussi bien sur le terrain politique, avec les grandes déclarations de droits naturels qui marquent les révolutions française et américaine, que sur le plan épistémologique, avec la concrétisation du modèle systématique dans la codification napoléonienne, marque également sa fin en même temps que la mort, comme par épuisement, d'une école de pensée. On est frappé, à cet égard, de la dureté, voire du mépris avec lesquels les juristes du nouveau régime vont rapidement condamner les idées et la méthode de l'école déchue. Voici, entre cent citations, ce que, dans son *Traité de l'interprétation juridique*, le doyen Delisle, qui pourtant sur le plan de la révolution scientifique ferait plutôt figure de « réactionnaire », écrivait à propos de l'école du droit naturel : « Une théorie qui ne peut se plier à la pratique est *un je ne sais quoi*, qui n'est pas digne de fixer l'attention, ou qui certainement ne constitue pas la science du juriste » (15). De même que le jusnaturalisme avait répudié la scolastique au nom de la Raison, le voilà à son tour relégué au nom de la science pratique des juristes. Mais, en quoi au juste consiste cette science et quel est donc son paradigme ?

Cette science repose, en premier lieu, sur une vision du droit dans laquelle l'ordre ne désigne plus le système mais le commandement du Souverain. La règle n'est plus cet élément logique à ranger à sa place dans le tableau du droit, mais l'injonction du législateur, l'expression de sa volonté, qu'il s'agit de bien comprendre pour mieux y obéir. Il faut désormais scruter avec minutie les formes de cette expression, à savoir l'œuvre législative, comme l'illustrent ces commentaires monumentaux du Code civil, qui se succèdent tout au long du XIX^e siècle et auxquels les juristes de l'école de l'exégèse ont attaché leurs noms. Raisonnement scientifique revient à interpréter

correctement la loi. La science juridique délaisse la logique au profit d'une herméneutique, c'est-à-dire d'une technique de lecture de l'œuvre du législateur.

Les règles de cette technique, que je vais préciser dans un instant, sont à ce point inscrites dans notre culture juridique qu'elles paraissent à beaucoup, encore aujourd'hui, évidentes ou, ce qui revient au même, éternelles. En réalité, elles marquent une rupture avec l'esprit jusnaturaliste sans pour autant renouer avec la méthode traditionnelle, issue de la rhétorique antique et médiévale, véhiculée auparavant par les manuels de logique judiciaire. Cette méthode neuve participe au contraire pleinement de l'esprit scientifique du XIX^e siècle. Pour s'en convaincre, il suffit de la mettre en parallèle avec celle qu'impose à la même période, dans le domaine des études littéraires, historiques, philosophiques et religieuses, la science montante de l'époque, la philologie (16).

Le principe en est simple : comprendre une œuvre revient à retrouver l'état d'esprit de son auteur au moment de la rédaction. La recherche du sens se fait à la fois historique et psychologique : historique, puisqu'il faut, pour le découvrir, remonter à la naissance du texte, et psychologique, dans la mesure où on requiert de l'interprète qu'il se mette en quelque sorte dans l'esprit de l'auteur pour saisir la pensée qui a guidé sa main.

La première étape de la démarche de compréhension scientifique consiste à établir ou rétablir l'œuvre à interpréter dans une version unique, certaine, originale. Cette tâche, considérable pour les textes anciens, est supprimée en droit par la codification et l'organisation de strictes formalités de publication des lois et décrets.

Deuxièmement, le texte fixé, il faut en arrêter le sens. A la différence de l'herméneutique ancienne, qui admettait la pluralité des significations, la philologie et l'école de l'exégèse affirment, d'une même voix, l'existence d'un sens unique et véritable pour chaque texte, déterminable, en principe, par l'investigation scientifique. C'est la doctrine du sens clair, héritée du projet naturaliste et consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation (17). Pour le philologue Wolf, « deux explications qui concerneraient le même passage, ou deux *sensus* ne sont jamais possibles. Chaque phrase, chaque suite de phrases n'a qu'un sens, même si on peut bien discuter de ce sens, pour celui qui cherche, il n'y en a qu'un seul » (18). De même, pour les juristes Boileux et Demolombe, « interpréter, ce n'est pas *changer, innover*; c'est fixer le sens exact et véritable d'une disposition et déterminer sa portée (...) ».

(16) Sur cette question, beaucoup plus en détail : B. Frydman, « Exégèse et philologie : un cas d'herméneutique comparée », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1994, 33, pp. 59-82.

(17) M. van de Kerchove, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'interprétation en droit - Approche pluridisciplinaire*, dir. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978.

(18) *Vorlesungen über die Altertumswissenschaft*, Leipzig, 1831, p. 282 (cité dans une traduction de Todorov).

En réalité, il n'y a qu'une seule espèce d'interprétation » (19).

Troisièmement, ce sens unique et scientifiquement garanti coïncide avec l'intention de l'auteur ou du législateur. Selon la célèbre formule que Schleiermacher emprunte à Schlegel : « interpréter, c'est comprendre un auteur aussi bien et même mieux qu'il ne s'est compris lui-même ». De même, chez les juristes, Laurent affirme : « Il faut revenir à la règle établie par les auteurs mêmes du Code. Quelle est l'œuvre de l'interprète ? C'est de reconstruire la pensée du législateur » « n'est-ce pas la pensée qui constitue l'essence de la volonté, et par suite l'essence de la loi » (20).

Enfin, quatrièmement, l'activité de l'interprète comportera donc deux phases solidaires : l'interprétation littérale ou grammaticale qui comprend le texte à partir de la langue et l'interprétation technique ou littéraire, encore appelée logique par les juristes, qui fait connaître, au-delà de la lettre, l'esprit, c'est-à-dire la pensée de l'auteur ou les motifs qui l'ont guidé. Ces deux étapes doivent idéalement aboutir à un résultat convergent.

La révolution philologique s'opère, à la même époque, plus ouvertement encore en Allemagne, où s'impose l'école historique du droit, dont les liens avec la philologie allemande sont cette fois officiels. L'école historique, tout comme l'école de l'exégèse, dirige sa recherche du sens dans la direction double de l'origine et de l'esprit. Pour l'école française, il s'agit de retrouver l'intention souveraine de l'auteur du Code au moment de la rédaction. Pour l'école allemande, il faut remonter, à partir des textes, jusqu'à l'esprit qui a conçu et mûri la règle, le *Volksgeist*, l'esprit du peuple, que le mouvement romantique allemand place au fondement de toutes les institutions. Dans les deux cas, la recherche se fait quête de l'origine, comme source du sens et de la légitimité. L'école historique introduit à cette occasion le nouveau paradigme de la science juridique : le concept, bien connu et pourtant relativement récent, de « source du droit » (*Rechtsquellen*). Emprunté aux sciences naturelles via la théologie, ce concept est bientôt adopté par toute la doctrine. La source remplace l'ordre comme fondement de la science. Désormais, toute solution pour être reconnue doit justifier de sa source, faire la preuve de son origine, de sa conformité à l'esprit qui l'a conçu, qu'il s'agisse de l'intention du législateur souverain ou de l'esprit du peuple.

5. — La révolution réaliste et sociologique. — Ce modèle philologique a connu dans notre discipline une réussite sans précédent au point de s'imposer durablement comme la doctrine officielle de la science du droit. Il représente encore aujourd'hui le point de départ obligé de notre culture et de notre réflexion. Toutefois, au fil du temps, la société change, les idées évoluent et il devient de plus en plus difficile et insatisfaisant de rattacher les solutions à la volonté prêtée aux représentants d'un régime parfois révolu. L'emprise du modèle est si grande

(19) Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6^e éd., Paris, 1856, t. 1, § 4, p. 28 (souligné par l'auteur); Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd., Paris, 1865, t. I, § 115, p. 137.

(20) Laurent, *Principes de droit civil*, § 273, pp. 343-344.

(15) Delisle, *Traité de l'interprétation juridique*, 2 vol., Paris, Delamotte, 1849, t. I, préface, p. xi.

pourtant et sa légitimité politique si forte qu'il faudra attendre les toutes dernières années du XIX^e siècle pour voir se dessiner une alternative cohérente, qui bousculera le modèle philologique sans toutefois réussir à le renverser. Cette nouvelle tentative de révolution, partiellement réussie, constituera mon troisième et dernier exemple. Elle se profile, à peu près au même moment et sous des noms divers en Allemagne, avec Jhering et ses disciples de l'*Interessen Jurisprudenz*; en France, avec l'école de la libre recherche scientifique de Gény; en Belgique, avec Vander Eycken, qui soutint à la Faculté de droit de l'U.L.B., une thèse audacieuse, manifeste des idées positivistes, devenue un manuel de référence pour plus d'une génération d'étudiants (21), puis avec le grand De Page et le procureur général Leclercq, qui embrassent le parti du mouvement; aux États-Unis enfin, avec Justice Holmes, père du mouvement réaliste, et Roscoe Pound, chef de file de la *sociological jurisprudence*.

Les partisans du renouveau trouvent d'abord leur unité, nous en avons maintenant l'habitude, dans la critique féroce de l'école précédente, en particulier quant à l'attachement qu'elle porte aux écrits. On garde en mémoire les paroles du procureur général Leclercq devant la Cour de cassation : « Le texte de la loi n'enchaîne pas l'interprète, il n'enchaîne que l'ouvrier imprimeur et le premier ne doit pas être confondu avec le second » (22). Les réalistes américains opposent sur le même ton les « *real rules* » aux « *paper rules* », les règles véritables, qu'enseignent seulement l'observation de la pratique, aux « règles de papier » ressassées dans les codes et les manuels. Le juriste est sommé de désertir l'ambiance feutrée de sa bibliothèque pour se frotter sur le terrain à cette société en mouvement qu'il prétend régir.

Une nouvelle vision du droit s'impose : la règle juridique ne se conçoit plus ni comme l'élément d'un système abstrait, ni comme l'œuvre d'un auteur souverain, mais comme un fait, un *fait social*. Pour les nouveaux positivistes, la science juridique véritable repose sur l'étude de faits réels, de préférence à des normes abstraites ou des textes. Il faut donc envisager le droit, non tel qu'il devrait être, mais tel qu'il est effectivement, c'est-à-dire tel que les juges l'appliquent. « La prédiction de ce que les juges feront réellement et rien de plus prétentieux » (23), voilà ce qui, selon Justice Holmes, constitue le droit. L'observation doit encore saisir ce fait dans son contexte, à savoir la réalité sociale dont le droit est à la fois le produit et un facteur d'évolution. Cette réalité sociale est perçue comme un champ de forces, où luttent pour la reconnaissance des intérêts concurrents, plus ou moins égoïstes, plus ou moins légitimes, entre lesquels le droit arbitre.

L'intérêt s'impose comme le nouveau paradigme central de la science positive du droit.

(21) *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1906.

(22) Conclusions précédant Cass., 26 janv. 1928, *Pas.*, 1928, I, pp. 63 et s., spéc. p. 65.

(23) O.W. Holmes, « The Path of the Law », 10 *Harvard Law Review*, 457, reproduit in Holmes, *Collected Papers*, New York, 1920, pp. 167-202, spéc. p. 173 : « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law ».

Autour de cette notion, deux programmes de recherches, opposés mais complémentaires, se mettent en place. Le premier, critique, scrute sous les motivations officielles des lois et des décisions de justice, le jeu violent des intérêts et des rapports de force qui commandent, en dernière instance, aux règles. Le second, plus idéaliste, regarde le juge comme l'arbitre et le pacificateur des conflits sociaux et tente de mettre au point des instruments objectifs pour mesurer *in concreto* la valeur des intérêts particuliers et rétablir leur équilibre.

François Gény, qui conduit en France le second courant, écrit ainsi : « On ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient » (24). Cette mesure des droits par le calcul des intérêts et de leur équilibre a laissé plus d'une trace dans notre droit positif, notamment dans les critères de l'abus de droit ou de la bonne foi ou encore dans l'office du juge des référés lorsque celui-ci met en balance les intérêts respectifs des parties (25). La jurisprudence américaine en offre cependant les applications les plus spectaculaires, notamment avec Learned Hand, qui impose aux juridictions fédérales sa formule de calcul de la responsabilité pour négligence. Selon les termes de cette formule, on est responsable d'un dommage causé à autrui par son fait et qu'une précaution aurait pu éviter chaque fois que le coût théorique de la précaution à prendre est inférieur au dommage supporté par la victime, multiplié par la probabilité de l'accident (26). La justice procède ici d'une évaluation coût/bénéfice. Le droit emprunte ses concepts à l'économie, en particulier à la théorie néoclassique de l'équilibre et le juge supplée la main invisible du marché en favorisant l'allocation optimale des ressources, la maximisation des profits (27).

La vision du droit comme fait social ou économique et le paradigme de l'intérêt induisent à nouveau des changements importants dans la méthode et les règles du raisonnement judiciaire. Les arguments de texte sont, on l'a vu, largement déconsidérés au profit de l'argument téléologique, privilégiant le résultat à atteindre, que l'exégèse avait crû bon d'écarter. Appelé à trancher un cas, le juge devra moins se préoccu-

(24) F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd. augmentée, Paris, 1919, t. II, p. 221.

(25) La Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas davantage à procéder à la pesée des intérêts en présence, ce qui donne lieu à des arrêts parfois contestables. Voy., par exemple, en ce qui concerne la liberté d'expression et ses limites, l'arrêt Otto-Preminger-Institut c. l'Autriche, du 20 septembre 1994 et l'arrêt Jersild c. le Danemark, du 24 septembre 1994 (*Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 456-467 et 469-485) ainsi que les articles de Fr. Rigaux, « La liberté d'expression et ses limites » (*id.*, pp. 401-415) et de G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste » (*id.*, pp. 417-422).

(26) *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169, 173 (2nd Cir. 1947).

(27) Pour une analyse en détail des conceptions économistes du droit aux États-Unis : B. Frydman, « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école américaine de l'analyse économique du droit », in T. Andréani (dir.), *Structures, systèmes, champs et théories du sujet*, Paris, L'Harmattan, 1997 (à paraître).

per des sources historiques que des exigences de la réalité sociale présente et du contexte de l'espèce. Le raisonnement se fait résolument conséquentialiste, voire utilitariste. De la mesure, il évolue vers le calcul et des outils nouveaux, principalement empruntés à l'analyse économique, tels la théorie des jeux, ouvrent la voie à un nouveau projet de formalisation, qui repose toutefois, on l'aura compris, sur des prémisses différentes de celles du projet naturaliste.

6. — Si on jette à présent un regard rétrospectif sur ces trois révolutions scientifiques, force est de constater que, sous le projet persistant de construire une science du droit véritable et si possible exacte, qui fonde la justice sur la vérité, des modèles de rationalité très différents, voire incompatibles, se sont imposés au fil du temps. Chacun des trois modèles évoqués s'appuie sur une certaine « vision du droit » ou, si on préfère, sur une certaine ontologie, qui fournit à la règle son référent ultime et lui donne sa consistance. Pour le jusnaturaliste, la norme s'inscrit dans un ordre naturel, accessible à la raison, dont Dieu ou la Nature se porte le garant. Pour le juriconsulte de l'exégèse, la loi procède de la volonté du Souverain, qui l'édicte dans un acte écrit à déchiffrer. Pour le positiviste du début de notre siècle, le droit est un fait observable et donc réel, inscrit dans le social, qui tire sa signification de ses effets. Ces trois visions, ancrées dans la pratique et reflétées par les théories, justifient des conceptions très différentes du raisonnement juridique exact. Chacune des révolutions déplace à chaque fois sensiblement la ligne de partage, entre la méthode scientifique et le « *je ne sais quoi* », pour parler comme Delisle, entre le raisonnement rigoureux et le propos fantaisiste, entre la décision légitime et l'ordre arbitraire. En une phrase, chacune de ces révolutions crée et tente d'imposer ses propres normes de vérité.

Dans le passé, ces coupures temporelles ont été largement occultées au profit d'une division, géographique celle-là, des ordres juridiques en États-nations et au-delà, entre pays de droit civil et pays de common law, souvent présentés comme les deux continents de la raison juridique occidentale. Or, si on examine un instant le champ d'application de nos trois révolutions, on constate non seulement que celles-ci ne s'embarassent guère des frontières nationales, mais qu'en outre elles traversent allègrement la barrière, jadis et souvent encore aujourd'hui, présentée comme infranchissable, entre droit anglo-américain et droit continental. Ainsi, le modèle du droit naturel concerne aussi bien Hobbes ou Locke que Suarez, Domat, Leibniz ou Grotius. Au XIX^e siècle, on l'a vu, la révolution philologique porte à la fois l'école historique allemande et l'école de l'exégèse en France. La définition par les exégètes de la loi comme commandement du Souverain rejoint celle de l'anglais John Austin (28), tandis que la méthode d'interprétation philologique est enseignée aux Américains par le *Traité Legal and Political Hermeneutics* (29), sous la plume de

(28) John Austin, dans son maître ouvrage, *The Province of Jurisprudence determined* (1832), définit ainsi le droit : « law as the command of the Sovereign ». Cette définition positiviste du droit dérive d'ailleurs en ligne directe du philosophe anglais Thomas Hobbes et de son *Leviathan*.

(29) ou *Principles of Interpretation and Construction in Law and Politics*, Saint-Louis, 3^e éd., 1880.

Francis Lieber, auteur d'origine allemande et pétri de philologie, et appliquée de manière orthodoxe par les juges américains, spécialement à l'occasion du contrôle de constitutionnalité (30). Quant à la révolution sociologique enfin, elle se développe pratiquement simultanément en Allemagne, en France, en Belgique et aux Etats-Unis, ses artisans se reconnaissant explicitement comme membres d'un même courant de pensée. Il semble donc bien, à la lumière de ces exemples concordants, que, sur le plan des modèles de rationalité à tout le moins, la pertinence de la *summa divisio* classique entre pays de droit civil et de common law mérite d'être sérieusement réinterrogée.

7. — La révolution postmoderne. — Lorsqu'on envisage l'histoire de la pensée juridique comme une succession de révolutions scientifiques, on ne peut manquer de se demander, et c'est la question que j'aborderai en guise de conclusion, si nous vivons nous-mêmes l'aube ou le cours d'une révolution nouvelle.

Dans un article consacré à la réforme de l'enseignement du droit, Chaïm Perelman écrivait : « la vision contemporaine du droit se caractériserait plutôt par une synthèse, laissant sa place à chacune des conceptions antérieures » (31). En 1995, dans le cadre de la Chaire Francqui (32), Michel van de Kerchove se prononçait dans le même sens en indiquant que la science du droit progresse davantage par accumulation que par révolution. Notre temps serait donc l'heureux témoin d'une réconciliation de la raison juridique avec elle-même et avec son histoire. Les manuels d'introduction au droit et de théorie générale apportent de l'eau à ce moulin, qui évoquent conjointement les sources formelles, l'ordre juridique et les intérêts sociaux comme autant de facettes complémentaires d'une réalité complexe. Dans les débats judiciaires, comme dans les travaux académiques, les juristes n'hésitent pas d'ailleurs, pour découvrir le sens d'une règle, à invoquer tantôt l'intention de son auteur, tantôt la nécessaire cohérence du système, tantôt les conséquences de la décision, et parfois même les trois simultanément.

Cependant, à la réflexion, cet écuménisme a de quoi surprendre. N'y a-t-il rien d'étrange, en effet, dans cette coexistence pacifique, presque harmonieuse, entre des formes de raisonnement qui impliquent des visions du droit aussi différentes et qui, nous l'avons vu, n'ont pu s'imposer qu'au détriment l'une de l'autre et au prix de luttes sans merci ? Ne faut-il pas plutôt voir dans cette réconciliation inattendue le signe qu'une fois de plus notre vision du droit a changé ? Car enfin, lorsqu'on invoque l'intention du législateur, des esprits forts nous expliquent aussitôt que derrière cette « fiction » se

cache une masse de rédacteurs anonymes, chargés de mettre en forme des compromis de circonstance plus ou moins brumeux. Si on se risque à avancer l'idée d'un système juridique, on a beau jeu de nous opposer les contradictions sans nombre que produit quotidiennement la multiplication des niveaux de pouvoirs. Quant à la lecture de la réalité sociale et de ses exigences, de l'avis unanime, elle apparaît brouillée et suspecte depuis ce qu'on a appelé la mort des idéologies.

Comment comprendre ce double langage, cette distorsion entre le discours de la pratique et le discours sur la pratique ? Ce décalage s'explique peut-être assez simplement par le découplage des arguments utilisés d'une part, et, d'autre part, des visions du droit qui, autrefois, les soutenaient et leur garantissaient un fondement. Plus concrètement, le juriste peut très bien invoquer aujourd'hui l'intention de l'auteur pour faire prévaloir une certaine interprétation de la règle, sans pour autant croire que la loi est, en ultime instance, l'expression de la volonté du législateur souverain. Cela ne l'empêchera pas en une autre occasion de privilégier l'argument de la cohérence ou celui de l'effet social désirable. Ces arguments ne sont plus liés à une définition du droit. Ils apparaissent comme des stratégies rhétoriques, enrôlées de manière mercenaire au service d'une cause ou d'un intérêt ponctuel.

Dans cette vision « postmoderne », puisque les juristes paraissent avoir adopté ce terme pour qualifier leur époque, marquée par le déclin de la métaphysique, la question de l'être se vide de sa substance. La loi ne renvoie plus à aucun référent ultime : ni à un système, ni à un auteur, ni à un fait. La loi, nous la percevons seulement — et j'en appelle ici au sentiment et à l'attitude des praticiens dans leur activité quotidienne — comme un *texte*, pur signe sans épaisseur, qui ne réfère à rien d'autre qu'à lui-même. Qu'est-ce que la loi postmoderne, en effet, sinon un feuillet mobile, une photocopie, une donnée fugace consultée dans une banque informatique ou véhiculée sur une autoroute de l'information ? Ce texte juridique, dont les juristes rêvaient d'épuiser l'ambiguïté par la formalisation, au travers duquel les hommes du XIX^e siècle apercevaient la règle par transpa-

rence selon la doctrine du sens clair, ce texte, que les réalistes méprisaient au profit d'un hypothétique contact direct avec les faits (mais la loi se laisse-t-elle lire dans les faits ?), s'impose enfin, car nous n'avons plus que lui, comme l'objet de toutes nos attentions. Les juristes de l'exégèse appréhendaient la loi comme une œuvre, c'est-à-dire un signe tourné tout entier vers le passé de sa production, vers son auteur, considéré à la fois comme le créateur du sens, son propriétaire et son cran d'arrêt. Ils regardaient la loi comme un fruit à noyau, un abricot, dont les mots formeraient la pulpe et la volonté du législateur, l'amande. Le juriste postmoderne y verrait plutôt, selon la belle image de Roland Barthes, un oignon « agencement superposé de pelures (de niveaux, de systèmes), dont le volume ne comporte finalement aucun cœur, aucun noyau, aucun secret, aucun principe irréductible, sinon l'infini même de ses enveloppes — qui n'enveloppent rien d'autre que l'ensemble de ses surfaces » (33). Autrement dit, le texte de la loi ne se présente plus comme le dépositaire d'un sens unique, mais plutôt comme un objet à soumettre à des stratégies de lecture multiples, mieux une machine à produire des significations et donc des normes pour qui sait la faire fonctionner et connaît les secrets de fabrication.

Le nouveau paradigme du texte, dans lequel le discours juridique, considéré comme le siège de ses significations, devient un objet d'étude pour lui-même, marque, ce que les spécialistes ont convenu d'appeler le tournant linguistique ou rhétorique ou encore interprétatif (le terme importe peu) de la théorie du droit contemporaine et que nous pourrions aussi bien nommer, dans le vocabulaire de Kuhn, une nouvelle révolution scientifique. Cette révolution est en cours et même j'oserai dire qu'elle a déjà eu lieu. Comme celles qui l'ont précédée, plus encore peut-être, elle s'accompagne d'importants changements dans notre conception du droit et de la raison juridique. Le tournant rhétorique semble marquer l'abandon du projet, né avec la modernité, de construire une science du droit déterministe et univoque, dont nous venons d'évoquer les principaux épisodes. A l'invocation d'une vérité juridique objective, unique et claire, qui s'impose d'elle-même, succède la reconnaissance *a priori* de la pluralité des approches possibles de la règle et de ses applications et, par suite, la nécessité de mettre au point une *procédure* qui permette de confronter ou de concilier, pour les partager ou pour les rapprocher, les différents points de vue qui s'exprimeront à l'occasion d'une discussion transparente et argumentée. La raison juridique change ici de rôle et de statut : elle ne garantit plus ni ne légitime de son nom la découverte d'une solution scientifique exacte des questions de droit, mais bien plutôt elle arbitre et encadre les débats et les controverses que la mise en œuvre du droit suscite nécessairement. Dans ce nouveau cadre, le texte n'impose pas sa loi aux interlocuteurs, mais dessine un espace balisé pour la discussion et le contrôle de ses propres significations, un espace où se renégocie en permanence le contenu des règles sous lesquelles, ensemble, nous décidons de vivre.

Benoît FRYDMAN

(30) Par exemple, Justice Marshall in *Ogden v. Saunders* : « Dire que l'intention de l'instrument doit prévaloir, que son intention doit être tirée de ses mots; etc. ».

(31) « La réforme de l'enseignement du droit et la "nouvelle rhétorique" », in *Ethique et droit*, pp. 547-559, spéc. p. 552.

(32) François Ost et Michel van de Kerchove ont occupé à l'U.L.B., durant l'année 1994-1995, la Chaire Francqui au titre belge. Les conférences qu'ils ont dispensées, sous le titre général *Pour une théorie dialectique du droit*, ont été réunies dans un recueil publié aux Presses universitaires de Bruxelles, sous forme de syllabus, en 1995.

**Proposition de
Contribution
Alimentaire**

PCA

par
Pierre-André-Wustefeld et Roland Renard

Développement : Raoul Serra

Méthode Renard pondérée et informatisée

Prix : 9.600 FB (t.v.a.c., francé pour la Belgique)

INFORMATIONS et COMMANDES :
LARCIER, c/o Accès, s.p.r.l.
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19

(33) R. Barthes, « Le style et son image », in *Le Bruissement de la langue*, Paris, Seuil, 1984, p. 150.