



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole
Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
David CHILSTEIN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux
Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster
Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg
Frédérique FERRAND, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Daniel GUTMANN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université
Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier
Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Jean MATRINGE, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne
Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes

Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université

Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po

Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Christine NEAU-LEDUC, Présidente de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de la revue

Anne Marie LEROYER, directrice de l'IRJS, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale

- Volet édition :

Emile FLORIN-ROUQUETTE, assistant d'édition

Alexia HERMANTIN, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Nathalie SACKSICK

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en *open access*

Disponible sur : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>



Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 77 82

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre, mise en ligne le 11 juillet 2022

Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire.....</i>	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation.....</i>	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky.....</i>	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail.....</i>	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit ».....</i>	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne.....</i>	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première.....</i>	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen.....</i>	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy.....</i>	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit.....</i>	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations.....</i>	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique.....</i>	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS.....	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER.....</i>	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELÉE-HEYMANN.....</i>	236
<i>Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER.....</i>	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL.....</i>	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021.....	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

ÉDITO

Ce 5^e numéro de *La revue juridique de la Sorbonne* propose au lecteur un dossier thématique sur la théorie relationniste du droit initiée notamment par Jennifer Nedlesky et que les chercheurs explorent dans toutes ses dimensions, contractuelles ou même personnelles.

Le comité de lecture de la Revue a choisi un article sur l'expertise budgétaire qui met à l'épreuve l'activité du Haut conseil des finances publiques.

Ce numéro s'enrichit de deux nouvelles rubriques : une chronique des grands arrêts de l'année 2021, une recension des thèses soutenues en 2021 à Paris 1 ayant obtenu le prix de l'IRJS.

ARTICLE

Les finances publiques n'échappent logiquement pas au bouleversement important que constitue la crise sanitaire du covid-19. Il s'avère, notamment, beaucoup plus difficile pour les institutions budgétaires indépendantes de remplir leur fonction d'expertise. La perturbation grave se traduit par l'imprévisibilité accrue des projections macroéconomiques, la disparition forcée de la loi de programmation pluriannuelle et l'extrême réduction des délais d'examen par le Haut Conseil des finances publiques. Néanmoins, les difficultés relatives à l'expertise budgétaire ne sont pas uniquement liées à la crise sanitaire, comme l'illustrent les avis antérieurs à 2020. En effet, l'activité du Haut Conseil s'avère aussi fortement contrainte en période normale. Ainsi, la crise sanitaire peut avoir pour effet inattendu de mettre en lumière les améliorations nécessaires au fonctionnement général de l'expertise budgétaire.

Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire

Arthur GAUDIN

*Docteur en droit qualifié aux fonctions de maître de conférences
Assistant ingénieur d'études du département Sorbonne Fiscalité et Finances
publiques
Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne*

Mots-clés : Finances publiques – Crise sanitaire – Expertise budgétaire – Haut Conseil des finances publiques – Institutions budgétaires indépendantes – Loi organique du 6 décembre 2021 – Programmation pluriannuelle.

Title: *The relative disruption of budgetary expertise in times of health crisis.*

Summary: *Public finances are not protected from the upheaval caused by the covid-19 health crisis. In particular, it is much more difficult for independent fiscal institutions to fulfil their expert function. Nevertheless, the difficulties relating to budgetary expertise are not only linked to the health crisis. Indeed, the activity of the Haut Conseil is also highly constrained in normal periods. Thus, the crisis may have the unexpected effect of highlighting the improvements needed in the general functioning of budgetary expertise.*

Key words: *Public Finance – Health crisis – Budgetary expertise – Haut Conseil des finances publiques – Independent fiscal institutions – Loi organique du 6 décembre 2021 – Multiannual programming.*

En fin d'année 2021, deux textes sont venus réformer le Haut Conseil des finances publiques. D'abord, la loi ordinaire n° 2021-1577 du 6 décembre concerne diverses dispositions relatives au Haut Conseil et à l'information du Parlement en matière financière. Elle tire notamment les conséquences de la décision n° 2012-658 DC du Conseil constitutionnel, qui dissociait dispositions législatives organiques et ordinaires. Ensuite, la loi organique n° 2021-1836 du 28 décembre 2021 relative à la modernisation de la gestion des finances publiques reprend les grandes lignes de la loi organique de 2012, qu'elle intègre à la loi organique relative aux lois de finances de 2001. Ces deux textes interviennent dans un contexte fortement marqué par la crise sanitaire qui a naturellement affecté le Haut Conseil des finances publiques¹.

Une crise, au sens général, est la « manifestation brusque et intense de certains phénomènes, marquant une rupture »², autrement définie comme une « situation de trouble, due à une rupture d'équilibre et dont l'issue est déterminante pour l'individu ou la société ». Elle est une période temporaire se distinguant de la période normale, cette dernière étant réputée bonne par contraste avec la période de crise, connotée négativement parce qu'elle peut générer des dysfonctionnements graves et une remise en cause des valeurs établies. L'hypothèse de crise n'est pas inconnue des finances publiques, au contraire la « rupture d'équilibre » s'applique très bien à la matière budgétaire, dont l'un des objectifs primordiaux est justement de préserver l'équilibre du budget³. Plus spécifiquement, « la crise devient budgétaire quand les difficultés de financement entraînent un déficit structurel et une dette non soutenables sur le long terme : les recettes ne couvrent plus les dépenses et/ou ne permettent plus de rembourser la dette »⁴. Dans sa version la plus grave, le système financier « s'effondre brutalement ou [...] décède à petit feu »⁵. Sans restreindre la crise à ces hypothèses fatales, elle concerne toute rupture patente dans l'ordre financier établi dont l'issue est autant attendue que redoutée.

En l'occurrence, la crise sanitaire causée par le Covid-19 a bien engendré une hausse des dépenses et une baisse des recettes, ainsi qu'une accentuation subséquente du déficit public et de la dette publique⁶, ce qui rejoint la définition de crise budgétaire donnée ci-dessus par Marc Leroy. La singularité de la crise de

¹ Voir notamment : T. BOUSSARIE, « Le Haut Conseil des finances publiques à l'épreuve de la crise sanitaire. Point d'étape de l'année 2020 », *RDP*, 2021/6, p. 1691.

² « Crise », *Trésor informatisé de la langue française*.

³ L'équilibre budgétaire a été explicitement promu par la loi organique de 2012, il représente le « Saint Graal » des finances publiques, M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAN, J.-P. LASSALE, *Finances publiques*, LGDJ, 2021-2022, 20^e édition, p. 375.

⁴ M. LEROY, « Introduction du Dossier spécial n° 1. Crise(s) et finances publiques », *Gestion & Finances Publiques*, 2021/4, p. 82.

⁵ *Ibid.*, p. 86.

⁶ C. PIERUCCI, « La réaction de la France face à la pandémie de Covid-19 sous l'angle des finances publiques », *Gestion & Finances Publiques*, 2021/3, p. 49-50.

2020 tient au fait qu'elle n'a pas une origine budgétaire ni économique⁷ mais extra-financière. Elle « dérive des conséquences singulières résultantes de la réponse des pouvoirs publics face à la pandémie »⁸. L'équilibre budgétaire est ici bouleversé par un élément extrinsèque, qui touche toutes les strates de la vie sociale. Même si la nature et l'ampleur de cette crise sont inédites, ce n'est pas la première fois que les finances d'un État sont perturbées par un élément extrinsèque⁹.

Le Haut Conseil des finances publiques doit lui aussi faire face à cette crise d'origine sanitaire aux conséquences budgétaires, alors même qu'il a lui-même été créé à la suite d'une crise, à savoir celle de 2008. La crise étant « souvent considérée comme un facteur clé du changement de politique fiscale et budgétaire »¹⁰, cette institution budgétaire indépendante a fait partie d'un mouvement de refonte des règles financières européennes en vue de lutter plus efficacement contre les crises économiques. En 2011, vingt-trois États membres de l'Union européenne faisaient l'objet d'une « procédure de déficit excessif » au regard des critères de Maastricht. Avec l'entrée en vigueur du Six pack, du TSCG et du Two pack, l'Union européenne a souhaité astreindre les États à une discipline budgétaire plus efficiente. Ainsi, « hormis quelques exceptions, les Institutions financières indépendantes sont apparues récemment avec la crise financière de 2008/2009 »¹¹. Le Haut Conseil des finances publiques a donc vu le jour dans un contexte de crise, ce qui se traduit dans ses missions car « la crise de la dette des États de la zone euro de 2011, ou des difficultés plus localisées, ont généré un besoin spécifique, différent de celui qui pouvait préexister »¹². Il a notamment pour fonction de donner un avis en matière de prévisions macroéconomiques et budgétaires, tout en s'assurant de leur cohérence avec les exigences européennes et la programmation pluriannuelle. Il contribue donc à atteindre les objectifs d'équilibre et de soutenabilité des finances publiques en France.

Les mécanismes de prévention des crises, la règle d'or ou les institutions budgétaires indépendantes, n'ont certes pas permis d'éviter la crise sanitaire, ce qui tient en grande partie à son origine extra-budgétaire, mais continuent à jouer un rôle une fois la situation critique déclarée. La nature sanitaire de la crise, bouleversant une situation déjà fragile, a incité les autorités étatiques à mettre en suspend un certain nombre de règles fondamentales. En l'attente d'une

⁷ La crise des *subprimes* de 2007 en est l'illustration typique récente, M. COLLET, *Finances publiques*, LGDJ, 2021-2022, 6^e édition, pp. 234-241.

⁸ T. BOUSSARIE, « Le Haut Conseil des finances publiques à l'épreuve de la crise sanitaire », *ibid.*, p. 1698.

⁹ Les conflits militaires en constituent de nombreux exemples. M. CONAN, « Les lois de règlement relatives à la période de guerre », *Revue française de finances publiques*, 2018, n° 141, p. 181.

¹⁰ M. LEROY, « Introduction du Dossier spécial n° 1. Crise(s) et finances publiques », *ibid.*, p. 82.

¹¹ É. OLIVA, « Les Institutions financières indépendantes : des institutions récentes en quête d'identité et de légitimité. Rapport introductif », *Gestion & Finances Publiques*, 2019/4, p. 11.

¹² J. CHARPENTIER, « L'expertise des institutions financières indépendantes », *Gestion & Finances Publiques*, 2019/4, p. 62.

stabilisation de la situation, il restait à réagir via les mécanismes existants, comme les lois de finances rectificatives¹³ ou la possibilité d'activer la clause dérogatoire introduite par le Six pack en 2011. À cet égard, la levée des critères de convergences, annoncée en mars 2020 par les instances européennes¹⁴, ne revient pas à un renoncement au niveau des principes mais à une concession pragmatique aux réponses sanitaires, dont l'intérêt est jugé supérieur.

Une fois pris dans la tempête, le Haut Conseil des finances publiques remplit avant tout une fonction de vigie, la meilleure preuve étant qu'il constate les « circonstances exceptionnelles » prévues par l'article 3 du TSCG. Dans son avis n° 2020-1, il répond favorablement à la demande de considérer que « la crise sanitaire et ses répercussions économiques et financières constituent des faits inhabituels indépendants de la volonté du Gouvernement et relèvent donc des “circonstances exceptionnelles” »¹⁵ au sens du TSCG. De plus, le Haut Conseil s'évertue à rappeler la nécessité primordiale de préserver l'équilibre à long terme des finances publiques¹⁶. Il n'abandonne pas non plus sa fonction et continue à livrer les appréciations attendues à chaque projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale, initiale ou rectificative¹⁷.

Il est donc certain, d'une part, que l'activité du Haut Conseil des finances publiques est soumise à rude épreuve depuis le début de l'année 2020, mais, d'autre part, qu'il la poursuit avec régularité. La continuité de son fonctionnement s'avère déterminante dans une perspective de soutenabilité, quand bien même elle est différée, et de qualité de l'information parlementaire, qui demeure cruciale en situation d'urgence. Ainsi, dans quelle mesure l'activité du Haut Conseil des finances publiques est-elle bouleversée par la crise ? Il s'agit de comprendre en quoi son travail est perturbé puis de comparer avec les périodes normales. Une telle comparaison pourrait paraître inutile et contre-intuitive dès lors que l'on attribue toutes ces difficultés à la crise. Or, ces dernières sont structurelles (II) et non uniquement ponctuelles (I).

¹³ M. CONAN, « Le droit de l'urgence et les finances publiques », *Revue Juridique de la Sorbonne*, n° 2, p. 193.

¹⁴ *Ibid.*, p. 196-197.

¹⁵ Avis n° HCFP-2020-1 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020.

¹⁶ Dans une formule maintes fois reprise : « le chemin de résorption du déficit et la soutenabilité des finances publiques constituent des enjeux centraux de la stratégie financière de la France et appellent la plus grande vigilance », avis n° HCFP-2021-3 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour 2021.

¹⁷ Parmi beaucoup d'exemples, dans son avis n° HCFP-2021-3 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour 2021, il considère notamment que la prévision de croissance est « réaliste ».

I.- L'expertise du Haut Conseil des finances publiques bouleversée en période de crise sanitaire

La perturbation affecte la fonction même du Haut Conseil des finances publiques, à savoir la prévision macroéconomique et budgétaire (A.), de même que le cadre normatif (B) et temporel (C) de son activité.

A.- L'imprévisibilité accrue des projections macroéconomiques et budgétaires

L'une des fonctions essentielles du Haut Conseil des finances publiques est de pratiquer une expertise sur les prévisions macroéconomiques et budgétaires du Gouvernement en diverses occasions¹⁸, en priorité lors des projets de loi de finances de l'année. Il doit évaluer la crédibilité de ces données chiffrées, à l'aune des conclusions d'autres organismes spécialisés¹⁹, afin de fournir un aperçu le plus clair possible des projections gouvernementales au Parlement et aux citoyens. Il constitue, à cet égard, un soutien technique extérieur à la vigilance parlementaire, voire à l'examen du Conseil constitutionnel²⁰.

Primordial, ce travail d'appréciation des projections macroéconomiques et budgétaires du Gouvernement se complique fortement en période de crise. Comme le relève régulièrement le Haut Conseil, « la crise sanitaire se traduit par des incertitudes d'une proportion inédite qui rendent difficile tout exercice de prévision économique »²¹. Conséquemment, « les fortes incertitudes qui portent sur les prévisions macroéconomiques affectent le scénario de finances publiques »²². La difficulté est accrue par la nécessité de « réviser fréquemment »²³ les prévisions pour s'adapter aux évolutions sanitaires mais aussi aux mesures gouvernementales relatives. Le Haut conseil des finances publiques intègre très tôt les réponses sanitaires dans son évaluation. Par exemple, en mars 2020, le scénario gouvernemental « repose sur deux hypothèses fortes, celle d'un confinement limité à un mois et celle d'un retour rapide à la normale de la demande française comme étrangère, qui ne sont pas acquis, si bien que la dégradation du cadre macroéconomique pourrait être plus marquée que prévu par le PLFR pour 2020 »²⁴.

¹⁸ Voir les articles 12 à 17 de la loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des lois de finances du 17 décembre 2012, repris par l'article 30 de la loi organique relative à la modernisation de la gestion des finances publiques de 2021.

¹⁹ Article 18 de la loi organique de 2012, repris également à l'article 30 de la loi organique de 2021.

²⁰ Décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, §19 et §52.

²¹ Avis n° HCFP-2020-4 relatif au troisième projet de loi de finances rectificative pour 2020.

²² *Idem*.

²³ Avis n° HCFP-2020-2 relatif aux prévisions macroéconomiques associées au programme de stabilité pour l'année 2020 et au deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2020.

²⁴ Avis n° HCFP-2020-1 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020. Plus tard, l'avis n° HCFP-2020-4, relatif au troisième projet de loi de finances rectificative pour 2020,

La « forte contraction du temps de prévision »²⁵ se matérialise notamment par le vote de lois de finances rectificatives « bimensuelles » qui signifient la récurrence de l'intervention parlementaire. L'obligation pesant sur le Gouvernement de rectifier fréquemment ses prévisions afin d'anticiper un contexte finalement insaisissable se répercute sur le Haut conseil des finances publiques qui n'a pas non plus de référence stable pour juger. De manière éloquente, l'institution indépendante multiplie l'emploi du conditionnel, qui témoigne bien de l'aléa global. Par exemple, « certaines des dépenses liées à la crise sanitaire, considérées comme temporaires par le Gouvernement, *pourraient* être prolongées au-delà de 2020 »²⁶. Ailleurs, « le Haut Conseil constate ainsi que le solde structurel présenté par le Gouvernement se *dégraderait* de 1,2 point entre 2019 et 2021 et *s'établirait* à -3,6 points de PIB en 2021 »²⁷. Le Haut Conseil est suspendu aux fluctuations de la situation sanitaire et aux décisions gouvernementales afférentes. Il persiste à livrer son évaluation des textes financiers gouvernementaux tout en prenant acte de l'imprévisibilité aggravée et incompressible des projections macroéconomiques et budgétaires.

B.- La disparition forcée du cadre pluriannuel de référence

Outre l'évaluation du réalisme des prévisions, le Haut Conseil des finances publiques a été conçu comme un garant des engagements budgétaires européens de la France, parmi lesquels la pluriannualité. Dans un objectif de retour à l'équilibre, il est devenu essentiel de raisonner sur plusieurs exercices budgétaires et, surtout, d'assurer une cohérence entre les lois de programmation des finances publiques et les autres textes financiers²⁸. Cette tâche incombe logiquement au Haut Conseil, incarnation institutionnelle de la soutenabilité. Pour réaliser cette mission, il est nécessaire de se référer à un cadre normatif fixe, or, avec la crise sanitaire, les lignes de l'horizon pluriannuel sont devenues mouvantes jusqu'à se briser. En effet, le cadre normatif qui fonde les évaluations du Haut Conseil des finances publiques a volé en éclat au cours de la crise sanitaire.

Une évolution notable se lit dans les avis du Haut conseil. Dans son avis n° 2020-1, il dénonce l'écart croissant du solde structurel avec « la trajectoire de la loi de programmation en vigueur »²⁹. Un peu plus tard, il constate que le déficit structurel pour 2020 « s'écarterait significativement de la loi de

énonce que « l'incertitude élevée résultant de la crise sanitaire entraînée par l'épidémie de Covid-19 amène de fréquentes révisions des prévisions macroéconomiques et des réponses apportées par le Gouvernement en termes de politiques et de finances publiques ».

²⁵ T. BOUSSARIE, « Le Haut Conseil des finances publiques à l'épreuve de la crise sanitaire », *ibid*, p. 1700.

²⁶ Avis n° HCFP-2020-4 relatif au troisième projet de loi de finances rectificative pour 2020.

²⁷ Avis n° HCFP-2020-5 relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2021.

²⁸ Articles 13, 14 et 15 de la loi organique de 2012, repris par l'article 30 de la loi organique de 2021.

²⁹ Avis n° HCFP-2020-1 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020.

programmation »³⁰. Les avis suivants marquent un tournant dans la mesure où l'écart avec la loi de programmation pluriannuelle est justifié par le bouleversement global des finances publiques, qui la rend finalement « caduque »³¹. Les orientations pluriannuelles doivent être reformulées à un point tel que le Haut Conseil concède que « la loi de programmation de janvier 2018 constitue désormais une référence dépassée »³² tant que la clause des circonstances exceptionnelles sera en vigueur. Ces conditions sont « encore de nature à justifier en 2022 des écarts à la trajectoire programmée »³³, en l'espèce pour les projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour 2022. Le texte de référence censé guider l'action budgétaire de l'État sur plusieurs années cède face à l'irruption d'événements qu'il n'avait pas anticipés. Ce constat n'implique toutefois pas de se passer de tout cadre pluriannuel mais d'adopter une nouvelle loi de programmation, avec toutes les inconnues qu'un tel projet comporte. La reformulation drastique des orientations pluriannuelles témoigne donc de l'influence du contexte de crise sanitaire sur les finances publiques, amenuisant encore les certitudes déjà relatives des projections macroéconomiques et budgétaires.

C.- La diminution extrême des délais d'examen

Non seulement le Haut Conseil des finances publiques voit sa mission affectée par la disparition du cadre normatif mais il pâtit également de la diminution du temps d'examen. La loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques de 2012, reprise par la loi organique du 28 décembre 2021, prévoit les délais de saisine du Haut Conseil par le Gouvernement³⁴. L'institution budgétaire indépendante est pleinement intégrée dans la procédure budgétaire, à la charnière entre la préparation gouvernementale des textes financiers et leur discussion parlementaire. Sans surprise, la crise sanitaire a pour effet collatéral de réduire potentiellement ces délais d'examen, ce qui risque de dévaluer la qualité de l'information parlementaire.

Dès l'avis relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020, il doit faire face à un délai extrêmement court d'examen. En effet, « la lettre de saisine sollicitait une remise de l'avis le jour même »³⁵, demande à laquelle le Haut conseil a accédé « compte tenu de la situation exceptionnelle dans laquelle

³⁰ Avis n° HCFP-2020-4 relatif au troisième projet de loi de finances rectificative pour 2020.

³¹ Avis n° HCFP-2020-6 relatif au 4^{ème} projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020.

³² Avis n° HCFP-2020-5 relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2021. Cette affirmation a été réitérée par l'avis n° HCFP-2021-5 relatif au deuxième projet de loi de finances rectificative pour l'année 2021 et à la révision des projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2022.

³³ Avis HCFP n° 2021-4 du 17 septembre 2021 relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2022.

³⁴ Des articles 13 à 17 de la loi organique de 2012, repris à l'article 30 de la loi organique de 2021.

³⁵ Avis n° HCFP-2020-1 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020..

se trouve le pays du fait de l'épidémie de coronavirus Covid-19 ». Cette question des délais se pose de nouveau puisque, dans l'avis relatif au deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2020, le Haut Conseil avertit que ses travaux « ont été affectés par les contraintes inhérentes à la période », dont « la brièveté des délais »³⁶. Le cas est encore plus patent dans l'avis relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour 2021, qui regrette « les délais très contraints dans lesquels il doit rendre son avis sur les prévisions macroéconomiques et de solde structurel du PLFR »³⁷. La réduction importante des délais d'examen porte préjudice à l'information fournie par le Haut Conseil dans la mesure où il paraît plus difficile d'organiser les auditions et d'adresser les questionnaires attendus. Comme il l'énonce dans l'avis relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020, « ce délai inhabituel ne lui a pas permis de procéder aux auditions des administrations et d'organismes extérieurs »³⁸. À la masse des informations traitées s'ajoutent leur évolutivité et la récurrence des ajustements budgétaires qui réclameraient, au contraire, davantage de temps.

La crise sanitaire influence considérablement le travail du Haut Conseil des finances publiques, qui n'est pas plus épargné que les autres institutions budgétaires. Quoiqu'il ait réussi à formuler ses avis, il reste confronté à l'imprévisibilité des projections macroéconomiques et budgétaires, à la caducité du cadre normatif et à la réduction du cadre temporel. Pourtant, les difficultés rencontrées par le Haut conseil des finances publiques ne sont pas nées avec la crise sanitaire. En réalité, cette dernière exacerbe certains traits caractéristiques de la situation budgétaire normale. En revanche, la crise sanitaire était l'occasion de prendre acte des contraintes pesant sur le Haut Conseil et de l'opportunité de l'en débarrasser.

II.- L'expertise difficile du Haut Conseil des finances publiques en période normale

Sur la base des avis de l'institution budgétaire et d'autres éléments, il s'avère que les affres affectant l'institution budgétaire indépendante en période de crise ne sont pas si exceptionnels. L'imprévisibilité des projections est inhérente à l'exercice quoiqu'elle se tienne dans des proportions raisonnables en temps normal (A). Le cadre pluriannuel quant à lui a certes été emporté par la crise mais son assise était déjà précaire (B). Enfin, la pression pesant sur les membres du Haut Conseil s'intensifie en période de crise mais elle existe en temps normal (C).

³⁶ Avis n° HCFP-2020-2 relatif aux prévisions macroéconomiques associées au programme de stabilité pour l'année 2020 et au deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2020.

³⁷ Avis n° HCFP-2021-3 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour 2021.

³⁸ Avis n° HCFP-2020-1 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2020.

A.- L'incertitude inhérente aux prévisions macroéconomiques et budgétaires

Dans une situation critique, l'exercice en soi de prévision macroéconomique et budgétaire est rendu particulièrement périlleux compte tenu de l'incessante évolution, qui tend vers l'imprévisibilité. Cependant, cette complexité, relevée maintes fois par le Haut conseil, n'est pas propre aux périodes critiques. La dimension prospective du travail de prévision macroéconomique laisse inévitablement une marge d'erreur. Ces disparités découlent de l'exercice même de prévision et des aléas normaux d'un environnement changeant. Il n'est pas nécessaire de connaître une crise d'une gravité sans précédent pour que les finances publiques soient confrontées à l'instabilité.

Le Haut Conseil relève régulièrement dans ses avis les éléments de diverses natures susceptibles de perturber le cours de l'économie. Par exemple, avant la crise sanitaire, un risque fort existait avec la perspective d'un Brexit sans accord. Dans son avis relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2019, le Haut Conseil qualifie le Brexit sans accord de « risque »³⁹ puis, dans l'avis relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2020, de « risque majeur »⁴⁰. Dans ce même avis, il évoque également les mesures protectionnistes américaines, comme les « nouvelles hausses des tarifs douaniers de la part des États-Unis », ou encore « les tensions géopolitiques au Moyen-Orient et leurs répercussions possibles sur le prix du pétrole ». Ces éléments perturbent fortement la lisibilité du contexte économique à venir.

Sans même invoquer des événements précis, l'exercice en soi de prévision macroéconomique et budgétaire relève davantage de la probabilité, appelée à être confirmée ou démentie par la suite⁴¹. Ainsi, le mode conditionnel ne sert pas uniquement à anticiper la situation financière en temps de crise sanitaire, il accompagne souvent l'indicatif présent dans les avis du Haut conseil. Par exemple, le Haut Conseil explique dans l'avis relatif au projet de loi de finances pour 2016, « le Haut Conseil estime que la hausse des prix *pourrait* être inférieure à l'hypothèse de 1,0 % retenue par le Gouvernement. Une inflation plus faible *aurait* une incidence positive sur le pouvoir d'achat des ménages mais *rendrait* la réduction du déficit public plus difficile »⁴². Au fond, le Haut Conseil des finances

³⁹ Avis 2018-3 n° HCFP-2018-3 relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2019.

⁴⁰ Avis n° HCFP-2019-3 relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2020.

⁴¹ « S'il est une certitude en matière de prévisions budgétaires, c'est qu'elles sont éloignées de la réalité pour la simple raison que celle-ci est future », M. HERTZOG, « La sincérité des documents budgétaires : principe nécessaire, multiforme et inachevé », *Revue française de finances publiques*, 2010, n° 111, p. 143

⁴² Avis n° HCFP-2015-03 relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour l'année 2016.

publiques travaille par définition sur un matériau incertain. La différence, majeure, avec la période normale est que la crise sanitaire exacerbe fortement l'incertitude.

B.- La faiblesse du cadre de programmation pluriannuelle commun

La crise sanitaire a manifestement précipité la fin de la loi de programmation des finances publiques 2018-2022 mais elle « était déjà en partie caduque avant même la survenance du choc lié à la pandémie de Covid-19 »⁴³. Certes, la situation antérieure à la crise n'atteignait pas ce niveau de dénégation des orientations pluriannuelles établies. Pour autant, le sentiment de contrainte associé aux lois de programmation a toujours été relativement faible, y compris en situation dite normale. La portée normative des lois de programmation pluriannuelles, à savoir la subordination directe et étroite des projections des lois annuelles, reste réduite. Dans sa décision relative à la loi organique de 2012, le Conseil constitutionnel avait entériné l'adaptabilité des lois de programmation des finances publiques⁴⁴ au nom d'un certain pragmatisme. Non seulement la loi de programmation doit se réaccorder à l'environnement économique mais elle ne s'impose pas absolument aux lois de finances. Les recommandations émises par le rapport Camdessus⁴⁵ et incarnées par le TSCG n'ont pas eu l'effet escompté, à savoir une subordination directe et étroite des projections des lois annuelles par rapport au solde pluriannuel arrêté. Compte tenu de leur « faible portée pratique »⁴⁶, l'appréciation du Haut Conseil des finances publiques quant à la cohérence entre l'exercice annuel et la trajectoire pluriannuelle ne peut qu'être limitée.

La fragilité du cadre normatif en période normale avait d'ailleurs été illustrée par la première loi de programmation des finances publiques. Cette dernière avait été édictée le 31 décembre 2012 pour couvrir la période 2012-2017 mais elle avait été vite remplacée, en 2014, du fait de l'écart de 1,5 % du PIB entre son solde structurel et l'exécution de l'année 2013. À l'occasion de son avis relatif à la loi de finances et à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, le Haut Conseil des finances publiques avait signalé que le déficit structurel était « significativement supérieur » par rapport à celui de la loi de programmation⁴⁷, ce qui risquait d'entraîner le déclenchement du mécanisme de correction. Finalement, la loi de programmation de 2012 avait été remplacée par la loi n° 2014-1653 de

⁴³ « Interview de Pierre Moscovici », *Revue française de finances publiques*, 2021, n° 154, p. 197.

⁴⁴ « Cet article ne fait pas obstacle à ce que le législateur modifie, au cours de la période de programmation, une loi de programmation des finances publiques ou en adopte une nouvelle qui s'y substitue », décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, §14.

⁴⁵ Il déplorait « l'inexistence dans notre législation d'un instrument assurant la primauté sur les lois financières annuelles de lois pluriannuelles », *Réaliser l'objectif constitutionnel des finances publiques*, La documentation française, 2010, p. 13.

⁴⁶ M. COLLET, *Finances publiques*, *ibid.*, p. 459.

⁴⁷ Avis n° HCFP-2013-03 relatif aux projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale pour 2014.

programmation du 29 décembre 2014. Changer la loi de programmation a paru plus avantageux pour le Gouvernement que de corriger l'écart. À ce titre, « la loi de programmation des finances publiques pour 2014-2019 a même pu faire figure de contournement du HCFP »⁴⁸.

C.- La contrainte temporelle pesant sur l'examen courant par le Haut Conseil des finances publiques

Les avis du Haut Conseil en période de crise sanitaire mettent en évidence la réduction des délais d'examen des textes financiers qu'ils ont à connaître, altérant la qualité de l'information parlementaire. Toutefois, la brièveté des délais d'examen par l'institution budgétaire indépendante ne se limite pas aux périodes exceptionnelles. Des anciens membres de l'institution font état de cette difficulté, telle Martine Latare, pour qui « la préparation des avis du Haut Conseil est effectuée sous une forte contrainte de temps »⁴⁹. En effet, malgré « la documentation budgétaire publique relative aux dépenses publiques [...] publiée avec les rapports annexés » aux divers projets de loi, « le problème rencontré par le HCFP est surtout que ces rapports ne sont pas encore bouclés lorsqu'il est saisi et qu'il aurait en tout état de cause très peu de temps pour les examiner »⁵⁰. Les articles 13 et 14 de la loi organique de 2012 imposent une analyse courte, d'une semaine, pour les lois de programmation, les lois de finances et de financement de la sécurité sociale initiales. De plus, le Conseil constitutionnel a, dès la décision de 2012 instituant le Haut Conseil, envisagé la possibilité d'outrepasser les délais⁵¹, confirmée par la décision du 23 décembre 2021⁵². Selon lui, « si, par suite des circonstances, l'avis du Haut Conseil des finances publiques venait à être rendu postérieurement à l'avis du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel apprécierait, le cas échéant, le respect des dispositions des articles 13, 14 et 15 au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation ». Cette jurisprudence constitutionnelle signale à la fois la contrainte temporelle à laquelle le Haut conseil est soumis et la portée relative de ses avis.

La question de la qualité de l'information analysée ne peut donc manquer d'être posée. La décision du Conseil constitutionnel relative à la première loi de finances rectificative pour 2017⁵³ illustre particulièrement les difficultés liées à la

⁴⁸ C. PIERUCCI, « L'influence des institutions financières indépendantes sur la rédaction des projets de lois financiers », *Gestion & Finances Publiques*, 2019/4, p. 55.

⁴⁹ M. LATARE, « La légitimité des Institutions financières indépendantes », *Gestion & Finances Publiques*, 2019/4, p. 57.

⁵⁰ F. ECALLE, « Les institutions financières indépendantes : quels modèles ? quels impacts ? », *Gestion & Finances Publiques*, 2019/4, p. 76.

⁵¹ Décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012, *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*, §54.

⁵² Décision n° 2021-831 DC du 23 décembre 2021, *Loi organique relative à la modernisation de la gestion des finances publiques*, §107.

⁵³ Décision n° 2017-755 DC du 29 novembre 2017, *Loi de finances rectificative pour 2017*.

production d'une expertise par le Haut Conseil. Le juge constitutionnel tire les conséquences d'une décision QPC⁵⁴ qui aboutit à l'annulation d'une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés. Pour y remédier, la loi de finances rectificative déferée institue deux impositions censées se substituer partiellement à la contribution abolie. Les requérants estiment que le Haut conseil des finances publiques n'aurait pu mener à bien sa mission d'évaluation compte tenu de la rédaction en urgence du projet de loi de finances rectificative. Le Conseil constitutionnel ne conclut pas à un défaut d'avis⁵⁵, ce qui peut se comprendre puisque le Haut conseil parvient effectivement à apprécier les hypothèses macroéconomiques pour 2017⁵⁶. Néanmoins, le même avis du Haut conseil souligne la difficulté de la mission qui lui est confiée dans ces circonstances. Il critique notamment l'absence d'actualisation des prévisions de recettes et de dépenses, qui « ne met pas le Haut Conseil en situation de porter une appréciation d'ensemble sur le cadre macroéconomique et la prévision de finances publiques associées à ce PLFR »⁵⁷, ni « de situer le dispositif proposé dans un cadre économique et financier actualisé afin d'en apprécier pleinement les conséquences ». La qualité de l'information transmise aux parlementaires en est inévitablement affectée. Quoique le Haut conseil le regrette, cette contrainte temporelle d'examen n'est pas surprenante dans la mesure où elle détermine organiquement son office, en particulier pour les lois rectificatives.

En conclusion, il serait aussi fallacieux d'attribuer les difficultés rencontrées par le Haut Conseil des finances publiques à la crise sanitaire ou, inversement, au cadre préexistant. La crise exacerbe certains aspects problématiques de l'activité courante du Haut Conseil. Le fonctionnement de l'institution budgétaire indépendante ne pouvait demeurer indemne eu égard à la gravité des événements débutés en 2020 et, pourtant, elle est parvenue à remplir son office. Néanmoins, la crise aurait pu être « une opportunité de repenser notre modèle de finances publiques »⁵⁸, afin que les écueils survenant en période normale soient gommés. Une occasion est donnée de prendre conscience de la nécessité de reformuler le cadre normatif et temporel de l'institution budgétaire indépendante, et c'est sur ce point que la loi du 6 décembre et la loi organique du 28 décembre semblent être des rendez-vous manqués. La perturbation de l'activité du Haut conseil incite à le doter de davantage d'autonomie dans l'élaboration des prévisions

⁵⁴ Décision n° 2017-660 QPC du 6 octobre 2017, *Société de participations financière*.

⁵⁵ Décision n° 2017-755 DC du 29 novembre 2017, *Loi de finances rectificative pour 2017*, §9.

⁵⁶ Avis n° HCFP-2017-5 relatif au premier projet de loi de finances rectificative pour l'année 2017.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ M. Le CLAINCHE, « “Quoi qu'il en coûte” ... et après ? Concevoir des finances publiques durables », *Gestion & Finances Publiques*, 2021/4, p. 59.

macroéconomiques et budgétaires⁵⁹, à le placer dans les conditions temporelles nécessaires pour que la qualité de l'information transmise soit la meilleure et à renforcer de manière décisive la portée normative des orientations pluriannuelles⁶⁰. À ce titre, l'insertion de la loi organique de 2012 dans la loi organique relative aux lois de finances, opérée par l'entremise de celle de 2021, aurait pu se doubler d'un enrichissement plus substantiel des prérogatives du Haut Conseil des finances publiques.

⁵⁹ J.-L. ALBERT, « Des Institutions financières indépendantes aux Institutions budgétaires Indépendantes. Un regard externe », *Gestion & Finances Publiques*, 2019/4, p. 35.

⁶⁰ T. BOUSSARIE, « Le Haut Conseil des finances publiques à l'épreuve de la crise sanitaire », *ibid*, p. 1709.

Apréhender le droit à l'aune de la relation

Séminaire de recherche IRJS

Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS

et Gregory Bligh, maître de conférence en droit public – Sciences Po Lyon

I. – Autour de Jennifer Nedelsky

Benjamin MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky »

Simon FOUQUET, « Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail »

Pierre-Marie RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherches pour façonner une 'théorie relationniste du droit »

II. – Notion féconde, perspectives hétérogènes

Jérémy VAN MEERBEECK, « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne »

Emmanuel JEULAND, « La relation première »

Gregory BLIGH, « Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen »

Romain GÉNIEZ, « L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy »

III. – Dossier de traductions inédites

Lon L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969)

Jennifer NEDELSKY, « Repenser les droits comme des relations » (1993)

George PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018)

ÉDITO DU DOSSIER

Saisir le droit au prisme des relations ? Notion féconde, perspectives hétérogènes

Ce dossier est l'heureuse issue d'une discussion informelle amorcée lors du congrès international de philosophie du droit de l'IVR (Lucerne, 2019). Elle mena à l'organisation d'un séminaire de recherche à l'Université Panthéon-Sorbonne en 2020.

L'idée fut, dans un premier temps, de réunir des collègues autour de lectures d'auteurs (Fuller, Nedelsky, Pavlakos, entre autres) qui résistent, de diverses manières, à la réduction du droit aux normes valides en proposant de saisir le phénomène juridique au prisme de la notion de « relation » ou d'« interaction ». Le lectorat francophone pourra découvrir des traductions inédites de ces textes dans ce dossier. Cela suscita des débats fructueux, tant parmi les participants accoutumés à cette question qu'avec ceux moins habitués à aborder le droit sous cet angle. Un nombre croissant de juristes et de philosophes s'intéressent aujourd'hui au thème de la relation dans l'analyse du droit. Cependant, les hypothèses esquissées, les sources mobilisées et les objectifs affichés sont si variés que le lecteur candide peinera à identifier un mouvement – *a fortiori* une école – gravitant autour d'une définition commune de la « relation », autour d'une conception de la fonction de la relation dans le droit (ou dans l'analyse du droit), autour d'un corpus, voire simplement autour d'un groupe identifiable d'interlocuteurs ou d'adversaires. Il s'agit tantôt d'étudier les fonctions du droit par-delà ses formes (l'imbrication de l'assise sociale du droit et de son autorité¹ ou de sa normativité² ; le rôle du droit dans la production de certaines formes de relations – d'autonomie, de dépendance ou de subordination – qui constituent des

¹ L'approche de L. L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *American Journal of Jurisprudence*, 1969, vol. 14, p. 1-36 [trad. fr. M. Laporte, dans la présente livraison] inspire de nombreux juristes contemporains, tels J. BRUNNÉE et S. J. TOOPE, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge, C.U.P., 2010 ; *id.*, « Interactional International Law: an Introduction », *International Theory*, 2011, vol. 3, p. 307-318.

² G. Pavlakos, « From a Pluralism of Grounds to Proto-Legal Relations: Accounting for the Grounds of Obligations of Justice », *Ratio Juris*, 2017, vol. 30, p. 59-74 ; *id.*, « Redrawing the Legal Relation », 2018, manuscrit non-publié consultable à l'adresse suivante : [<https://ssrn.com/abstract=3199276>] (consulté 15/08/21) [trad. fr. S. Fouquet, dans la présente livraison] ; A. SOMEK, *The Legal Relation. Legal Theory After Legal Positivism*, Cambridge, C.U.P., 2017 ; *id.*, « Legality and the Legal Relation », *Ratio Juris*, 2020, vol. 33, p. 307-316.

impensés du discours juridique³), tantôt de mieux comprendre la nature des normes juridiques elles-mêmes comme des « rapports de droit »⁴. Le premier constat qui s'impose est celui tant de la richesse que de l'hétérogénéité de ces travaux.

Les participants au séminaire furent ensuite invités à interroger leurs propres recherches à l'aune du thème de la relation, à titre expérimental pour certains. Nous les remercions chaleureusement de s'être prêtés au jeu. Un second constat s'impose : la notion de relation permet de manière féconde d'examiner à nouveaux frais des problèmes classiques de la philosophie du droit. De ce point de vue, ce projet qui n'avait été initialement esquissé que par simple curiosité a dépassé nos attentes.

Gregory BLIGH (Sciences Po Lyon, *CERCRID*) et Emmanuel JEULAND
(Université Panthéon-Sorbonne, *IRJS*)

³ Dans des traditions distinctes les travaux suivants insistent sur ces aspects : J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, O.U.P., 2011 ; *id.*, « Reconceiving Rights as Relationship », *Review of Constitutional Studies*, 1993, vol. 1, p. 1-26 [trad. fr. G. Bligh, dans la présente livraison] ; J. Van MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, 2020, n° 1, p. 172-188.

⁴ E. JEULAND, « L'école relationniste du droit – la nouaison ? », *Archives de philosophie du droit*, n° 54, 2011, p. 373-387 ; *id.*, « La véraison de l'approche relationniste du droit », 2021, manuscrit non-publié consultable à l'adresse suivante : [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02105485v2>] (consulté 15/08/21).

Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky¹

Benjamin MORON-PUECH

*Professeur à l'université Lumière Lyon 2 (CERCRID et Transversales)
Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris-
Panthéon-Assas*

Au sein de sa contribution intitulée *La véraison de l'approche relationniste du droit*², le Professeur Emmanuel Jeuland identifiait, au sein des autaires^{*3} adoptant une théorie relationniste du droit, deux grands courants distincts mais nullement incompatibles. D'un côté, çauz* qu'on pourrait appeler les *relationnistes dogmatiques* et qui seraient soucieuz* de conférer une juste place au *rapport de droit* dans la dogmatique juridique. De l'autre, çauz qu'on pourrait appeler les *relationnistes empiriques*, soucieuz que l'analyse juridique ne perde pas de vue un élément empirique : la *relation humaine*.

Dans nos propres travaux, sans pour autant développer une théorie relationniste du droit, nous avons à tout le moins emprunté tour à tour ces deux approches. D'un côté, dans notre travail doctoral, c'est l'approche relationnelle dogmatique qui a été mobilisée⁴. En effet, à l'occasion de développements sur la définition de l'acte juridique, nous avons été amené à promouvoir une approche de la norme donnant une place explicite à la relation entre la personne bénéficiaire et la personne assujettie à la norme, à rebours d'une approche dominante, dite « fonctionnelle », insistant avant tout sur le contenu de la norme comme modèle

¹ Ce texte est issu d'une communication donnée à l'IRJS le 5 octobre 2020 alors qu'était en cours de discussion le projet de loi bioéthique depuis lors adopté. La référence à l'article 21 *bis* faite dans le présent texte correspond à l'article 30 de la loi bioéthique du 2 août 2021. Pour le fond de cet article, évoqué dans le présent texte, celui-ci n'a pas évolué. Pour un commentaire de cet article 30, v. not. « Loi de bioéthique et intersexuation. Commentaire d'un article précaire », *RDSS*, 2021/5, p. 827-835 et M.-X. CATTO, « La loi de bioéthique et les intersexes », *JDSAM*, 2020/1, p. 64-76.

² E. JEULAND, *La véraison de l'approche relationniste du droit*, 2019, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02105485v2>

³ Dans un souci de cohérence de la forme et du fond, ce texte adoptera une grammaire en capacité de traiter la non binarité du genre, en suivant les régularités proposées dans ALPHERATZ, *Grammaire du français inclusif*, éd. Vent Solars, 2018. Les premières occurrences des mots accordés suivant le genre commun proposé par ALPHERATZ seront suivies d'un astérisque, comme en l'espèce le mot *autaires*, forme neutre pluriel du mot auteur/autrice/autaire.

⁴ *L'acte juridique. Une réponse à la crise du contrat*, sous la dir. de D. FENOUILLET, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, LGDJ, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2020.

de conduite⁵. De l'autre côté, dans notre travail extra-doctoral portant sur les minorités sexuées et de genre, c'est une approche relationnelle empirique qui a été retenue afin, partant des problèmes que ces minorités rencontraient, de tenter de comprendre comment l'on pourrait par le droit améliorer leur quotidien.

C'est sur ce dernier point que se concentrera cette contribution, cela pour deux raisons. D'abord car, dans le contexte actuel, il est permis de penser que c'est avant tout de cette approche relationnelle dont notre société a besoin pour l'aider à surmonter les crises qu'elle traverse. Non pas les crises sanitaires et économiques, qui ne mettront pas durablement en danger notre civilisation, mais les crises liées au réchauffement climatique ou aux inégalités sociales, bien plus dangereuses quant à elles⁶. Ensuite car l'approche de Nedelsky – à la diffusion de laquelle entend participer l'ouvrage⁷ dans lequel s'inscrit cette contribution – nous a personnellement permis de trouver une manière plus simple de présenter – mais aussi de résoudre ! – la problématique des personnes intersexuées. Comme nous le verrons, en effet, l'approche nedelskienne, développée à propos de la théorie du *care* et illustrée notamment par Nedeleksy à propos du travail domestique⁸, s'applique particulièrement bien également à la minorité intersexuée (II). Rappelons avant cela qui sont les personnes intersexuées et les problèmes relationnels qu'elles rencontrent (I).

I.- Présentation des personnes intersexuées

Les personnes intersexuées sont des personnes qui présentent des caractéristiques biologiques ne correspondant pas aux standards médico-sociaux du masculin et du féminin. Leur nombre varie entre 0,02 % et presque 2 % selon la conception plus ou moins étroite de la définition retenue de l'homme et de la

⁵ Pour une défense de l'approche fonctionnelle, v. not. M. PICHARD, *Le droit à : Étude de législation française*, sous la dir. de M. GOBERT, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2006, *Economica*, n° 217 ; S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes*, sous la dir. de N. MOLFESSIS, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2012, *Economica*, n° 125 ; O. LAROQUE, *Les lois symboliques : Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, sous la dir. de P.-Y. GAUTIER, thèse de doct., Université Panthéon-Assas, 2017, p. 47 et s. Sur notre approche dite *élémentaire* de la norme, car reposant sur quatre *éléments constitutifs*, v. *L'acte juridique. Une réponse à la crise du contrat*, préc., n° 277, où la norme est définie comme « un modèle qui, lorsqu'il est en vigueur, sert à diriger l'action d'un ou plusieurs assujettis au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

⁶ Rappr. J. DIAMOND, *L'invité(e) des matins*, France Culture, 16 sept. 2020, <https://www.franceculture.fr/emissions/linvitee-des-matins/le-bouleversement-contre-la-fin-du-monde> ; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice totale face au marché total*, Seuil, 2010, ouvrage construit largement autour d'un des passages de la Déclaration de Philadelphie de 1944, réaffirmant qu'« une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale ».

⁷ V. déjà J.-F. BRAUNSTEIN et E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative (autour de Jennifer Nedelsky)*, IRJS éd., 2018.

⁸ J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », in J.-F. BRAUNSTEIN et E. JEULAND, *Droit et relation : une approche comparative (autour de Jennifer Nedelsky)*, IRJS éd., 2018, p. 18-19.

femme, ainsi que de la volonté de rendre visible ou invisible les personnes intersexuées. De nombreuses situations biologiques existent au sein de cette notion d'intersexuation, situations que les médecins s'efforcent de nommer dans leur entreprise de cartographie du vivant qu'on appelle la nosographie. Rentrent ainsi dans l'intersexuation des variations concernant les caryotypes (telle la présence de trois chromosomes sexuels ou d'un caryotype en mosaïques [XX/XY]), les hormones (telle l'insensibilité aux androgènes chez un individu aux gamètes mâles), l'anatomie (absence d'utérus chez une personne ayant des gamètes femelles, présence d'ovotestis, etc.) ou encore la morphologie (organe génital externe d'une taille distincte de celle de la verge ou du clitoris, verge non rectiligne, absence de vagin, etc.).

Aujourd'hui en France, et d'une manière générale dans les pays occidentaux ou occidentalisés, les relations que les personnes intersexuées peuvent établir dans la plénitude de leur être avec autrui – c'est-à-dire sans dissimuler leur intersexuation – relèvent de deux registres : le pathologique ou le monstrueux. Le choix d'une personne intersexuée se résume schématiquement à cette alternative : accepter d'être considérée comme une personne malade et être astreinte dès lors à chercher la guérison par des « thérapies de conformation sexuée » ou bien rejeter l'invalidation de son corps, mais s'exposer alors au risque de l'exclusion sociale si sa monstruosité venait à être découverte. Depuis les années soixante-dix en France⁹, ce choix quant aux registres interactionnels est en réalité bien souvent illusoire. Ainsi, comme dans la quasi-totalité des pays disposant d'un secteur hospitalier développé, ce choix est fait à la naissance par des tiers prétendant agir au nom de l'intérêt de l'enfant et retenant pour lui le registre pathologique¹⁰. En effet, la grande majorité des enfants intersexués* nés* en France sont soumis* à des opérations de conformation sexuée. Ces opérations, qui visent à leur assigner un « vrai sexe », se traduisent en pratique par des ablations d'organes sexuels (y compris donc des stérilisations), des chirurgies des parties génitales pour construire ou reconstruire des organes génitaux « normaux » et sur lesquels il faudra régulièrement réintervenir au long de la croissance de l'enfant, des traitements hormonaux très lourds avec des molécules pas toujours sûres (notamment l'androcure ou la dexaméthasone), etc. Les conséquences sur le long terme de ces opérations sont extrêmement graves, un grand nombre de personnes opérées – mais pas toutes car il existe une minorité de satisfaites – disant avoir été « torturées », « mutilées », « violées » et subissant tout au long de leur vie des

⁹ La généralisation des opérations de conformation sexuée est concomitante aux efforts pour la légaliser avec l'instruction générale relative à l'état civil citée *infra* note 18.

¹⁰ Sur l'étendue de ces pratiques de conformation sexuée, v. le décompte des condamnations de ces pratiques par l'ONU tenu par les associations STOP IGM (<https://stopigm.org/IAD-2016-Soon-20-UN-Reprimands-for-Intersex-Genital-Mutilations>) ou OII Europe (<https://oiieurope.org/wp-content/uploads/2018/09/List-of-intersex-specific-shadow-reports-to-UN-committees-OII-Europe-June-2020.pdf>).

traumatismes psychiques liés à ces opérations¹¹. Les quelques enquêtes statistiques réalisées auprès de ces personnes traduisent par ailleurs un profond mal-être lié à ces opérations¹².

II.- Application du canevas nédelkien aux personnes intersexuées

Le canevas de l'approche relationnelle du droit proposé par Nedelsky est construit autour de quatre questions¹³ :

- Comment les normes juridiques contribuent-elles à façonner la problématique étudiée ?
- Quelles sont les valeurs en jeu ?
- Comment les relations pourraient-elles être changées pour renforcer ces valeurs ?
- Quels changements dans le droit pourraient transformer les relations sociales ?

Reprenons tour à tour chacune de ces étapes.

1.- Comment les normes juridiques façonnent-elles la problématique intersexuée ?

À première vue, l'on pourrait penser que le droit « n'a rien à voir dans cette histoire » et, mieux encore, que loin d'être la cause des « traitements inhumains et dégradants¹⁴ » subis par les personnes intersexuées, il leur offre des garanties dont

¹¹ V. not. S. E. SYTSMA (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, 2010 ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015 ; J. M. DuBois et A. S. ILTIS, *Normalizing intersex. Voices*, John Hopkins University Press, Narrative Inquiry in Bioethics, 2016 ; T. JONES *et al.*, *Intersex. Stories and Statistics from Australia*, OpenBook Publishers, 2016 ; Délégation aux droits des femmes du Sénat, *Variations du développement sexuel : lever un tabou, lutter contre la stigmatisation et les exclusions*, 2017, spé. les témoignages de personnes concernées recueillies en annexe 5.

¹² Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *A long way to go for LGBTI equality*, 2020 https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf ; Collectif intersexe et allié-e-s, *Enquête sur la santé des personnes intersexes*, 2019 <https://infogram.com/reponses-au-questionnaire-sur-la-sante-des-personnes-intersexes-etou-presentant-des-variantes-du-developpement-sexuel-1hxj4803pdvq6vg> ; Adde T. JONES *et al.*, préc.

¹³ J. NEDELSKY, préc, p. 17. Voir ég. : *id.*, *Law's Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 236 sq.

¹⁴ L'expression est notamment utilisée – à juste titre – par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH, *Agir contre les maltraitances dans le système de santé : une nécessité pour respecter les droits fondamentaux*, avis, 22 mai 2018, p. 17). La qualification de « torture », au regard de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, paraît également pouvoir être retenue dans certains cas (A. TAMAR-MATTIS, « Medical Treatment of People with Intersex Conditions as Torture and Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment », in Center for Human Rights and Humanitarian Law, *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report*, Washington College of Law, Washington University ; CH. DERAIVE, *Venir à bout des procédures médicales de normalisation des personnes inter* : une requête à la Cour européenne des*

elles n'auraient qu'à se saisir. En effet, le droit français ne protège-t-il pas l'intégrité physique des personnes, en interdisant toute opération dépourvue de but thérapeutique (article 16-3 du Code civil) et en subordonnant toute opération mutilante à un « motif médical très sérieux » (article R. 4127-41 du Code de la santé publique), ce qui paraît condamner les opérations mutilantes de conformation sexuée ? Le droit n'interdit-il pas également les traitements réalisés sans le consentement de la personne (article L. 1111-4 du Code de la santé publique), ce qui condamnerait les traitements réalisés sur les enfants n'y consentant pas ? N'interdit-il pas de même toute opération qui présenterait plus d'inconvénients que de risques (article L. 1110-5 du code de la santé publique), ce qui condamnerait ces opérations au regard de leurs trop nombreux inconvénients ?

À l'examen, pourtant, c'est bien le droit – en tant que discours officiel d'une société sur elle-même, pour reprendre l'idée du Professeur Rémy Libchaber¹⁵ – qui entretient cette approche monstrueuse ou pathologisante de l'intersexuation par diverses lois, arrêtés, décrets, ainsi que quelques autres « petites » sources du droit¹⁶ (avis ou recommandations médicales publiées dans des bulletins officiels ministériels ou les sites internet d'institutions médicales). Ceci se manifeste en particulier dans le champ du droit des personnes et du droit de la santé publique où le pouvoir étatique a produit ces dernières années de nombreux textes.

Pour le droit des personnes, la principale source légitimant cette approche monstrueuse et pathologisante est l'état civil. Le silence gardé par le Code civil de 1804 sur l'existence de personnes intersexuées paraît inscrire ces dernières dans le champ de la monstruosité indicible – contrairement à d'autres codes contemporains plus prolixes¹⁷. Surtout, il faut ici mentionner une instruction générale relative à l'état civil de 1970¹⁸, laquelle encourage les opérations de

droits de l'Homme, Travail de fin d'études sous la dir. d'I. RORIVE, Centre Perelman de Philosophie du droit, août 2018 ; M. YZERMANS, *La pratique de conformation sexuée des mineurs intersexes au regard des obligations incombant à la France en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de M. EUDES et T. GRUNDLER, Université Paris Nanterre, 2019).

¹⁵ R. LIBCHABER, *L'ordre juridique ou le discours du droit*, LGDJ, 2014.

¹⁶ S. GERRY-VERNIÈRES, *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)*, N. MOLFESSIS (préf.), Paris, Economica, 2012.

¹⁷ V. le Code civil bavarois de 1756 (*Codex Maximilianeus bavaricus civilis*), Partie 1, Chapitre 3, § 2 <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CMBC1756.htm> et prévoyant que les personnes hermaphrodites seront rattachées au sexe prévalant en elles ou, en l'absence de prévalence, au sexe de leur choix dont il leur est fait défense de s'écarter. Adde le Code civil prussien de 1794 (*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, § 19 à 23, <https://opiniojuris.de/quelle/1622>) laissant *prima facie* une plus grande liberté dans la détermination du sexe au profit des parenz* d'abord puis de la personne concernée à partir de ses dix-huit ans, mais reconnaissant toutefois la primauté de l'opinion médicale en cas de conflit sur le sexe élevé par des tiærs*. Comp. le Code civil autrichien de 1811 (ABGB) où la référence disparaît.

¹⁸ Ministre de la Justice 1970, « Instruction du 19 février 1970 modifiant l'instruction générale relative à l'état civil », *JORF*, 23 avr. 1970, p. 3854. La norme est encore en vigueur, mais au sein d'un autre support normatif : « Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation », *BOMJ*, 30 nov. 2011.

conformation sexuée *via* une habilitation implicite donnée aux professionnels* de santé par les procureurs* de la République, en tant qu'autorité responsable de l'état civil des français*. Ce texte – en passe d'entrer dans la loi *via* l'article 21 *bis* du projet de loi relatif à la bioéthique – prévoit que lorsque les médecins* constatent à la naissance une situation d'intersexuation rendant impossible l'inscription à l'état civil dans le délai légal de cinq jours d'un sexe masculin ou féminin, alors ces professionnels de santé doivent demander au parquet civil l'autorisation de suspendre l'inscription du sexe « le temps de faire les traitements appropriés ». Certes, ce texte n'encadre pas l'activité médicale sur le corps de l'enfant, mais seulement l'état civil. Cependant, dès lors que l'autorisation est donnée le temps d'intervenir médicalement sur le sexe de l'enfant, l'on voit bien que ce texte habilite en réalité les professionnels de santé à réaliser une opération à la légalité douteuse, puisque susceptible (en 1970) de tomber sous le coup de l'incrimination de castration alors mobilisée par nombre de juristes pour refuser les opérations sur les personnes transgenres¹⁹. Par ailleurs, cette instruction ministérielle renforce la binarité des sexes en suggérant que les seules mentions possibles seraient « homme » ou « femme », à rebours de pratiques plus ouvertes acceptant d'autres mentions²⁰. Ainsi, dans cette circulaire de 1970, la mention même de « indéterminée », encore utilisée épisodiquement de nos jours²¹, est déconseillée.

Quant au droit de la santé, plusieurs textes contribuent à légitimer la pathologisation et les opérations sur les enfants intersexués. Doit tout d'abord être mentionné le rôle de la nosographie étatique, c'est-à-dire le classement officiel des maladies par l'État. En effet, l'État français réceptionne la classification réalisée par l'OMS (la CIM-11 en dernier lieu)²², laquelle continue à faire des différentes formes d'intersexuation des états pathologiques que les médecins doivent renseigner lors de la prise en charge des usagers du système de santé. Une nosographie parallèle, établie par le réseau français puis européen Orphanet et prétendument plus précise, existe également pour les « maladies rares » avec non plus des codes CIM,

¹⁹ R. LINDON, « *Aspects juridiques du transsexualisme* », S. 1956, p. 95 et s., évoquant la castration, mais sans mentionner le Code pénal et soutenant en outre, « du point de vue de l'état civil », la contrariété de l'opération à l'ordre public, à raison – indirectement – du risque de mariage « de cet homme devenu femme avec un homme demeuré homme ».

²⁰ B. MORICE, *Manuel pratique de l'état civil*, Paris, 1938, n° 226 p. 155, retrouvé par M.-X. CATTO et cité dans « La mention du sexe à l'état civil », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD et D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre*, CNRS éditions, p. 29-47, spé. note 27.

²¹ Une extraction des données du répertoire national d'identification des personnes physiques réalisée en 2017 relevait ainsi une cinquantaine de personnes rattachées par l'INSEE à cette catégorie entre 2013 et 2017 : L. HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Rapport à la Mission de recherche Droit et Justice, 2018, p. 251.

²² Ministre des affaires sociales et de la santé et Ministre de l'économie et des finances, « Arrêté du 23 décembre 2016 relatif au recueil et au traitement des données d'activité médicale des établissements de santé publics ou privés ayant une activité d'hospitalisation à domicile et à la transmission d'informations issues de ce traitement », *JORF* n° 4, 5 janv. 2017, Texte n° 21, art. 8.

mais des codes ORPHA²³ qu'utilisent avant tout en France les « centres de maladie rare », dont ceux en charge de l'intersexuation. Par cette « rationalisation », l'État contribue assurément à entretenir les problèmes que rencontrent les personnes intersexuées. Relevons aussi que la prise en charge du coût des opérations de conformation sexuée par la sécurité sociale a également été rationalisée. Ainsi, depuis 2005, une entrée spécifique leur a été réservée dans la classification commune des actes médicaux, le chapitre 8.7.1 relatif à la « correction des ambiguïtés sexuelles »²⁴. Enfin, la prise en charge médicale elle-même a été rationalisée. En 2006 ont en effet été créés de nouvelles structures administratives, les centres de référence de maladies rares évoqués précédemment²⁵, dont l'un notamment spécialisé dans la prise en charge des personnes intersexuées. Ces centres disposent de dotations de fonctionnement spécifiques leur imposant notamment l'élaboration de protocoles nationaux de diagnostics et de soins (PNDS). Au sein des PNDS concernant les personnes intersexuées se trouvent notamment promues des pratiques mutilantes²⁶. Dans l'avenir, ces structures devraient sans doute voir leur action confortée à l'issue de l'adoption du projet de loi relatif à la bioéthique. Alors qu'aujourd'hui les personnes intersexuées bénéficient encore du principe de libre choix du professionnel de santé, l'article 21 *bis* prévoit de restreindre cette liberté en confiant un monopole à ces centres pour les actes médicaux réalisés sur les enfants intersexués.

Si, on le voit, le pouvoir exécutif est aux premières lignes dans la diffusion d'un modèle monstrueux, puis pathologisant, qui aboutit à rejeter les personnes intersexuées des registres d'état civil pour les accueillir plutôt dans les registres de maladie, le pouvoir judiciaire n'est pas non plus en reste. Ainsi, en 2017, le refus de la Cour de cassation de reconnaître un sexe neutre a assurément contribué à maintenir, voire à renforcer la binarité des sexes et du genre²⁷. Quant aux actes de conformation sexuée, les juges judiciaires et administratifs ont pour l'instant entretenu l'impunité de ces pratiques très vraisemblablement illégales au regard des textes mentionnés plus haut, qu'on songe aux décisions de juges d'instruction

²³ Codes disponibles sur <https://www.orpha.net/consor4.01/www/cgi-bin/Disease.php>.

²⁴ Union nationale des caisses d'assurance maladie, « Décision du 11 mars 2005 relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie », *JORF* n° 74, 30 mars 2005, p. 5309.

²⁵ « Arrêté du 12 juillet 2006 portant labellisation de centres de référence pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares », *JORF*, n° 178, 3 août 2006, NOR : SANHo622910A ; « arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares », *BO Santé*, 15 mai 2017, NOR : AFSH1730222A, p. 24.

²⁶ V. notamment FIRENDO, *Protocole national de diagnostic et de soins. Insensibilités aux androgènes*, 2018, https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2018-01/pnds_ais_version_finale.pdf, spé. p. 13 et 27.

²⁷ Cass., 1^{ère} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

refusant²⁸ ou tardant à enquêter sur les mutilations génitales intersexuées²⁹ ou aux décisions du Conseil d'État déclarant irrecevables des recours attaquant les décisions d'autorité promouvant ces opérations de conformation sexuée ou refusant de les interdire³⁰.

2.- Quelles sont les valeurs en jeu ?

Ici, pour reprendre les termes de Nedelsky et non des termes propres au droit français, la première valeur en jeu est l'autonomie de la personne, valeur sur laquelle Nedelsky insiste fréquemment³¹ et dont elle s'efforce de promouvoir une approche relationnelle loin de l'approche par trop libérale et individuelle qui règnerait selon elle dans la société états-unienne³². Cette autonomie concerne tant le droit de décider quel sort réserver à sa différence corporelle – ce que le droit français appréhenderait au travers de la notion d'intégrité physique protégée par l'article 16 du Code civil ou 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDHFLF) – que le droit de décider à quelle catégorie de genre appartenir – ce qui serait rattaché en droit français au respect de la vie privée protégé notamment par l'article 9 du Code civil ou 8 de la CSDHFLF. Il nous semble en outre qu'intervient ici une seconde valeur : la diversité, encore qu'on pourrait peut-être avec quelques efforts la rattacher à la précédente³³. Avec cette autre valeur, il s'agit de savoir si l'État entend protéger la diversité des corps et des modes de vie pour faciliter leur plein épanouissement ou si l'État, au contraire, pour simplifier la gestion bureaucratique des populations, va chercher à imposer l'homogénéité sans égard pour la souffrance endurée par les personnes s'écartant du modèle retenu.

²⁸ Cass., crim., 6 mars 2018, n° 17-81.777, rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la chambre d'instruction ayant lui-même refusé d'infirmar la décision d'un juge d'instruction.

²⁹ V. l'instruction ouverte il y a plus de cinq ans à Clermont-Ferrand et qui n'a à ce jour pas abouti (<https://www.20minutes.fr/societe/2172971-20171126-personne-intersexe-depose-plainte-contre-medecins-operee-devenir-homme>).

³⁰ CE, 2 oct. 2010, n°s 420542 et 422197 (deux arrêts).

³¹ Not. NEDELSKY, préc. p. 4-5.

³² J. NEDELSKY, préc., p. 14, où elle prend ses distances avec une « idée d'autonomie [entrant] en résonance avec le souci anglo-américain selon lequel l'idée de liberté est davantage garantie et protégée en gardant l'État loin de la vie des personnes ». Pour Nedelsky, la seule défense de la liberté face au pouvoir de l'État mine à terme la possibilité d'une autonomie réelle des individus. D'où son appel à une intervention de l'État pour protéger l'autonomie relationnelle des individus. Sur ce projet politique de transformation de la société états-unienne, cf. P.-M. RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit », cet ouvrage.

³³ NEDELSKY n'évoque pas cette valeur de la diversité. Est-ce parce qu'elle ne la considère pas pertinente, du moins pour les groupes d'individus à partir desquelles elle a forgé sa théorie, ou bien est-ce parce qu'elle l'estime implicitement comprise dans les « valeurs fondamentales » (*core values*) qu'elle mentionne : autonomie, liberté ou dignité ? À supposer que ce soit pour la seconde raison et qu'il soit effectivement possible de subsumer la diversité sous l'une ou l'autre de ces « valeurs fondamentales », il n'en resterait pas moins pertinent de l'explicitier pour attirer l'attention de l'auditoire sur cet aspect spécifique de la valeur en jeu.

3.- Comment les relations pourraient-elles être changées pour renforcer ces valeurs ?

Pour présenter comment ces valeurs d'autonomie et de diversité pourraient être renforcées au sein des principales relations nouées par une personne intersexuée avec autrui, on procédera par cercle concentrique, en commençant par les relations familiales, puis en examinant les relations médicales et enfin les relations sociales en général.

Les relations familiales pourraient être changées pour préserver l'autonomie de la personne mineure qui ne devrait pas être soumise à l'autorité absolue de ses parents pour des décisions graves dont elle subira des conséquences sa vie durant. Or, en l'état du droit positif français, l'autonomie de la personne mineure est relativement mal protégée par rapport à l'autorité parentale. En effet, les titulaires de cette autorité parentale peuvent d'une manière générale prendre seuls* les décisions les plus graves concernant le corps de leur enfant, y compris s'agissant de son sexe. Certes, le droit impose que les décisions des titulaires de l'autorité parentale soient prises dans l'intérêt de l'enfant (art. 371-1 C. civ.). Cependant, faute de procédure efficace pour s'assurer du respect de cette règle, il est en pratique assez aisé pour les titulaires de l'autorité parentale d'agir contre l'intérêt de l'enfant, notamment intersexuæ, en acceptant des opérations dépourvues de nécessité thérapeutique et auxquelles leur enfant n'aura pas pu être associé compte tenu de son jeune âge. L'anormalité de cette situation apparaît aisément lorsqu'on compare la situation d'un* mineur* avec celle d'un majeur* protégé*. Alors que pour des personnes mineures des actes graves aux conséquences irréversibles peuvent être décidés seulement par les titulaires de l'autorité parentale, pour les personnes majeures ce n'est plus le cas depuis la réforme de 2007 ayant entendu accroître leur autonomie. Ainsi, l'un* représentant* de la personne majeure ne détient plus désormais le pouvoir de décider des actes éminemment personnels (art. 458 c. civ.). Seule la personne majeure peut consentir à de tels actes, ce qui signifie que si cette personne n'est pas apte à consentir, de tels actes n'auront pas lieu, sauf bien sûr l'hypothèse de « soins indispensables »³⁴.

Les relations médicales pourraient également être changées pour préserver l'autonomie des patients* et de leurs représentants* légaux. L'information des patients devrait être plus objective³⁵, en ce sens que le caractère non pathologique de l'intersexuation devrait être affirmé, tout comme le caractère encore

³⁴ Il faut en effet combiner l'article 458 du Code civil, réservant l'hypothèse de dispositions légales particulières, avec l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique permettant la délivrance de soins indispensables à une personne majeure protégée.

³⁵ Rapp. Conseil d'État, *La révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain*, Avis au Premier ministre, 2018, p. 141.

expérimental des protocoles mis en place³⁶ et leurs nombreux effets négatifs connus à long terme³⁷. Les patients devraient également avoir la possibilité de rejeter toute qualification pathologique de leur personne³⁸, tout en ayant la possibilité d'être soigné* pour des troubles spécifiques qu'ils ressentent, en particulier lorsque ces troubles ont été induits par un stigma social ou des opérations non consenties qu'ils ont subi.

Les relations sociales en général pourraient être rendues plus tolérantes, pour mieux accepter la diversité corporelle et notamment la diversité des caractéristiques sexuées. Il devrait être possible d'entrer en relation avec une personne intersexuée en dehors des deux modes dominants de relation précités : les modalités monstrueuse ou pathologique. Pour ce faire, une attention particulière devrait être portée aux discours contribuant à véhiculer ces deux modalités, en particulier les discours tenus dans les cours d'éducation à la différence sexuée, principalement au collège et au lycée³⁹, ou encore les discours lors de la grossesse et de l'annonce du diagnostic⁴⁰.

4.- *Quels changements dans le droit pourraient transformer les relations sociales ?*

Le problème rencontré par les personnes intersexuées réside dans l'absence de reconnaissance par les normes sociales de leur identité et de leur corps (leur « invalidation » pour reprendre un terme d'origine militant qui illustre particulièrement bien l'origine normative du problème)⁴¹. C'est leur rejet hors de la normalité – et d'une certaine manière hors de l'humanité⁴² – qui doit être travaillé. Cela afin que les relations des personnes intersexuées avec la société se normalisent. Cela également pour qu'il soit enfin signifié à ces personnes que leur

³⁶ K. ZILLÉN, J. GARLAND et S. SLOKENBERGA, *The Rights of Children in Biomedicine: Challenges posed by scientific advances and uncertainties*, Rapport au Comité de Bioéthique du Conseil de l'Europe, 2017.

³⁷ Sur lesquels v. S. E. SYTSMAN (dir.), *Ethics and intersex*, Springer, 2010.

³⁸ Rappr. Parlement européen, *Résolution sur les droits des personnes intersexuées*, 14 févr. 2019 (2018/2878(RSP)), § 2-8.

³⁹ L. PETIT, « Pour une prise en compte des élèves intersexes », *SVT-égalité.fr*, 2017 ; Rappr. S. DEPLUS, « The Sex of Knowledge: Sexuated and Gendered Anatomy », in É. SCHNEIDER et C. BALTES-LÖHR (dir.), *Normed Children. Effects of Gender and Sex Related Normativity on Childhood and Adolescence*, Transcript-Verlag, 2018.

⁴⁰ Pour une illustration des difficultés engendrées par l'annonce pathologique, cf. A.-M. RAJON, « La naissance de l'identité dans le cas des ambiguïtés sexuelles », *Psychiatrie de l'enfant*, XLI, 1, 1998, p. 5-35.

⁴¹ V. les propos du militant français intersexe historique, Vincent-Sarita GUILLOT, retranscrits dans M.-A. DIVET, « Intersexe, Vincent Guillot sort de la nuit », *Histoires ordinaires.fr*, https://www.histoiresordinaires.fr/Intersexe-Vincent-Guillot-sort-de-la-nuit_a1330.html ; Adde J.-B. CHARLEBOIS, « Les sujets intersexes peuvent-ils (se) penser ? », *Socio*, 2017/9, p. 143-162.

⁴² J. BUTLER, *Défaire le genre*, Éd. Amsterdam, 2016, p. 42.

vie mérite aussi d'être vécue⁴³, au lieu que le registre pathologique leur signifie au contraire que cette vie-là ne mériterait pas d'être vécue ou protégée et qu'elle les conduirait à une mort sociale. Pour changer cette relation, il faut donc agir pour reconnaître la normalité de cette situation.

Plusieurs stratégies (qui gagneraient à être cumulées) peuvent être envisagées sur le terrain des normes juridiques classiques (loi, règlement, arrêté) ou sur celui des « petites sources » du droit. Sur le terrain de l'état civil, il conviendrait que l'article 57 du Code civil français soit modifié pour que la mention du sexe soit rendue facultative et soit ouverte à la non binarité⁴⁴. Ceci permettrait d'éviter que l'obligation d'inscrire un sexe à l'état civil ne soit utilisée comme argument pour justifier des actes de conformation sexuée réalisés relativement dans l'urgence autour de la naissance. Certaines organisations internationales poussent en ce sens, en reprenant l'idée doctrinale selon laquelle la mention du sexe serait en soi attentatoire à la vie privée⁴⁵ ; le législateur français ne paraît nullement s'orienter dans cette direction, plus soucieux – du moins dans l'article 21 *bis* du projet de loi de bioéthique – d'inscrire la binarité du sexe dans la loi que de la remettre en cause. Pourtant, dès lors que ce qui compte avant tout dans le fonctionnement quotidien de l'ordre juridique c'est moins le sexe (caractéristiques sexuées) que le genre présent sur les titres d'identité, l'on peine à voir l'intérêt qu'il y aurait à renseigner sur l'acte de naissance une information biologique non pertinente.

Sur le terrain médical également, toutes les normes légitimant la pathologisation et la réponse médicale à ce qui est avant tout un problème de tolérance devraient être abrogées ou modifiées. Il conviendrait en particulier de prendre garde à ce que nous avons qualifié ailleurs de « médicalisation

⁴³ C'est un point sur lequel Judith BUTLER insiste dans son ouvrage précité (*Défaire le genre*). Dans le premier chapitre intitulé *Agir de Concert*, elle écrit notamment que « [l]es normes qui gouvernent l'anatomie humaine idéalisée opèrent ainsi une différenciation entre ce qui est humain et ce qui ne l'est pas, entre les vies vivables et celles qui ne le sont pas » (p. 15) et que « une vie pour laquelle il n'existe aucune catégorie de reconnaissance n'est pas une vie vivable » (p. 20). Au chapitre suivant (*Hors de soi*), elle reviendra encore sur cette idée de vie vivable en soulignant que « les vies sont diversement soutenues et maintenues. [...] Certaines vies seront très protégées. [...] D'autres vies [...] ne seront même pas jugées dignes d'être pleurées » (p. 42).

⁴⁴ V. B. MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité. Par-delà une binarité obligatoire », *Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité*, journées d'étude organisées par I. THÉRY, L. HÉRAULT et A. CHAIGNEAU, 2016, Marseille, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403v2> ; Adde D. BORRILLO, « L'intersexualité et l'état des personnes : Le droit face à l'identité du genre », *Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur*, 2014, *Arbeiten an der Universität – Lebensentwürfe und berufliche Realität*, juin 2014 (341), p. 8-9. Rappr. D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, p. 689, 2008.

⁴⁵ Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 2017, § 7.3.4. Rappr. Parlement européen, préc, § 9.

rampante »⁴⁶ et dont on observe aujourd’hui des manifestations pour les personnes homosexuelles⁴⁷ ou transgenres⁴⁸. Là encore, le législateur français ne s’oriente pas dans cette direction avec le projet de loi de bioéthique, le terme même d’intersexuation ayant été refusé dans le projet de loi au profit de celui, pathologisant, de « variations du développement génital ».

Sur le terrain de la discrimination, enfin, la notion de « sexe » présente dans toutes les règles de discrimination et quelque peu désuète⁴⁹, gagnerait à être enrichie et/ou remplacée par celle de « caractéristiques sexuées » (comme à Malte⁵⁰), voire intersexuation (comme en Australie⁵¹) visant plus explicitement les personnes intersexuées. L’Union européenne pousse notamment en ce sens⁵².

Cela sera-t-il suffisant ? Il est permis d’en douter tant ces normes juridiques classiques ne sont pas celles qui constituent les normes sociales en général. Pour atteindre ces dernières, il convient d’agir sur toutes les « petites sources » du droit régissant l’éducation des individus, qu’il s’agisse des programmes de SVT de l’éducation nationale ou des professionnels de santé, normes étatiques, mais pas toujours justiciables. Ces programmes, publiés *a minima* au *Bulletin officiel*⁵³ gagneraient à présenter la diversité des caractéristiques sexuées sur un registre non pathologique, de manière à ce que la tolérance vis-à-vis des personnes intersexuées se diffuse dès le plus jeune âge et que, pour çauz* qui n’auraient pas pu en bénéficier à l’école, il y ait au moins une « séance de rattrapage » lors des échographies où l’on informera les futurz parenz des limites de la question : « alors docteur est-ce une fille ou un garçon ? ».

⁴⁶ « Médecine et intersexuation », Au croisement des sciences du vivant, du droit et des sciences humaines et sociales : les expériences trans’ et intersexe, J. COURDURIÈS et al. (dir.), Presses Universitaires du Midi (à paraître).

⁴⁷ V. en dernier CE, 28 déc. 2017, n^{os} 400580, 414973 à propos du don du sang.

⁴⁸ V. l’absence d’interdiction pour les juges de se fonder sur des documents médicaux pour accorder le changement de marqueur du sexe à l’état civil. Sur cette pratique v. M.-X. CATTO, « Changer de sexe à l’état civil depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Un bilan d’application », *Cahier Droit, Sciences et Technologies*, 2019/9 et M. LOIRY, *Le changement de sexe pour les personnes transgenres en droit français*, mémoire de Master 2 sous la dir. de A. IMBERT, Université de Grenoble, 2019, <https://www.stophomophobie.com/le-changement-de-sexe-pour-les-personnes-transgenres-en-droit-francais-rapport-de-recherche>.

⁴⁹ La notion de sexe s’est en effet éclatée ces dernières années en trois notions : orientation sexuelle, genre (identité ou expression) et caractéristiques sexuées.

⁵⁰ *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, 14 avr. 2015, art. 13, (2) et (3), <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>.

⁵¹ *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status). Act 2013*, n^o 98, 2013, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013A00098>.

⁵² Parlement européen, préc.

⁵³ V. « Programme de sciences de la vie et de la Terre de seconde générale et technologique », *BO de l’éducation nationale*, 22 juin 2019, p. 12-13, https://cache.media.eduscol.education.fr/file/SP1-MEN-22-1-2019/00/8/spe647_annexe_1063008.pdf, présentant une vision très binaire de la sexuation, ne laissant aucune place aux individus autres que « homme » ou « femme ».

Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail

Simon FOUQUET

Doctorant au CRHI, Université Côte d'Azur

Introduction. Factualité de la relation sociale, idéalité de la qualification juridique. La tension constitutive du droit du travail

Dans sa *Critique du droit du travail*, Alain Supiot s'attache, entre autres nombreuses choses, à faire ressortir le geste fictionnel qui consiste à considérer le travail humain comme un bien négociable et détachable de la personne du travailleur. Cette fiction s'incarne notamment dans la qualification contractuelle de la relation de travail, laquelle a longtemps conduit à considérer, premièrement que cette relation devait demeurer régulée par le principe de la liberté contractuelle individuelle, deuxièmement qu'elle pouvait bien être considérée uniquement comme un échange donnant lieu à des obligations réciproques, c'est-à-dire comme un contrat synallagmatique. De cette subsumption de la relation de travail sous la logique contractuelle dominante tout au moins dans le siècle ayant suivi la Révolution Française, le juriste dit la chose suivante : « La spécificité de la relation de travail disparaît dans cette analyse synallagmatique, cet échange de prestations qui se servent mutuellement de causes »⁵⁴. Une telle affirmation appelle deux remarques. Tout d'abord, la « spécificité » dont il s'agit ici consiste en le fait que le travail n'est pas un bien comme un autre : il implique toujours nécessairement la personne du travailleur et se heurte, de ce fait, à des limites d'usage et d'échange que tout objet ne connaît pas. Ensuite, et par conséquent, cette spécificité remet en cause la « qualification contractuelle » de cette relation de travail : si le travail n'est pas un bien comme un autre, le contrat de travail ne saurait être un contrat comme un autre.

C'est de cette tension entre la réalité sociale de la relation de travail et l'abstraction de sa qualification juridique contractuelle que procède, à son tour, la spécificité de ce corps de règles et de droits que l'on a appelé, dans les premières décennies du XX^{ème} siècle, le droit du travail, notamment par rapport au droit des

⁵⁴ A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 95.

contrats⁵⁵. Si beaucoup a déjà été dit de cette spécificité et, éventuellement, de l'autonomie de cette branche du droit⁵⁶, c'est bien cette dimension tensionnelle entre relation et contrat que nous voudrions, dans ce qui suit, mettre en lumière.

Cet article se propose de montrer que l'inadéquation entre la réalité de la relation de travail et sa qualification juridique contractuelle a, depuis le milieu du XIX^{ème} siècle jusqu'à nos jours, conduit à la formation progressive et non linéaire d'un régime contractuel spécifique dont on voudrait suggérer qu'il peut être qualifié de relationnel. Par ce terme, nous entendons une approche dont Jennifer Nedelsky a donné une formulation on ne peut plus claire et concise : « Ce que les droits et le droit font vraiment, en ce moment même, est de structurer des relations qui, à leur tour, promeuvent ou diminuent des valeurs fondamentales telles que l'autonomie »⁵⁷. Ainsi, plutôt que de voir dans le contrat de travail l'expression de la rencontre entre deux volontés libres, on pourra, dans cette perspective relationnelle, voir dans ce contrat une certaine manière de structurer les relations de travail dont il convient d'évaluer la force de promotion ou de diminution de l'autonomie.

Relationnel, le droit du travail moderne peut l'être dit en deux sens, comme nous essaierons de le montrer. D'une part, c'est d'une critique relationnelle – et réaliste, on le verra – que procède cette formation d'un régime contractuel spécifique appliqué au travail : c'est parce que l'on a approché le contrat de travail en tant que forme juridique structurant une relation, en l'occurrence d'inégale puissance⁵⁸, que l'on a été amené à sortir cette relation contractuelle des cadres strictement individualistes du droit des contrats de la fin du XIX^{ème} siècle, tout au moins. Outre ce versant critique, d'autre part, le droit du travail peut être appréhendé dans nombre de ses dimensions comme un droit relationnel, c'est-à-dire comme un droit consciemment orienté vers la construction de relations en fonction de certaines valeurs comme la dignité de la personne, l'autonomie ou encore une certaine forme d'égalité.

Ainsi voudrait-on montrer que le droit du travail peut, certes en grande partie *a posteriori*, être appréhendé comme un droit relationnel au sens où l'entend Jennifer Nedelsky. Il s'agira notamment de suggérer que le droit du travail a été porteur d'une découverte, derrière le contrat, de la relation, sinon d'une substitution de celle-ci à celui-là.

⁵⁵ On choisira cette dénomination de « droit des contrats » afin d'englober les systèmes de *common law* et ceux de droit civil, cherchant par là à mettre en lumière le principe commun qui les anime, à savoir celui de la liberté contractuelle individuelle.

⁵⁶ Voir par exemple A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES, J. ADAMS-PRASSL (eds.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

⁵⁷ J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », in J-F. BRAUNSTEIN et E. JEULAND, *Droit et relation : une approche comparative (autour de Jennifer Nedelsky)*, Paris, IRJS Éditions, 2018, pp. 14-15.

⁵⁸ On privilégiera la notion de puissance afin d'éviter toute équivoque entre un pouvoir non juridique mais économique, social et politique, à laquelle la notion de puissance renvoie, et l'acceptation proprement juridique du pouvoir.

Nous suivrons, à cet effet, les deux aspects soulignés par Nedelsky dans sa définition relationnelle du droit. Dans un premier temps, on se concentrera sur la manière dont le droit du travail « structure des relations », après être revenu sur le versant critique de cette approche « relationnelle » - avant la lettre - dont le droit du travail nous paraît avoir procédé. Dans un second temps, il s'agira d'explicitier comment cette manière de structurer les relations de travail se veut promotrice de l'autonomie, notion elle-même soumise à une redéfinition relationnelle qui nous paraît particulièrement indiquée pour comprendre l'idée, centrale en droit du travail, d'autonomie collective.

Une dernière remarque introductive : dans la mesure où l'on se propose ici de suggérer la fécondité heuristique de l'approche relationnelle pour l'interprétation philosophique du droit du travail, le propos qui suit sera nécessairement empreint de certaines stylisations qui pourront paraître quelque peu exagérées, notamment aux yeux du juriste ou de l'historien travailliste. Celles-ci ne nous semblent néanmoins pas inutiles à l'heure où cette discipline juridique traverse, aux yeux de nombreux observateurs et praticiens, une période de crise aiguë d'auto-compréhension et de légitimité⁵⁹.

I.- Naissance du droit du travail : derrière l'égalité formelle du contrat, l'inégalité relationnelle

Les interprétations de l'émergence du droit du travail, depuis la moitié du XIX^{ème} siècle jusqu'à la première véritable consolidation de ces réglementations, un siècle plus tard, sont nombreuses et bien souvent complémentaires. Il est indéniable que des facteurs aussi bien sociaux qu'économiques ou politiques ont pu favoriser l'émergence de ces réglementations diverses selon les pays et les périodes plus précises. L'interprétation que nous proposons ici ne se veut donc ni hégémonique, ni polémique, mais il est à souligner qu'elle s'inscrit dans l'ordre de la philosophie du droit.

Notre point de départ, nous l'avons dit, consiste en une inadéquation ressentie de manière croissante dans les pays industrialisés entre la réalité sociale des relations de travail, réalité essentiellement hiérarchique et inégalitaire, et l'abstraction de sa qualification juridique contractuelle qui postule l'égalité liberté des contractants, en excluant ainsi en principe toute restriction extérieure. Cette inadéquation s'exprime avec une vigueur particulière dans le contexte états-unien, autour d'une jurisprudence du début du siècle qui prendra le nom de son arrêt le

⁵⁹ Voir, entre autres, J. PORTA, « Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations », *Travail et Emploi*, n° 158, 2019, pp. 95-132.

plus célèbre, l'arrêt *Lochner* de 1905⁶⁰. Au sujet d'un arrêt similaire⁶¹, le juriste américain Roscoe Pound pointait précisément cette inadéquation, dans un article de 1909 : « Pourquoi, alors, les tribunaux persistent-ils dans cette erreur ? Pourquoi tant d'entre eux imposent à la législation une théorie académique de l'égalité en regard des conditions concrètes d'inégalité ? [...] Pourquoi la conception juridique de la relation entre un employeur et un employé est-elle autant en désaccord avec le sens commun de tous les hommes ? »⁶². À la lecture de cet extrait, il semble que la préoccupation de Pound soit de substituer à une égalité formelle, postulée, une égalité concrète, effective. L'usage qu'il fait du terme de « relation » peut toutefois nous mener sur une autre piste interprétative : tout comme dans l'extrait de Supiot discuté en introduction, il s'agit ici d'opposer la relation factuelle à sa qualification juridique contractuelle. C'est donc d'une discordance entre le contrat comme qualification juridique et la relation comme réalité sociale qu'il s'agit. Cette relation, en effet, n'a que les apparences formelles d'une relation entre égaux : d'une part, la nécessité de contracter est bien supérieure pour l'employé que pour l'employeur, ce qui peut conduire le premier à accepter des termes qui lui sont bien peu favorables ; d'autre part, le contrat de travail instaure entre ces deux cocontractants une inégalité durable, un rapport hiérarchique. Ces deux facteurs d'inégalité combinés évoqueraient plutôt une relation d'allégeance, dans laquelle la nécessité nous fait entrer et nous fait accepter la soumission, qu'une relation transactionnelle entre égaux.

Pour Pound comme pour nombre de ses contemporains, il s'agissait ainsi de dénoncer la fiction de cette égale liberté des contractants dans le cadre du contrat de travail. Lui entendait le faire au moyen de ce qu'il nommait une « jurisprudence sociologique », permettant de démystifier les idéalizations d'un droit individualiste et idéaliste. Mais au-delà de cette opposition entre réel et idéal, ou entre sociologie et philosophie⁶³, il nous semble que l'on peut voir dans cette critique les prémices d'une approche relationnelle du droit cherchant à se substituer à une approche individuelle ou atomiste. Il s'agit en effet de ne plus postuler une égale liberté à tous les sujets de droit, mais de voir concrètement si cette liberté contractuelle est la même pour les parties à un contrat en fonction de leur position sociale et du lien précis qu'ils établissent. Une manière, alors, de désigner cette passation de contrat empreinte de nécessité pour la partie faible, peut être de parler non plus d'autonomie – au sens de la liberté contractuelle – mais d'une forme atténuée de cette dernière, l'agentivité, comme le fait Jennifer Nedelsky : « On peut considérer

⁶⁰ Dans cet arrêt, la Cour suprême jugeait inconstitutionnelle une loi de l'État de New York imposant un temps de travail maximum pour les boulangers, au motif d'une restriction injustifiée de la liberté contractuelle.

⁶¹ L'arrêt *Adair v. United States* de 1908 qui jugeait inconstitutionnelles les lois interdisant les « *yellow-dog* » contracts, contrats qui eux-mêmes interdisaient aux travailleurs de rejoindre des syndicats.

⁶² R. POUND, "Liberty of Contract", *The Yale Law Journal*, Vol. 18, No. 7, 1909, p. 454.

⁶³ Pound oppose les écoles « philosophiques » et « sociologiques » en droit et jurisprudence, en particulier dans l'article « The Need of a Sociological Jurisprudence », *The Green Bag*, Vol. XIX, 1907.

également que les réglementations du travail (*employment regulation*), telles que le salaire minimum et le temps de travail maximum, sont porteuses d'un jugement selon lequel, en l'absence d'une telle législation, le pouvoir de négociation supérieur des employeurs résultera en des contrats dans lesquels on peut reconnaître aux employés une certaine agentivité mais pas d'autonomie véritable. Le droit ne devrait donc pas permettre à des gens de se lier à des contrats (dont ils seraient juridiquement responsables) lorsqu'une coercition effective fait obstacle à un agir autonome. Ou, pour le dire dans l'autre sens, le droit ne devrait pas permettre à des gens d'user de la liberté contractuelle – juridiquement garantie – pour arracher des accords qui n'ont pas été donnés de manière autonome. »⁶⁴

Il est intéressant de noter que le raisonnement contrefactuel de Nedelsky correspond tout à fait aux critiques adressées par Pound à l'idéologie juridictionnelle de la liberté contractuelle un siècle plus tôt : l'autonomie, ou la liberté contractuelle, n'est qu'un vain mot, nous disent en substance les deux auteurs, dans ce cas où le contexte relationnel et social est essentiellement inégalitaire.

Ce qu'apporte en outre Nedelsky, c'est l'idée que les réglementations restreignant la liberté contractuelle dans le cadre du contrat de travail – qu'il s'agisse de la rémunération, du temps ou des conditions de travail, et que ces réglementations soient imposées à un niveau légal ou conventionnel – procèdent d'une critique proprement relationnelle de la qualification juridique contractuelle du rapport d'emploi. Si, en effet, on considère avec elle que le droit et les droits structurent des relations, alors il faut apprécier la liberté contractuelle au prisme des relations qu'elle structure ou structurait : on l'a dit, en l'absence des réglementations la restreignant, cette liberté structurait des relations d'inégalité patente, allant à rebours de l'affirmation formelle d'une autonomie bilatérale.

On peut donc considérer que le droit du travail, si l'on entend par là les réglementations restreignant la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de travail, procède d'une critique de l'idéologie contractuelle individualiste au nom d'une appréhension relationnelle des liens contractuels. Ou, pour le dire autrement, d'une reconnaissance, par le droit, de ce qui se cèle derrière le contrat, à savoir une relation.

II.- L'intégration de la dimension relationnelle dans le contrat de travail

De cette appréhension relationnelle du contrat de travail résulte donc la formation d'un régime contractuel spécifique restreignant la liberté contractuelle des parties, comme l'exprime clairement une auteure qui en suggère ici, d'ailleurs, l'extension à d'autres situations contractuelles, ce sur quoi nous reviendrons :

⁶⁴ J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 174.

« L'égalité des parties est présumée par le droit des contrats et seule l'intervention du législateur, par la création de régimes particuliers, assure la prise en considération de l'inégalité économique. Ce cantonnement de la considération de l'inégalité économique dans certains régimes de contrats n'est pas sans problèmes. [...] Le problème réside en particulier dans la conception étanche des catégories de contrats qui engendre un traitement distinct de l'inégalité de puissance économique selon le type de contrat retenu. Dans le cadre des contrats visant la production de biens ou de services, il en résulte un traitement juridique différencié des inégalités économiques entre cocontractants selon la nature du contrat qui les unit : lorsqu'un contrat de travail lie les parties, la vulnérabilité économique du salarié est considérée, alors que l'absence d'un tel contrat résulte en une appréhension présumant l'égalité des cocontractants. »⁶⁵

Outre ce changement de focalisation du contrat vers la relation, ce qui doit nous intéresser est la manière dont la relation a pu être intégrée au contrat. Une fois encore, l'approche relationnelle du droit constitue une clé de lecture stimulante de l'histoire et de la rationalité du droit du travail, à en juger notamment par l'importance de la discipline travailliste dans le développement de la théorie du « contrat relationnel » d'Ian R. Macneil. Ce juriste américain développe en effet, dès les années 1960, une théorie du contrat qui se veut alternative à la théorie de la rencontre ponctuelle des volontés libres. Macneil cherche, d'une certaine manière, à acclimater juridiquement l'idée durkheimienne selon laquelle « tout n'est pas contractuel dans le contrat », en mettant en évidence non seulement le contexte relationnel et social dans lequel s'inscrit la passation d'un contrat, mais également l'intégration de cette dimension relationnelle dans le contrat lui-même. À cet égard, comme il le reconnaît lui-même⁶⁶, les outils juridiques travaillistes, et tout particulièrement les conventions et accords collectifs, constituent une illustration presque parfaite de ce qu'il entend par « contrat relationnel ». Notons tout d'abord que cette notion se caractérise par l'observance par les parties au contrat d'une dizaine de normes comportementales qu'une auteure regroupe sous les trois pôles de la coopération, la flexibilité et la réciprocité⁶⁷. Empruntant à chacun de ces pôles, un aspect primordial dans l'élaboration et l'identification des contrats relationnels selon Macneil est l'intégration, dans le contrat, de clauses et stipulations organisant, dans la durée, les relations entre les parties au contrat, qu'il s'agisse de renégociation ou de règlements des litiges. Cet aspect procédural est très présent dans les conventions

⁶⁵ I. MARTIN, « Prendre la puissance économique au sérieux : jalons pour une appréhension relationnelle des contrats au sein des réseaux de production », in *Les Cahiers de droit*, Vol. 57, n° 1, 2016, pp. 57-58.

⁶⁶ Il reconnaît sa dette envers Lon Fuller, Clyde Summers et Otto Kahn-Freund dans I.R. MACNEIL, « Reflexions on Relational Contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 141, n° 4, 1985, p. 541.

⁶⁷ H. KASSOUL, « Réflexions sur la dimension relationnelle du contrat », *Cycle annuel de conférences d'ouverture du CERDP*, Mars 2018, Nice.

collectives, qui vont donc servir à Macneil d'exemple-type pour établir son opposition graduée entre contrats transactionnels et contrats relationnels⁶⁸.

Se révèle alors, à nos yeux, une profonde homologie de structure entre la notion de « contrat relationnel » telle que développée par Macneil et les outils contractuels propres au droit du travail, qu'il s'agisse des contrats collectifs ou des contrats individuels. Cette homologie tient à la notion d'intégration : là où le contrat de travail constitue l'exemple le plus pur du contrat relationnel, c'est dans sa nature d'acte-condition⁶⁹, c'est-à-dire d'application à un cas individuel d'un statut général, en l'occurrence celui de salarié. Le contrat relationnel se définit bien, en effet, par sa dimension d'intégration dans une relation, c'est-à-dire par la pérennisation d'une forme de statut juridique dans le cadre de la relation contractuelle. Pour le dire autrement, un contrat de travail apparaît comme relationnel dans la mesure où sa passation, certes ponctuelle, déclenche dans la durée l'intégration de ses parties à un réseau de relations individuelles et collectives, qui ont pour objet la perpétuation et l'adaptation de la relation contractuelle elle-même, et qui prennent la forme de procédures de révision et d'arbitrage souvent fortement formalisées. Les contrats de travail, individuels ou collectifs, tirent leur nature relationnelle de leur forte dimension procédurale, en somme.

Le schéma d'intelligibilité des contrats, individuels ou collectifs, propres au droit du travail, que nous avons esquissé jusqu'à présent est donc le suivant : il serait le résultat, d'abord d'une approche critique relationnelle de l'idéologie contractuelle traditionnelle, puis d'une intégration de la relation au contrat, débouchant sur la formation de ce régime contractuel spécifique. Cette interprétation nous semble à son tour pouvoir être généralisée et appliquée à d'autres situations contractuelles mettant en jeu une patente inégalité des cocontractants, en vue d'une protection de la partie faible. Nous voudrions en donner deux exemples, tous deux conséquences de la nouvelle réalité qui est celle de l'entreprise en réseau : celui des contrats propres à ce que l'on peut appeler le capitalisme de plateforme, et celui des relations inter-firmes, au premier rang desquelles la sous-traitance. Ces deux phénomènes de relations entre « entreprises » cèlent manifestement des inégalités de puissance que la présomption contractuelle d'égalité des contractants ne permet pas de prendre en compte juridiquement. Aussi tant les travailleurs « indépendants » que les firmes sous-traitantes se trouvent-elles bien souvent dans des situations de dépendance économique vis-à-vis de leurs donneurs d'ordre, sans que le droit n'aménage de protections analogues à ce que le droit du travail a permis de mettre

⁶⁸ I.R. MACNEIL, « Many Futures of Contract », *Southern California Law Review*, Vol. 47, n° 3, 1974, pp. 759, 760, 789, 814.

⁶⁹ Notion employée notamment par Georges Scelle et Léon Duguit pour caractériser le contrat de travail et le démarquer des contrats classiques, l'acte-condition déclenche l'application d'un statut en l'occurrence conventionnel et légal. Cf. en particulier G. SCELLE, *Le Droit ouvrier*, 2^e édition, Paris, Armand Colin, 1929.

en place. Quelques auteurs⁷⁰ en appellent alors à une analyse relationnelle générale de ces liens de travail et de production, afin de faire émerger un schéma commun permettant de sortir de la binarité aujourd'hui mise à mal entre indépendance et salariat. Des outils d'analyse issus de la sociologie économique pourraient alors offrir la possibilité d'appréhender de manière plus réaliste les situations de puissance et de vulnérabilité économiques dans les réseaux de production et, *in fine*, d'introduire des mécanismes régulateurs dans le droit des contrats⁷¹. De même, dans le cas des travailleurs « indépendants » exemplifiés par le capitalisme de plateforme, une telle analyse relationnelle pourrait permettre d'argumenter par exemple en faveur d'un droit à la négociation collective jusqu'ici attaché au seul statut salarial. De manière générale, ainsi, une appréhension et une évolution relationnelles de ces contrats permettraient de poser de manière directe la question de l'intégration de dimensions procédurales au contrat en vue d'une protection accrue de la partie faible.

Au terme de ces remarques, on perçoit comment l'approche relationnelle pourrait ouvrir la voie à l'usage d'une méthode de généralisation et respecification analogue à celle utilisée par les tenants de la sociologie de la constitution et du constitutionnalisme sociétal, en premier lieu Günther Teubner⁷². Il s'agirait cette fois-ci de l'appliquer au droit des contrats. Reste toutefois à déterminer en quoi cette évolution relationnelle du contrat, effective dans le cas du droit du travail et éventuelle dans le cas du droit commun des contrats, peut s'acquitter de la tâche fixée par Nedelsky, à savoir celle de promouvoir l'autonomie. La question à laquelle il va nous falloir répondre dans la seconde section de ce propos est donc la suivante : en quoi l'approche relationnelle permet-elle de promouvoir l'autonomie des sujets de droit ?

III.- Reconcevoir l'autonomie : autonomie relationnelle et autonomie collective

Telle que nous l'avons reconstruite, l'appréhension relationnelle du contrat en droit du travail s'est développée autour d'une critique du dogme de la liberté contractuelle, laquelle s'est par la suite trouvée restreinte par les mécanismes notamment collectifs d'encadrement des termes du contrat. Ainsi le relationnisme paraît-il entrer en contradiction avec la notion fondatrice d'autonomie, si on l'entend comme une indépendance individuelle, une liberté à l'égard des normes notamment étatiques de disposer comme l'on veut de son patrimoine.

⁷⁰ P-P. VAN GEHUCHTEN, « Aborder les formes juridiques du travail (indépendance ou salariat) par le prisme de la notion de « contrat relationnel » ? Propos d'étape », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 76, n° 1, 2016, pp. 119-145 ; I. MARTIN, *op. cit.*

⁷¹ I. MARTIN, *op. cit.*, pp. 84 à 95.

⁷² Cf. notamment G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Classiques Garnier, 2016.

Cela dit, l'approche relationnelle du droit telle que la développe Nedelsky se donne pour tâche centrale de repenser précisément cette notion d'autonomie au prisme de l'importance des relations, tant du point de vue de l'anthropologie philosophique que de la théorie juridique. Cette tâche implique tout d'abord une critique de la conception de l'autonomie comme indépendance ou isolement individuels, puis une substitution, à celle-ci, d'une compréhension de l'autonomie comme relationnelle, c'est-à-dire comme émergeant des relations structurant le soi des individus. Dans ce cadre, les notions juridiques jouent un rôle clé, à la fois symbole et réalisation de ces paradigmes concurrents de l'autonomie. Nedelsky entend ainsi substituer à la centralité de la propriété privée une autonomie pensée sur le modèle de la relation : « L'autonomie, dans cette approche, n'est pas un présupposé statique au sujet de la nature humaine, mais une capacité dont la réalisation est toujours changeante. De ce fait, la propriété, qui est traditionnellement à la fois le symbole et le réquisit de l'autonomie comme indépendance, est remplacée par une attention à la dynamique essentiellement fluide et contingente du processus et de la relation. »⁷³. Nedelsky y insiste à de nombreuses reprises, il faut surmonter la fausse dichotomie entre l'autonomie et le collectif, puisque les individus sont irrémédiablement constitués par leurs relations.

Si elle tente de tirer les conséquences d'une telle reconception sur le terrain des théories féministes du droit ainsi que dans le domaine du droit administratif, il nous semble que cette acception relationnelle de l'autonomie, en particulier dans sa vocation à surmonter cette opposition au collectif, trouve des échos tout à fait saisissants en droit du travail également. Dans cette discipline juridique, en effet, on trouve également une compréhension de l'autonomie qui mérite d'être contrastée avec ce que l'on peut, à la suite de Nedelsky, appeler le paradigme propriétaire de l'autonomie : cette compréhension alternative s'articule autour de la notion d'autonomie collective. Désignant, de la manière la plus compréhensive possible, la faculté reconnue à des groupes sociaux – notamment les partenaires sociaux – d'édicter eux-mêmes les normes juridiques qui leur seront applicables⁷⁴, cette notion d'autonomie collective se rapproche sensiblement de l'idée d'autonomie relationnelle. En particulier, dans les deux cas, on a l'idée que l'autonomie ne vise pas tant l'indépendance et l'absence de régulation qu'un certain mode d'édiction des normes. L'autonomie collective ne désigne pas, en effet, une absence de régulation des relations de travail, mais une régulation qui ne soit pas directement étatique – pour le dire positivement, une régulation intégrée aux relations collectives de travail. En retour, une appréhension relationnelle de l'autonomie collective peut permettre de nuancer le réquisit

⁷³ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 119

⁷⁴ À ce sujet, voir notamment M. LE FRIANT, « Collective Autonomy : Hope or Danger », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 34, n° 3, 2013, pp. 627-654.

d'abstention intégrale de l'État que certains auteurs s'efforcent de lui attacher⁷⁵ : les normes étatiques peuvent en effet jouer un rôle dans la mise en place et les garanties apportées au bon fonctionnement de ces relations collectives de travail, et cette autonomie n'a nul besoin d'être synonyme d'indépendance totale à l'égard de l'État pour être appelée telle. On gagne ainsi à appréhender de manière relationnelle cette autonomie collective, en cessant de lui appliquer cette dimension rémanente d'indépendance totale et en lui conférant un aspect plus gradué⁷⁶.

Après avoir esquissé les grandes lignes de ce rapprochement entre le concept d'autonomie relationnelle et la notion d'autonomie collective, nous souhaiterions en suggérer le caractère opératoire sur une question juridique plus précise, devenue centrale au gré des dernières réformes apportées au droit du travail en France au cours des années 2010 : celle du recours accru aux accords et référendums d'entreprise.

Une remarque d'abord sur le contexte : nombre de réformes du droit du travail français, depuis 1982, ont peu à peu conduit à ce que de nombreux auteurs appellent une décentralisation de la négociation collective⁷⁷, c'est-à-dire une remise en cause de la primauté jusqu'ici accordée aux normes de portée supérieure – négociation de branche ou interprofessionnelle et normes législatives notamment. À ce mouvement, les ordonnances dites Macron de 2017 ont apporté un sérieux coup d'accélérateur, à au moins deux égards. Premièrement, la primauté de principe revient désormais à la négociation d'entreprise, puisque les ordonnances prennent la peine de lister de manière restrictive les sujets sur lesquels les négociations de branche conservent leur primauté⁷⁸. Deuxièmement, et cela touche ici non plus au niveau mais à la procédure de négociation même, il est désormais possible pour un employeur, dans une entreprise de moins de onze salariés, de rédiger seul un accord pour le soumettre à la ratification des salariés, une majorité des deux tiers du personnel étant exigée : cette possibilité fait pour le moins douter du caractère négocié de tels accords⁷⁹.

Si de nombreuses voix, patronales aussi bien que politiques ou économiques, ont cherché à convaincre du gain non seulement d'efficacité mais aussi de légitimité qu'un tel mouvement de décentralisation pouvait permettre, on peut en douter, précisément au prisme que nous avons cherché à élaborer dans cet article, à savoir celui de l'appréhension relationnelle de l'autonomie collective. Il ne suffit pas, en effet, de parler d'autonomie collective à l'égard de l'État pour que celle-ci

⁷⁵ Voir notamment P. RÉMY, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *Semaine Sociale Lamy*, 2011, Supplément n° 1508 sous la direction de P. WAQUET.

⁷⁶ Comme le propose par exemple M-L. MORIN dans *Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 113-114.

⁷⁷ Il s'agit d'un phénomène européen, cf S. LEONARDI, and R. PEDERSINI (eds), *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralization trends in five European countries*, Brussels, ETUI, 2018.

⁷⁸ Voir P. LOKIEC, « Vers un nouveau droit du travail ? », *Recueil Dalloz 2017*, p. 2109.

⁷⁹ Voir Y. LEROY, « La négociation collective sans négociation : coup de maître ou hérésie ? », *Droit social*, 2020, p. 854.

soit effective en ce qui concerne les parties faibles à ces accords, en l'occurrence les collectivités de travailleurs, quelle que soit leur forme. Pour évaluer le véritable apport en autonomie de ces réformes, il convient de l'approcher sous le prisme relationnel, ce qui donne au moins deux raisons de douter de cette présentation avantageuse. D'une part, il convient de rappeler que la primauté accordée à la branche ou au niveau interprofessionnel procédait précisément de l'idée suivante : plus on montait en généralité collective, plus les intérêts des travailleurs étaient conçus et représentés de manière large, et plus les rapports de force inhérents à la négociation s'équilibraient. Ainsi doit-on se garder de faire s'équivaloir conceptuellement la négociation et l'égale autonomie, au risque de retomber dans une idéalisation juridique finalement analogue au dogme de la liberté contractuelle individuelle que le droit du travail a précisément pour vocation d'encadrer et de restreindre. D'autre part, le fait même de ranger sous la catégorie de négociation une ratification référendaire d'un texte élaboré par la seule partie patronale constitue manifestement une mystification juridique qui va à l'encontre de la logique relationnelle fondatrice du droit du travail ou, pire encore, qui la vide de toute ambition protectrice et égalisatrice. Le salarié se retrouve alors seul à devoir exprimer son opinion, alors même que c'est la montée en généralité vers le collectif qui devait lui garantir une forme d'autonomie dans la négociation.

Sur cette question, donc, de la primauté accordée aux accords d'entreprise et du recours accru au référendum en droit du travail, il nous semble que la notion d'autonomie collective relationnelle fournit un cadre d'appréhension critique opératoire, puisqu'il permet de déceler dans le détail, et derrière les discours, ce que les évolutions les plus récentes du droit du travail font à une autonomie qu'elle s'est longtemps fait fort de promouvoir.

Conclusion

Au terme de ces analyses, il nous semble que cette appréhension relationnelle du droit du travail offre au moins trois avantages. D'un point de vue historique et théorique, l'approche relationnelle apparaît comme un outil heuristique intéressant en ce qui concerne l'interprétation de la rationalité historique du droit du travail : ce dernier se trouve alors compris selon une logique critique et réaliste à l'égard de l'idéalité de certains concepts juridiques, en particulier celui de la liberté contractuelle individuelle. Plus précisément, l'approche relationnelle permet de donner toute son ampleur à la redéfinition critique du contrat que porte en lui le droit du travail dans sa formation et son développement. Une telle démarche de reconstruction normative permet à son tour, deuxièmement, d'ouvrir des perspectives critiques sur le droit du travail contemporain. D'une part, du point de vue de son extension, une généralisation et respécification de cette approche relationnelle du contrat pourrait bien constituer une ligne d'argumentation aussi bien théorique que technique dans la perspective d'une extension des mécanismes

protecteurs du droit du travail vers d'autres situations contractuelles, en premier lieu celles du travail dit indépendant et des contrats de sous-traitance. D'autre part, l'approche relationnelle permet de conférer un contenu normatif à l'autonomie collective qui entre en contradiction avec les évolutions les plus récentes du droit du travail, notamment la décentralisation de la négociation collective et le recours accru au référendum d'entreprise. Enfin, et c'est là le troisième avantage que nous voyons à cette appréhension relationnelle du droit du travail, celle-ci nous semble propre à restituer au droit du travail sa force subversive de paradigme juridique concurrent aux modèles individualistes ou étatiques, quelque peu émoussée par les évolutions contemporaines. En somme, l'approche relationnelle du droit du travail pourrait permettre d'y voir le laboratoire juridique d'une théorie sociale aussi bien du droit que de la démocratie.

Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »

Pierre-Marie RAYNAL

Maître de conférences en droit public à Cergy Paris Université

Selon une formule de nos jours à la mode dans les contrées universitaires, notamment américaines, Emmanuel Jeuland évoque un « tournant relationnel en théorie et en philosophie du droit »¹, et suggère l'existence, au moins « en pointillée », d'une « école » qui s'ignorait jusqu'alors et qui se caractériserait par une « approche relationnelle du droit »². Afin de remplir la bibliothèque de cette école et d'ainsi lui apporter une certaine crédibilité scientifique, une double direction est envisagée. La première est prospective, en ce qu'elle s'intéresse aux ouvrages contemporains qui se réclament expressément d'une telle approche, et la seconde est rétrospective, en ce qu'elle se penche sur des ouvrages plus anciens qui, bien que rédigés avant le tournant suggéré, ne seraient pas étrangers à cette approche et en constitueraient en quelque sorte les prolégomènes. Ainsi pourrait-on notamment trouver dans le rayon des « nouveautés » les travaux de Jennifer Nedelsky, d'Alexander Somek ou encore d'Emmanuel Jeuland lui-même, et dans le rayon des « anciennetés », des auteurs comme Domat, Savigny ou Villey³.

Dès lors que l'objectif général est d'ériger une « théorie relationniste du droit », il s'avère somme toute cohérent, afin d'affermir la chose, de puiser dans des ouvrages tant passés que présents. À bien considérer ce projet de recherche, toutefois, il me semble que la piste rétroactive s'avère bien plus hasardeuse que la piste prospective. Certes, l'une et l'autre sont tout à fait susceptibles d'aboutir à des résultats fructueux, et mon propos n'est certainement pas, fort heureusement, de barrer la première au profit de la seconde. Mais il m'apparaît que l'identification de « racines », pour reprendre l'image de Jérémie Van Meerbeeck⁴, est une piste qui présente des obstacles de taille particulièrement délicats à surmonter, à la

¹ J.-F. BRAUNSTEIN, E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, Paris, IRJS, 2018, p. V.

² E. JEULAND, « L'école relationniste du droit – la nouaison ? », *Archives de philosophie du droit*, n° 54, 2011, pp. 373-387. Pour de plus amples développements, v. *id.*, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016.

³ E. JEULAND, « L'approche relationniste dans les pays de droit civil », in J.-F. BRAUNSTEIN, E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative, op.cit.*, pp. 27-42.

⁴ J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, Juin 2020, n° 1, pp. 172-188.

différence de la piste s'en tenant pour ainsi dire à l'élagage de l'arbre, à maints égards bien plus balisée.

Plutôt que d'emprunter la piste rétroactive, donc, j'entends ici la soumettre au doute, et plus précisément à un doute méthodologique, sur la base de ce bel aphorisme de Michel Villey : « Nous concevons le droit selon que nous concevons d'abord le monde »⁵. Cela fait, je m'attellerai en revanche à suivre la piste prospective par le biais d'une lecture assez libre de l'une de ses balises incontournables, à savoir *Law's Relations* de Jennifer Nedelsky qui, comme un lointain écho, résume de la manière suivante son intention générale : « À un certain niveau, ce que je défends est un simple changement dans l'intérêt porté aux relations, en les faisant passer de la périphérie au centre de la pensée et de la pratique juridique et politique. Mais à un autre niveau, je pense que ma démarche implique une sorte de changement de comportement dans la manière dont on voit le monde, dans ses habitudes de pensée quotidiennes aussi bien que dans les théories juridiques et politiques »⁶.

I.- Un doute à l'égard de la piste rétrospective : l'écueil de la superficialité

Pour peu que l'on s'accorde à l'aphorisme précité de Villey, il importe méthodologiquement de tenir compte de la culture tant intellectuelle que politique de chaque auteur abordé, ou pour le dire de façon plus simple et peut-être plus fine, de prendre en considération leur propre *tournure d'esprit*, tout à la fois fruit de conditionnement social et de cheminement personnel. Faute de se plier à cette exigence méthodologique redoutable, le risque est grand de tomber dans *l'écueil de la superficialité*, qui consiste à regrouper sous une même enseigne intellectuelle, sous une même école ou un même courant donc, un ensemble donné d'auteurs en faisant fi de leurs préoccupations et plus largement de leurs cadres de pensée respectifs.

A.- Une généalogie illusoire

De ce point de vue, il est permis de douter de la pertinence scientifique de la piste rétrospective, dans la mesure où elle peut tout particulièrement conduire à une lecture partielle et donc réductrice de la plupart des œuvres abordées. S'il est par exemple indéniable que Jean Domat, comme le relève Emmanuel Jeuland, « fait

⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2006, p. 509.

⁶ J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 3 : « At one level, what I am advocating is just a shift in emphasis that moves relationship from the periphery to the center of legal and political thought and practice. But, at another level, I think this shift amounts to a gestalt-like change in how people see the world, in daily habits of thought as well as political theory and jurisprudence » (trad. E. JEULAND très légèrement remaniée ; sauf précision contraire, comme ici, je traduis).

un usage fondamental des notions de lien et de liaison comme socle de son *Traité des lois* »⁷, il n'en demeure pas moins que la relation primordiale à travers laquelle le juriste français pense le droit, s'inscrit dans une conception théologique du monde. Évoluant au sein d'une société où il apparaissait tout bonnement normal d'attacher une dimension existentielle à l'enjeu du salut des âmes, Domat voit en effet dans « la loi fondamentale de l'amour de Dieu » non seulement la clé de voûte de son entreprise de systématisation du droit positif, mais aussi et surtout la finalité même de ce droit, prêtant notamment aux juges « une mission de dispensateurs de la justice de Dieu »⁸. On conviendra aisément que nous sommes là fort éloignés du cadre *moderne* au sein duquel se déploie « le tournant relationnel » auquel nous convie Emmanuel Jeuland. À travers cette large perspective intellectuelle, aujourd'hui de toute évidence fort dominante dans la culture savante occidentale, le droit apparaît bien plutôt comme une affaire exclusivement humaine, dont la source première et la finalité dernière ne sauraient se trouver ni, à la manière des penseurs gréco-romains, dans la contemplation du « Cosmos », c'est-à-dire de l'ordonnement harmonieux et finalisé des choses, ni, à la manière des penseurs médiévaux auxquels semble appartenir Domat, dans la croyance en ce principe de perfection que l'on appelle « Dieu » dans les traditions monothéistes.

Une manière de voir étrangère à la conception *ancienne* du monde donc, qui ne serait plus en mesure, selon Villey, de « s'ouvrir au spectacle de la nature »⁹, en raison principalement du présupposé en quelque sorte désenchanteur sur lequel elle se fonde. Ce présupposé, dont l'origine remonte à la première moitié du XVIII^e siècle et que l'on peut qualifier à la suite de Robert Lenoble de « mécaniste », revient en effet pour l'essentiel à considérer que la nature s'apparente à « une immense horloge sans intentions propres et sans âme »¹⁰. De sorte que tout ce qui nous entoure naturellement, du ruisseau qui s'écoule, aux étoiles qui brillent, en passant par l'oiseau qui chante et les saisons qui passent, n'est plus porté par une cause finale ou une inspiration divine et ne tend donc plus vers quelque chose de bien et de beau, mais se contente, tel le « tic-tac » de l'horloge, de reproduire indéfiniment une même mécanique. Réduite à mouvement purement quantitatif dépourvu en soi de toute signification axiologique, la nature n'est

⁷ E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, *op. cit.*, p. 393.

⁸ Cette formule évocatrice est de Marie-France Renaud-Zagamé, qui précise auparavant que « [s]i l'œuvre de Domat, par ses résultats concrets, débouche sur la codification, elle s'enracine par ailleurs, et de manière essentielle, dans la puissante tradition augustiniste qui, depuis la renaissance carolingienne, conduit une grande partie des penseurs chrétiens à attendre de l'autorité publique qu'elle contribue, comme la puissance spirituelle, mais avec d'autres moyens, à rétablir, dans une société et un monde « déréglés » par la perversion des hommes, l'ordre qui avait vocation selon la volonté divine à y régner, et qui doit, à la fin des temps, y être rétabli, pour unir à nouveau les hommes à Dieu et entre eux », M.-F. RENAUX-ZAGAMÉ, « Domat Jean », in O. CAYLA, J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 135-136.

⁹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 511.

¹⁰ R. LENOBLE, *Mersenne ou la naissance du mécanisme*, Paris, Vrin, 1971 (1943), p. 606.

plus « éloquente »¹¹, dans la mesure où il devient pour le moins absurde de prétendre trouver en l'observant une réponse sérieuse aux questions délicates de la vie bonne, du souverain bien ou encore de la justice. Les valeurs ne se manifestent et n'ont de sens qu'au sein de la sphère humaine et non au-delà, elles ne sont pas en quelque sorte déjà là, n'existent pas indépendamment des discours formulés à leur endroit. Le présupposé mécaniste, « révolutionnaire » en son temps, a ainsi conduit, résume Alexandre Koyré, à un « divorce total entre le monde des valeurs et le monde des faits »¹². Il en découle un basculement décisif en philosophie du droit, un principe d'autonomie éthique se substituant à un principe d'hétéronomie éthique : le point de départ de la réflexion sur la justice ne réside plus dans une exigence cosmique ou divine, en tout cas supra-humaine, mais dans l'exigence de l'humanité elle-même, que ce soit par le truchement de l'individu ou de la société.

D'où, tranche amèrement Villey, les « ornières » de la philosophie du droit moderne qui, sur la base de « la vision de la *nature* desséchée [...] qu'a répandue la science moderne »¹³, place « l'homme au principe et à la fin de tout »¹⁴, et s'est par conséquent rendue incapable de discerner prudemment, selon la méthode enseignée par Aristote, ce qui est juste « selon la nature »¹⁵. On s'explique ainsi, notons-le au passage, la réplique de Villey à l'encontre de « la fureur des positivistes, qui persistent à ressasser la loi de Hume, interdisant d'inférer le *Sollen* du *Sein*. La faiblesse de leur argument est dans leurs prémisses : ils ont commencé par *vider* la nature et l'être de leur teneur axiologique. Dans l'être et la nature concrets il y a plus que le *fait* scientifique. Il suffit de réintégrer l'ancienne vision réaliste de la *nature*, de rendre à la nature cette richesse dont les modernes l'ont arbitrairement *amputée*, pour qu'apparaisse la vanité des critiques des

¹¹ Ce bon mot est d'Olivier CAYLA, « Langage », in P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 3^e éd., 2003, p. 385.

¹² A. KOYRÉ, *Du monde clos à l'univers infini*, 1962, pp. 11-12 : « Les schémas structurels de l'ancienne et de la nouvelle conception du monde et [...] les changements produits par la révolution du XVII^e siècle [...] me semblent pouvoir être ramenés à [...] la destruction du Cosmos, et la géométrisation de l'espace, c'est-à-dire a) la destruction du monde conçu comme un tout fini et bien ordonné, dans lequel la structure spatiale incarnait une hiérarchie de valeur et de perfection, monde dans lequel "au-dessus" de la Terre lourde et opaque, centre de la région sublunaire du changement et de la corruption, s'"élevaient" les sphères célestes des astres impondérables, incorruptibles et lumineux, et la substitution à celui-ci d'un Univers indéfini, et même infini, ne comportant plus aucune hiérarchie naturelle et uni seulement par l'identité des lois qui le régissent dans toutes ses parties, ainsi que par celle de ses composants ultimes placés, tous, au même niveau ontologique ; et b) le remplacement de la conception aristotélicienne de l'espace [...] par celle de l'espace de la géométrie euclidienne [...] qui, à son tour, impliqua le rejet par la pensée scientifique de toutes considérations basées sur les notions de valeur, de perfection, de sens ou de fin, et finalement la dévalorisation complète de l'Être, le divorce total entre le monde des valeurs et le monde des faits ».

¹³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 496 ; l'auteur souligne.

¹⁴ M. VILLEY, « L'humanisme et le droit », in *id.*, *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1968, p. 61 ; l'auteur souligne.

¹⁵ Parmi de multiples développements, on se reportera tout particulièrement au chapitre consacré à la philosophie du droit d'Aristote dans M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 78 et s.

positivistes »¹⁶. Dans ces conditions, s'il est vrai que Villey, ainsi que le souligne Emmanuel Jeuland, « définit le *ius* comme un rapport de droit opérant la répartition des biens et des honneurs », on ne peut, sauf précisément à perdre l'esprit de ses travaux, s'en tenir à relever qu'« il a une approche générale jusnaturaliste aristotélicienne et non purement relationniste »¹⁷. Il convient bien plutôt, me semble-t-il, d'admettre que sa démarche n'est tout simplement pas « relationniste » *du tout*.

B.- Un critère d'association à consolider

Cela dit, il est vrai que *tout dépend de la définition que l'on se donne de l'« approche relationnelle »*. C'est là, en effet, le cœur du problème, dans la mesure où cette définition constitue le critère central sur la base duquel se détermine l'intégration ou au contraire l'exclusion de telle ou telle œuvre au sein du « courant relationnel ». On peut par exemple, à la suite de Jérémie Van Meerbeeck, retenir une définition réduite et à ce titre particulièrement englobante. Sur la base d'une compréhension « du terme "relationnel" [...] la plus large et neutre possible comme renvoyant à ce qui concerne la notion de relation »¹⁸, Jérémie Van Meerbeeck esquisse ainsi ce critère en opposition au « paradigme juridique de l'individu », de façon à ce que s'inscrivent d'une manière ou d'une autre dans le « courant relationnel », tous les auteurs qui n'abordent pas la chose juridique au prisme des droits subjectifs. En ce sens, « l'approche relationnelle du droit » trouverait son inspiration première, ses « racines » donc, dans l'art juridique classique, le *dikaion* d'Aristote, qui implique, précise Villey dans un passage que j'ai retenu à dessein, d'adopter « le point de vue [...] du *juge* » et non « celui de l'*avocat*, qui ne sait voir les intérêts que d'une cause particulière, celle de l'individu qu'il défend. [...] Encore une fois, la justice est un arbitrage ; elle vise des *relations*, pas seulement entre individus, mais entre l'individu et le groupe. Son rôle n'est pas de décider en faveur du groupe et contre les individus, pas plus que dans le sens contraire »¹⁹.

Si cet extrait permet de souligner le sens et l'intérêt de la recherche rétrospective entreprise par Jérémie Van Meerbeeck, il ne suffit toutefois pas à lever les réserves que l'on peut nourrir à son égard. Je crains en effet que les liens tissés à partir du critère, *grosso modo*, de l'« anti-individualisme juridique », ne soient pas assez solides pour contourner les obstacles que constituent les divers repères théoriques qui parsèment l'étude de l'histoire de la pensée occidentale, certes discutables mais néanmoins usités car significatifs, à commencer par la distinction entre « Anciens » et « Modernes ». Je maintiens par conséquent qu'il

¹⁶ M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit ; Les moyens du droit*, Paris, Editions Dalloz, 2001 (1984-1986), p. 254 ; l'auteur souligne.

¹⁷ Je me réfère ici à un document de travail non publié d'E. JEULAND, « La véraison de l'approche relationniste du droit », 2019, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02105485v2/document>, p. 4.

¹⁸ J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », art. cit., note 1, p. 173.

¹⁹ M. VILLEY, *Philosophie du droit, op. cit.*, pp. 129-130 ; l'auteur souligne.

subsiste un fort risque de superficialité dans le fait de réunir au sein d'une même bibliothèque des auteurs forts éloignés quant à leurs manières de voir le monde et donc le droit. Comment peut-on par exemple rendre intellectuellement cohérentes les présences, d'un côté, d'Aristote qui estime que l'exclusion des femmes du partage des droits civiques est naturellement juste²⁰, et, de l'autre, de Jennifer Nedelsky qui souligne pour sa part la proximité de sa démarche avec le féminisme²¹ ?

Dans le même ordre d'idées, quoique de façon moins rhétorique, on peut également pointer la légèreté de la liaison susceptible d'associer Emmanuel Jeuland et Michel Villey. En mobilisant l'idée d'un « tournant relationnel », le premier inscrit sa démarche dans la perspective moderne du *progrès*, dans la mesure où, comme toujours lorsque ce vocable est mobilisé, il s'agit d'adapter la grille d'analyse aux évolutions de l'objet empirique étudié, afin de mieux le comprendre et aussi, quoique cela soit généralement plus implicite, afin de favoriser la réalisation de valeurs estimées. Emmanuel Jeuland observe ainsi que, portés par les « nouvelles technologies », « la complexité et la nouveauté des phénomènes juridiques nécessitent de mettre au point de nouveaux outils de compréhension »²². Et tel serait tout l'intérêt d'œuvrer à l'émergence d'un « paradigme relationnel » : le train du monde est en marche et il importe de le suivre grâce à une innovation savante adaptée. Il est cependant fort probable que cet attrait pour la nouveauté n'aurait guère été au goût de Villey, dont le geste convie à l'inverse à se tourner vers le passé pour mieux penser le droit. Un retour en arrière qui, on le sait, doit nous conduire selon lui à la redécouverte de la philosophie du droit d'Aristote. Une philosophie « merveilleusement adaptée à l'expérience » souligne-t-il²³, à la condition toutefois que l'on s'aperçoive qu'au-delà des néons du progrès technologique, il n'y aurait l'un dans l'autre rien de nouveau sous le soleil. D'un point de vue pratique, d'une part, l'office bien compris du droit consistant à attribuer à chacun le sien à l'aune des indications de la « nature », il demeure opératoire même si le bien en jeu est une tablette numérique et non une tablette de cire. D'un point de vue théorique, d'autre part, seul un regrettable « préjugé chrônolatique »²⁴ peut conduire à évaluer la qualité d'une doctrine philosophique en fonction de son positionnement dans l'histoire, et donc

²⁰ Rappelons en effet que selon le Stagirite, de la même manière que l'esclave, la « nature » de la femme, c'est-à-dire en toute objectivité sa finalité et donc son bien propre, est d'être commandée. V. ARISTOTE, *La politique*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 2014 (-4^e s.), Livre I, Chap. 2, p. 25.

²¹ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, pp. 84-86. On se reportera à ce propos à l'analyse particulièrement informée proposée par Marie GARRAU, « Les approches réciproques de la théorie féministe et de l'approche relationnelle », in J.-F. BRAUNSTEIN, E. JEULAND (dir.), *Droit et relation : une approche comparative*, *op. cit.*, pp. 85-106.

²² E. JEULAND, « L'école relationniste du droit - la nouaison ? », art. cit., pp. 373-374.

²³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 80.

²⁴ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 30.

à valoriser par principe les dernières en date au détriment des précédentes²⁵. En somme, l'œuvre de Villey est traversée par une aspiration conservatrice qui se situe aux antipodes de l'aspiration progressiste présidant à l'idée même du « tournant relationnel ».

Bref, on l'aura compris, des embûches sérieuses se dressent sur la piste rétrospective, sans pour autant toutefois, je tiens à le rappeler, l'invalidier. À vrai dire, je suis même plutôt enclin à considérer que c'est précisément cette complexité qui rend la tâche attrayante, et le doute formulé à l'égard des travaux menés en ce sens se veut résolument constructif, en ce qu'il vise simplement à mesurer toute l'envergure du problème. Si l'on admet à cet égard que « les premiers jalons » établis par Jérémie Van Meerbeek²⁶ dégagent un critère d'association trop inconsistant pour fournir une solution convaincante, peut-être pourrait-on trouver matière à le consolider en suivant la piste prospective, c'est-à-dire en se penchant sur des ouvrages contemporains qui, contrairement aux « anciennetés », s'inscrivent dans une « approche relationnelle » de manière délibérée. D'autant que cette piste est d'une certaine manière bercée par l'air du temps, de sorte que les ouvrages rencontrés ne proviennent pas pour ainsi dire d'un autre monde, rendant ainsi moins redoutable le respect de l'exigence méthodologique de considération à l'égard de la tournure d'esprit de leurs auteurs. Il m'apparaît en tout cas qu'avec *Law's Relations* de Jennifer Nedelsky, on avance en terrain connu.

II.- Un repère de la piste prospective : le constitutionnalisme relationnel de Jennifer Nedelsky

On trouve au détour d'un développement de *Law's Relations* une locution tout à fait anodine, et pourtant particulièrement révélatrice du dessein de son auteure : « *In this vision* »²⁷. Tout semble en effet indiquer que pour Jennifer Nedelsky, la notion de relation est essentiellement un *point de vue*, susceptible d'embrasser tous les domaines de la vie sans pour autant les surplomber, en ce sens que son adoption ne suppose pas nécessairement de se hisser vers les hauteurs escarpées de la théorie

²⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 392 : « Notre actuelle méthode historique est trop esclave des préjugés que, depuis le XVIII^e siècle, l'opinion moderne entretient relativement à l'« évolution de l'humanité » et à son prétendu « progrès ». Aujourd'hui nous faisons de l'histoire époque par époque, comme si tout dépendait du temps. Et nous plaquons si bien cette grille sur notre science du passé que nous arrivons à nous convaincre que tout ait évolué. [...] Il est probablement plus vrai que toutes les grandes thèses philosophiques transcendent la chronologie et qu'elles existent de tout temps, se livrant un perpétuel combat à travers les siècles. [...] En philosophie, je ne crois guère à l'évolution. Aussi peut-on très bien concevoir une histoire de la philosophie qui ne s'occuperait guère des dates : telles étaient en majeure partie les histoires de l'Antiquité, du Moyen Âge et de la Renaissance. Ni Plutarque ni Diogène Laërce, dans sa vie des grands philosophes, ne suivaient l'ordre chronologique ».

²⁶ J. VAN MEERBECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », art. cit., p. 172.

²⁷ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., p. 246.

savante, sévère et spécialisée. Il se situe déjà et surtout dans les larges vallées de la réflexion ordinaire, plus relâchée, diffuse et spontanée. Ainsi l'objectif de Nedelsky est-il avant tout de « changer les habitudes de pensée de telle sorte que l'on veille tous et tous les jours aux interconnexions qui forment l'expérience humaine, créent des problèmes et constituent des solutions »²⁸.

Il est vrai que si l'on considère le changement auquel aspire Nedelsky en fonction de l'opposition entre ancien et moderne, il ne présente assurément pas l'envergure d'une « révolution scientifique », ni même d'une transformation radicale, et s'apparente davantage à une sorte de *déplacement* au sein du cadre de pensée moderne. Mais le fait est que cette opposition théorique, pour utile qu'elle soit en matière de classification des idées sur le temps long, s'avère non seulement parfaitement étrangère aux préoccupations de Nedelsky, mais aussi trop lourde, trop large, trop perchée enfin, pour cerner convenablement le sens et la portée du déplacement vers l'« habitude relationnelle de penser » auquel le lecteur de *Law's Relations* est convié. Il convient par conséquent de mieux circonscrire l'analyse en se concentrant sur l'un des champs privilégiés par Nedelsky, à savoir le droit constitutionnel tel qu'il est compris par la doctrine du constitutionnalisme libéral. Selon cette doctrine, pour s'en tenir aux grandes lignes, le droit constitutionnel, c'est-à-dire l'ensemble des règles écrites ou non dont l'objet est d'ordonner les conditions pacifiques de la conquête et de l'exercice du pouvoir de l'État, a pour fonction d'instituer ce pouvoir malgré tout nécessaire pour garantir les droits et libertés des individus, et, surtout, de le limiter à cette même fin. De toute évidence, le constitutionnalisme ainsi entendu irrigue assez profondément un certain nombre de régimes contemporains, l'agencement général de leur organisation politique respective étant tendanciellement façonné et légitimé selon le credo « limitation de l'État – protection des droits ». C'est indéniablement le cas outre-Atlantique, et il n'est donc guère surprenant que la juriste américaine Jennifer Nedelsky lui accorde une attention particulière, tant la visée politique qui porte son entreprise de diffusion du point de vue relationnel intéresse de près la matière constitutionnelle²⁹.

A.- Un horizon politique : le perfectionnement de l'État de droit

Au-delà des opinions progressistes dont fait état Nedelsky³⁰, la dimension politique de sa théorie relationnelle réside principalement dans la distinction

²⁸ *Ibid.*, pp. 3-4 : « to shift habits of thought so that people routinely attend to the relations of interconnection that shape human experience, create problems, and constitute solutions » (trad. E. JEULAND très légèrement remaniée).

²⁹ Des huit chapitres composant *Law's Relations*, deux lui sont ainsi spécifiquement consacrés : le second, intitulé « *Law, Boundaries, and the Bounding Self* », et le sixième, intitulé « *Reconceiving Rights and Constitutionalism* ». On peut par ailleurs relever que la conclusion générale de l'ouvrage y revient abondamment.

³⁰ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 83 : « In sum, then, what are my core substantive normative commitments in this project ? I share the commitment to recognition of the value of care, of the need

qualitative sur laquelle elle repose. Bien que cette distinction primordiale, assez étonnamment, ne fasse pas l'objet de développements spécifiques, il est possible de considérer qu'elle s'établit sur la base de ce qui apparaît sous la plume de Nedelsky comme un double constat. Le premier est relatif à la « nature relationnelle » des êtres humains, et plus particulièrement à l'existence de fait inévitable de « relations de pouvoirs »³¹. Le second porte sur la présence au sein de chaque société de « valeurs fondamentales » (*core values*), c'est-à-dire plus précisément de valeurs dominantes ou encore consensuelles, par conséquent irrémédiablement discutables et discutées³². De là, Nedelsky évalue la qualité des premières à l'aune des secondes et est ainsi amenée à distinguer par principe les bonnes relations des mauvaises. Avec l'objet privilégié par *Law's Relations*, à savoir la société américaine contemporaine, cette évaluation revient schématiquement à distinguer entre, d'un côté, les relations de pouvoirs « constructives », c'est-à-dire celles qui favorisent la réalisation de valeurs fondamentales comme l'autonomie, mais aussi l'égalité ou la sécurité³³, et de l'autre, les « relations de domination » qui à l'inverse défavorisent une telle réalisation³⁴. En ce sens, précise Nedelsky, « mon propre projet n'est pas focalisé sur le maintien des relations existantes, mais sur leur évaluation – en particulier pour savoir si elles soutiennent ou sapent des valeurs fondamentales, telle que l'autonomie. Mon projet aspire à l'évaluation et à la transformation »³⁵.

D'où l'intérêt central que Nedelsky prête au droit, dont l'objet est de « structurer les relations », et qui présente à ce titre une double utilité. D'une part, le droit, entendu ici en tant que droit objectif, *doit* ordonner ces relations de façon

to construct just relations with caregivers, and of the need for more explicit recognition and protection of the value of intimate relations ».

³¹ *Ibid.*, p. 64 : « hierarchies of power are as inevitable as human dependence ».

³² *Ibid.*, pp. 241-242 : « By value I mean any of the big abstractions used to articulate what a given society sees as essential to humanity or to the good life for its members. [...] To refer to the core values of a society suggests that there is some level of consensus – or at least that it is relatively clear which views about values are dominant. Equally important, however, is the idea that the understanding of these values – especially the beliefs about what actions or institutions are most consistent with them – will be contested by some and will shift over time ».

³³ Si l'autonomie est en quelque sorte la valeur phare de *Law's Relations*, dans la mesure où elle en constitue le principal objet d'étude, Nedelsky souligne toutefois fréquemment qu'elle n'est ni unique, ni exclusive. Ainsi, parmi tant d'autres, ce passage : « the relational approach I develop here can be applied to any value, not just autonomy. All core values, such as security, dignity, equality, liberty, freedom of speech, are made possible by (or undermined by) structures of relationships », *ibid.*, p. 41.

³⁴ Ainsi cette illustration didactique : « The relations between students and teachers, for example, will be characterized by the inequality of knowledge inherent in the relation, and in most cases there will be an inequality of power involved in the importance of the teacher's evaluation of the student's knowledge and ability. But teachers can be prevented (or allowed) to augment that power through the use of physical punishment, and they can be constrained (if never completely prevented) from such abuses as susceptibility to bribes or arbitrary favoring of some students over others », *ibid.*, p. 64.

³⁵ *Ibid.*, pp. 87-88 : « In any case, my own project is not focused on maintaining existing relationships, but evaluating them – particularly with respect to whether they support or undermine core values, such as autonomy. My project aims at evaluation and transformation ».

à s'assurer que les conduites qui les constituent tendent à se conformer aux valeurs fondamentales. En vertu de la force obligatoire de son œuvre tant législative que jurisprudentielle, l'État apparaît ainsi comme un instrument précieux pour « restructurer » les relations défailtantes afin de les rendre « constructives »³⁶. D'autre part, le droit, au sens cette fois-ci de droits subjectifs, est une manière particulièrement efficace d'exprimer les valeurs fondamentales, car même si celles-ci ne se réduisent pas à ceux-ci, « [i]l y a toujours un avantage politique à faire reconnaître une valeur comme un droit »³⁷. De sorte qu'une relation « constructive » est aussi, et étant donné le triomphe actuel du « langage des droits » surtout, une relation respectueuse des droits fondamentaux de chacun³⁸. C'est que, selon Nedelsky, « l'approche relationnelle est en réalité la meilleure façon de respecter la valeur unique de tous les individus »³⁹.

À travers cette brève mise en lumière du versant politique de *Law's Relations*, il apparaît que l'approche relationnelle proposée partage le principe central du constitutionnalisme libéral, son noyau dur en quelque sorte, d'après lequel la seule et unique raison d'être de l'État est de garantir les droits fondamentaux. Il est d'ailleurs particulièrement révélateur à cet égard que Nedelsky s'évertue constamment à souligner que l'utilité du pouvoir étatique du point de vue relationnel n'implique pas, tel un blanc-seing délétère, l'élargissement de son autorité. Ainsi peut-on lire dès l'introduction l'avertissement suivant : « L'utilisation du pouvoir étatique est [...] un véritable enjeu, et il m'importe par conséquent de faire valoir que l'approche relationnelle que je préconise ne requiert pas d'étendre le champ d'action de ce pouvoir »⁴⁰. Certes, il est fort probable que cette précaution récurrente s'explique avant tout par la perspective propre aux mouvements des *Critical Legal Studies* et de ses diverses ramifications, au sein desquels *Law's Relations* s'inscrit à maints égards. Comme le souligne notamment Isabelle Aubert, les *CLS* sont en effet traversées par une profonde ambivalence à l'égard du droit, qui leur paraît tout à la fois comme un vecteur de domination induite et un vecteur d'émancipation espérée⁴¹. Et ce rapport délicat avec la chose

³⁶ V. spécialement *ibid.*, pp. 70-72 et p. 252.

³⁷ *Ibid.*, p. 242 : « *There is always a political advantage to get a value recognized as a right* ».

³⁸ *Ibid.*, p. 73 : « *The most important argument for why I focus on rights is that I think the language of rights has become a worldwide phenomenon. People use "rights" to identify serious harms, to make claims from and against governments, to make claims for international intervention and assistance. The battle over the use of the terme has been decisively won in its favor. I argue, therefore, that the best thing to do is to engage with the meaning of rights, to shift it in a relational direction. The language of rights has huge rhetorical power, and the institutions of rights, such as constitutional bills of rights, are, again, a worldwide phenomenon* ».

³⁹ *Ibid.*, p. 13 : « *the relational approach is actually the best way to respect the unique value of all individuals* ».

⁴⁰ *Ibid.*, p. 7 : « *The use of state power [...] is a real issue, and so I make a point of arguing that the relational approach I advocate need not increase the scope of state power* ».

⁴¹ À propos de l'un des ouvrages références des *CLS*, *A critique of Adjudication* du juriste américain Duncan Kennedy, Isabelle Aubert relève ainsi que « [p]aradoxalement, et cela est caractéristique de l'attitude plus générale des *CLS*, tout en signalant le malaise causé par les discours stratégiques

juridique, tout en tension, se retrouve assurément chez Nedelsky. Mais il est aussi permis de considérer, ceci n'excluant d'ailleurs sans doute pas cela, que sa prudence traduit également une certaine adhésion à la limitation de principe du pouvoir étatique prônée par le constitutionnalisme libéral. Et pour cause, lorsque Nedelsky soutient la pertinence d'un contrôle notamment juridictionnel de la loi en considérant que « même une démocratie optimale pourrait menacer les valeurs fondamentales »⁴², ne s'accorde-t-elle pas à cette mise en garde toute libérale naguère professée par Benjamin Constant selon laquelle « même la volonté de tout un peuple ne peut rendre juste ce qui est injuste »⁴³ ?

Dès lors, à supposer que le déplacement vers « l'habitude relationnelle de penser » en matière constitutionnelle ait bel et bien pour horizon l'État de droit, force est de considérer qu'il demeure pleinement dans le giron du constitutionnalisme libéral. C'est afin d'en réaliser au mieux les aspirations que Nedelsky entend en « réorienter » le point de vue, de façon à abandonner celui, classique, de l'individu, au profit de celui, novateur, de la relation⁴⁴. En d'autres termes, je pense que *Law's Relations* dresse une théorie relationnaliste et non individualiste du constitutionnalisme libéral. Selon cette hypothèse de lecture, cette « autre manière de réfléchir pleinement à la façon dont le pouvoir de l'État devrait être exercé » à laquelle nous invite l'ouvrage⁴⁵, doit ainsi se comprendre comme une *critique constructive* de cette doctrine. De façon remarquablement cohérente, en effet, la « conception alternative du constitutionnalisme » élaborée

les faisant valoir, Kennedy ne renonce pas à défendre les droits comme étant les garants d'une amélioration des conditions d'égalité et de liberté. [...] Un rapport ambivalent aux droits est maintenu, qui semble tenir compte de leur inscription dans un système juridique autant que de leur valeur politique. La manière dont le raisonnement judiciaire traite le discours des droits constitutionnels n'épuise pas le potentiel émancipateur des droits, lesquels, sur le plan politique, permettent aux citoyens d'exprimer de nouvelles revendications normatives », I. AUBERT, « Que doivent à Marx les *Critical Legal Studies* et la *Critical Race Theory* ? », *Droit & Philosophie*, n° 10 – *Marx et le droit*, 2018, p. 231, http://droitphilosophie.com/upload/files/pdf/dp10_ebook.pdf. Pour davantage de précisions sur la genèse intellectuelle des CLS et au-delà, on se reportera avec profit à l'article de G. BLIGH, « Du réalisme juridique à l'intersectionnalité. Une affaire de juristes », *Revue des droits de l'homme*, n° 19, 2021, <http://journals.openedition.org/revdh/11549>.

⁴² J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., p. 245 : « *If ones accepts that there are values we cherish for reasons other than their relevance to the functioning of democracy, and that these values may need protectoin from democratic outcomes, then neither form of the pure democracy critique of rights is persuasive. Even an optimal democracy could threaten core values* ».

⁴³ B. CONSTANT, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, in id., *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par M. GAUCHET, Gallimard, coll. « Folio / Essais », 1997 (1815), p. 318.

⁴⁴ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, op. cit., p. 374 : « *Rights have been central to how liberalism expresses and institutionalizes respect for individuals. In this book, I have taken this use of rights and proposed a reorientation. [...] Making real the possibility of every individual, in all her embodied uniqueness, enjoying respect, equality, dignity, autonomy, or security is a central concern of my project as it is of liberalism (at least in its egalitarian forms). The difference – of orientation – is that I don't think this can be achieved without a central focus on the structures of relationships in which individuals develop their capacities* ».

⁴⁵ *Ibid.*, p. 379 : « *The relational approach is [...] one more way of reflecting thought-fully about how state power should be exercised* ».

par Nedelsky part d'une réprobation de l'individualisme qui caractérise la tradition libérale, pour aboutir à la promotion d'un « dialogue de responsabilisation démocratique » (*a dialogue of democratic accountability*), dont l'inspiration délibérative est censée donner un nouveau souffle à l'État de droit.

B.- Une critique radicale : l'humeur pernicieuse de l'individualisme libéral

Afin de saisir toute la profondeur, et toute la finesse aussi, de la critique formulée par Nedelsky à l'encontre du prisme individualiste de la doctrine classique du constitutionnalisme libéral, il convient d'emblée de relever qu'elle ne se réduit pas à l'oubli de la relation. Dans la mesure où cette doctrine s'est attelée à défendre le principe de la limitation du pouvoir politique au profit des droits et libertés des gouvernés, à commencer par le droit de propriété et la liberté d'expression, il va en effet de soi qu'elle considère avec une attention très soutenue la relation entre l'État et l'individu. Le cœur de la critique, par conséquent, n'est pas que la tradition libérale *ne pense pas* cette relation, mais plus exactement qu'elle la *pense mal*, dans la mesure où elle l'envisage essentiellement sous l'angle irrémédiablement épineux du conflit, de la discorde, ou encore, pour reprendre un terme fréquent sous la plume de Nedelsky, de la « menace » (*threat*). Et en se refusant ainsi à des sentiments pourtant naturellement doux tels que la bienveillance et la prévenance, l'individualisme libéral perd de vue le terreau nécessaire à l'émergence d'une relation « constructive »⁴⁶.

On ne saurait sous-estimer la puissance d'une telle critique. En pointant ainsi l'excessive dureté de la tradition libérale, Nedelsky *bouscule* en réalité l'une des justifications majeures du constitutionnalisme qu'est le principe, et l'on pourrait même dire le dogme tant il y est placé sous le signe de l'évidence, de la *faillibilité du gouvernant*. Pourquoi en effet se soucier autant de la soumission du pouvoir politique à des règles, si ce n'est parce que l'on sait bien avec Montesquieu que « c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »⁴⁷ ? Et n'est-ce pas précisément en raison de cet effet corrompateur du pouvoir, renchérit Constant, qu'« une Constitution est par elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit des limites à l'autorité, et qu'il serait inutile de lui prescrire des limites si vous la supposiez douée d'une infaillible sagesse et d'une éternelle modération »⁴⁸ ? Une telle

⁴⁶ *Ibid.*, p. 56 : « *The American liberal tradition in particular is quite focused on freedom as enabled by limits and boundaries defined by rights: limits on both individual actions, bounded by the rights of others, and limits on the collective action of the state, bounded by constitutional rights. But [...] the capacity for creative interaction will be fostered – and manifested – by a great variety of human values and capacities. I have already mentioned harmony, attentiveness, and receptiveness. These involve an opening out to others, not a closing in within boundaries. In a similar way, the expensive nature of play, humor, and joy also both enables and enacts creative interaction* ».

⁴⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre IX, Chapitre IV.

⁴⁸ B. CONSTANT, « Discours au Tribunat du 15 nivôse an VIII (5 janvier 1800) », in *id.*, *Écrits et discours politiques*, éd. O. Pozzo di Borgo, tome 1, Paris, J.-J. Pauvert Montreuil, 1964, p. 142.

supposition ne serait pas une illusion simplement naïve, mais aussi et surtout dangereusement liberticide. C'est que les gouvernants, selon l'image saisissante et d'une certaine manière pionnière de John Locke, sont des « lions ».

Ainé de Montesquieu et Constant, Locke est probablement l'un des fondateurs les plus influents de la tradition libérale, mais aussi et plus certainement celui qui a le plus contribué à instiller en son sein cette espèce de soupçon terrible à l'encontre de l'État. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer le ton particulièrement mordant avec lequel *Le second traité du gouvernement* énonce le principe de la faillibilité du gouvernant, et qui s'explique principalement par le contexte tumultueux de la « Glorieuse Révolution » britannique qui l'a vu naître⁴⁹. Certes, déclare en substance Locke, tous les individus n'étant pas capables de se conduire par eux-mêmes de façon raisonnable, l'empire prescriptif et coercitif du pouvoir politique, et tout particulièrement du « législatif », « pouvoir suprême » de tout « État bien constitué »⁵⁰, s'avère nécessaire pour assurer l'ordre au sein de la société. Mais encore faut-il que cet empire ne dépasse pas les « justes bornes » que constituent le respect de la « propriété » de chaque gouverné, c'est-à-dire au sens large où Locke l'entend, « sa vie, sa liberté, ses biens »⁵¹. À moins bien sûr, persiflât-il, que l'on souhaite « une paix maintenue pour l'avantage exclusif des voleurs et des oppresseurs. Quelle admirable paix, n'est-ce pas, que celle qui existerait alors entre les puissants et les faibles : l'agneau y offrirait sans résistance sa gorge à déchirer au loup furieux »⁵². Et pour cause, à travers cette raillerie pour le moins glaçante, Locke entend saisir d'effroi son lecteur en vue de décrédibiliser l'idée même de l'absolutisme qui, en invitant à accorder une confiance finalement aveugle à un monarque soi-disant providentiel ou même à une assemblée aristocratique ou démocratique⁵³, revient à « penser que les hommes sont assez fous pour prendre soin d'échapper aux maux que peuvent leur causer les *putois* et les *renards*, mais qu'ils s'estiment satisfaits, et qu'ils s'imaginent même que c'est une sauvegarde, d'être dévorés par des *lions* »⁵⁴. La cause est donc entendue : il y a toutes les raisons du monde à craindre l'État et l'humeur n'est pas à la sensiblerie,

⁴⁹ Lorsqu'il rédige *Le second traité du gouvernement*, de 1681 à 1683, Locke a adopté une position radicale à l'égard des événements qui précipiteront, conformément à ses souhaits, la « Glorieuse Révolution » de 1688. C'est pourquoi « l'intégralité du projet auquel son livre est consacré [...] est la justification de l'action révolutionnaire ou tout au moins de la menace d'une telle action dans certaines circonstances », J. DUHN, *La pensée politique de John Locke*, trad. J.-F. BAILLON, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1991 (1969), p. 129.

⁵⁰ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. J.-F. Spitz, Paris, PUF, coll. « Épiméthée », 1994 (1690), Chapitre 13, § 149, p. 108.

⁵¹ *Ibid.*, Chapitre 7, § 87, p. 62.

⁵² *Ibid.*, Chapitre 19, § 228, p. 164.

⁵³ De la même manière que Montesquieu et Constant après lui, Locke estime que l'effet corrupteur du pouvoir concerne tous les types régimes politiques : « C'est une erreur de penser que ce vice serait propre aux monarchies ; les autres formes de gouvernement y sont également exposées », *ibid.*, Chapitre 18, § 201, p. 146.

⁵⁴ *Ibid.*, Chapitre 7, § 93, p. 68 ; l'auteur souligne.

car tout comme pour la mise en cage des « lions », ce n'est pas avec de la délicatesse que l'on érige des « justes bornes » pour se prémunir des crocs acérés du tyran qui sommeille en tout gouvernant.

La *crainte libérale*, telle est donc le cœur de cible de *Law's Relations* pour ce qui a trait au droit constitutionnel. Privilégiant la contextualisation, Nedelsky ne se réfère pas aux ouvrages précités, et donne plutôt à voir cette crainte à travers une brève genèse du constitutionnalisme américain, sous la forme bien connue depuis Tocqueville de la « tyrannie de la majorité ». L'auteure souligne ainsi qu'à l'origine, celle-ci fut avant tout comprise par la plupart des « Pères fondateurs » de la République américaine au regard de l'enjeu sulfureux de l'inégalité des richesses : dès lors que l'idée républicaine impliquait selon eux de reconnaître au grand nombre des citoyens, par le biais de l'élection de leurs représentants, une certaine influence sur la législation, il importait de protéger les intérêts de la minorité fortunée⁵⁵. En d'autres termes, et Tocqueville ne disait d'ailleurs pas autre chose, la tyrannie de la majorité a initialement été pensée comme le péril que la loi des « pauvres » présentait pour la propriété des « riches »⁵⁶. Aussi les constituants américains ont-ils conçus le droit de propriété et sur sa base les autres droits fondamentaux selon un registre très lockéen, à la manière d'une proie à protéger face à son prédateur⁵⁷. Ils énoncèrent ainsi, dans la continuité des « justes bornes » du philosophe anglais, l'un des principes majeurs du constitutionnalisme américain, et au-delà me semble-t-il, selon lequel l'« érection d'un mur de droits autour de l'individu » est nécessaire pour se prémunir contre les empiètements

⁵⁵ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 93 : « *Indeed, many thought [...] property would be inherently vulnerable in a republic because the many would always be poor and the few rich; what would prevent the many from using their numerical power in the legislature to take the property from the few? The problem of designing a republican government that could provide security for property was a central one for the Federalists, whose views prevailed at the Constitutional Convention of 1787* ».

⁵⁶ On oublie en effet trop souvent que pour le libéral français, la tyrannie de la majorité correspondait à la tyrannie des « pauvres » : « Est-ce la majorité ou la minorité qui fait la loi ? La majorité sans doute ; et si je prouve que les pauvres composent toujours la majorité, n'aurai-je pas raison d'ajouter que dans les pays où ils sont appelés à voter, les pauvres font seuls la loi ? Or, il est certain que jusqu'ici, chez toutes les nations du monde, le plus grand nombre a toujours été composé de ceux qui n'avaient pas de propriété, ou de ceux dont la propriété était trop restreinte pour qu'ils pussent vivre dans l'aisance sans travailler. Le vote universel donne donc réellement le gouvernement de la société aux pauvres. [...] En Amérique, l'échelle européenne des pouvoirs étant renversée, les riches se trouvent dans une position analogue à celle des pauvres en Europe ; ce sont eux qui souvent se défient de la loi. [...] Aux États-Unis, où le pauvre gouverne, les riches ont toujours à craindre qu'il n'abuse contre eux de son pouvoir », A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, tome 1, in *id.*, *Œuvres*, Paris, Éditions Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2004 (1835), p. 208 et p. 234.

⁵⁷ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, pp. 94-96 : « *The vulnerability of property bred a fear of and, perhaps, contempt for the propertyless, those with less or no property, who were expected to be the vast bulk of the people. With this fear came an urgent sense of the need to contain the people's threatening power. [...] The most thoughtful Framers transformed a widespread fear about threats to property into a sophisticated analysis of the inherent problem of majority oppression. But in so doing they also transformed this general problem into a question of how to contain the power of people* ».

non seulement d'autrui, mais aussi et surtout des empiètements plus oppressants de la majorité au pouvoir⁵⁸. Ce principe se diffusa progressivement avec succès à travers ce que Nedelsky appelle la « métaphore de la frontière » (*the boundary metaphor*), qui surplombe à la fois, en tant que paradigme, la doctrine juridique, et, en tant qu'imaginaire, la culture populaire, et insinue notamment un « récit de menace et de protection » : « Le collectif constitue une menace par des lois invasives et coercitives, et les droits constitutionnels protègent les individus de cette menace »⁵⁹. De sorte que, par exemple, « la protection des droits des minorités [...] s'accompagne généralement d'un ton de mépris et de peur du plus grand nombre »⁶⁰.

Toujours cette même crainte libérale donc, qui bien plus que l'individualisme en lui-même, pose problème à Nedelsky en raison de la mentalité finalement *conflictuelle* qu'elle charrie dans les « habitudes individualistes de penser », fort peu propice à l'établissement de relations « constructives ». C'est là, en quelque sorte, la clé de voûte classique et à ses yeux vermoulue que Nedelsky ambitionne de déloger de l'édifice du constitutionnalisme afin, on l'a dit, de le rénover et non de le détruire. Certes, les « frontières » avec lesquelles cette mentalité raisonne et cloisonne « impliquent une séparation et une opposition qui ne saisissent pas l'interconnexion complexe, fertile et chargée de tension entre soi et autrui, à laquelle un constitutionnalisme transformé doit répondre »⁶¹. Mais celui-ci ne saurait pour autant perdre de vue le risque toujours possible de l'abus du législateur et de la majorité qui le soutient⁶². Il s'agit par conséquent de *reléguer au second plan* une telle crainte, en privilégiant une mentalité plus sereine, voire même traversée par une pointe d'espoir, de façon à ce que « les interactions humaines à régir ne [soient] pas envisagées essentiellement en termes de conflits de droits et d'intérêts, mais selon des modèles de relation à même de développer et de soutenir à la fois une vie collective enrichissante et la possibilité d'une

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 96-97 : « *The boundaries central to American constitutionalism are those necessary to protect a bounded or "separative" self: the boundaries around selves form the boundaries to state power. [...] Much of American constitutional protection can be understood as a (misguided) attempt to protect individual autonomy. The primary content of this underlying conception of autonomy is protection from the intrusion of the collective. The autonomy the American system is designed to protect can be achieved by erecting a wall of rights around the individual. Property provided an ideal symbol for this vision of autonomy, for it could both literally and figuratively provide the necessary walls* ».

⁵⁹ *Ibid.*, p. 54 : « *The collective poses a threat through invasive and coercitive laws, and constitutional rights shield individuals from this threat. The media reinforces this story of threat and protection through tales of « others » who lack this legal protection and are forced to wear burkas or are sent to prison for expressing opinions the government sees as hostile* ».

⁶⁰ *Ibid.*, p. 116 : « *the protection of minority rights have [...] usually carries a tone of contempt and fear of the many* ».

⁶¹ *Ibid.*, p. 115 : « *Boundaries [...] imply a separation and opposition that does not capture the complex, fertile, and tension-laden interconnection between self and others that a transformed constitutionalism must respond to* ».

⁶² *Ibid.*, p. 117 : « *My claim is not that boundary could never be a helpful metaphor for the self or for legal practices designed to protect and promote core values. My claim is that in current North American (and probably Western) culture, boundary distorts understanding and reinforces weaknesses in the culture's capacity to recognize and reflect on the importance of relationship* ».

véritable autonomie individuelle »⁶³. Et c'est à partir de ce *renversement d'humeur* somme toute *méthodologique* que se déploie la dimension constructive de la critique formulée dans *Law's Relations*⁶⁴.

C.- Une amélioration démocratique : la diffusion d'un contrôle populaire de la constitutionnalité des lois

Dès lors que le point de vue relationnel ne fait plus primer la crainte libérale, la rénovation du constitutionnalisme passe par un renouvellement de la justification de sa finalité relative à la protection des droits fondamentaux. À cette fin, Nedelsky préconise la reconnaissance au sein des démocraties libérales d'un « dialogue de responsabilisation démocratique » qui, me semble-t-il, s'apparente pour l'essentiel à une forme de *contrôle populaire de la constitutionnalité des lois*.

À la différence du contrôle judiciaire généralement usité, ce contrôle n'est pas réservé au juge et à son expertise juridique puisqu'il est par définition ouvert à n'importe quel citoyen, et sa fonction n'est pas de statuer sur une éventuelle violation des droits fondamentaux, mais d'entretenir une constante discussion publique à propos de leur signification. Bien que Nedelsky n'entende pas substituer ce contrôle populaire au contrôle judiciaire, il s'avère en tout cas suffisamment privilégié dans *Law's Relations* pour prendre sa place en tant que vecteur principal de l'État de droit⁶⁵. Cet écart vis-à-vis de l'orthodoxie constitutionnaliste, traditionnelle aux États-Unis et plus récente en France, s'explique par l'idée selon laquelle la meilleure façon de légitimer le principe même du contrôle de constitutionnalité de la loi est de le *démocratiser*, c'est-à-dire de le rendre disponible et plus exactement compréhensible pour le corps civique ; les citoyens ordinaires, premiers concernés par ce contrôle mettant en jeu leurs lois et leurs droits, devenant ainsi également les premiers responsables de sa bonne tenue⁶⁶. Dans cette perspective, le contrôle de constitutionnalité n'apparaît plus principalement sous les traits d'une tension inextricable entre la volonté majoritaire d'un législateur élu et la décision savante d'un juge minoritairement saisi. À défaut de disparaître, cette tension trouve en effet matière à s'apaiser dans le grand mouvement démocratique de la délibération publique. « Ma conception du constitutionnalisme, précise ainsi Nedelsky, consiste à responsabiliser la

⁶³ *Ibid.*, p. 245 : « *The human interactions to be governed are not seen primarily in terms of clashing of rights and interests, but in terms of the way patterns of relationship can develop and sustain both an enriching collective life and the scope for genuine individual autonomy* ».

⁶⁴ Ce renversement supposerait notamment, ainsi que le suggère très brièvement Nedelsky, de substituer à la « métaphore de la frontière » la métaphore bien plus délicate de la « peau » : « *The human skin is perhaps the most compelling alternative to the wall image of boundaries : it is permeable, slowly and constantly changing while keeping its basic contours, and a source of sensitive connection to the rest of the world* », *ibid.*, p. 107.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 234 : « *My picture of constitutionalism as a dialogue of democratic accountability [...] highlights the limits of the dominant court-centered understanding of rights and constitutionalism* ».

⁶⁶ *Ibid.*, p. 364 : « *the version of constitutionalism that I have laid out invites popular deliberation about the meaning of rights* ».

démocratie vis-à-vis des valeurs fondamentales, au moyen de mécanismes entretenant un dialogue permanent quant à la question de savoir si les décisions collectives prises par les citoyens à travers leurs assemblées démocratiques sont conformes à leurs valeurs les plus profondes »⁶⁷.

Outre le renforcement de sa légitimation, la démocratisation du contrôle de la constitutionnalité de la loi permet également, selon Nedelsky, de renforcer son efficacité. Ce qui revient à considérer que le contrôle populaire est plus à même d'assurer la protection des droits fondamentaux que le contrôle judiciaire. À première vue, l'idée semble, sinon saugrenue, du moins douteuse, étant entendu que le juge se distingue du peuple par sa maîtrise du savoir juridique, et qu'un tel savoir est évidemment nécessaire pour rendre justice en ce domaine. Mais, conformément à la sérénité méthodologique propre à son approche relationnelle, *Nedelsky ne réduit pas la justice constitutionnelle à une affaire purement contentieuse*. Or, pour peu que l'on sorte du prétoire, il apparaît que « les droits ne sont pas seulement des revendications à l'encontre du gouvernement, mais aussi une occasion d'entretenir un dialogue continu sur la signification et la mise en œuvre de ces droits »⁶⁸. Bien que techniquement faible voire médiocre aux yeux exercés du juge, ce dialogue n'en est pas moins susceptible d'exercer une certaine pression sur le législateur. Il conduit en effet dans un même mouvement tous les citoyens qui y participent à trouver un consensus quant aux valeurs qu'ils prêtent à leur société et, en référence à celles-ci, à soumettre à un examen critique l'œuvre du législateur, lui imposant ainsi de s'expliquer et de rendre des comptes. En ce sens, Nedelsky invite à considérer que *c'est à l'agora et non au tribunal que trouve pleinement à s'exercer le contrôle de constitutionnalité de la loi*. Car c'est sur la place principale de la Cité que se noue l'essentiel en matière constitutionnelle, à savoir la délibération du peuple quant aux valeurs fondamentales, celles-là même dont dépend tout à la fois la qualité des relations et le bienfondé des lois qui les structurent et des droits qui les protègent.

C'est d'ailleurs depuis cette même place que Nedelsky formule l'idée selon laquelle les droits fondamentaux sont des « choix collectifs ». Cette idée est décisive car elle intègre le juge dans le giron de la délibération démocratique, et mérite par conséquent que l'on s'y penche un instant afin d'en synthétiser le propos. Nedelsky part du principe que la définition des droits fondamentaux dépend d'une interprétation inévitablement relative car tributaire de valeurs au mieux consensuelles et non unanimement partagées, de sorte que « les débats sur

⁶⁷ *Ibid.*, p. 253 : « My idea of constitutionalism is to make democracy accountable to basic values, to have mechanisms of ongoing dialogue about whether the collective choices people make through their democratic assemblies are consistent with their deepest values. When a society chooses to constitutionalize a value, to treat it as a constitutional right, they are in effect saying both that there is a deeply shared consensus about the importance of that value and that they think that value is at risk. The same people (collectively) who value it are likely to violate it through their ordinary political process ».

⁶⁸ *Ibid.*, p. 239 : « rights are not just claims against a government, but an occasion of ongoing dialogue about the meaning and implementation of these rights ».

la signification et l'application des droits sont inhérents aux droits eux-mêmes »⁶⁹. Aussi le juge lui-même, malgré son expertise juridique, est-il inévitablement conduit à opérer une interprétation politisée des droits à l'aune desquels il remplira son office en tranchant officiellement la question de la constitutionnalité de la loi qui lui est soumise. Or rien n'indique *a priori* que l'interprétation des droits opérée dans le tribunal soit d'une qualité suffisamment excellente pour ne pas être discutée sur l'agora. Bien au contraire à vrai dire, car l'existence même de désaccords en son sein, ainsi les opinions dissidentes ou les revirements de jurisprudence, prouve que l'art juridique n'est pas une science exacte. Dès lors, si le monopole juridique du pouvoir de statuer qui caractérise le contrôle judiciaire n'est pas remis en cause par Nedelsky, il ne saurait en revanche impliquer le monopole politique de l'interprétation des droits. Aussi est-ce avant tout en tant que citoyen que le juge prend part au débat public relatif à ces valeurs fondamentales dont les droits doivent servir la réalisation ; encore qu'il ne soit pas certain, tacle Nedelsky, que sa parole experte et finalement ésotérique soit d'une si grande utilité⁷⁰. Les choses sont en tout cas claires depuis l'agora : « les droits établis par le juge sont autant des choix collectifs que les lois adoptées par le législateur »⁷¹. Autrement dit, malgré tout ce qui les sépare, la politique jurisprudentielle et la politique législative se doivent tout autant d'être nourries et guidées par les valeurs consensuelles qui émergent de la délibération publique. Et dans ces conditions, tout laisse à penser que le champ du contrôle politique du peuple s'étende du législateur au juge.

Le juge de *Law's Relations* n'est donc assurément pas la pièce maîtresse de l'État de droit, et cette espèce de rétrogradation dénote de façon très nette avec la fixation, voire la « sacralisation » dont il fait bien souvent l'objet de nos jours. C'est à travers ce second terme que Jacques Chevallier, dont je cite ici le propos afin de bien mettre en relief la chose, pointe cette dogmatique très répandue, notamment dans les copies de première année des Facultés de droit françaises : « Le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de l'État de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection. Le culte du droit aboutit en fait à la *sacralisation du juge* : investi du rôle de “gardien des valeurs”, le juge est chargé de les défendre contre la

⁶⁹ *Ibid.*, p. 239 : « *Debates over the meaning and implementation of rights are inherent in rights themselves* ».

⁷⁰ *Ibid.*, p. 246 : « *There is broader question of whether judicial review, like any judge-made decision, fosters informed public deliberation on the issues. Of course, sometimes controversial constitutional issues, like same-sex marriage, attract a lot of public attention. But part of the issue is whether judges are, or should be, seen to be, uniquely qualified to resolve constitutional disputes. To the extent that they are held out to be so, or that formal legal expertise is required to understand the issues, the public capacity for democratic deliberation on core values is undermined* ».

⁷¹ *Ibid.*, p. 240 : « *My first point, then, in seeing the hidden complexity of “rights versus democracy” is that judicially defined rights are as much collective choices as laws passed by the legislature* ».

volonté capricieuse des majorités »⁷². On mesure ainsi l'ampleur de la rénovation du constitutionnalisme menée dans *Law's Relations* vis-à-vis d'une telle manière de voir. Et pour cause, afin de donner « un aperçu d'un modèle applicable de constitutionnalisme conçu comme un dialogue de responsabilisation démocratique »⁷³, Nedelsky sélectionne le projet envisagé par une obscure charte défendue au début des années 1990 dans la Province canadienne de l'Ontario par des associations de lutte contre la pauvreté, car son étude devrait permettre « aux lecteurs de voir comment un système qui n'est pas centré sur les tribunaux peut à la fois protéger les droits et favoriser une délibération démocratique relative à leur signification »⁷⁴. Afin d'assurer la réalisation des droits sociaux qu'elle énonce, cette charte prévoyait ainsi la création de deux institutions distinctes du système judiciaire canadien, le « Conseil des droits sociaux » et le « Tribunal des droits sociaux »⁷⁵. Composées selon une procédure de désignation similaire – un tiers des membres nommé par le Gouvernement fédéral, un tiers par les Gouvernements fédérés, et un tiers par des associations représentant les « minorités » (« *vulnerable and disadvantages groups* ») –, leur fonction commune aurait en effet consisté à entretenir un dialogue constant avec le législateur tant fédéral que provincial à propos des significations de ces droits ou encore des conditions de leur application ; le « Conseil » par le biais d'enquêtes et autres rapports publics, et le « Tribunal » par le biais de « recommandations » invitant le législateur à prendre telle ou telle mesure dans un délai déterminé, celui-ci pouvant toutefois s'y soustraire par un vote à la majorité simple.

Si Nedelsky entend bien faire perdre au juge son piédestal, il apparaît toutefois qu'il n'est pas pour autant question de pousser sa rétrogradation jusqu'à en faire l'égal du législateur en matière de droits fondamentaux, puisqu'il n'y est pas question de supprimer ou même d'affaiblir le contrôle juridictionnel de la loi. Si le juge demeure donc bien le défenseur et le législateur l'attaquant, le « dialogue de responsabilisation démocratique » conduit finalement à reconnaître dans le peuple l'arbitre de la rencontre. Et l'on comprend ainsi pourquoi, en dernière analyse, Nedelsky signale qu'« étant donné que le droit est un moyen central pour réaliser et renforcer les valeurs, il est crucial qu'il devienne plus ouvert à la délibération

⁷² J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 2010, p. 128 ; l'auteur souligne.

⁷³ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 270 : « *an outline of a workable model of constitutionalism as a dialogue of democratic accountability* »,

⁷⁴ *Ibid.*, p. 265 : « *I offer a fair bit of detail so that readers can see how a system not centered around the courts can both protect rights and foster democratic deliberation about their meaning* ». Il m'importe de préciser que j'ai stigmatisé le caractère inconnu de *The Alternative Social Charter* uniquement pour appuyer mon propos, et non pour dénigrer d'une quelconque manière le bienfondé de celle-ci. Pour ce qui m'intéresse ici donc, soulignons cet autre passage révélateur : « *Perhaps most importantly, the structure of the ASC avoids treating courts as central means for institutionalizing rights [...] with an enforcement mechanism that is viable, indeed preferable, alternative to a court-based system of rights* », *ibid.*, p. 266.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 265-276.

publique consacrée aux questions de savoir ce que ces valeurs devraient être et comment elles devraient être mises œuvre »⁷⁶.

On s'étonnera, pour terminer sur ce point, de ne trouver aucune référence dans *Law's Relations* à la notion de démocratie délibérative, tant la rénovation du constitutionnalisme libéral effectuée semble pourtant sous son influence. Nedelsky ne peut d'ailleurs que connaître cette notion qui, apparue au début des années 1980 sous l'influence des travaux de Jürgen Habermas, John Rawls ou encore Bernard Manin, s'est assez rapidement « imposée comme le paradigme dominant de la théorie politique anglo-saxonne et du même coup de la théorie politique à l'échelle internationale »⁷⁷. Un « tournant délibératif » donc⁷⁸, dont le moteur réside dans le principe selon lequel « la légitimité d'une décision repose non sur la volonté de tous, [...] mais sur la délibération de tous »⁷⁹. En d'autres termes, l'idéal politique moderne de l'unanimité devrait être déplacé du domaine de la décision vers celui de la discussion.

De sorte que la démocratie délibérative, en tant que modèle de régime politique, se caractérise schématiquement par la fonction délibérative qu'elle accorde au peuple, et se distingue par ce biais de la démocratie représentative, qui le restreint à une simple fonction électorale, et de la démocratie directe, qui lui ouvre la fonction gouvernementale ou décisionnelle. Et si la réalisation institutionnelle de cette fonction délibérative vise à établir des consensus politiques raisonnables au sein du corps civique, il est de toute évidence nécessaire d'élargir le débat législatif au-delà des enceintes parlementaires. Certes, la décision finale reviendra aux représentants élus, mais ce sera après une discussion avec les représentés que l'on postule bénéfique pour la qualité de la loi elle-même. Et l'on peut encore avancer d'un cran en faisant sortir le débat judiciaire des tribunaux et de leur langage ésotérique, car si la décision finale demeure aux mains des juges compétents, une discussion menée avec les justiciables devrait selon le même postulat servir la cause des droits. Or n'est-ce pas précisément là tout le propos du « dialogue de responsabilisation démocratique » conçu par Nedelsky ?

⁷⁶ *Ibid.*, p. 364 : « Because law is a central means of giving effect to and enforcing values, it is crucial that law become more open to public deliberation about what those values should be and how they should be implemented ».

⁷⁷ Y. SYNTOMER, J. TALPIN, « La démocratie délibérative face au défi du pouvoir », *Raisons politiques*, n° 42, mai 2011, p. 5.

⁷⁸ Ainsi le titre d'un tout récent ouvrage dirigé par B. MANIN, L. BLONDIAUX (dir.), *Le tournant délibératif de la démocratie*, Paris, Presses de Science Po, 2021.

⁷⁹ M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Assemblée citoyenne et référendum : quelques exemples étrangers à méditer », *Pouvoirs*, 2020, n° 175, p. 80.

Il est toujours délicat de clore l'étude d'un livre aussi riche et fécond que *Law's Relations*, tant il donne matière à poursuivre. J'avais ainsi prévu initialement de soumettre le constitutionnalisme relationnel de Nedelsky à un examen critique, en pointant notamment certaines limites théoriques et pratiques de l'idéal délibératif dans lequel il s'inscrit. Je souhaitais également mettre en relief la composante républicaine de ce constitutionnalisme, assurément moins massive que sa composante libérale. Mais sa présence en pointillé est tout de même suffisante pour mettre en lumière une tension palpable du rapport de *Law's Relations* avec l'État qui, s'il apparaît comme un *mal nécessaire* du point de vue libéral, est à l'inverse un *bien précieux* du point de vue républicain. Cet angle d'approche m'aurait ainsi permis de prendre en considération un autre aspect du constitutionnalisme américain, et donc de la culture constitutionnelle de Jennifer Nedelsky, à savoir sa teneur républicaine précisément, dont la profondeur, si l'on en croit John Pocock notamment, n'est pas à négliger⁸⁰.

Mais tout ceci nous mènerait trop loin et, de toute façon, ne changerait rien à l'évidence : *Law's Relations* est assurément un ouvrage de référence pour la confection d'une « théorie relationniste du droit ». Est-ce à dire, pour autant, qu'il doit nourrir significativement le critère d'association de cette « école », de façon à ce que, par exemple, aucun ouvrage ne partageant les vues du constitutionnalisme libéral ou de la démocratie délibérative ne puisse être ajouté dans les rayons de sa bibliothèque ? Il n'est pas question ici de répondre à cette question difficile et pourtant incontournable de la détermination du critère d'association, mais plutôt de saisir l'alternative qu'elle soulève. La première option consiste à préciser le contenu de ce critère, et en ce cas on gagne en cohérence ce que l'on perd en envergure : la bibliothèque est moins fournie mais davantage homogène. À l'inverse, la seconde option consiste à l'estomper, et en ce cas on gagne en envergure ce que l'on perd en cohérence : la bibliothèque est plus fournie mais davantage hétérogène. Plutôt qu'une alternative, sans doute est-ce là l'un des principaux dilemmes du projet lancé par Emmanuel Jeuland.

⁸⁰ Dans la préface du maître-ouvrage de Pocock, Jean-Fabien Spitz en résume de la manière suivante le propos général : « *Le moment machiavélien* n'avait nullement pour ambition de remplacer Locke par Machiavel dans le rôle de saint patron des États-Unis ; il s'agissait plutôt de montrer que l'Amérique n'avait pas de saint patron, et que la persistance du vocabulaire républicain dans la période de la fondation avait pour effet d'entourer la naissance de l'ordre marchand d'un halo de doutes et d'incertitudes qui rend la validité éthique de cet ordre aussi problématique que la place que la personnalité humaine pouvait y trouver. Le libéralisme n'était donc pas inévitable ; or c'est le mythe de son inévitabilité qui le rend indépassable aux yeux de ceux qui remarquent ses insuffisances, mais qui se contentent de se lamenter sur leur propre impuissance à sortir du piège où ils se sont enfermés », J.-F. SPITZ, « Préface », in J. G. A. POCOCCO, *Le moment machiavélien*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », trad. L. BOROT, 1997 (1975), p. XLII.

Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne

Jérémie VAN MEERBEECK

*Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles,
Professeur invité à l'Université Saint-Louis-Bruxelles*

Le droit est fondamentalement relationnel, inéluctablement casuistique et incertain. Ces caractéristiques justifient de faire de la relation, du cas et de la confiance des concepts absolument centraux du phénomène juridique (1). Et pourtant, ces notions sont peu présentes dans le discours moderne sur le droit, à tout le moins en droit civil occidental. La présente contribution propose, avec la modestie que lui impose l'espace qui lui est octroyé, de repérer quand et comment les concepts alternatifs de droit subjectif, de norme et de sécurité juridique leur ont été privilégiés (2), pour enfin esquisser quelques pistes de réflexion (3)¹.

Commençons par un truisme : là où il n'y a pas de relation entre des individus, il n'y a pas besoin de droit². Précisons d'emblée que nous n'accordons pas (sans pour autant l'exclure) de dimension affective au terme de « relation », de sorte qu'on pourrait tout aussi bien utiliser, à ce stade, le terme « rapport » ou « interaction » entre deux ou plusieurs individus, ou groupes d'individus. Il ne s'agit pas non plus d'assimiler les notions de relation et de droit : si la relation intersubjective peut se passer du droit, celui-ci ne prend son sens qu'en tant qu'il vient se greffer sur, et encadrer une relation³. De nombreux travaux contemporains démontrent que les êtres humains sont, contrairement au mythe moderne de

¹ Nous pouvons, à ce titre, être classé parmi les auteurs qui insistent « sur la nécessité de prendre en compte la relation en droit et de ne pas seulement prendre en compte l'institution ou la norme » (E. JEULAND, « La véraison de l'approche relationniste du droit », in *Les écoles de pensée en droit, Legal School of Thought*, M. DEVINAT, M. SAMSON, G. AZZARIA, éd. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2021, p. 481), mais peut-être pas dans le mouvement Droit et Relation tel que présenté par le professeur Jeuland, à défaut de limiter notre analyse à la notion de rapport juridique ou de proposer une théorie tel qu'il les définit (*Ibid.*, p. 490 et s).

² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2004, p. 146 : « un droit sans la société, est-ce encore du droit ? » ; F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 292 : « un droit robinsonien n'existe pas ».

³ On ne peut donc suivre Emmanuel Jeuland, lorsqu'il affirme que tout rapport humain serait juridique (E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 186). Sur ce point, nous rejoignons François Ost qui privilégie l'idée de la secondarité du droit : « le lien social n'est jamais naturellement ou originellement juridique ; il le devient, éventuellement, dans un second temps lorsque se développe un besoin de sécurité, de publicité, ou de durabilité » (*À quoi sert le droit ?*, op. cit., p. 43).

l'individu indépendant, constitués par les relations qu'ils nouent. S'il ne fallait citer qu'un nom, cela pourrait être celui de Gilbert Simondon. Inspiré par Gaston Bachelard⁴ et Henri Bergson, le philosophe français défend l'idée que tout être est relation ou, plus précisément, que la relation est simultanée au processus d'individuation de sorte qu'on ne peut penser l'individu séparément et antérieurement à la relation⁵.

1.- De la certitude à la confiance

La plupart (pas la totalité, heureusement) des relations nouées par les êtres humains sont appréhendées par le droit. Il ne s'agit du reste pas uniquement des relations intersubjectives mais également de nos relations au monde qui nous entoure (par le biais de la propriété, du régime des communs, etc.) ou aux institutions (sous le prisme par exemple des obligations de l'État à notre égard, ou de nos obligations envers lui)⁶.

De par son objet, le droit est donc fondamentalement relationnel. Au début du XX^e siècle, déjà, le réaliste américain Benjamin Cardozo, qui fut également juge à la Cour suprême, nous invitait à concevoir le droit comme définissant (nous dirions encadrant) une relation entre des points qui sont, le plus souvent, en mouvement (dotés d'une dimension spatiale ou matérielle)⁷. En partie en raison de cet objet, par définition changeant, le droit présente une part irréductible d'indétermination, qui tient à sa dimension casuistique ou, dans un langage moins connoté, à son contexte d'application. Héraclite dirait : on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve⁸.

L'incertitude est, en effet, inhérente au droit, n'en déplaise à certains juristes, ce qui ne signifie pas que le droit n'offre aucune prévisibilité, même si celle-ci ne peut être que relative⁹. De nombreux éléments participent à l'incertitude du droit, qui culmine au stade de l'instance juridictionnelle¹⁰. En amont, l'impossibilité pour

⁴ Qui écrivait déjà : « Au commencement est la Relation », précisant, il est vrai : « c'est pourquoi les mathématiques règnent sur le réel » (G. BACHELARD, *Études*, Paris, Vrin, 2002, 2^{ème} éd., p. 18).

⁵ G. SIMONDON, *L'individuation à la lumière des notions de forme et d'information*, Paris, Million, 2005 ; Voy. D. DEBAISE, « Qu'est-ce qu'une pensée relationnelle ? », *Multitudes*, 2004, p. 21 : « Cette simultanéité des relations et de l'individuation est importante car elle implique que toute relation est un événement immanent à l'individuation dont nous ne pouvons a priori tracer les contours et les formes ».

⁶ Nous proposons donc ici d'ouvrir la notion de relation au-delà de l'intersubjectif, ce qui ne signifie évidemment pas qu'il faille mettre ces différents types de relation sur le même pied.

⁷ B. N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, Westport, Greenwood Press, 1930, p. 4.

⁸ On voit ici que relation et cas sont étroitement liés.

⁹ Ce constat n'est pas nouveau. Voy. déjà J. DEWEY, « Logical Method and Law », *Cornell L. Q.*, 1924, p. 20-26.

¹⁰ Pour une analyse détaillée de ces éléments, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis/Publ. de l'Université Saint-Louis, 2014, p. 393-524.

le législateur de prévoir tous les cas, aggravée par les limites inhérentes au langage naturel, est couplée à l'incapacité politique de trouver des « accords complètement théorisés »¹¹. En aval, l'explosion des intérêts particuliers, qui demandent à être pondérés, s'appuie sur le succès des principes généraux, véritables mines plantées dans le champ normatif. Entre les deux, d'innombrables sources d'incertitude constituent autant de nœuds susceptibles d'interrompre la chaîne causale postulée entre l'adoption d'une norme, les attentes qu'elle a pu légitimement susciter chez son destinataire et la solution effectivement apportée dans un cas particulier d'application. Relevons en résumé la difficulté d'identifier l'intention de l'auteur de la norme (qui ne renvoie qu'à une méthode d'interprétation parmi d'autres) ou l'impact sur son interprétation tant de l'interprète que des contextes, général et particulier, dans lequel s'intégrera l'application du texte. Le procès, qui est confronté à cette réalité juridique, constitue donc un « événement » en puissance, au sens où l'entend Alain Badiou¹². Toute instance juridictionnelle contient en effet la potentialité que surgisse une singularité imprévisible qui, bien qu'issue de la situation, s'en démarque au point de transformer la configuration de départ.

Qui ne voit que, dans un contexte où la prévisibilité parfaite ne peut être garantie *ex ante*, le système juridique ne peut reposer que sur une institution voisine de la certitude qui est la confiance¹³ ? Comme l'écrivait déjà Jacques Ellul en 1963, tout rapport social « implique de la part de celui qui fait un pas, sa conviction que ce pas ne le fera pas tomber dans le chaos »¹⁴. Cette idée a été reprise et développée par le sociologue du droit allemand Niklas Luhmann pour qui l'individu est avant tout un être qui forme des attentes à l'égard du monde qui l'entoure. Il vit dans un monde complexe et contingent, ce qui l'oblige d'une part à effectuer des choix et à prendre des risques et, d'autre part, à s'exposer à la possibilité d'une déception. L'individu est en outre confronté à l'entrée, dans son monde, d'autres individus qui constituent des sources d'incertitude. La tentative de se mettre à la place de l'autre pour deviner ses attentes (« l'attente des attentes ») est d'autant plus incertaine que, pour ce dernier, les mêmes problèmes de complexité, de contingence et d'altérité se posent, ce qui donne lieu à une « double contingence »¹⁵. Face à la complexité de la vie en société, l'homme est amené à développer des formes de réduction de la complexité, comme la confiance, que Luhmann définit, au sens le plus large du terme, comme le fait de se fier à ses

¹¹ Selon Cass SUNSTEIN, il est fréquent en droit d'avoir un accord sur un principe qui n'est pas complètement théorisé, sans avoir un consensus sur la théorie générale dont il dérive ou sur ce qu'il implique dans les cas particuliers (*Legal reasoning and political conflict*, Oxford, Oxford university press, 1998, p. 4-41).

¹² A. BADIOU, *Manifeste pour la philosophie*, Paris, Les Éditions du Seuil, 1989.

¹³ Comme l'écrit joliment Dorian Astor, « pour que naisse une certitude, il faut que s'allient l'incertitude et la confiance » (D. ASTOR, *La Passion de l'incertitude*, Paris, Ed. de l'Observatoire, 2020, p. 65).

¹⁴ J. ELLUL, « Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception », *A.P.D.*, 1963, p. 28-30.

¹⁵ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, London, Routledge, 1985, p. 24-42.

propres attentes. Elle doit non seulement se mériter mais également se conserver, ce qui dépend étroitement de la façon dont on se présente à autrui, ce que Luhmann appelle l'« auto-présentation ». On crée en effet des attentes par sa façon d'être et, pour susciter la confiance, il faut être fidèle à ce qu'on a communiqué sur soi-même, consciemment ou non, le cas échéant en intégrant les attentes d'autrui. Dans les ordres sociaux simples, la croyance dans des entités surnaturelles permettait de soustraire le monde à la disposition humaine, ce qui réduisait sa complexité et permettait à l'homme d'orienter sa conduite en se contentant de formes personnelles de confiance. Dans des sociétés plus complexes, la capacité limitée de l'individu impose de répartir, au sein des différents systèmes sociaux, le fardeau de la sélection entre les nombreuses possibilités d'action. On passe ainsi d'une confiance *personnelle* à une confiance *systémique* comme un processus qui crée une « sorte d'équivalent de la certitude », la confiance systémique se formant à partir d'expériences concluantes offrant un retour constant. Il en va ainsi de la confiance dans le pouvoir politique légitime, qu'il décrit comme une forme centralisée de réduction de la complexité qui aboutit à des décisions contraignantes et ouvre l'esprit humain à l'inévitable contingence sociale¹⁶.

Récemment, le philosophe Mark Hunyadi a proposé une théorie unifiée de la confiance, qui ne serait pas limitée aux relations interpersonnelles mais engloberait également la relation humaine à l'environnement matériel immédiat (sol, objets, et artefacts) ainsi qu'aux institutions impersonnelles. Selon lui, la confiance constitue un « *trait structurel fondamental de notre relation au monde*, traversant l'ensemble du domaine de l'action », qui « engage la possibilité même de notre action dans le monde en général, et donc de toute relation pratique avec celui-ci », de sorte qu'elle mérite d'être « hissée à la hauteur d'un paradigme de théorie critique de la société »¹⁷. Il la définit comme un pari sur un comportement attendu, ce qui met en évidence ses deux caractéristiques majeures : une relation à l'action et une relation au futur sous la catégorie des comportements attendus. C'est cette dimension pratique qu'il reproche aux théories cognitivistes de la confiance (comme celle de Luhmann) de perdre de vue en faisant de celle-ci un savoir, une « forme dégradée de l'induction », qui vient « combler le vide de l'incertitude » alors que faire confiance, « ce n'est pas calculer des risques, c'est les prendre »¹⁸.

¹⁶ N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. par S. BOUCHARD, Paris, Ed. Economica, 2006, p. 1-72.

¹⁷ M. HUNYADI, *Au début est la confiance*, Lormont, Ed. Le Bord de l'Eau, 2020, p. 13-14. La confiance obéit à différents « régimes de conscience », selon qu'elle est inconsciente (catégorie dans laquelle il range aussi bien l'attente que le sol ne se dérobera pas sous nos pieds ou que l'État dise le droit), explicite et réflexive (la confiance qu'on retrouve dans la promesse ou le contrat) ou latente (qui « encadre silencieusement » l'action par un « ensemble de dispositifs institutionnels qui constituent le cadre fiduciaire objectif de l'action »), voy. p. 38-68.

¹⁸ *Ibid.*, p. 29, 93 et 97. L'action « peut certes être liée à un calcul préalable ou à un déficit d'information, qui peut encore être motivée par l'intérêt, dépendre de sentiments ou accentuer la

Si M. Hunyadi a raison lorsqu'il écrit que « [l']intégralité de notre relation au monde se distribue sur l'axe de la confiance, [...] car toute relation présuppose que l'on agisse sur l'horizon de comportements attendus »¹⁹, on voit mal comment le droit pourrait y échapper. Luhmann l'avait déjà vu : « En vérité, l'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit et fonde le fait général de s'en remettre aux autres tout comme, à l'inverse, la démonstration de confiance ne peut se faire que sur le fond d'une diminution des risques au moyen du droit ». Selon lui, cependant, ce n'est que dans les « systèmes simples » que droit et confiance ne pouvaient être séparés. Dans des systèmes complexes comme le nôtre, qui prévoient des mécanismes de sanction ou de réparation pour celui qui trahit la confiance, apparaît un phénomène de différenciation progressive du droit et de la confiance, qui ne sont « plus liés que par leurs conditions *générales* de possibilité » et « ne se coordonnent qu'*au besoin* dans des cas particuliers qui revêtent une certaine importance »²⁰.

Si le droit peut être défini comme « une structure d'un système social qui dépend de la généralisation convergente d'attentes comportementales normatives »²¹, il nous semble cependant que la confiance continue à jouer – et doit continuer à jouer – un rôle fondamental dans tout ordre juridique²². En effet, si on reconnaît que le droit n'a pas la capacité de déterminer à l'avance son

vulnérabilité relationnelle, mais qui n'est ni ce calcul, ni cet intérêt, ni ce sentiment, ni cette vulnérabilité [...] » (*Ibid.*, p. 155). Quant au sentiment de confiance, ce n'est pas le pari de la confiance mais « une condition subjective déterminante pour le relever », c'est « le marchepied vers la confiance en acte » (*Ibid.*, p. 30).

¹⁹ *Ibid.*, p. 162.

²⁰ *Ibid.*, p. 37-40. Luhmann préférera du reste, par la suite, le concept d'attente à celui de confiance.

²¹ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 82 (trad. libre). Selon Luhmann, la fonction première d'un ordre normatif consiste à intégrer la « double contingence » qui est propre au phénomène social et à sécuriser les attentes individuelles. En effet, le fait d'orienter son comportement par rapport à des règles décharge la conscience de la complexité et de la contingence dès lors que ces règles classent les comportements en déviants ou non déviants. Dès lors que la validité des normes ne dépend pas de leur réalisation, Luhmann les définit comme des attentes comportementales contrefactuellement stabilisées, qui rendent possible la supervision et la canalisation du processus, potentiellement dévastateur, de déception des attentes (« Le droit comme système social », trad. par M. VAN DE KERCKHOVE, *Droit et Société*, 1994, p. 57-58 ; *A Sociological Theory of Law*, *op. cit.*, p. 78). A. Somek poursuit en quelque sorte ce raisonnement sous l'angle de la relation juridique : en faisant de nous des instances d'époux, d'employé ou de parent, elle nous permet de déplacer l'attention de la justification de l'action (confrontée à l'échec d'une morale universelle) vers la vérification des conditions d'exercice d'un droit. Peu importe que j'approuve ou non le choix d'Arnold d'acquérir une Porsche, le fait qu'il s'agisse de son choix, et qu'il peut s'appuyer sur un droit, suffit pour que je le respecte, sans avoir à partager ni même à comprendre ses raisons. Il n'en va pas différemment de notre relation avec les autorités politiques et des « sources générales » du droit (législation, coutume) qui peuvent se présenter comme étant valides sans avoir à justifier de leur caractère obligatoire (A. SOMEK, *The Legal Relation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017).

²² Selon F. OST, un ordre juridique doit se comprendre « comme un système durable d'interactions et d'engagements réciproques fondés sur la confiance » (*Le temps du droit*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1999, p. 173).

application, les destinataires de la norme ne vont continuer à agir en fonction de ce qu'elle prévoit qu'à condition qu'ils puissent avoir confiance dans le fait que les autorités en charge de son exécution vont prendre en considération les attentes légitimes qu'ils ont fondées sur la base de règles dont ils ont pu prendre connaissance. Dès lors que *l'effectivité* de l'ordre juridique dépend précisément de sa capacité à orienter les comportements de ses sujets de droit, ses autorités ont donc intérêt à prendre au sérieux les attentes formées par ceux-ci sur la base du droit existant, voire de l'apparence de droit existant²³. On y reviendra.

Relevons encore que, jusqu'au XVII^e siècle, la triple dimension relationnelle, casuistique et incertaine du droit était largement assumée : les penseurs grecs, qui ne distinguaient certes pas clairement les notions de droit et de justice²⁴, ne s'y étaient pas trompés. Ainsi, Aristote vantait les mérites de la vertu de justice (universelle) précisément « parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté »²⁵. Dans un registre plus procédural ou méthodologique, le Stagirite conçoit la justice distributive comme étant celle qui consiste à donner à chacun ce qui lui revient selon ses mérites : le juste ainsi compris est « une sorte de proportion », étant « une égalité de rapports et supposant quatre termes au moins »²⁶. Dans l'esprit du philosophe, celui qui est plus méritant doit se voir accorder plus mais dans le respect de la règle de proportionnalité. On trouve, plus fondamentalement, l'idée que le droit, au stade de l'octroi des avantages ou de la répartition des charges, ne peut fonctionner de façon solipsiste mais doit prendre en considération les rapports entre individus ou catégories d'individus. Quant au caractère indéterminé du droit, il ne faisait pas davantage de doute pour Aristote : « La loi est toujours universelle. Or, sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux [...] la faute n'est pas inhérente à la loi ni au législateur, mais à la nature des choses [...] ; en certains cas, il est impossible de légiférer [...] L'indéterminé a en effet pour règle un outil lui aussi indéterminé, tout comme la construction à Lesbos a pour règle le plomb. D'après la forme de la pierre en effet, cette règle de plomb se modifie et ne reste pas identique »²⁷.

Le droit romain avait aussi intégré tant la dimension relationnelle du droit que son caractère casuistique. A. Schiavone confirme ainsi que, à tout le moins jusqu'au troisième siècle de notre ère, le droit romain se présentait comme un droit coutumier, jurisprudentiel, casuistique, orienté par des experts, « à géométrie

²³ La confiance dans le droit dépend ainsi de la confiance que le droit est en mesure d'offrir.

²⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 66.

²⁵ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Paris, Vrin, 1983, p. 218-219.

²⁶ *Ibidem*, p. 228.

²⁷ *Ibidem*, p. 92-94.

variable, fluide, en perpétuel mouvement »²⁸. Ulpien écrit que le mot droit (*ius*) dérive de celui de justice (*iustitia*), qu'il définit, à la suite de Cicéron, lui-même inspiré par les philosophes grecs, comme étant la volonté d'attribuer à chacun « son dû »²⁹. Ce qui est dû à chacun, cependant, ce n'est pas un droit subjectif prédéfini mais, comme l'écrit Michel Villey, le « problème que le juriste devra résoudre, et qu'il devra traiter en tenant compte à chaque fois des circonstances et de tous les intérêts en cause afin d'instaurer ou de maintenir une juste distribution »³⁰. Selon l'historien du droit, qui considère que la notion de droit subjectif n'existait pas en droit romain, le *jus* romain n'est pas le pouvoir d'un individu mais l'obligation elle-même, le *rapport* existant entre le créancier et le débiteur³¹. Le philosophe du droit australien John Finnis soutient que la notion de « jus » renvoyait à l'idée d'attribution entre les parties et en vertu du droit et de la justice, de sorte que la part de chacun pouvait s'analyser aussi bien en un bénéfice qu'en une charge³². Luhmann insiste enfin sur cette « singularité de la pensée juridique de l'Europe ancienne » dans laquelle le concept du « *ius* » impliquait une *réciprocité*, renvoyant à des « relations de droit intérieurement équilibrées et qui se suffisaient à elles-mêmes », sans éprouver « ni le besoin, ni la possibilité de formuler une pure complémentarité ». Selon lui, une relation est réciproque lorsqu'apparaissent de part et d'autre des droits et des devoirs « qui se motivent et se justifient mutuellement », alors qu'elle est *complémentaire* quand un individu attend d'un autre une prestation sans que ce ne soit (nécessairement) le cas en sens inverse, une telle relation restant asymétrique et déséquilibrée³³.

Quant au problème de la confiance, il est sans doute plus ancien que le droit lui-même. David Hume avait déjà relevé que l'obligation de tenir sa promesse, dont il fait une de ses trois lois naturelles fondamentales, provient de la nécessité de s'engager pour l'avenir, lorsqu'un échange porte sur des objets qui ne sont pas « présents et individuels »³⁴. Or, une promesse n'a de sens que si elle s'appuie sur la confiance. Sous un angle plus « publiciste », on peut relever que la nécessité de la confiance plutôt que la sécurité pour consolider le lien entre le prince et ses sujets était déjà mise en avant par Sénèque dans un traité écrit pour Néron³⁵. On

²⁸ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par G. BOUFFARTIGUE, Paris, Belin, 2008, p. 53-64.

²⁹ D. I.I.I., 10. Rendre à chacun ce qui lui est dû est aussi un des trois préceptes du droit (*Idem*).

³⁰ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 484.

³¹ *Ibid.*, p. 246.

³² J. FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P, 2011, p. 209.

³³ N. LUHMANN, « De la fonction des 'droits subjectifs' » (trad. O. MANNONI), *Trivium*, 3, 2009, consulté le 8 septembre 2020 à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/trivium/3265>, p. 3.

³⁴ D. HUME, *Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1896, p. 520. Voy. déjà LUCRÈCE, *De la nature des choses*, trad. par A. LEFÈVRE, Paris, Société d'éd. littéraires, 1899, p. 230 : « Nulle paix, nul repos pour ceux dont les forfaits rompent le pacte saint de la commune paix ».

³⁵ SÉNÈQUE, « De la clémence », in *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, trad. par J. BAILLARD, Paris, Hachette, 1914, t. I, p. 300, l. 19, 5 : « il n'est pas besoin de bâtir de hautes forteresses, de munir

retrouvera durant la période médiévale l'idée d'un pacte conclu entre le Roi et ses sujets, dont la rupture par le premier justifiait de relever les seconds de leur allégeance³⁶, précisément en raison de la violation de cette confiance fondatrice.

Si le droit est fondamentalement relationnel, inéluctablement casuistique et incertain (donc requérant la confiance), comment expliquer que les concepts de relation, de cas et de confiance ont été à ce point refoulés dans l'histoire officielle des systèmes juridiques occidentaux, à tout le moins de droit civil³⁷ ? Il faut retourner au grand tournant des XVII^e et XVIII^e siècles pour comprendre ce qui s'est passé.

2.- Le paradigme cartésien

Le XVII^e siècle est le témoin de ce tournant à ce point majeur dans la pensée occidentale qu'il sera qualifié de « Révolution scientifique ». Fondé sur une conception mécanique de la nature, ce nouveau modèle de pensée, axé sur la certitude dans un siècle rongé par l'incertitude³⁸, va s'imposer en tant que véritable paradigme, dépassant largement le domaine de la physique et des sciences exactes. Il marque encore aujourd'hui, à certains égards, notre conception du monde et est principalement associé à Galilée, Isaac Newton, Gottfried Leibniz et, surtout, à René Descartes. Afin d'éviter de se laisser tromper par ses sens, ce dernier décida de mettre tout en doute dans le but de s'assurer de « rejeter la terre mouvante et le sable pour trouver le roc et l'argile ». Il s'agit du fameux doute cartésien, point de départ véritable de la démarche de Descartes, qui devait mener à la première certitude, celle de son existence³⁹. La méthode cartésienne entraîne un discrédit complet de la rhétorique et de l'argumentation dialectique, dont l'étude est, pour la première fois depuis Aristote, séparée de l'analyse logique et de sa méthode déductive, et s'y trouve subordonnée. La distinction sujet-objet devient fondamentale. À sa suite, les Modernes prendront comme modèle la méthode des géomètres ou celle des mathématiciens⁴⁰. En ce siècle d'apologie de la raison, la conviction se répand que la connaissance rationnelle des causes permettra, à terme, de garantir la prévision de toutes les conséquences et événements à venir.

de retranchements des collines escarpées, de tailler à pic les flancs des montagnes, de se hérissier de murailles et de tours : un roi sans gardes est protégé par sa clémence ».

³⁶ Telle était la position défendue au XI^e siècle par le Moine Manegold de Lautenbach (J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 97-99), reprise par Thomas d'Aquin dans son texte « Du Royaume » adressé au Roi de Chypre.

³⁷ E. JEULAND relève finement que le rapport de droit est le « cœur, mais aussi le point aveugle, mal défini » de la théorie du droit (*Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 380).

³⁸ Le XVII^e siècle cumule les crises politique et religieuse (guerre de 30 ans), économique et même sanitaire (épidémies de peste).

³⁹ R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Paris, Flammarion, 1900, p. 5-23. Le *Discours* est publié en 1637.

⁴⁰ S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 75.

La question de la prévisibilité devient indispensable pour déterminer un futur dont le divin n'est plus ni garant ni responsable. L'enjeu de la certitude devient ainsi tout à fait central.

Certes, comme l'a montré Kelsen, la normativité juridique (prescriptive) est fondamentalement différente de la loi scientifique (descriptive)⁴¹. Et pourtant, alors que la distinction semble être d'une clarté sans appel et aurait dû irrémédiablement invalider toute tentation d'appliquer une logique mécaniste au droit, le besoin de certitude et le mythe de la prévisibilité gagneront les juristes de l'époque : la maîtrise des causes légales doit permettre la connaissance des conséquences juridiques, ce que nous avons appelé ailleurs la logique cartésienne de la sécurité juridique⁴². Dans ce contexte, un premier courant, qui peut être qualifié de « *rationaliste-idéaliste* », se développe sur la base des écrits de Grotius, qui conçoit le droit comme un système, cohérent et complet, où la raison peut déduire les premiers principes de droits naturels puis l'ensemble des autres règles. Le second courant, « *empiriste-volontariste* », émerge avec Hobbes, qui part de l'observation du comportement des hommes pour aboutir à une réflexion rationnelle qui met l'individu, libre et rationnel, au centre du débat⁴³. Ce dernier est en mesure de conclure le contrat social qui apparaît, sur le plan politico-juridique, comme étant l'équivalent de la démarche cartésienne, à savoir une méthode visant à faire table rase de tout, pour fonder la connaissance à partir d'un principe simple, sûr et unique. Dans l'état de nature hobbesien, chaque homme est titulaire d'un droit naturel, qui consiste en la liberté qui lui permet d'utiliser son pouvoir comme il l'entend pour assurer sa propre préservation. Cependant, tant que ce droit perdure, il ne peut y avoir aucune sécurité pour personne. Aussi, tant les passions que les lois naturelles vont pousser les hommes à conclure le pacte social en renonçant à leur droit à toute chose. Alors que le droit (*right* ou *jus*) « consiste en la liberté de faire ou de s'abstenir », la loi (*law* ou *lex*) « détermine et contraint à l'un des deux » de sorte que « la loi et le droit diffèrent autant que l'obligation et la liberté qui, pour une seule et même chose, sont incompatibles »⁴⁴.

En assimilant « jus » et « liberté », Hobbes fait disparaître toute réciprocité entre les notions de droit et d'obligation, de sorte qu'un individu « peut avoir des droits sans que cela n'induisse d'obligation chez autrui », l'exigence de réciprocité étant reportée sur la notion de loi naturelle⁴⁵. Finnis souligne le changement de perspective opéré, depuis Thomas d'Aquin, par les penseurs du XVII^e siècle qui a pour effet d'extraire les titulaires de droits de la relation juridique établie par le droit selon les critères du juste. Et de relever que la radicalité hobbesienne a

⁴¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. par CH. EISENMANN, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 83-84.

⁴² J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit.

⁴³ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 72-74.

⁴⁴ TH. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, p. 68-93 (trad. libre).

⁴⁵ Y. CH. ZARKA, *L'autre voie de la subjectivité*, Paris, Beauchesne, 2000, p. 12-13.

comme conséquence paradoxale que la notion de droit se trouve pratiquement privée de toute signification normative : si, dans l'état de nature, chacun a un « droit sur toutes choses » et que personne n'a d'obligation corrélative, il en résulte une absence de tout droit (en termes d'effectivité, à tout le moins)⁴⁶. Dans le même sens, Luhmann pointe la rupture considérable de la notion moderne de droit subjectif : la réciprocité n'est plus exigible (même si elle n'est pas exclue, comme l'illustre la figure du contrat), la complémentarité suffit et on « peut concevoir l'idée scandaleuse que la liberté est un droit »⁴⁷. En d'autres termes : l'individu et son droit prennent la première place, reléguant la relation (et son équilibre juridique) au second plan.

Pour John Locke, c'est également pour échapper à l'insécurité (juridique cette fois) de l'état de nature que les hommes vont conclure le contrat social, en confiant à des autorités publiques le soin de protéger les vies, les libertés et les possessions des cocontractants originaires. Il faut reconnaître à Locke d'avoir remis la confiance au centre du débat : ces fins qui justifient l'état social constituent autant de « bornes que la *confiance* investie par la société, la loi divine et naturelle, a imposées au pouvoir législatif », le peuple conservant le pouvoir suprême de révoquer ce dernier « quand il découvre que celui-ci a agi de manière contraire à la *confiance* dont il avait été investi »⁴⁸.

Dans le courant des XVIII^e et XIX^e siècles, la conception d'une raison toute-puissante va infuser l'ensemble des sciences et de la pensée occidentale, à tout le moins sur le continent européen. Auguste Comte entamera officiellement la démarche déjà envisagée par Condorcet au siècle précédent : tenter de découvrir les lois qui permettent d'expliquer – et si possible prévoir – tous les événements, naturels et humains⁴⁹. Le droit n'échappera pas à ce fantasme de la raison toute-puissante, confirmant la croyance dans le mythe de la prévisibilité absolue. Il est vrai que cet amalgame a été facilité par l'utilisation du même mot « loi » par le droit et les sciences, ce qui ne surprend guère dans un monde où Dieu se voyait imputer tant les lois de la nature que le droit naturel. Montesquieu nous offre probablement, à cet égard, la meilleure preuve de la confusion ambiante lorsqu'il

⁴⁶ J. FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, 2^{ème} éd., Oxford, O.U.P., 2011, p. 218.

⁴⁷ N. LUHMANN, « De la fonction des 'droits subjectifs' », *op. cit.*, p. 4.

⁴⁸ J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980, p. 75, § 142 et 78, § 149 (trad. libre, nous soulignons). Sa pensée n'en demeure pas moins, fondamentalement, individualiste. Locke promeut une « technique de répartition des possessions » plutôt qu'une « forme de rassemblement dans la coopération », ce qui entraîne le contrat social « dans une direction qui est décidément celle de l'individualisme ». (G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in PH. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1996, p. 207).

⁴⁹ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Paris, Bachelier, 1835, t. II, 28^{ème} leçon, p. 435-436. Voy. le Discours de réception à l'Académie française prononcé par CONDORCET lors la séance publique du jeudi 21 février 1782.

affirme dans la même phrase que les lois « sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » et que « tous les êtres ont leurs lois », que ce soit la « Divinité », le monde matériel ou les hommes⁵⁰. Sa célèbre phrase selon laquelle les juges ne sont « que la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁵¹ doit se lire à la lumière du double postulat de l'époque : d'une part, les hommes ont conclu un contrat social par lequel des pouvoirs déterminés ont été confiés à une autorité, et d'autre part, il est possible d'élaborer des lois offrant la même certitude que les lois scientifiques. Dès lors que seul le législateur a la légitimité pour créer du droit, l'intervention des juges doit être réduite à une intervention purement mécanique. Admirateur de ce dernier, Beccaria résumera l'œuvre juridictionnelle par la figure formelle et logique du syllogisme judiciaire⁵². Dans ce modèle, les lois sont les causes et les décisions juridictionnelles les conséquences. Toute intervention du juge qui s'écarterait du syllogisme déductif est perçue comme une interférence causale entre l'énonciation de la loi et son application au cas particulier. Dans un contexte d'émancipation démocratique, la formule fera d'autant plus mouche qu'elle se parera de la légitimité de la volonté générale, couchée dans les lois adoptées par le parlement. La norme générale et abstraite est devenue le point de référence et le cas n'est plus envisagé que comme ce qui doit lui être subsumé.

La dimension individuelle du droit n'est pas en reste : considérablement influencées par la pensée de Locke, tant la Déclaration américaine d'indépendance de 1776 que la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 consacrent l'idée selon laquelle les gouvernements sont établis pour garantir les droits inaliénables des hommes. L'article 2 de la Déclaration française confirme ainsi que le « but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », que sont « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

Au XIX^e siècle, le Code civil français alimente la croyance en la capacité du droit à être prédéterminé par des concepts abstraitement définis. Même si Portalis n'ignorait pas que « [t]out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre »⁵³, l'idée principale des codificateurs était d'exclure l'incertitude du droit et les travaux préparatoires insistent sur l'importance de la stabilité des conventions, car dans « l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau »⁵⁴. L'idée

⁵⁰ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, livre I^{er}, ch. I, p. 61-63.

⁵¹ *Ibid.*, Livre XI, ch. VI, p. 244.

⁵² C. BECCARIA, *Des délits et des peines* (sans mention du traducteur), Paris, Ed. Guillaumin, 1870, p. 18.

⁵³ « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an VIII, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 467.

⁵⁴ « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification

d'un droit certain et prévisible se révèle, en effet, indispensable pour encadrer le développement économique conséquent lié à l'industrialisation de l'Europe. Le XIX^e siècle voit également la consécration du concept d'État de droit. Que ce soit le *Rechtsstaat* allemand, l'État de droit français ou la *Rule of law* anglaise (dont l'origine est plus ancienne), tous partageront à terme l'idée d'un pouvoir politique soumis à des principes de droit comme la sécurité juridique et tenu de garantir la protection des droits individuels. Dans un contexte où les États-nation tentent d'asseoir leurs fondements, l'argument de l'État de droit et de la sécurité juridique – qui, sous sa forme cartésienne, fleure bon la neutralité – constituent de formidables instruments de légitimation.

Le XX^e siècle voit une transformation du rôle de l'État, qui est amené à devoir arbitrer des conflits d'intérêts, de plus en plus nombreux, le droit devenant un instrument actif du changement social. Par ailleurs, après le tournant linguistique, le langage n'apparaît plus comme un simple « vêtement de la pensée » mais comme son médium incontournable⁵⁵. Si ces changements poussent la plupart des théoriciens du droit à accepter qu'une certaine indétermination du droit est inévitable, presque tous s'accrochent au besoin de la certitude en droit. En 1911, Demogue écrivait du besoin de sécurité qu'il était peut-être le « plus grand des *desiderata* de la vie juridique et sociale » et que, afin de « sauvegarder la sécurité des relations juridiques », on exige de « savoir d'avance ce que les juges décideront sur un contrat »⁵⁶. Les grands juristes français de l'après-guerre manifestent une certaine nostalgie pour la logique cartésienne de la sécurité juridique associée au siècle précédent. G. Ripert évoque ainsi ce « grand siècle juridique », dans lequel les lois civiles « donnaient la sécurité en permettant par leur permanence de prévoir l'avenir »⁵⁷ et P. Roubier estime, non sans emphase, que, des trois valeurs essentielles du droit, la première est la sécurité juridique et que, en son absence, « il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre »⁵⁸. Le même auteur souligne le lien essentiel entre sécurité juridique (cartésienne) et droit subjectif : « Dans nos conceptions modernes, nous nous représentons les droits subjectifs comme des éléments essentiels de la sécurité juridique, abstraction faite de tout procès »⁵⁹. En effet, le « droit subjectif existe à l'état de

des lois », in P. A. FENET, *Recueil complet, op. cit.*, p. 174. Ce projet sera poursuivi par l'École de l'exégèse.

⁵⁵ A. PAPAUX, Introduction à la philosophie du « droit en situation », *op. cit.*, p. 163-165.

⁵⁶ R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1911, p. 64-67 et 98.

⁵⁷ G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 3 et 154.

⁵⁸ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1951, p. 318-319 et 332-334.

⁵⁹ P. ROUBIER, « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », in *Le droit subjectif en question*, *Arch. Phil. du droit*, t. IX, Paris, Sirey, 1964, p. 90.

situation juridique préconstituée, avant tout litige, et on retrouve, dans son schéma, les éléments qui doivent s'affronter dans une lutte judiciaire éventuelle »⁶⁰.

3.- Restaurer le cas, la relation et la confiance

Tel est l'héritage du discours moderne sur le droit : un droit objectif adopté par l'autorité publique sous forme de règles générales et abstraites et conférant des droits subjectifs aux individus, l'un comme l'autre contenant la promesse d'une prévisibilité d'ordre quasi-mécanique. Tout étant joué dès l'adoption de la loi, l'octroi du droit subjectif ou la conclusion du contrat, le juge n'aura en aval guère d'autre rôle à jouer que celui de l'automate de Montesquieu. Dans ce paradigme, le cas est accessoire (ou gênant), la relation réduite à sa plus simple expression et la confiance inutile⁶¹. Pourtant, la logique cartésienne de la sécurité juridique est un mythe, et la conception moderne du droit, une impasse.

Pour en sortir, il faut réhabiliter les notions de relation, de cas et de confiance. On peut parler de réhabilitation car ces concepts sont, on l'a dit, indissociables du phénomène juridique et n'ont jamais disparu (sauf du discours sur le droit) : le droit n'a pas de raison d'exister sans relation, il n'a pas de possibilité d'exister sans confiance et il ne peut faire l'économie de réfléchir aux cas qui le saisissent, et parfois le surprennent. Leur remobilisation pourrait jeter un nouvel éclairage sur (plan descriptif) voire modifier (plan prescriptif) la réalité de ce phénomène dans ses différentes facettes : relation aux autres, aux institutions (publiques) et au monde.

Sous l'angle de la relation entre les individus, la figure du contrat constitue un bon point de départ. On peut rappeler que le droit français et belge des contrats est, traditionnellement, imprégné du paradigme cartésien. Comme le résume élégamment François Ost, le contrat « c'est l'avenir anticipé, c'est du futur

⁶⁰ *Ibid.*, p. 92. Au contraire, la « situation objective n'est pas, au sens propre du mot, constituée auparavant, sur l'objet du litige [...] c'est par le canal de l'action en justice que la situation envisagée apparaîtra, c'est parce que la loi a concédé une action que le droit pourra être créé » (*Idem*).

⁶¹ Certes, la figure du contrat social semble renvoyer, en première analyse, à la dimension relationnelle du droit. C'est cependant dans le sens le plus pauvre du mot « relation », quelque part au bas de l'échelle de l'ouverture à l'altérité. Le philosophe Guillaume de Stexhe pointe le lien entre l'individualisme des théories contractualistes et « l'ontologie atomistique et mécaniciste qui sous-tend les sciences et la technique modernes » et conclut que, dans la figure historique du contrat social, l'« instauration de la socialité n'est que l'invention d'une figure nouvelle du même » (« Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 200 et 210-211). Dans la même veine, M. Hunyadi relève la difficulté de créer un ordre social à partir d'individus conçus comme étant souverains, libres de toute finalité s'imposant à eux et guidés uniquement par les buts qu'ils se donnent. L'association de chacun avec autrui ne peut alors résulter que d'un acte volontaire visant à maximiser l'intérêt individuel : « Le contractualisme est la solution nominaliste au problème de l'ordre social » (*Au début est la confiance, op. cit.*, p. 73).

irrévocablement engagé »⁶². Dans ce contexte, les principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi sont essentiels : les parties sont libres de déterminer, lors de la conclusion du contrat, les règles qui s'appliqueront à leurs relations mais, une fois adoptées et sauf cas de force majeure ou accord des parties, ces règles s'imposeront à elles avec la force contraignante d'une loi⁶³. Cette conception classique du contrat participe d'une représentation « cartésienne » du monde dans laquelle l'homme pense pouvoir déterminer à l'avance toutes les conséquences juridiques des actes et événements à venir. Elle correspond, dans une certaine mesure, à la notion de contrat « impersonnel » (« discrete contract ») que Ian MacNeil oppose au contrat relationnel⁶⁴. Le contrat impersonnel idéal est un contrat complètement présentifié, dans lequel n'est digne d'intérêt que le moment de la transaction⁶⁵. Les analyses relatives au contrat relationnel ont cependant montré qu'il était pour le moins réducteur de limiter le centre de gravité du contrat au moment de sa conclusion, eu égard notamment à la durée de certains contrats et à la rationalité limitée des cocontractants⁶⁶. La pratique montre ainsi qu'il est indispensable de savoir penser par cas, l'évolution d'un contrat dépassant bien souvent les prévisions des parties. En insistant sur l'impossibilité de déterminer à l'avance l'ensemble du déroulement contractuel (surtout sur le long terme), une approche relationnelle permet de voir l'importance, pour les parties, de la *relation* qui se noue entre elles et qui est indissociable de la *confiance* qu'elle doit pouvoir inspirer.

Bien avant MacNeil, Emmanuel Lévy avait perçu, en droit privé, la nécessité de penser le lien entre droit, relation et confiance. Déjà en 1899, il écrivait que « le rapport d'où naît la responsabilité est un rapport de confiance nécessaire ; l'obligation qui la crée est une obligation que crée la confiance ; et lorsque celle obligation est inexécutée, lorsqu'il y a confiance légitime trompée, il y a faute [...] »⁶⁷. Quelques années plus tard, il dénonçait notre incapacité à penser les droits pour ce qu'ils sont en réalité, à savoir des relations : « Ce qui serait évident si les droits avaient l'existence, s'ils étaient des absolus. Mais ils sont des relations »⁶⁸.

⁶² F. OST, « Temps et contrat », *Annales de droit de Louvain*, 1999, p. 17.

⁶³ Le contrat, écrivait déjà M. Hauriou, est la tentative « la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision » (*Principes de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1916, p. 201). Il n'y avait guère de place, dans ce cadre conceptuel, pour une théorie de l'imprévision. Si celle-ci a été consacrée en droit français par l'article 1195 du Code civil, il n'en est toujours pas de même en droit belge.

⁶⁴ Selon les traductions de C. BOISMAIN (*Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., 2005, p. 107 et 110).

⁶⁵ I. R. MACNEIL, « Values in Contract: Internal and External », *Northwestern U.L.R.*, 1983, vol. 78, p. 349-350.

⁶⁶ Y.-M. LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Rec. Dalloz*, 2006, no 15, p. 1006-1007.

⁶⁷ E. LÉVY, « Responsabilité et contrat », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, p. 373.

⁶⁸ E. LÉVY, « Eléments d'une doctrine », in *Les fondements du droit*, Paris, Ed. Félix Alcan, 1939, p. 95 et 131.

Les théoriciens du droit francophones n'ont pas manqué de relever, depuis quelques années, une évolution de la conception classique du contrat vers une conception plus flexible et plus collaborative⁶⁹. Ost relevait ainsi qu'à la « confiance dans les virtualités de l'avenir » qu'offrait la conception classique « s'ajoute la confiance dans le partenaire contractuel », allant jusqu'à suggérer que « celle-ci conditionne celle-là » : « Voilà ce que redécouvrent doctrine et pratique contemporaines : le contrat ne sera un outil de maîtrise du futur, la stabilité ne lui sera garantie qu'à condition d'entretenir la confiance mutuelle sur laquelle il repose »⁷⁰.

Il est également intéressant d'appréhender le droit public sous l'angle d'une relation entre l'individu et les institutions, plus précisément les autorités publiques, construite sur l'axe de la confiance. Lon Fuller faisait ainsi grief aux positivistes de présenter le droit comme une projection d'autorité à sens unique alors qu'il s'agit d'une entreprise de collaboration entre les autorités et les citoyens, qui nourrissent chacun des attentes les uns envers les autres. Les engagements mutuels reposent sur le fait que l'obéissance aux règles perd son intérêt si le sujet sait que l'autorité n'y prêtera pas attention et, à l'inverse, que le législateur n'acceptera les restrictions de la *rule of law* que s'il sait que les sujets sont prêts ou capables d'obéir à ses règles. Il proposait, en résumé, d'adopter une conception « interactionnelle » du droit : le souverain a l'obligation de rendre le droit (raisonnablement) prévisible pour les sujets de droit⁷¹ et il peut, en échange, attendre de ceux-ci qu'ils soient prêts ou capables d'obéir à ses règles⁷². Cette approche a le mérite d'être plus nuancée que le binôme « règle générale/droit subjectif » et permet d'articuler une relation sous l'angle de la réciprocité plutôt que de la complémentarité.

On l'a vu, cependant, la prévisibilité absolue du droit est un leurre, de sorte que la confiance doit intervenir dans un second temps, *ex post*, pour limiter les (mauvaises) surprises dans le chef des sujets de droit. Ainsi, l'incertitude consubstantielle à l'énonciation a priori du droit peut se voir réduite lorsque le juge prend au sérieux les attentes légitimement formées par les destinataires de la règle, justifiant la confiance qu'ils ont pu placer dans le système. La reconstitution d'une certitude relative est d'autant plus importante qu'une déception répétée de la

⁶⁹ Voy. notamment C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D.civ.*, 1997, p. 359.

⁷⁰ F. OST, « Temps et contrat », *op. cit.*, p. 26.

⁷¹ L'autorité doit ainsi instaurer les conditions de possibilité de la connaissance matérielle et intellectuelle du droit par ses destinataires pour leur permettre de prendre leurs dispositions en conséquence.

⁷² L. L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 217-221. Chaque sujet de droit est responsable de « sa » sécurité juridique, qui est irrémédiablement dépendante de l'interaction sociale et juridique. Les États peuvent attendre des destinataires des règles en vigueur qu'ils en prennent connaissance et, globalement, qu'ils les respectent.

confiance investie ponctuellement pourrait entraîner des conséquences sur la confiance à l'égard du système dans son ensemble, ce qui est de nature à remettre en cause, à terme, son effectivité. Fuller rappelle que le juge doit garder à l'esprit que la perception de ses standards d'interprétation est de nature à créer des attentes dans le chef de ceux qu'ils affectent et qu'un changement soudain de ces standards risque de porter atteinte à ces attentes⁷³. Ost a raison d'écrire, à cet égard, que les « interprétations de "mauvaise foi", celles qui déjouent la confiance, restent, à tous égards, moins pertinentes, moins recevables que les autres »⁷⁴.

Prendre en considération (au sérieux, dirait Dworkin) ne signifie cependant pas faire d'office droit à ces attentes. Il est en effet possible que d'autres intérêts légitimes soient en jeu. Ce sont ici les dimensions relationnelle et casuistique du droit qui se rappellent à notre bon souvenir. Le droit n'a, en effet, pas pour objet unique de sécuriser les attentes, mais poursuit d'autres valeurs, comme un certain idéal de justice ou la protection de l'autonomie des individus en veillant à assurer une distance symbolique entre les personnes par le biais du recours au tiers⁷⁵. En ce qu'elle postule une juste distance entre les personnes, la conception relationnelle impose dans le même souffle l'obligation de respecter la position de l'autre, ce qui permet de penser le concept de responsabilité de façon plus affinée que dans le paradigme juridique de l'individu. Il ne peut y avoir aucune prévisibilité absolue, le droit n'étant pas une science mécanique et toute instance juridictionnelle étant susceptible de constituer un *événement*, qui se dégage de la concrétisation du droit en vigueur dans un « cas » particulier. Comme l'avait déjà perçu Aristote (pour la justice distributive), lorsqu'il s'agit de donner à chacun « ce qui lui revient », il faut tenir compte de ce qui devrait revenir aux autres ou de ce dont ceux-ci risquent de se trouver privés. Bien souvent, on ne peut envisager la solution juridique à un problème de façon abstraite, sans prendre en considération les situations concrètes de chacune des parties impliquées par cette question et la façon dont elles pourraient être impactées. En d'autres termes, l'autorité publique chargée de décider ne peut se contenter de réfléchir à partir de chaque individu (et du droit subjectif que celui-ci invoque ou de l'intérêt qu'il fait valoir) mais doit partir de la configuration qui se présente à elle et tenir compte des différents intérêts en présence dans leur agencement particulier. On le voit, la solution n'est dès lors pas préexistante, toute faite, mais elle se construit dans le respect du principe de proportionnalité, qui est un principe relationnel par excellence. Si tel est le cas du législateur ou de l'exécutif, à l'heure d'opérer des choix politiques, il en va de même du juge confronté à un litige qui doit prendre en compte

⁷³ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 91 et 231.

⁷⁴ F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 124-125.

⁷⁵ Voy. en ce sens FR. OST, *A quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, p. 255-256 ; E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 407 (sur le second point).

(généralement sous l'angle de la balance des intérêts) la configuration factuelle qui lui est soumise⁷⁶.

Enfin, le droit n'a pas vocation à encadrer que la relation intersubjective ou la relation entre les sujets de droit et les autorités politiques, mais également la relation des sujets aux choses et au monde qui les entourent. Le défi climatique nous impose ainsi d'élargir le point de vue à la question de l'interdépendance des humains à l'égard de leur environnement⁷⁷. À nouveau, concevoir le droit sous l'angle de la relation (et de la réciprocité) plutôt que du droit subjectif permet de réfléchir sereinement à la responsabilité des êtres humains à l'égard de leur environnement sans devoir s'engager dans l'exercice périlleux de reconnaître une personnalité juridique et des droits subjectifs à la nature. Sans pouvoir s'étendre sur un sujet pourtant si important, c'est également avec fruit que les notions de relation, de cas et de confiance pourraient être mobilisées pour étudier le lien du droit et du numérique. On peut se demander si la promesse du numérique ne présente pas certaines similarités avec le mythe moderne que nous avons essayé de déconstruire : une « norme » générale et (très) abstraite (l'algorithme) censée offrir aux individus souverains la certitude tant rêvée ?

Conclusion

Le paradigme cartésien du droit nous a fait perdre de vue que le droit est indissociable du cas, de la relation et de la confiance. Il est codéterminé par un contexte dont les configurations mettent en jeu des relations multiples qui imposent de pouvoir penser non seulement dans le cadre de règles définies *a priori* mais également, *a posteriori*, à partir du cas qui survient⁷⁸, ce qui implique de recourir à cette « institution invisible »⁷⁹ qu'est la confiance.

⁷⁶ Pour Aristote, cependant, et sous réserve de l'hypothèse de l'équité (*epikeia*), l'instance juridictionnelle doit obéir au principe de la justice commutative, qui vise à rétablir la situation antérieure à l'inexécution du contrat ou au tort causé (même si cette situation était injuste).

⁷⁷ J. NEDELSKY, « Les relations juridiques dans une perspective comparative », *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, J.-FR. BRAUNSTEIN et E. JEULAND (coord.), Paris, IRJS, 2018, p. 8.

⁷⁸ Cas qui ne « tombe » pas toujours bien, à savoir dans la catégorie légale prédéfinie (le terme « cas » vient de « *casus* », participe passé substantivé de « *cadere* », tomber).

⁷⁹ K. J. ARROW, *The Limits of Organization*, New York-London, Norton & Company, 1974, p. 26.

La relation première

Emmanuel JEULAND
Professeur de droit privé,
Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Peut-on appréhender le droit par la relation ? Et si oui comment ? Après deux séminaires, organisés en collaboration avec Gregory Bligh¹, les propositions ont circulé et elles m'ont bousculé. C'est de cette heureuse bousculade que je souhaiterais ici faire état.

La relation (le rapport ou encore le lien) me paraît première en droit pour plusieurs raisons : elle sert de terme générique pour définir des notions centrales (contrat, nationalité, procédure, famille, etc.) ; elle précède parfois ses termes, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire d'avoir deux sujets de droit préexistants pour former un rapport de droit. À l'inverse, une entité devient sujet de droit lorsqu'elle est au cœur d'un réseau de liens de droit et qu'elle peut agir juridiquement et judiciairement. Enfin, la relation de droit est première en ce qu'elle est au fondement de la dogmatique juridique : les interactions dans le rapport peuvent créer des normes comportant des droits. Je vais essayer de montrer dans cet article que la relation n'est pas seulement une notion générique sans grand contenu servant à définir des concepts juridiques, mais qu'il s'agit d'un concept qui précède en logique les autres grands concepts juridiques (normes, personnes, droits). C'est d'ailleurs pour cela qu'elle permet de définir ces grands concepts et qu'elle est au fondement de la dogmatique juridique. Après un premier questionnement sur la possibilité pour la notion de rapport de droit d'être technique (1), je verrai comment il est possible d'appréhender le droit par la notion de rapport de droit (2), puis je rechercherai l'origine de cette notion (3), ses différentes manifestations (4), les indices d'appréhension du droit par la relation (5) pour aboutir à démontrer que la relation précède ses termes qui peuvent ne pas encore avoir la personnalité juridique (6) voire rester sous forme de groupe informel (7), rendant ainsi possible l'existence d'une théorie relationniste du droit (8).

¹ Je remercie ici G. BLIGH pour son implication dans le projet et renvoie à sa belle contribution dans ce dossier envisageant le droit sous l'angle des interactions et de l'autorité.

1.- Questionnement : le rapport de droit peut-il être une notion technique ?

Une approche relationnelle du constitutionnalisme telle que la nomme P.-M. Raynal² en commentant J. Nedelsky consiste à aborder les droits de l'homme à partir de la relation humaine qui est en cause. Cela permet de rechercher l'autonomie des parties dans la relation et de ne pas raisonner sur des rapports de domination sous prétexte de respecter les droits et les intérêts d'une partie. Il s'agit au fond d'articuler les droits et les devoirs dans les relations au plan des principes fondamentaux. Pour autant, cela reste une approche libérale impliquant un État un minimum respectueux des droits préexistants des citoyens. Il n'est pas certain que cette voie puisse être d'un grand apport dans le système constitutionnel français qui n'est pas foncièrement libéral.

Une autre manière d'appréhender le droit par la relation consiste à faire du rapport de droit une notion technique dans la dogmatique juridique ce qui peut être particulièrement utile en droit privé. La notion de rapport de droit ou de lien de droit existe d'ailleurs sans être pour autant vraiment théorisée et développée pour décrire les connexions familiales, contractuelles, sociales et même nationales. On peut cependant considérer avec P.-M. Raynal que la notion ne renvoie finalement qu'aux relations humaines préexistantes régulées par le droit et qu'elle est trop générique et trop vague pour avoir un contenu technique précis.

À vrai dire, cette critique légitime ne me paraît pas dirimante car on pourrait dire la même chose des notions d'actes, de droit subjectif et de règles : ces notions qui permettent de se saisir du droit sont larges et génériques et n'en sont pas moins techniques. La critique repose par ailleurs sur une pétition de principe selon laquelle les relations humaines préexistent au droit et sont régulées par lui. Cet *a priori* fait du droit une discipline plaquée sur les relations humaines qui leur reste fondamentalement extérieure.

Appréhender le droit par la relation conduirait sans doute à considérer que les relations humaines ne sont pas seulement organisées et régulées par le droit mais constituées et instituées par le droit. Cela suppose en effet que les relations humaines ne préexistent pas au droit mais que la relation de droit en quelque sorte est première. Il n'existe pas de relations humaines qui ne soient pas créées par le droit sauf à être un simple contact (un lien faible) ou un amour secret (donc hors société). La question de l'amitié est complexe et a pu être analysée comme une relation juridique, dans un sens large (non réduit au droit positif d'un État donné) notamment par le fondateur de l'approche psychologique du droit³. On le voit,

² P.-M. RAYNAL, « Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une "théorie relationniste du droit" », dans le présent dossier.

³ L. PETRAZYCKI, *Law and Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 1955 (trad. ang. d'extraits de deux ouvrages de 1906 et 1907) [réimpr. : New Brunswick, Transaction Publisher, 2011].

appréhender le droit par la relation est envisageable et peut tout à fait être réalisé, puisque le droit est une construction de concepts et qu'il importe de faire une construction cohérente et utile⁴.

Il faudrait alors montrer qu'appréhender le droit par la relation réalise un véritable apport et que cela enrichit véritablement la compréhension du phénomène juridique. Une façon de faire pourrait consister à regarder de manière rétrospective dans la littérature juridique les différentes tentatives d'appréhender le droit par la relation ou l'interaction, celles notamment de Savigny⁵, de Fuller⁶ ou de Petrazycki voire de Villey⁷ (dans sa définition du *ius* comme rapport de droits et d'honneur entre les parties⁸). On peut aussi tenter d'approfondir les écrits des auteurs contemporains qui appréhendent le droit par la relation (Nedelsky, Somek, Pavlakos, par exemple⁹). Toutes ces approches sont cependant différentes et peut-être que fonder une approche relationnelle du droit sur toutes ces sources aboutirait à un syncrétisme fragile¹⁰. Certains des auteurs cités sont d'ailleurs davantage des philosophes que des juristes dans le sens où leur approche est générale, abstraite et externe au droit (Nedelsky, Somek, Pavlakos). Cela ne signifie pas que ces approches philosophiques ne sont pas utiles et nécessaires mais elles s'inscrivent dans un débat d'histoire de la philosophie autour d'Aristote et Kant

⁴ C. SINTEZ, *Le constructionnisme juridique*, T. 2, Paris, Mare et Martin, à paraître.

⁵ V. plus loin.

⁶ L. L. FULLER, « L'interaction humaine et le droit » (1969), trad. fr. M. LAPORTE, dans le présent dossier.

⁷ Position récurrente dans toute son œuvre notamment dans M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2003. Ceci dit, Villey s'intéresse à la justice comme équilibre et mise en balance ; il recherche un rapport entre deux termes. Cela ne signifie pas qu'il dise que le droit est un rapport au sens d'une relation entre deux personnes.

⁸ V. sur ce point la critique de P.-M. RAYNAL, art. précit.

⁹ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, Oxford University Press, 2010 ; « Repenser les droits comme des relations » (1993), trad. fr. G. BLIGH dans ce dossier ; A. SOMEK, *Legal Relations*, Cambridge University Press, 2017 ; G. PAVLAKOS, « Redessiner la relation juridique » (2018), trad. fr. S. FOUQUET dans ce dossier.

¹⁰ P.-M. RAYNAL considère que l'approche rétrospective est utile mais insuffisante et mystérieuse (Domat a une approche théologique) ; elle peut être superficielle. Quant aux nouvelles technologies, on peut dire avec Villey qu'il n'y a rien de nouveau sous le soleil. A vrai dire, beaucoup de pans du droit sont modifiés par les nouvelles technologies et la pensée de Villey ne nous aide guère. Nedelsky propose une approche relationniste du constitutionnalisme libéral prônant un État nécessaire mais minimum pour ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux. Elle peut servir de fondement à une théorie relationniste du droit mais on ne peut guère élargir la bibliothèque davantage, selon M. Raynal, et notamment aux auteurs d'influence allemande (Somek, Pavlakos) au risque de superficialité. À vrai dire, les deux approches paraissent incompatibles en philosophie du droit tant leur angle d'attaque est différent (l'une partant plutôt d'Aristote, les autres de Kant et Fichte). Je ne propose pas une théorie relationniste philosophique du droit mais une approche qui s'appuie sur une analyse technique du rapport de droit (dans la lignée de Savigny) tout en tentant de l'actualiser. La bibliothèque du relationnisme est ainsi quelque peu éclectique mais vise à enrichir l'approche technique du rapport de droit (notamment le test de Nedelsky commençant par repérer les rapports de droit en présence et leur potentiel d'autonomie).

notamment et ne permettent pas directement d’appréhender le droit de l’intérieur au moyen du concept de rapport de droit.

2.- Appréhender le droit par le concept juridique de rapport juridique

Une approche de juriste interne au droit se heurte, quant à elle, à la difficulté de forger un concept technique de rapport de droit. Savigny – le premier, semble-t-il, à avoir tenté de faire d’un concept dégagé par Kant et Fichte à la suite de théologiens du XVI^e siècle (Hugo, Summenhart notamment¹¹) une notion juridique – a sans doute d’emblée créé une confusion avec la notion de droit subjectif. Depuis, Savigny a eu des continuateurs dans différentes disciplines du droit, notamment le droit du travail et la procédure, mais dans ces domaines aussi le concept de rapport de droit a donné lieu à des débats sans fin. On pourrait décider de se débarrasser du concept de rapport de droit, d’ignorer sa rémanence et de s’en tenir aux grands concepts existants (personne, acte, droit subjectif, règle, décision, ordre juridique, etc.). Il n’empêche que l’on bute encore sur le rapport qu’il faut soit ranger dans les faits, dans le domaine du préjuridique, soit tenter d’en faire une notion juridique. Le rapport de droit résiste, se maintient en pointillé et n’est pas aisément appréhendable.

À la question « peut-on appréhender le droit par la relation ? », ma réponse est alors qu’il serait souhaitable de tenter de le faire pour ne pas en faire un impensé du droit mais que, pour autant, la relation n’est pas aisément appréhendable par le droit, elle est insaisissable. D’ailleurs son origine, sa définition, son régime¹², sa méthode et son utilité dans différentes branches du droit sont problématiques. Si l’on avance sur ce terrain, il faut aussi articuler le rapport de droit avec les grandes notions précitées (droit subjectif, acte juridique, personne) ce qui aboutit à bousculer ces grands concepts. En creusant, on peut être amené à s’apercevoir que le rapport de droit précède en logique ces grandes notions : une personne juridique est un ensemble de rapports de droit, une norme est forgée par l’interaction de personnes en lien et les droits s’exercent dans des liens. On aboutit alors à l’idée selon laquelle le rapport de droit est premier dans l’ordre du raisonnement juridique, ce qui peut expliquer la difficulté de lui faire une place.

Si la relation est première en droit, cela veut dire qu’en théorie la relation précède ses termes, comme une corde sans tireur. Il ne faut pas se voiler la face sur les conséquences en termes de politique juridique que l’appréhension du droit par

¹¹ A. GUZMÁN BRITO (professeur de droit romain décédé du Covid en 2021), « Los orígenes del concepto de “Relación Jurídica” (“Rechtliches Verhältnis” – “Rechtsverhältnis”) », *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n° 28, Valparaíso, 2006, DOI : [10.4067/S0716-54552006000100005](https://doi.org/10.4067/S0716-54552006000100005).

¹² V. notre article : « La véraison de l’approche relationniste du droit », in M. DEVINAT, M. SAMSON, G. AZZARIA (dir.), *Les écoles de pensée en droit – Legal School of Thought*, éd. RDUS, Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke, 2021.

la relation peut entraîner. L'appréhension du droit par les normes a donné la prévalence au droit constitutionnel pendant quelques décennies ; l'approche en termes de droit objectif met l'État au centre de la dogmatique juridique. À l'inverse, l'approche du droit par les droits subjectifs place l'individu au centre de l'échiquier juridique. Penser le droit en termes de rapports de droit met l'accent sur le droit privé et la procédure, sans ignorer pour autant les rapports verticaux (les rapports de droit public ou de droit social) mais en mettant peut-être ces rapports verticaux à leur place parmi d'autres rapports et en les rendant plus réciproques.

3.- Origine du rapport de droit

L'origine de la notion de rapport de droit reste quelque peu obscure et son existence en pointillé. Longtemps en gestation sous l'ancien régime, selon le romaniste Brito, elle apparaît avec des auteurs comme Hugo Grotius (1583-1645) qui affirme que le droit est une relation entre un être raisonnable et une chose et surtout Conradus Summenhart (†1501/1502) qui écrit : que le droit selon un second mode est une relation (le premier mode est la loi) « *quia ius secundo modo est relatio* »¹³, puis chez Kant en 1783, dans ses *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik*, dans lesquels on trouve l'expression « *rechtliches Verhältniss* »¹⁴. Traitant de la connaissance par analogie, qui consiste, selon Kant, non pas dans la similitude incomplète de deux choses, mais dans la similitude complète de deux relations entre des choses tout à fait dissemblables, il recourt à l'analogie entre les « relations juridiques » des hommes et les « relations mécaniques » des forces :

« So ist eine Analogie zwischen dem rechtlichen Verhältnisse menschlicher Handlungen, und dem mechanischen Verhältnisse der bewegenden Kräfte [...] ».

L'histoire du lien juridique partant du concept de *vinculus iuris* n'est guère plus claire¹⁵. D'ailleurs, leur différence d'origine peut expliquer que les deux notions coexistent pacifiquement aujourd'hui comme, si l'on peut dire, deux espèces de grenouille dans le même étang.

Fichte à la suite de Kant emploie l'expression de rapport de droit comme notion fondamentale de son système partant de l'homme libre et raisonnable qui

¹³ Cité par A. GUZMÁN BRITO, art. précit. ; C. SUMMENHART, *De contractibus licitis atque illicitis tractatus*, tract. 1^o, quaest. 1^a, prima supp. (Venetiis, ap. F. Zilettum, 1580, fol. 1, 1^a col.).

¹⁴ E. KANT, *Prolégomènes à toute métaphysique future qui pourra se présenter comme science*, Paris, Vrin, 2001 [1783], coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », § 58, note 9 : « Ainsi, il y a une analogie entre le rapport juridique des actions humaines et le rapport mécanique des forces motrices : je ne puis rien faire à autrui sans lui donner le droit de m'en faire autant sous les mêmes conditions ».

¹⁵ Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre article : « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455 sq. ; republié dans la *Revue juridique de la Sorbonne*, 2020, n^o 1, p. 144-170. V. aussi G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Thèse, 2010, Dalloz 2012 et C. AUBRY DE MAROMONT, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, Thèse Nantes, 2015.

rencontre une autre personne¹⁶. Mais c'est Savigny qui en fait un concept juridique premier dans un système théorique. Il écrit dans son paragraphe 4 des propos qu'il convient de citer dans leur continuité :

« Une réalité plus profonde (que le droit subjectif), c'est le rapport de droit dont chaque droit n'est qu'une face diverse considérée abstractivement ; ainsi, un jugement sur un droit spécial n'est vrai et raisonnable que s'il dérive d'une vue complète du rapport de droit. Ce rapport a une nature organique qui se manifeste, soit par l'ensemble de ses parties constitutives qui se balancent et se limitent mutuellement, soit par ses développements successifs, son origine et ses décroissements. [...] Telle est la seule question soumise à l'appréciation du juge. [...] Mais si le jugement d'une, espèce particulière n'a qu'une nature restreinte et subordonnée, s'il trouve sa racine vivante et sa puissance de conviction dans l'appréciation du rapport de droit ; la règle de droit et la loi qui en est l'expression ont pour base plus profonde les institutions dont la nature organique se montre dans l'ensemble vivant de leurs parties constitutives, et dans leurs développements successifs. Ainsi donc, quand on ne veut pas s'en tenir aux manifestations extérieures, mais pénétrer l'essence des choses, on reconnaît que chaque élément du rapport de droit a une institution qui le domine et lui sert de type, de même que chaque jugement est dominé par une règle. [...] Mais un examen plus attentif nous montre que toutes les institutions de droit forment un vaste système, et que l'harmonie de ce système, où se reproduit leur nature organique, nous en donne seule l'intelligence complète. Malgré l'immense distance qui existe entre un rapport individuel de droit et l'ensemble du droit positif d'une nation, il n'y a d'autre différence que celle de proportion, et le procédé par lequel l'esprit parvient à les connaître est absolument le même.¹⁷ »

Il est intéressant de noter que, pour Savigny, il faut « embrasser l'ensemble du rapport de droit » d'un cas. C'est aussi ce que J. Van Meerbeeck affirme de sa pratique de juge¹⁸ : il convient de faire le schéma de tous les rapports en cause pour avoir une vision générale du cas et traiter par un jugement les déséquilibres généraux et pas seulement, si nécessaire, le seul rapport litigieux initial. On peut comparer cette approche à celle de la médecine chinoise qui envisage tous les méridiens d'une personne pouvant être à l'origine d'un symptôme. Cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas aussi parfois « trancher » une affaire comme, en médecine occidentale, l'on pratique une opération chirurgicale.

¹⁶ J. G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (1796-1797), trad. fr. A. RENAUT, Paris, Quadrige, 1998. L'auteur invente le concept de rapport de droit comme rencontre de deux êtres libres et raisonnables, il invente donc aussi l'intersubjectivité et rend compte ainsi de la possibilité d'une révolution française à partir de la liberté des sujets et s'oppose à l'historicisme qui implique une évolution spontanée et dépasse le criticisme de son maître Kant qui fonde le droit sur la morale alors que Fichte invente la science du droit en la distinguant totalement de l'éthique.

¹⁷ F. C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain. T. 1*, trad. fr. CH. GUENOUX, Paris, Didot, 1855.

¹⁸ Discussion à partir de : J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 172 ; « Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne », dans le présent dossier. Cet auteur envisage la relation comme nécessairement préexistante au droit dans des cas qui sont à la fois imprévisibles et insaisissables ce qui suppose que la relation soit gouvernée par la confiance réciproque.

Olivier Jouanjan montre l'articulation chez Savigny entre le rapport de droit et l'institution : « un rapport de droit est un système dans un système qui, lui-même, est à la fois système de rapports juridiques et systèmes d'institutions juridiques. Le droit est organisme d'organismes »¹⁹. Cela ne signifie pas que l'institution au sens de Savigny est un organe ou une entité. Il s'agit d'institutions-concepts comme le montrent les exemples qu'il donne (succession, prêt, etc.). Il n'empêche que l'approche organique du droit peut prêter à confusion. Plus loin Savigny définit le rapport de droit :

« Le monde extérieur, c'est-à-dire le milieu où l'homme se trouve, l'assiège par une multitude de points de contact ; mais les plus importants sont ses relations avec les êtres ayant la même nature que lui et la même destinée. Pour que des créatures libres, ainsi mises en présence, puissent s'aider mutuellement et ne se gêner jamais dans le déploiement de leur activité, il faut qu'une ligne de démarcation invisible circoncrive les limites au sein desquelles le développement parallèle des individus trouve indépendance et sécurité. La règle qui fixe ces limites et garantit cette liberté s'appelle droit. [...] Sous le point de vue où nous nous sommes placés, chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère. Dès lors, tout rapport de droit se compose de deux éléments : 1° une matière donnée, c'est-à-dire la relation elle-même ; 2° l'idée de droit qui règle cette relation. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, comme un simple fait ; le second, comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui impose, la forme du droit.²⁰ »

Le rapport de droit comporte donc deux éléments selon Savigny, l'élément matériel ou factuel qui est une relation humaine et un élément formel qui est la détermination du rapport par une règle de droit. Le tout forme une frontière de telle sorte que chacun ait son espace de liberté. Il fait référence à la volonté libre, dans l'ouverture du paragraphe 53 sans véritablement en faire la clef de sa pensée. O. Jouanjan montre que Puchta et Gerber ont critiqué la définition savignicienne du rapport de droit car elle comporte un élément factuel (la relation) et ne repose pas entièrement sur la volonté prise dans un sens abstrait et kantien (a priori). Sinon, selon ces auteurs, le droit ne peut être un système pur²¹. Au XX^e siècle, Bobbio a critiqué les auteurs se référant à la notion de rapport de droit car une règle de droit précède nécessairement le rapport pour le déterminer. C'est donc bien la norme qui serait première et fondamentale en droit²². De nombreux auteurs continuent, par ailleurs, d'affirmer que Savigny n'a pas suffisamment dégagé le rapport de droit des droits subjectifs (liés à la volonté individuelle)²³.

¹⁹ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne 1800-1918*, Paris, PUF, 2005, p. 16.

²⁰ *Op. cit.*, paragraphes 52-53.

²¹ O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 212.

²² N. BOBBIO, « Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico », in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turin, 1955, p. 53 et s. L'auteur critique les théories du droit fondées sur la relation juridique (celle d'Alessandro LEVI ou Bernardino CICALA) comme ce qui risque d'atomiser la société.

²³ Par ex. A. GUZMÁN BRITO, art. précit.

Il paraît possible d'actualiser et d'adapter la pensée de Savigny tout en maintenant la prééminence donnée au rapport de droit dans la dogmatique juridique. On peut avancer que le rapport n'est pas un ensemble composé de deux éléments mais un dispositif²⁴. De même, le rapport ne crée pas un espace de liberté pour chaque individu mais plutôt un espace sous l'égide d'un tiers entre deux entités. La liberté ne provient pas de la volonté de chaque individu mais du rapport de droit qui crée un espace de liberté entre deux entités autonomes (sinon il s'agit d'une situation d'esclavage). Cet espace peut être dit symbolique dans le sens originaire du terme *symbolon* : un objet de reconnaissance coupé en deux de telle sorte que les deux parties à un rapport en aient une trace et une preuve. Il y a un espace invisible symbolisé par un objet, un geste ou un document écrit (par ex. le document contractuel et ses éventuels avenants qui « formalisent » le lien contractuel invisible). Le lien contractuel invisible n'est pas matériel et le terme de formalisation ne veut pas dire qu'il y a un rapport matériel prenant une forme qui ne fait pas partie de sa définition. Le rapport de droit est la construction symbolique du rapport humain (qui n'existe pas en dehors de cette symbolisation). Ce dispositif suppose un tiers de référence (pouvant juger) et même, semble-t-il, très souvent, une quatrième entité en position de témoin.

La règle de droit ne fait pas partie de cette définition du rapport de droit. Toutefois une règle peut naître de l'interaction des parties à un rapport de droit (ex. : les règles prévues par les parties à un contrat) ou provenir de l'extérieur du rapport de droit en question (mais d'autres rapports de droit – ex. : le droit supplétif du contrat dans le Code civil provenant de l'interaction des parlementaires). Ce dispositif s'insère dans une dogmatique, c'est-à-dire un système de concepts et se trouve à sa base. Tel rapport de droit peut ainsi s'inscrire dans l'institution du prêt au sens du concept juridique de prêt et de son régime. Dans cette optique, comme le fait Savigny, il ne convient pas d'opposer le droit subjectif de l'individu au droit objectif provenant de l'État. Les droits subjectifs sont les attributions des parties à un rapport de droit et ce que l'on appelle le droit objectif est l'ensemble des règles qui se sont formées dans des rapports de droit. Bien sûr le système peut devenir complexe : tout un ensemble de rapports de droit peut constituer une institution au sens d'un organisme acquérant la personnalité juridique et pouvant conclure des actes juridiques créant des rapports de droit. Pour O. Jouanjan, Savigny serait aujourd'hui qualifié de communautarien car il ne conçoit pas l'individu comme séparé des autres ainsi que le font les libéraux²⁵. À vrai dire, étant donné la recherche générale d'unité de Savigny, il n'est pas certain qu'il se réfère à une communauté pour la construction de son système. L'individu

²⁴ G. AGAMBEN, *Qu'est-ce qu'un dispositif?* Paris, Payot, 2007.

²⁵ *Op. cit.*, p. 173.

n'est certes jamais séparé des autres mais c'est dans les rapports de droit qu'il est uni.

Les rapports de droit public construisent, de leur côté, l'entité étatique. J.-Y. Chérot critique l'approche relationniste en disant qu'elle est impossible car elle confond le fait et le droit²⁶. À vrai dire, le fait est déjà du droit en ce qu'il est qualifié et souvent prouvé selon un raisonnement qui est lui-même juridique (ex. à travers une présomption). Ce qui est entendu comme droit dans une telle critique est l'ensemble des normes qui indiquent ce que doit être un rapport de droit. Mais on peut concevoir le droit de manière plus large on y incluant non seulement les normes mais aussi les personnes, les droits et les rapports de droit.

4.- Occurrences des rapports de droit

La notion de rapport de droit est présente dans différents codes (par exemple : le Code civil italien, le BGB et le ZPO allemands, le Code civil portugais, le code civil roumain, le nouveau code civil chinois entré en vigueur en 2021, etc.) comme une notion générique non définie. En allemand, la notion de *Rechtverhältnis* a pu servir pour définir la personne juridique comme étant capable d'avoir des rapports de droit²⁷. En français, elle partage cette fonction définitionnelle avec la notion de lien de droit qui a une connotation plus personnelle (lien conjugal, lien de filiation, etc.). On définit ainsi l'obligation comme un lien de droit, on parle de rapport d'obligation, de rapport contractuel, de lien d'instance, de lien de nationalité, etc. Parfois, en français le terme de relation juridique est mobilisé, apparemment pour des situations se trouvant à la limite du fait et du droit : la relation d'affaire, la relation commerciale ou la relation numérique²⁸. Le terme de relation juridique n'est pas davantage défini et joue également le rôle de terme pré-juridique qui permet de saisir une situation juridique nouvelle pour en tirer des conséquences (la rupture de la relation commerciale, la corruption dans la relation d'affaire, l'interopérabilité pour la relation numérique entre les justiciables et les gens de justice). On peut tout de même noter que quelques auteurs (Savigny le premier puis de nombreux disciples à travers le temps et les continents) ont essayé de donner un contenu plus technique à ces notions sans véritablement réussir. Des auteurs critiques ont pu laisser entendre que le concept de rapport de droit se ramenait à celui de droit subjectif (Jhering).

²⁶ J.-Y. CHÉROT, « Conclusions », in M. DEVINAT, M. SAMSON, G. AZZARIA (dir.), *Les écoles de pensée en droit – Legal Schools of Thought*, éd. RDUS, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2021, il a formulé sa critique à l'oral lors du colloque de Québec publié dans ces actes.

²⁷ A. GUZMÁN BRITO, art. précit.

²⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 dit Justice du XXI^e siècle, article 3 I. Les huissiers de justice, les notaires, les commissaires-priseurs judiciaires, les avocats, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les commissaires aux comptes et les experts-comptables proposent à leur clientèle une relation numérique dans un format garantissant l'interopérabilité de l'ensemble des échanges.

En *common law*, le vocabulaire ne paraît pas vraiment fixé et il n'existe pas d'usage définitionnel important de la relation de droit, à notre connaissance²⁹. On fait parfois des références à la notion de *legal relation* (Nedelsky, *Law's relations*), *legal relationship* (*Black's Dictionary*), *legal bond*, *legal tie*, etc. Il ne semble pas qu'il existe un concept de relation juridique en *common law* sauf chez Hohfeld qui y voit une relation entre prérogatives (droit/devoir ; pouvoir/incapacité, etc.), alors même que l'on peut noter l'émergence d'une approche relationnelle du droit. Il s'agit alors davantage d'une approche philosophique et axiologique du droit (Nedelsky) même s'il existe des tentatives de construire des concepts relationnels tels que le contrat relationnel, l'approche relationnelle de la propriété (Y. Emerich³⁰), de la famille³¹, ou du droit international public³². Il faut dire qu'en *common law*, ce qui compte sont les faits à partir desquels un précédent est dégagé par le juge. Ces faits peuvent être composés de relations humaines empiriquement observées même si, en réalité, on peut tout à fait les qualifier juridiquement selon les cas de liens de famille, de liens contractuels ou de liens du travail.

On pourrait donc dire que la relation est première dans le sens où elle sert de terme pré juridique et générique pour définir des concepts juridiques, mais qu'en revanche, il ne s'agit pas d'un concept technique général susceptible d'être intégré dans une théorie générale du droit. À cela s'ajoute, que, en *common law* plus particulièrement (ex. de Nedelsky) mais aussi souvent en *civil law*, les relations humaines sont considérées comme préexistantes au droit, ce dernier venant justement réguler ces relations (dans la version anglaise du code civil chinois, par exemple, il est dit à l'article 1 : « *This Law is formulated in accordance with the Constitution of the People's Republic of China for the purposes of protecting the lawful rights and interests of the persons of the civil law, regulating civil-law relations* »). L'empirisme dominant dans la sphère anglo-américaine conduit logiquement à cette position, tandis qu'un certain positivisme dominant au cours de ces deux derniers siècles dans les pays de *civil law* invite à étudier principalement les règles et les normes sans creuser juridiquement la notion de relation humaine.

²⁹ On peut noter toutefois une jurisprudence importante sur l'intention de créer une relation juridique

au Royaume-Uni (V. J. ASHTON [footnote asterisk1](#) and J. TURNER, « A contemporary reimagining of the intention to create legal relations doctrine », *Journal Article, Journal of Business Law (J.B.L.)*, 2022, 4, 283-306) et une autre appliquant une disposition du code fédéral (28USCA 2201) permettant à une partie de demander à un juge la reconnaissance d'un droit ou d'une relation juridique (*declaratory judgment*).

³⁰ « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystémique de la propriété », *Revue générale de droit*, Vol. 38, n° 2, 2008, <https://doi.org/10.7202/1027040ar>.

³¹ J. WALLBANK, S. CHOUDHRY and J. HERRING, *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, 2010, spéc. p. 257 et s.

³² J. BRUNNÉE et T. TOOPE, *Legitimacy and Legality in International Law, an Interactional Account*, Cambridge University Press, 2010.

5.- Les indices d'appréhension du droit par la relation

Pourtant plusieurs indices peuvent faire réfléchir. Tout d'abord, on peut noter une montée des approches relationnelles dans de nombreuses disciplines aussi bien dans les sciences dures (Abitbol)³³, que dans les sciences humaines (anthropologie Houseman)³⁴ et les arts (Bourriaud art relationnel)³⁵. Le droit dont le cœur de métier consiste à organiser des relations humaines voire à régler des conflits n'aurait-il rien à dire sur les relations entre personnes³⁶ ? Est-ce que réguler une relation humaine n'est pas aussi la forger ou, à tout le moins, la reconnaître ? Lorsque le mariage dit pour tous est devenu possible, ce sont des liens humains qui ont été reconnus et donc, d'une certaine façon, créés. Mais si le droit fait émerger des liens humains sur le devant de la scène social, c'est bien qu'il ne se contente pas de les réguler ou même de les formaliser. L'amour, disait Hanna Arendt, est hors société dans sa phase secrète ; lorsqu'il devient public on met en place des partenariats (PACS), on reconnaît des concubinages ou bien l'on célèbre des mariages.

Ce n'est pas tout : dans certaines disciplines une dogmatique complexe repose sur la notion de rapport de droit. C'est le cas de la procédure depuis des auteurs allemands du XIX^e siècle tels que Bülow et Kohler, des auteurs italiens du début du XX^e siècle tels que Chiovenda et en France un auteur tel que Vizioz. On retient l'idée que techniquement le procès est un ensemble de liens procéduraux : le lien d'instance entre des parties sous l'égide du juge, le lien statutaire entre les parties et le juge voire un lien de service public de la justice avec la juridiction et le greffe. Ces notions peuvent être critiquées ou ne pas être utilisées par certains spécialistes³⁷, elles continuent pour autant d'être employées par d'autres et par les juges. De la même manière, le droit de la famille est un ensemble complexe de liens de droit et des discussions ont lieu sur des notions génériques telles que les liens familiaux, les liens de famille, les liens beaux-parents/beaux enfants³⁸ etc. De même, le droit de la nationalité est irrigué de questionnement sur le sens, le

³³ M. BITBOL, *De l'intérieur du monde, pour une philosophie et une science des relations*, Flammarion, 2010.

³⁴ M. HOUSEMAN et C. SEVERI, *Naven ou Le donner à voir. Essai d'interprétation de l'action rituelle*, éd. CNRS, 1994 et M. HOUSEMAN, *Le rouge est le noir*, Presses Universitaires du Mirail, 2012.

³⁵ *Esthétique relationnelle*, 1998, Presses du réel.

³⁶ On notera que dans un ouvrage sur le lien que toutes les disciplines de sciences humaines ont été convoquées sauf le droit in *Relions-nous. Les liens qui libèrent*, 2021.

³⁷ J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtlage, Eines Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, Springer, 1925, l'auteur utilise la notion de rapport de droit mais trouve qu'elle complique l'analyse du procès et que la doctrine processualiste a tort de laisser entendre que le rapport processuel est composé de droits et d'obligations comme le lien contractuel alors qu'il comporte surtout des charges du côté des parties et un office (service) du côté du juge.

³⁸ H. FULCHIRON, « Le lien familial », revue *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, n° 50 ; J. HERRING, « Relational Autonomy and Family Law », in J. WALLBANK, S. CHOUDHRY and J. HERRING, *Rights, Gender and Family Law*, Routledge, 2010, spec. p. 257 et s.

contenu et l'intensité du lien dit de nationalité³⁹. Mais il n'est pas jusqu'au droit administratif qui n'échappe à ces interrogations : la notion de rapport de droit public a émergé également avec Savigny et est au fondement du droit public en Allemagne, en Italie voire en Suisse. Les notions de service public et de prérogatives de puissance publique ont fondé en France le droit administratif. Le besoin se fait pourtant sentir de mettre en lumière les rapports entre les administrés et les administrations⁴⁰.

Que faire de tous ces indices, faut-il laisser le rapport du droit au seuil de la pensée juridique et de la théorie du droit ? Faut-il en faire simplement une notion de fait – la relation humaine – pris en compte par le droit ?⁴¹. Il me semble qu'à tout le moins une exploration s'impose, des hypothèses méritent d'être soulevées, un débat doit avoir lieu. Ses enjeux sont évidemment complexes et plus ou moins conscients : réfléchir sur le rapport de droit public revient à s'interroger sur l'État et éventuellement à critiquer le caractère trop vertical et unilatéral de la théorie publiciste ; réfléchir sur le rapport de droit processuel, revient à se demander quelle est la place et le pouvoir du juge (n'est-il pas trop interventionniste voire autoritaire ?) ; réfléchir sur les liens familiaux conduit à se demander jusqu'où on peut aller dans la reconnaissance des relations beaux-parents/beaux-enfants avec toutes les conséquences juridiques que l'on pourrait en tirer (en matières financière et de succession particulièrement). Il est même des secteurs où la réflexion sur le rapport de droit conduit à ouvrir une véritable boîte de Pandore : en droit du travail on se demande depuis plus de 50 ans s'il existe une relation de travail à côté du contrat de travail et notamment un lien d'entreprise⁴². Le salarié qui entre dans une entreprise, voire la personne mise à disposition par un autre employeur, est lié au groupement par un lien d'appartenance alors même que l'entreprise regroupant les salariés et l'employeur n'a pas la personnalité morale⁴³. Il peut même exister des situations où un non salarié exécute un travail vis-à-vis d'une entreprise jusqu'à ce qu'il soit finalement qualifié de salarié⁴⁴. Dans ces cas, le lien d'appartenance à l'entreprise précède l'autonomisation des relatés tels que le potentiel salarié et l'entreprise n'ayant pas la personnalité juridique (à ne pas confondre avec la société commerciale qui a la personne morale). L'arrêt *Albron* (CJUE 21 oct. 2010, C-242/09) permet la cession non seulement des contrats de travail lorsqu'une société a été reprise par une autre mais aussi des relations de

³⁹ E. PATAUT, *La nationalité en déclin*, Odile Jacob, 2014 ; H. FULCHIRON, « Droit de la nationalité », *Jcl internationale* 2020.

⁴⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations puis un code des relations entre le public et l'administration, issu de l'Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration 2021, v. : J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », *D.* 2000, p. 575.

⁴¹ J.-Y. CHÉROT, précit.

⁴² A. BRUN, *Le lien d'entreprise*, *JCP* 1962, I 1719

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Affaire *Uber* : Cass. Soc., 4 mars 2020 n° 19-13.316 ; 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20.079.

travail entre l'entreprise et les employés mis à disposition alors qu'il n'existe pas entre eux de contrat de travail. Il peut, je crois, exister un lien de droit entre un humain et des entités naturelles justifiant, en cas de différends, un recours en justice alors que l'entité vivante n'a pas la personnalité juridique. Dans un tout autre domaine, on notera combien l'étranger est peu reconnu comme sujet de droit⁴⁵ et combien son lien à l'État français est précaire. Si le lien d'hospitalité était mieux reconnu juridiquement, la nature de sujet de droit de l'étranger en serait renforcée. En droit international public, on notera que c'est la reconnaissance d'un État émergent par un état déjà existant qui fait du premier un sujet du droit international. Enfin, la personne qui est intersexe a encore beaucoup de mal à être considérée dans sa spécificité et à lier des rapports durables⁴⁶. On pourrait m'objecter que je n'ai pris que des exemples exceptionnels (l'étranger, l'intersexe, l'enfant à naître, la société dépourvue de personnalité juridique, la tribu, le fiduciaire non-proprétaire du bien⁴⁷, etc.) et que le principe est bien celui de la formation de liens entre des sujets de droit préexistants. Statistiquement peut-être, quoique les liens d'appartenance à l'entreprise, la nation ou la famille soient fort nombreux et qu'ils unissent des personnes physiques à une entité n'étant pas sujet de droit car ni la famille, ni la nation ni l'entreprise n'ont la personnalité juridique. Il n'empêche que dès lors qu'il peut exister une seule relation de droit sans relatés, sujets de droit, alors la relation prime sur les relatés et est donc bien première. Sans doute que la plupart du temps lorsqu'il manque un relaté, l'autre est quand même présent : dans la relation entre l'enfant à naître (art. 725 CC, qui peut hériter s'il a été conçu pendant la période légale) et le parent, le parent est bien sujet de droit. Ce serait sans doute un cas d'école mais on peut imaginer qu'une tribu (quelques actions engagées par des tribus mélanésiennes sans personnalité juridique ont été jugées recevables⁴⁸) agisse contre une société dépourvue de personnalité juridique⁴⁹. Dans ce cas la relation est première par rapport aux relatés et plutôt que d'y voir un cas limite, on peut y voir l'indice que la relation juridique a toujours la potentialité d'exister sans relatés/sujets de droit. On peut dès lors admettre une relation juridique entre un humain et une entité naturelle qui n'aurait alors que

⁴⁵ C. DE VULPILLIÈRES, *Les Portes de la loi. Souveraineté, droits de l'homme, hospitalité : quel(s) droit(s) pour les étrangers ?*, Thèse Nanterre, 2019.

⁴⁶ V. la contribution de B. MORON-PUECH, « Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky », dans le présent dossier.

⁴⁷ Ou un trustee dans l'intérêt d'un trust, Aix-en-Provence, 4 févr. 2004, RG n° 98/5533.

⁴⁸ Nouméa, 9 avr. 1987, *JCP G* 1987, II, 20880, note VIVIER *contra* Paris, 20 déc. 1976, *D.* 1978, 373, note AGOSTINI.

⁴⁹ Cass. 2^e civ., 24 mars 1993, n° 91-18611 voire action par une société dissoute qui commence par la décision d'un mandataire judiciaire à la demande des anciens associés de la société dissoute : Civ. 2^e, 12 avr. 2012, n° 11-19.865. Le droit est subtil en ce domaine car une société radiée du registre du commerce et des sociétés n'a pas pour autant perdu sa personnalité juridique, cependant la nomination d'un mandataire judiciaire pour la représenter peut passer par une ordonnance sur requête la visant comme potentielle partie puisque sans représentant elle ne peut participer au contradictoire : Cour de cassation, 3^e civ., 17 septembre 2020, n° 19-14.163 (F-D), *Revue des sociétés*, 2021, p. 102 note R. LAHER.

des droits et non des devoirs, voire une relation entre un humain et une machine si son altérité, son autonomie et sa singularité étaient, un jour, établies⁵⁰. En droit de l'environnement, se pose la question redoutable de la relation des humains avec les non humains. L'investigation conduit dans un labyrinthe dont on ne ressort que difficilement et seulement peut-être avec une nouvelle hypothèse. Si l'on reste dans la lignée de Savigny, on se retrouve si proche du concept de droit subjectif que l'on retombe dans le débat sans fin sur ce dernier concept : les entités naturelles ont-elles des droits ? Si les sujets et les règles de droit précèdent – en logique – le rapport de droit, alors celui-ci n'est qu'une résultante sans grande conséquence et épaisseur qui se confond plus ou moins avec les prérogatives des sujets reconnues par le droit objectif (les lois et les décrets).

Pour reprendre l'exemple du mariage pour tous : deux sujets de droit remplissant des conditions d'âge sont autorisés en vertu de la loi à se marier et donc à former un lien conjugal. Le rapport de droit arrive en fin de parcours comme une forme donnée à un rapport factuel préexistant entre deux sujets. La place du rapport de droit dans la dogmatique juridique reste donc secondaire et passive.

L'hypothèse difficile qui vient alors à l'esprit lorsque l'on poursuit la réflexion est que, peut-être, la relation juridique est première, non pas historiquement mais en logique. Cela paraît contre intuitif mais il existe quelques exemples procéduraux qui peuvent passer au départ pour de rares exceptions : une tribu, comme on l'a vu, a été admise à agir en justice alors qu'elle n'avait pas la personnalité juridique⁵¹, un procès peut être engagé contre une société commerciale qui a déjà disparu mais dont il reste quelques biens à liquider⁵², l'autorité de la concurrence qui n'a pas la personnalité morale est une quasi-partie dans la procédure d'appel contre sa décision⁵³. On pourrait considérer que la procédure est assez réaliste pour permettre des procès entre des parties qui n'ont pas toute la personnalité juridique

⁵⁰ Nous nous permettons de renvoyer à notre article, « Intelligence artificielle et Justice : une approche interhumaniste » in *Le droit de l'intelligence artificielle*, dir. G. LOISEAU et A. BENSAMOUN, 2^e éd. LGDJ, 2022.

⁵¹ En faveur de l'action en justice : Nouméa, 9 avril 1987, *JCP* 1987, II, 20820, note VIVIER.

⁵² Cass. 2^o Civ., 24 mars 1993, n^o 91-18611, *Bull.* II, n^o 125.

⁵³ Article R. 464-11 modifié par Décret n^o 2012-840 du 29 juin 2012, art. 1 : « L'Autorité de la concurrence est partie à l'instance selon les modalités prévues au présent chapitre ». L'article L. 464-8 prévoit que : « Le président de l'Autorité de la concurrence peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité. Le ministre chargé de l'économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ». La possibilité pour le président de l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'économie de se pourvoir en cassation ne vient pas limiter le champ des parties pouvant se pourvoir en cassation mais, au contraire, fait entrer dans ce champ des entités qui n'ont pas la personnalité juridique tout en prévoyant leur « représentation » : le président pour l'Autorité de la concurrence (le terme de représentation est impropre puisque l'Autorité de la concurrence n'a pas la personnalité juridique, on devrait dire que le président de l'Autorité agit en lieu et place de l'Autorité ou en substitution de l'Autorité) et le ministre de l'économie pour l'État.

afin de régler des questions de fond concernant des sujets de droit. Des exemples en matière fiscale de taxation de patrimoine sans personnalité juridique⁵⁴ pourraient être traités de la même manière : le réalisme du droit fiscal justifie que l'on aille recueillir l'argent là où il se trouve sans que pour autant cela remette en cause les catégories juridiques classiques concernant la personnalité juridique. L'argument tombe un peu à plat pour le droit du travail : si l'on reconnaît l'existence d'un lien d'entreprise en admettant que l'entreprise est distincte de la société commerciale qui a la personnalité juridique, alors on met à jour un rapport de droit entre un sujet de droit et un non-sujet de droit (l'entreprise). Cependant, c'est parce que cette conséquence n'est guère admise que le concept de lien d'entreprise n'a jamais été complètement admis malgré son utilité (notamment pour caractériser la relation entre un non salarié tel qu'un intérimaire et la société d'accueil dont il n'est pas salarié)⁵⁵. L'hypothèse de la relation première est donc fragile mais n'apparaît pas totalement sans fondement à ce stade. Le droit comparé fournit d'autres exemples : un procès contre un patrimoine affecté sans personnalité juridique est possible au Canada, un procès engagé par des entités non humaines est permis maintenant dans de nombreux pays (Nouvelle-Zélande, Bolivie, Pérou, etc.). Il est vrai que, dans ces derniers cas, de nombreux auteurs plaident pour la reconnaissance de la personnalité juridique des entités non humaines, ce qui réglerait la question de leur recevabilité devant les tribunaux. Rendu à ce point de l'investigation, on se retrouve au milieu du gué : soit l'on revient en arrière par crainte de ce que l'on va trouver devant soi et l'on se contente de noter quelques exceptions admises par le droit, soit l'on continue d'avancer et l'on se retrouve en terrain inconnu.

6.- La relation précède ses termes

Si l'on considère que les exemples donnés ci-dessus ne sont pas des exceptions mais des expressions éventuelles d'un système de concepts plus complet et réaliste alors il faut aller jusqu'au bout de la réflexion et poser que la relation juridique est première, en logique. Les notions de personne, de norme et même de prérogatives juridiques arrivent dans un second temps. Certes, statistiquement il y a beaucoup plus de cas dans lesquels deux sujets de droit créent un lien de droit que

⁵⁴ J. TSCHURTSCHENTHALER, *Théorie fiscale des entités dépourvues de la personnalité morale*, thèse Paris 1, 2020 : « Ce travail analyse la manière dont le droit fiscal appréhende les entités dépourvues de la personnalité morale. Si la reconnaissance de la personnalité morale doit s'entendre comme une technique d'imputation de droits et d'obligations, certaines entités françaises se voient reconnaître la qualité de personne par le droit fiscal, alors qu'elles sont dépourvues de cette qualité sur le plan du droit privé. Le droit fiscal français confère à ces entités des droits et des obligations en matière fiscale, notamment dans la phase de l'établissement de l'impôt et du contrôle fiscal (personnalité fiscale affaiblie). Parfois, le droit fiscal leur reconnaît même la qualité de contribuable et celle d'acteur dans le cadre du contentieux fiscal (personnalité fiscale affirmée). Ce constat incite à une réflexion sur l'existence d'un fondement théorique pouvant justifier ce processus de personnification ».

⁵⁵ A. BONARDI, *L'appartenance du salarié à l'entreprise*, Thèse, Paris II, 2021.

d'hypothèses dans lesquelles l'une des parties n'a pas la personnalité juridique. Dès lors, en effet, qu'une entité est suffisamment « parcourue » de relations juridiques, elle peut devenir un sujet de droit et devenir partie en tant que sujet à de nombreux autres rapports de droit. Pour autant, ce sont bien les rapports de droit qui forgent le sujet de droit et non pas l'inverse. Le sujet de droit n'est pas tant celui qui est capable de devenir partie à un rapport de droit que le nœud d'un ensemble de relations juridiques.

Une objection peut alors être soulevée : il faut bien que la norme soit première en logique pour pouvoir créer un rapport de droit. Et l'on prendra de multiples exemples où la loi précède le rapport de droit : la loi dite sur le mariage pour tous en est l'illustration la plus parlante. Cependant, la norme ne sort pas de nulle part, il a bien fallu la discuter, l'amender, la rédiger. Il a bien fallu qu'elle donne lieu à des interactions législatives, judiciaires voire contractuelles. Certes, mais il fallait aussi des normes pour mettre en place ces interactions : une constitution pour organiser les liens politiques, une organisation judiciaire et un code de procédure civile pour les délibérations des juges, une loi pour organiser le droit contractuel. On s'enfonce alors dans un problème de type « œuf et poule » sans solution. Toutefois, la question que je pose n'est pas généalogique ou historique, elle est logique : il faut bien que des entités interagissent pour qu'émergent des normes. On pourrait dire dans une approche normativiste que ces interactions premières sont factuelles et non juridiques⁵⁶, et donc qu'il ne s'agit pas de rapport de droit. On dévie cette fois vers la question insoluble de ce qu'est le droit. Pour éviter cette nouvelle aporie, il ne reste, me semble-t-il, qu'une sorte de raisonnement : le raisonnement par l'absurde. Acceptons un instant que la relation juridique soit première, qu'est-ce que cela apporte au droit et est-ce que l'on rend ainsi mieux compte de ce qui se passe dans la vie du droit aujourd'hui ? Le droit est construit (et peut-être d'ailleurs sa construction peut-elle s'inspirer des relations naturelles !) mais pas n'importe comment : il repose sur des concepts permettant de saisir des phénomènes juridiques et de prévoir des conséquences. Le terme de contrat permet ainsi de saisir ce qu'il se passe entre deux parties et de lui appliquer un régime. Il ne s'agit pas ici d'affirmer qu'il existe une vérité du droit et de dire que le rapport de droit est une réalité observée comme l'on peut observer des phénomènes chimiques. Il existe peut-être une telle réalité mais elle reste inatteignable, seuls les phénomènes juridiques que l'on observe dans la vie de tous les jours, les contrats, les jugements, les attestations de toute sorte sont observables à condition de forger des concepts pour s'en saisir. L'épistémologie juridique invite à ne développer tel ou tel concept que s'il peut rendre compte de phénomènes juridiques et de leurs conséquences. Le concept de rapport de droit joue un rôle paradoxal de ce point de vue et est peut-être resté sur le seuil du droit car il peine à rendre compte du plus insaisissable du droit : cet espace ou cette distance entre

⁵⁶ N. BOBBIO, art. précit.

les parties. Mais ce n'est pas tout ; le rapport de droit se trouve coincé entre une approche individualiste et une approche collectiviste du droit, entre le droit subjectif et le droit objectif. Considérer la relation juridique comme première fait courir le risque de diminuer la place de l'individu et de l'État dans la construction juridique.

Il existe même un problème de représentation mentale : comment penser une relation sans *relata* ? Une simple corde sans tireur ? Un espace vide au milieu de nulle part ? Certes, l'on pourrait encore admettre une relation juridique unissant une seule partie, sujet de droit, et une autre partie qui serait potentiellement sujet de droit (l'entreprise, l'embryon, l'entité non humaine, etc.) mais comment admettre une relation sans aucun sujet de droit ?

Or, certains philosophes⁵⁷ et scientifiques (en physique)⁵⁸ admettent qu'il puisse exister une relation sans *relata*. Sans vouloir importer ces positions (discutées) en droit, elles montrent qu'il est possible de l'admettre quoiqu'elle soit contre intuitive. Elle laisse pourtant perplexe en droit car elle sous-entend qu'il pourrait y avoir du droit sans humain et sans sujet. À vrai dire, cette situation vertigineuse n'existe pas vraiment. Il convient d'ajouter dans la réflexion, le collectif qui peut prendre la forme d'un groupe émergeant à côté d'une société constituée parce que l'on appelle le droit.

7.- Groupe et rapport de droit

La société n'est pas figée et évolue notamment avec l'émergence constante de nouveaux groupes (de pensées, d'actions, de création, etc.). Des anthropologues anglais (Turner, Douglas)⁵⁹ ont ainsi contesté l'approche purement structuraliste de la société en montrant qu'il émerge constamment des groupes au sein ou en marge des sociétés. Le rapport de droit n'est pas « au milieu de nulle part » de ce

⁵⁷ E. GLISSANT, *Philosophie de la Relation, poésie en étendue*, Gallimard, 2009, p. 73-74 ; E. HOUSSET, « L'intuition catégoriale de la relation : le renversement husserlien », *Les Études philosophiques*, 2017/2, n° 172, p. 289. L'auteur est un phénoménologue de la relation, il prolonge FICHTE et HUSSERL en plaçant en premier la relation et du coup en remettant en cause l'intersubjectivité qui suppose deux sujets précédant le lien ; V. MORFINO (Università degli Studi di Milano-Bicocca), « Ontologie de la relation et matérialisme de la contingence », trad. fr. N. GAILIUS, *Actuel Marx en Ligne*, n° 18 (18 mars 2003).

⁵⁸ A. MARMORDORO and D. YATES, *The Metaphysics of Relations*, Oxford University Press, 2016, spéc. J. LADYMAN, p. 181 : « Relationalism seems to have won and while spatiotemporal relations may not exist without material things there are not reducible to the intrinsic properties (locations in absolute space) of the latter », et p. 196 : « there may well be no simples, but rather entities that are fundamentally relational in nature » ; E. LADEVÈZE, *La loi d'universelle relation*, Paris, Felix Alcan, 1913 cité par le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par A. LALANDE, (1927), rééd. PUF, 2006 et M. BITBOL, *De l'intérieur du monde : Pour une philosophie et une science des relations*, Flammarion, 2010 ; E. BALIBAR, *La philosophie de Marx*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2014, p. 27-28

⁵⁹ M. DOUGLAS, *Natural Symbols*, Routledge, 2003 ; V. TURNER, *The Ritual Process: Structure and Anti-Structure* (1969) [fr. : *Le Phénomène rituel. Structure et contre structure*, Paris, P.U.F., 1990].

point de vue. Lorsqu'émerge un nouveau groupe, chaque membre a des rapports de droit préexistants mais pas encore au sein du groupe, le groupe est informel. Le groupe ne survivra pas à ses fondateurs sauf à devenir à son tour une institution ou une société. Il existe donc une dynamique permanente entre des groupes émergents et des institutions tentant de se maintenir et qui parfois disparaissent. C'est dans cette dynamique que la relation est première. Ainsi, l'entreprise qui n'a pas en tant que telle de personnalité juridique constitue un groupe comportant de nombreuses relations juridiques internes et externes qui la parcourent. La famille qui n'a pas non plus la personnalité juridique est un ensemble composé de rapports de droit (les liens familiaux). On peut dire la même chose de la nation quoique le terme décrive une réalité plus évanescence que celle de la famille et de l'entreprise.

On pourrait objecter que c'est le groupe qui est premier et non la relation de droit. Par ailleurs, le groupe relève du domaine des faits, donc le système de concepts juridiques n'est pas vraiment pur. Encore une histoire d'œuf et de poule : mais ne perdons pas de vue l'objectif. Il ne s'agit pas de décrire une réalité juridique palpable comme une réaction chimique. Il ne s'agit que de mettre à jour des concepts qui rendent compte de manière suffisante et utile des phénomènes juridiques. Or, il ne me semble pas que l'on ait absolument besoin d'une théorisation juridique du concept de famille, d'entreprise ou de nation alors que ce qui fait débat est le lien familial, le lien d'entreprise et le lien de nationalité. Il se peut cependant que cette remarque ne soit pas exacte en droit des contrats et des sociétés où les notions de groupe de contrats (ou de réseau) et de groupes de sociétés ont été fortement étudiées et mobilisées. Il s'agit cependant de cas où le groupe est postérieur à la formation des rapports de droit (les différents liens contractuels constituant le groupe de contrats ou le groupe de sociétés). On peut probablement en dire de même de l'action de groupe qui implique un ensemble de victimes du même professionnel, ayant donc un lien délictuel similaire avec ce professionnel. Ceci dit, le groupe est constitué progressivement lors du procès sans avoir la personnalité juridique et il ne me paraît pas exclu qu'un jour on admette qu'une entité non humaine (animal, fleuve ou montagne voire robot devenu suffisamment autonome) puisse faire partie d'un tel groupe.

La relation émerge au sein d'un groupe sans personnalité juridique composé de liens entre ses membres et de liens avec l'ensemble. Nous avons déjà cité la famille, l'entreprise et la nation, on pourrait ajouter le « pays » ou le « territoire », l'administration, les institutions juridictionnelles, la société civile, la société internationale, les réseaux de distribution et de l'Internet et même les groupes de créancier dans les procédures collectives. Une nouvelle relation émerge d'un groupe informel et peut constituer en son sein un espace symbolique avant même qu'il n'existe deux relatés. La structure des relations de droit peut ensuite conduire à reconnaître la personnalité morale à un groupement (société commerciale, État,

commune, etc.). Il semble cependant que l'on ne puisse pas se passer de ce vivier de liens qu'est le groupe. Ainsi au sein d'une famille entre les grands-parents et la fratrie, commence déjà à se creuser un lien de parenté avant qu'un enfant ne naisse, de même probablement qu'il se résorbe progressivement après le décès d'une des parties.

Ceci dit, l'hypothèse de la relation première ne saurait être retenue si l'on ne peut définir le rapport juridique de manière satisfaisante, c'est-à-dire permettant d'en tirer des conséquences. La définition de Savigny était sans doute trop proche de celle de droit subjectif ce qui explique peut-être que l'on n'ait jamais pu en fait une notion opératoire centrale. Korkounov reprochait à la fin du XIX^e siècle à l'école allemande⁶⁰ d'avoir retenu une approche trop volontariste et subjective de la notion de rapport de droit conduisant à la confondre avec le droit subjectif (chez Windschied). À la génération suivante de l'école russe⁶¹, Petrazycki donne de l'importance au rapport de droit comme rencontre entre une attribution à une partie et une sujétion faite à l'autre : il écrit que, à proprement parler, le rapport de droit n'existe pas en dehors du monde des idées mais qu'il repose sur des événements psychologiques d'attribution (en tant que droit subjectif) et d'impérativité (en tant que devoir)⁶². Le devoir est lié à une émotion d'impérativité et le droit à une émotion d'attribution. Il y a droit dès lors qu'il y a réciprocité entre deux personnes et il y a morale lorsque n'existe qu'une impérativité sans attribution. Le rapport de droit qui n'est qu'une projection de ces phénomènes psychologiques n'existe pas, mais traduit la réciprocité qui est au centre de sa théorie. Le droit dont l'origine est psychologique peut être positif s'il y a des faits normatifs ou intuitifs en l'absence de norme extérieure. L'amitié fait partie du droit intuitif. Il n'existe pas de relation de fait ; la relation humaine est construite par le droit comme projection de la réciprocité d'attribution-impérativité. Il tente lui aussi d'avoir une approche objective du rapport de droit et de ne pas tomber dans le subjectivisme générant des confusions entre les notions de rapport et de droit. À vrai dire comme chez Savigny influencé par Kant et peut-être Fichte, le rapport de droit est d'abord perçu comme un binôme préexistant à la rencontre avec l'État en tant que producteur d'un droit objectif et rationnel. Il me semble que le tiers doit d'emblée apparaître dans la définition sans pour autant que ce tiers soit nécessairement l'État.

⁶⁰ N.-M. KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. fr. TCHERNOFF, Paris, Girard et Brière, 1903, § 27, 2^e éd. 1914, spéc. p. 216-217 qui écrivait : « Les hommes, en tant qu'ils se guident sur les normes juridiques, transforment leurs rapports sociaux en rapports juridiques ».

⁶¹ M. ANTONOV, « E. Ehrlich and Leon Petrazicki, Are Emotions a Viable Criterion to Distinguish Between Law and Morality? », In B. BROZEK, J. STANEK and J. STELMACH, *Russian Legal Realism*, Springer, 2018, p. 127.

⁶² L. PETRAZYCKI, ouvrage précité.

8.- Théorie relationniste du droit

Si l'on admet que la relation de droit est première en logique, que la dogmatique juridique peut utilement reposer sur cette notion réactualisée, alors on peut être amené à défendre une théorie du droit relationniste. Il ne s'agit pas de nier l'importance des notions fondamentales de la dogmatique habituelle, telles que les actes, les personnes, les normes et les prérogatives juridiques mais de réactualiser un concept qui crée une dynamique et rende compte de phénomènes juridiques laissés sinon dans l'ombre (entité sans personnalité juridique, lien à ces entités ou groupe, rituel juridique, émotions des parties prenantes, etc.).

Le relationnisme juridique ne vise pas seulement à placer logiquement en premier le rapport de droit et à rendre compte de phénomènes juridiques problématiques. Il comporte aussi une méthode. Penser en termes de relation avant de penser en termes purement logique et normatif implique, on l'a vu, d'intégrer à la théorie juridique les émotions et donc les récits, notamment le récit des faits dans un procès et les préambules des normes⁶³. Eux non plus ne sont pas hors droit, la logique syllogistique et même argumentative ne recouvre pas tous les discours en droit. Il ne s'agit pas de nier l'importance de la rationalité en droit mais de faire une place à des récits impliquant davantage les émotions. L'amphibologie des termes de relation et de rapport, signifiant à la fois connexion et récit, n'est certainement pas due au hasard : une relation se déroule dans le temps, a un point de départ, des incidents et une fin. Cette remarque pourrait conduire à affirmer de nouveau que la relation fait partie des faits et non du droit, qu'elle est organique comme le pensait Savigny. Néanmoins, elle est aussi ce qui permet de passer des faits au droit : c'est le cas des rapports processuels qui impliquent des devoirs et des prérogatives des parties et du juge se répartissant les tâches d'allégation des faits, d'administration de la preuve, de qualification, d'interprétation et d'évaluation. De même, qu'il existe un roman familial impliquant tous les rapports de parenté, il existe un récit contractuel des relations commerciales habituelles. Dans la relation processuelle, on passe de ce qui est, de ce qui a été à ce qui doit être dans le futur tout en transitant par le pouvoir être du droit ou le potentiel du droit provenant des interactions entre les parties et les juristes.

Selon l'approche relationniste, les professions judiciaires y compris universitaires ne remplissent pas des fonctions purement utilitaires mais avant tout des fonctions symboliques, elles sont composées « d'initiés » qui aident des non-initiés à transformer leur rapport de droit. La rencontre progressive entre les faits et le droit qui implique de réfléchir à la potentialité du droit justifie la méthode du relationnisme mise au point par un groupe de chercheurs : l'Oudropo,, l'ouvrage de droit potentiel. Le relationnisme implique de mener des recherches au

⁶³ F. OST, *Le droit ou l'empire du tiers*, Dalloz, 2021.

sein d'un groupe informel et évolutif composé de juristes et de non-juristes qui ne s'enferme pas dans la logique des normes. À vrai dire, les membres de l'Oudropo,, ont chacun leur préférence en termes de théorie du droit⁶⁴ et il n'y a pas de relations nécessaires entre l'Oudropo,, et le relationisme. Il n'empêche que l'Oudropo,, correspond à la parfaite méthode pour rendre vivants et évolutifs les rapports de droit, pour mêler émotion et raison, pour expérimenter des nouveaux rites juridiques, pour articuler droit et littérature en acte. L'Oudropo,, vise à imaginer du droit potentiel à partir de contraintes que l'on s'impose librement : ajouter des virgules dans une norme, transformer une norme en émoji, réécrire un arrêt en style millénium, profiter d'un voyage en bus de 20 minutes pour écrire 5 règles pour l'après Covid-19, faire émerger de potentiels concepts juridiques (fantôme, zombie, jauge, sérénité, langueur, etc.). Il est remarquable que toutes ces contraintes visent à imaginer des modifications dans les rapports de droit, à les rendre plus imprévisibles, plus vivants.

La potentialité dans la dogmatique juridique allemande du XIX^e siècle repose sur la volonté de chaque individu pouvant créer les rapports qu'il souhaite. Si la relation est première alors la potentialité du droit n'est pas dans l'individu mais dans l'interaction entre les parties à un rapport de droit.

Conclusion

Le droit étant une science construite de concepts, la notion de rapport de droit particulièrement insaisissable peut être retenue ou ignorée selon son utilité et peut-être une forme de vérité. Son utilité ne se fait pas sentir partout et de manière impérative. Tout d'abord, dégager les rapports de droit dans un cas donné par un schéma des liens permet de se donner une vision générale de l'affaire. Le concept est souvent utilisé de manière négative pour en tirer des conséquences juridiques : il n'y a pas de relation juridique entre A et B donc B peut intervenir comme tiers au procès, ou bien être juge dans un procès contre A, par exemple. Il sert aussi à déterminer la compétence d'un juge comme s'il s'agissait de situer un rapport de droit substantiel (le contrat de travail, le rapport de droit public, le lien conjugal, etc.). Il peut servir par ailleurs pour comprendre des situations où il manque un sujet (impliquant une société dissoute, par exemple), puisque la relation nous paraît première par rapport à ses termes (par exemple dans le lien d'entreprise ou le lien familial). Le régime d'un lien juridique bien établi peut servir pour un autre lien en raisonnant par analogie : le régime de l'obligation permet d'approfondir le lien d'instance par exemple (par ex. les questions de suspension, de reprise d'instance ou de substitution dans le lien). La recherche de l'équilibre entre les parties et de leur autonomie peut être un guide pour dégager des solutions dans des conflits entre parties. Certes, le terme de rapport de droit n'est pas absolument

⁶⁴ P.-Y. VERKINDT défend le solidarisme.

nécessaire dans ce cas et l'on peut se contenter notamment des vices du consentement ou du droit de la concurrence pour traiter des déséquilibres entre les parties. La notion permet tout de même de mettre un mot sur la situation en cause. Enfin, creuser la notion de rapport de droit peut donner l'occasion d'approfondir la place du corps (envisagée dans le groupe Oudropo,, par un travail physique sur l'équilibre et la confiance), de l'émotion et des rituels.

Derrière la question de l'utilité de la notion de rapport de droit, qui n'est pas ici une question d'efficacité, se pose la question de la vérité en droit, la vérité des situations juridiques se combinant avec l'adéquation des concepts. Si administrer la preuve dans un litige consiste à déterminer ce qui s'est passé de négatif dans un rapport pour parvenir à le transformer positivement, il apparaît que la vérité juridique est une question relationnelle. Dès lors, disposer d'un concept de relation juridique paraît en adéquation avec les situations singulières.

Une théorie qui place la relation en premier dans la dogmatique juridique comme le faisait Savigny peut avoir une utilité selon les périodes. Il se peut d'ailleurs qu'elle apparaisse ou réapparaisse dans les périodes où l'État et les institutions sont fragilisées (ceci dit le rapport de droit public relève plutôt de la construction de l'État). Dans la période post-révolutionnaire et post-napoléonienne, Savigny cherchait une unité indépendamment de l'État et de l'individu et l'a trouvée dans la notion de rapport de droit. G. Pavlakos qui a été le témoin de la destruction de l'État grec lors de la crise financière a, de la même manière, essayé de reconstruire le droit à partir du rapport de droit⁶⁵. À l'inverse, J. Nedelsky, vivant au sein d'une société américaine ultra-individualiste dans laquelle chaque personne est un isolat, cherche à recoller les morceaux avec les institutions. A. Somek enfin est à la recherche d'une approche du droit distincte du normativisme, du positivisme et de l'influence du *common law*. La notion de rapport de droit se prête finalement à de nombreuses approches. Elle fait certainement partie de la théorie du droit et sa juste place est, nous semble-t-il, première non pas dans un sens de supériorité mais dans le sens d'une antériorité logique : le rapport de droit précède en logique les sujets, leurs actes (ceci dit si les actes émergent au sein de relations juridiques, ils créent aussi les rapports de droit ; il existe entre ces notions une dialectique), leurs droits et leurs règles (en dialectique également avec les rapports de droit).

⁶⁵ V., dans ce dossier, son article « Redessiner la relation juridique », précit.

Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen

Gregory BLIGH

*Maître de conférences en droit public
Sciences Po Lyon (CERCRID)*

« *What reason demands is voluntary co-operation in a coercive system.* »

H. L. A. Hart¹

Dans sa conférence *The Path of the Law*, O. W. Holmes affirme : « les prophéties relatives à ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit »². Il faudrait alors envisager les règles juridiques comme le ferait un « mauvais homme » qui s'intéresse uniquement aux conséquences officielles de ses actes si sa désobéissance venait à être découverte et punie³. Le propos de Holmes porte sur les conditions de la connaissance du droit, et ne prétend pas caractériser le rapport du commun des citoyens au droit positif. Or, c'est un mystère sans cesse renouvelé que les règles juridiques sont suivies par des individus qui ne risqueraient pas d'être découverts s'ils les violaient. D'un côté, il peut sembler qu'il n'y aurait pas grande raison de se soumettre aux règles juridiques si celles-ci s'avéraient dépourvues de toute sanction. De l'autre, non seulement serait-il inexact de soutenir que l'individu est motivé par la crainte de la sanction dans la plupart des cas où il se conforme au droit positif, mais les autorités publiques ne possèdent pas même les moyens matériels de s'assurer que les citoyens s'y soumettent. Leur capacité de contraindre à l'obéissance n'est pas illimitée. Il semblerait que la sanction ne soit destinée qu'à intervenir ponctuellement, à la marge.

Saisir les contours de « l'autorité » du droit. – Nous examinons ici, et rejetons, le projet visant à penser le droit à partir d'un unique élément – la sanction institutionnalisée – qui permettrait d'en saisir la spécificité. Cela revient à reconstruire le phénomène juridique en attribuant un rôle erroné à la sanction

¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, O.U.P., 3^e éd. 2012 [1961], p. 198 [ci-après cité : CL] (Hart souligne).

² O. W. HOLMES, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, vol. 10, p. 461 (nous modifions légèrement la trad. fr. de F. MICHAUT, *Clio@Themis*, 2009, vol. 2, § 88, [DOI : [10.35562/cliiothemis.942](https://doi.org/10.35562/cliiothemis.942)]).

³ *Ibid.*, p. 459.

dans l'action du droit. Nous soutenons que toute modélisation pertinente de l'ordre juridique doit permettre de rendre compte de ce que nous appelons « l'autorité du droit »⁴, c'est-à-dire le phénomène par lequel les règles juridiques trouvent à s'appliquer en dehors de la mise en œuvre de tout mécanisme coercitif⁵. Il faut, certes, pouvoir proposer une explication pertinente de l'ordre juridique comme ensemble de règles valides. Cependant, se concentrer uniquement sur le droit comme système de règles valides laisse supposer que l'obéissance au droit repose, *in fine*, sur la possibilité latente de la sanction. Il faut comprendre l'obéissance au droit dans l'écrasante majorité des cas dans lesquels la sanction ne joue aucun rôle et n'est prise en compte d'aucune manière par les individus. Il nous apparaît que l'autorité du droit nous semble ne pouvoir être adéquatement saisie qu'à l'aune du rapport politique qui amène les gouvernés à coopérer spontanément avec leurs gouvernants. Pour le dire le plus clairement possible, nous cherchons à réexaminer dans les termes classiques de la théorie du droit ce qu'Antonio Gramsci décrit comme une dialectique de la force coercitive et du consentement à l'autorité⁶. Notre analyse porte, plus spécifiquement, sur trois points.

Nous cherchons tout d'abord à rendre compte de la « base interactionnelle⁷ » de l'ordre juridique. D'une part, cela soulève la question de l'autorité du droit. Nous soutenons que le droit positif est revêtu de l'autorité lorsque les règles juridiques trouvent à s'appliquer, dans la majorité des cas, parce que les individus en font

⁴ Nous ne souscrivons pas à la conception de l'« autorité du droit » développée par Joseph Raz, ni à l'idée que l'utilisation de la notion d'autorité doit accorder une priorité (la paternité) à Raz. Une partie non-négligeable de la philosophie du droit anglo-américaine de la fin du XX^e siècle cherche, sous l'influence de Raz, à dégager une conception de la légitimité du droit qui serait rationnellement démontrable (J. RAZ, « Authority, Law, and Morality », *The Monist*, 1985, vol. 68, p. 295-324), ce qui permettrait de dépasser la simple légitimité *de facto* du droit comprise, et de rendre intelligible la légitimité comme titre légitime objectif à exercer l'autorité au sein d'un groupe et édicter le droit (une légitimité *de jure*) : J. RAZ, « Legitimate Authority », *The Authority of Law*, 2^e éd., Oxford, O.U.P., 2009 [1979], p. 3-4, 19. Leslie Green veut ainsi dépasser la conception « wébérienne » (*sic.*) de l'autorité *de facto* : L. GREEN, *The Authority of the State*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 1, 18-19. Nous rejetons ce projet qui caricature l'usage wébérien des idéaux-types dans l'analyse des phénomènes de domination (v. not. M. WEBER, *La domination*, trad. fr. I. KALINOWSKI, Paris, La découverte, 2013, spéc. p. 49-52, p. 58-60). Nous traiterons ailleurs, dans une étude distincte, de notre insatisfaction avec la conception razienne de l'autorité. Cela ne constitue nullement une inattention aux travaux de Raz auxquels nous avons consacré de l'attention : G. BLIGH, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », *Droit & Philosophie*, n° 9-2 – Joseph Raz, 2018, http://droitphilosophie.com/upload/files/pdf/dp9-2_ebook.pdf.

⁵ Une première version de l'étude générale couvrant les deux textes était moins décidée sur ce point. Nous avons une dette de gratitude envers Benjamin LECOQ-PUJADE qui nous a aidé clarifier notre propos.

⁶ A. GRAMSCI, *Selections From the Prison Notebooks*, éd. et trad. Q. HOARE et G. NOWELL SMITH, New York, International Publishers, 1971, p. 170.

⁷ Ainsi que nous proposons de l'appeler. À l'idée de « relation » ou de « rapport », nous préférons, pour la présente étude, celle d'« interaction » employée par Lon Fuller pour exprimer l'enchevêtrement de l'autorité du droit, de sa moralité, et de ses bases sociales : L.L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *American Journal of Jurisprudence*, 1969, vol. 14, p. 1-36 [v. la trad. fr. M. LAPORTE, dans le présent dossier].

usage de leur propre initiative pour guider leurs conduites⁸. La menace de la sanction joue alors sans doute une fonction latente dans la production de cette obéissance spontanée au droit, mais ne la motive pas directement. C'est lorsque se délite l'autorité du droit que la sanction vient jouer un rôle plus central dans la motivation de l'obéissance pour une majorité d'individus. Se révèle alors la faiblesse réelle des mécanismes coercitifs comme moyens d'obtention de la conformité au droit⁹. En effet, la question de l'autorité du droit est étroitement liée au mystère de la servitude volontaire, c'est-à-dire à la question de la dépendance structurelle d'une classe dirigeante à l'égard du peuple qu'elle gouverne¹⁰.

L'hypothèse de cet article est la suivante : l'autorité du droit ne doit pas être traitée comme un problème extra-juridique. Il s'agit au contraire d'identifier les contraintes spécifiques qu'une modélisation rigoureuse de l'ordre juridique, compris comme un ensemble de règles, peut faire peser sur notre compréhension du *rapport politique entre gouvernants et gouvernés*. C'est cette question qui sous-tend la fonction – irréductiblement variable – qu'il faut attribuer à la sanction dans la définition du droit et de son autorité. Par souci de clarté dans le propos, (i) nous emploierons ici le terme « gouvernants » pour désigner un groupe de personnes occupant une position socialement dominante et concentrant la capacité de prise de décision collective et d'exercice de la force coercitive – dès lors que ce groupe dispose des moyens de traduire ses décisions en droit positif. Par symétrie, le terme « gouvernés » renverra à la portion du corps social qui, dans une position subordonnée, doit obéir aux décisions collectives et se plier aux mesures de contrainte édictées par les membres du groupe dominant – que ce soit volontairement ou non. (ii) Ainsi, nous espérons saisir la notion plus fuyante de « classe dirigeante » d'une manière qui peut être pertinente pour une théorie de l'ordre juridique. Nous ne nous intéressons donc pas simplement à la notion

⁸ Nous nous appuyons ici sur les éléments communs ressortant de la lecture d'A. KOJÈVE (*La notion de l'autorité*, éd. scient. F. TERRÉ, Paris, Gallimard, « Tel », 2004, p. 57-61) et de H. ARENDT (« Qu'est-ce que l'autorité », trad. fr. M.-C. BROSSOLLET et H. PONS, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972 [1954], p. 123). La relation d'autorité est telle que l'obéissance ne résulte pas de la contrainte extérieure imposée par celui qui aurait, tout de même, le pouvoir de l'exercer. Il n'est pas nécessaire pour la partie dominante de faire directement usage de la force car la partie dominée renonce spontanément à la possibilité de s'opposer à sa volonté. L'exercice de la contrainte physique ne structure donc pas la relation d'autorité, mais intervient occasionnellement pour surmonter les résistances. En dernière analyse, l'autorité de la partie dominante (ou son titre à être en position d'autorité) est reconnue par la partie dominée. Sur ce point, nous avons tiré profit de la lecture de B. LECOQ-PUJADE, *La naissance de l'autorité de la représentation nationale en droit constitutionnel français (1789-1794)*, Paris, Dalloz, 2021, p. 7-14.

⁹ Le juriste ne peut décidément se passer d'A. GRAMSCI, *Selections From the Prison Notebooks*, op. cit. : le droit ne cesse d'être l'« armure coercitive » de la domination hégémonique (p. 259-263) que dans le cas d'une « crise de l'autorité » (p. 305) qui révélera au grand jour l'État comme capacité de domination par la violence dont il n'a pas besoin de faire usage en temps normal.

¹⁰ Sur laquelle insiste notamment D. HUME, « Of the First Principles of Government » [1741], *Selected Essays*, O.U.P., 1998, p. 24-25. C'est par le truchement de cet essai que ce thème classique apparaît dans certains classiques de la pensée juridique anglo-américaine.

restrictive de « gouvernement » en droit constitutionnel. (iii) Nous ne soulèverons pas, dans cette étude, la distinction entre la mesure d'édition de la sanction autorisant le recours à la force coercitive en cas de violation du droit positif (par exemple, la décision du juge ordonnant l'emprisonnement du criminel, ou l'expulsion du locataire) et la mesure d'exécution matérielle de la sanction, c'est-à-dire de mise en œuvre directe de la force coercitive elle-même (par exemple, les mesures de police judiciaire à la suite du procès pénal, ou de police administrative pour procéder à l'expulsion par la contrainte). Si la sanction est elle-même une *norme* qui repose en premier lieu sur un mécanisme autoritaire et non coercitif (dans la majorité des cas l'individu se soumet spontanément à la décision du juge), son édition suppose que la règle juridique en question a déjà été violée – délibérément ou non¹¹. L'autorité de la sanction (l'obéissance spontanée à celle-ci) en cas de violation d'une règle de droit positif (sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures d'exécution matérielles dans la majorité des cas) n'est concevable que dans le contexte où la violation de la règle est un phénomène marginal et où la sanction ne constitue pas la motivation principale de l'obéissance au droit.

Il se dégagera en creux de cette étude une certaine analyse de la modération de l'exercice du pouvoir. L'un des enjeux de la prise de conscience de la base interactionnelle de l'ordre juridique est la remise en cause de l'importance à accorder aux garanties juridiques des « droits fondamentaux » dans la marge de liberté qu'un peuple est capable d'imposer à ses gouvernants. Si l'autorité du droit est intrinsèquement liée à l'obéissance spontanée des individus, les gouvernants – qui ne disposent pas de capacités de contrainte illimitées – devront demeurer attentifs à ne pas enfreindre les valeurs auxquelles adhèrent leurs gouvernés. Dans une société libre, il s'agira souvent de valeurs de liberté. Nous soutenons que cela constitue l'élément central contraignant une classe dirigeante à la modération dans l'exercice du pouvoir dont elle dispose. En dernière analyse, ce n'est pas *principalement* par des protections juridiques qu'un peuple garantit sa liberté, de même qu'un peuple qui n'adhère pas à des valeurs de liberté ne pourra pas accéder à celle-ci par de simples mesures de droit positif.

Pour traiter ces questions, nous examinons les pistes de réflexion que nous trouvons dans les travaux de trois auteurs se revendiquant du positivisme juridique – Kelsen, Austin et Hart – auxquels nous avons déjà consacré une attention

¹¹ En d'autres termes, l'autorité de chose de chose jugée présuppose à nos yeux un contexte dans lequel est reconnue l'autorité de la règle générale mobilisée dans le jugement. De nouveau, nous remercions Benjamin LECOQ-PUJADE d'avoir attiré notre attention sur ce point. Kojève est utile ici : là où la simple *intention* du législateur suffit à encadrer le comportement de l'individu lorsque la Loi est pourvue d'autorité, la sentence du juge est déjà une *volonté d'agir* qui est parfois suivie, lorsque cela est nécessaire, *d'actes* (des mesures de police) selon que cette volonté suffit en elle-même à s'imposer à l'individu ou non. A. KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, « Tel », p. 106-107.

soutenue¹². Chacun, à sa manière, propose une modélisation intéressante de l'ordre juridique et se trouve confronté à la tension entre les rapports de l'individu aux règles positives et les rapports du gouverné aux gouvernants. Malgré les solutions ingénieuses développées par Hans Kelsen (1881-1973), les problèmes de la base interactionnelle se révèlent comme un angle mort de sa théorie qu'il ne parvient pas à évincer (I). Le traitement de l'ordre juridique comme système de normes institutionnellement sanctionnées n'est pas accompagné d'un traitement du rapport politique de domination. Dans le monde anglo-américain, John Austin (1790-1859) accorde également une place centrale à la sanction juridique, mais fonde une approche qui place le rapport politique entre « souverain » et « sujets » au cœur de la compréhension du droit. Nous trouvons ici un point de départ, à nos yeux fertile (II). Cependant, son analyse de la normativité du droit est très défailante. Nous corrigeons les thèses d'Austin à la lumière des critiques décisives de Herbert Hart (1907-1992) qui parvient à conserver les intuitions austiniennes quant à la base interactionnelle de l'ordre juridique, tout en rendant compte de celui-ci comme un ensemble de règles et non comme un ensemble de commandements (III). Il parvient notamment à proposer une solution intéressante pour maintenir en parallèle la question du rapport de l'individu aux règles valides de l'ordre juridique et celle des rapports des gouvernés aux gouvernants.

Cet article ne constitue que la première partie d'une étude plus importante consacrée à l'autorité du droit. Notre but est ici de parvenir à un traitement *cohérent* dans un cadre positiviste. Il nous semble que la piste hartienne, informée par l'intuition de John Austin, est préférable à la piste kelsénienne grevée par de trop nombreuses difficultés. Cependant, nous insisterons ensuite, dans un second travail, sur un angle mort de la philosophie de Hart qui nous contraindra à reconsidérer le débat qui l'a opposé à Lon Fuller sous un jour nouveau afin de prendre au sérieux certaines pistes de réflexion proposées par Fuller¹³.

I.- Insaisissable relation entre gouvernants et gouvernés dans la pensée de Kelsen

Hans Kelsen est un auteur particulièrement intéressant parce qu'il propose une théorie qui s'avère, par-delà l'apparence de cohérence formelle dont elle est revêtue, d'une grande hétérogénéité. Il concède à ses critiques innomés des éléments qui ruinent à nos yeux sa démarche, éléments qu'il répartit à longueur d'ouvrage de telle sorte qu'ils peuvent sembler se tisser sans difficulté dans le maillage logique de son propos. Toute la difficulté tient à ce que Kelsen entend

¹² Nous nous permettons de renvoyer, par ex., à G. BLIGH, *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H. L. A. Hart*, Bayonne, Varenne-L.G.D.J., 2017, spéc. p. 287-413 ; *id.*, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », *Droit & Philosophie*, art. cité.

¹³ L'article paraîtra dans G. BLIGH et N. SILD (dir.), *Actualité du droit naturel. De la vitalité des doctrines à l'impensé du droit positif*, Paris, Mare et Martin, à paraître.

évacuer le problème de l'autorité du droit et du rapport entre les gouvernants et les gouvernés au bénéfice d'une analyse logique de l'ordre juridique. Il n'y parvient pas, sans pour autant prendre ces questions à bras-le-corps, qui demeurent ainsi des angles morts de sa théorie. Nous nous concentrerons ici sur deux problèmes.

A. L'obéissance et la contrainte. Impossible évacuation de la question de l'autorité du droit

Premièrement, l'ordre juridique est un « ordre de contrainte »¹⁴. L'« obligation juridique » est, quant-à-elle, « essentiellement » liée à la sanction qui s'applique en cas de violation d'une norme valide¹⁵, la sanction étant définie comme un acte de contrainte qui s'applique contre la volonté de celui qui en est l'objet¹⁶. Contrainte et sanction sont étroitement liées dans cette conception. Qui plus est, les normes prescrivant aux sujets de droit les comportements que l'ordre juridique souhaite leur faire adopter ne sont, selon Kelsen, que des « normes secondaires ». Elles ne font que stipuler la condition d'application par les organes de l'État de la sanction prévue par une « norme primaire »¹⁷. Il n'est possible de parler d'une obligation juridique de l'individu que si la norme secondaire se double d'une norme primaire.

Cependant, le maître de Vienne n'affirme pas que l'individu obéisse à la norme, dans la plupart des cas, par simple crainte de la sanction, ni que ce soit le ressort ordinaire du droit que de devoir obtenir la conformité des conduites par la contrainte. Il est attentif, par exemple, à la « contrainte psychique » latente qu'exerce tout ordre normatif sur les individus qui suffit à motiver une conduite conforme même en l'absence d'actes de contrainte¹⁸. Le droit comme ordre de contrainte est donc sous-tendu par la sanction qui ne trouve qu'occasionnellement à s'appliquer lorsque la norme rencontre une résistance. On trouve ainsi une

¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1999 [1962], p. 41 [ci-après cité *TPD*] ; *id.*, *General Theory of Law and State*, trad. ang. A. WEDBERD, Cambridge (Mass.), H.U.P., 1945, p. 18 [ci-après cité *GTLS*]. Et ce dès ses premiers écrits. Voir, par ex., *id.*, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1926, p. 572. Ce n'est pas ici le lieu d'étudier l'évolution progressive des thèses de Kelsen. Nous proposons quelques pistes sur la question dans : *Les bases philosophiques du positivisme juridique de H.L.A. Hart*, *op. cit.*, p. 439-441 ; *id.*, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », art. cité, p. 69 (consulté 15/08/21). Voir surtout les travaux de Stanley Paulson qui insiste sur la transformation des thèses kelseniennes là où d'autres insistent sur leur cohérence d'ensemble. Pour un point d'entrée : S.L. PAULSON, « Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1998, vol. 18, p. 153-166.

¹⁵ *TPD*, p. 124. V. ég. *GTLS*, p. 29.

¹⁶ *TPD*, p. 34. Le droit organise et s'attribue le monopole de l'usage de la force par les agents de l'État : *GTLS*, p. 21.

¹⁷ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 573-575 ; *GTLS*, p. 60-61 ; *id.*, *Théorie pure du droit*, 1^e éd., trad. fr. H. THÉVENAZ, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1953, p. 62-64.

¹⁸ *TPD*, p. 42-43 ; *GTLS*, p. 23-24.

tension intéressante qui se joue entre la place centrale qu'accorde Kelsen à la contrainte – ou à la sanction de la norme comprise comme contrainte – dans l'analyse du concept de droit, et le rôle relatif qu'il reconnaît à la sanction dans l'opération quotidienne de l'ordre juridique.

Il est probable que le problème n'a nullement échappé Kelsen (il ne prétend pas faire une théorie du « droit pur ») qui n'en traite pas pour des raisons méthodologiques¹⁹. En effet, il vise la « pureté » d'un système de connaissance du droit qui parviendrait à ne saisir que « le droit seul » en rejetant au-dehors de son analyse tout élément qui n'entrerait pas dans le champ de son objet d'étude bien compris (le droit conçu comme un ensemble de normes unies par une même validité intrasystémique)²⁰. Toutes questions pouvant mobiliser, soit une analyse empirique du droit (la sociologie juridique), soit une autre forme d'analyse normative du droit (la morale ou la métaphysique), sont alors évincées hors de l'objet d'étude du juriste²¹. La difficulté que soulève cependant cette démarche est qu'il ne renonce pas à soulever des éléments qui ne sont rien d'autre que des aspects de la relation entre gouvernants et gouvernés. Or, une théorie « pure » doit renoncer à incorporer l'ensemble de ces éléments si elle doit demeurer fidèle à ses postulats. Tout le problème est alors que Kelsen n'est pas rationnellement *autorisé* à traiter les problèmes passionnants dont sa théorie esquisse pourtant, en filigrane, les contours.

Ainsi, il est ainsi symptomatique que le maître de Vienne n'exprime pas les questions relatives à l'obéissance ou la désobéissance comme des questions de rapports d'autorité entre ceux qui édictent les normes et ceux qui en sont les destinataires. Ses raisonnements mobilisent la figure du « sujet de droit » qui obéit (ou désobéit) « à la norme »²². Mais la simple formulation abstraite de la question ne suffit pas méthodologiquement à évacuer cette question politique qu'il décide de retenir dans son objet d'étude. De manière comparable, Kelsen essaie d'imposer une ligne de démarcation entre les « conflits d'intérêts », qui relèvent de facteurs *objectivement* constatables, et les conflits de valeurs qui relèvent de jugements

¹⁹ Il propose, non une théorie du « droit pur » de toute dimension politique, mais une « pure théorie » du droit positif : H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et société*, 1992, n° 22, 1992, p. 560. Il faut donc éviter de faire ici un faux procès à Kelsen.

²⁰ H. KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1934, vol. 41, p. 183.

²¹ *Ibid.*, p. 184 et 188.

²² *TPD*, p. 79, 124 ; *GTLS*, p. 39-40. L'individu réapparaît lorsqu'il s'agit de traiter, non du gouverné soumis au gouvernant, mais du contexte dépolitisé de la personne assurant une fonction au sein d'une structure bureaucratique : *TPD*, p. 159-160. L'individu peut alors prendre place sans mettre en péril la pureté de l'analyse. Mais gare à la pureté si le « sujet de droit » devient un *individu obéissant* aux règles édictées par d'autres individus.

subjectifs qui ne peuvent faire l'objet d'aucune connaissance objective²³. Cela permet, à ses yeux, de traiter la prétention idéologique de l'État à représenter l'intérêt général, car il est possible de dévoiler derrière cette prétention un conflit d'intérêts²⁴ – notion qu'il peut appréhender dans le cadre de la théorie pure – écartant le conflit latent de valeurs entre gouvernants et gouvernés²⁵. Ce simple choix sémantique ne suffit pas méthodologiquement à évacuer cette question politique fondamentale, car il faut mettre en lien cette considération avec d'autres problèmes soulevés ailleurs, tel celui de l'obéissance du « sujet de droit » à la norme qui n'est pas principalement motivée par la sanction. La difficulté à surmonter devient alors considérable car Kelsen ne peut empêcher ces divers éléments d'interagir les uns avec les autres. Par exemple, sans doute la prétention idéologique de l'État à représenter l'intérêt général joue-t-elle un rôle dans le fait que le même État n'a pas besoin de reposer sur la sanction dans chaque situation pour obtenir l'obéissance. Il apparaîtrait très clairement à nos yeux qu'il traite en réalité du rapport d'autorité entre gouvernants et gouvernés.

B. La fonction insaisissable de l'efficacité « en gros et en général » d'un ordre valide

Cela nous amène au principal point de tension de l'œuvre de Kelsen telle que nous la lisons. Le Maître de Vienne soutient, c'est sans doute l'une de ses thèses les plus radicales, que la validité intrasystémique est le mode d'« existence spécifique » de la norme²⁶. Or, il affirme par ailleurs qu'un ordre normatif n'est valide que s'il est *efficace* « en gros et de façon générale »²⁷. Voici le point névralgique de tout le système : d'un côté, la validité d'une norme comprise comme une caractéristique intrasystémique ne peut pas être la conséquence de son efficacité ; or, Kelsen affirme, de l'autre, que l'ordre juridique cesse d'être valide – cesse d'exister, donc – lorsqu'il perd son efficacité au-delà d'un certain point²⁸. Cherchant à tenir à distance tant l'analyse sociologique que la philosophie morale, l'enjeu pour sa conception de la science du droit est de comprendre le droit comme un ensemble de normes pouvant être connues et décrites comme le contenu objectif d'un ordre juridique (un contenu strictement relatif à cet ordre juridique). Il n'est donc pas question pour Kelsen de soutenir que les normes existent tels (ou dans) les faits, ni que la connaissance du droit repose sur sa qualité morale.

²³ H. KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », art. cité, p. 190-191 ; *GTLS*, p. 13.

²⁴ *GTLS*, p. 185 ; *TPD*, p. 115, p. 293-295 ; *id.*, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., p. 54.

²⁵ Cela est l'objet de ses travaux sur la démocratie – Kelsen soulève la question « ailleurs ». La théorie pure rend impossible le cumul des intuitions kelséniennes, car certaines de celles-ci n'ont pas vocation à valoir dans le champ de la modélisation de l'ordre juridique.

²⁶ *TPD*, p. 18 ; *GTLS*, p. 30.

²⁷ *TPD*, p. 95, p. 211 et s. ; *GTLS*, p. 119-122.

²⁸ *TPD*, p. 212-214.

D'une part, il définit la norme comme un « schème d'interprétation » qui permet de donner une *interprétation* normative – une signification juridique –, à des événements empiriques²⁹. La norme n'est donc pas elle-même un fait. D'autre part, la détermination de la conformité d'un événement (d'un comportement) à une norme relève d'un « jugement de valeur »³⁰. La norme ainsi comprise permet d'aspirer à un jugement de valeur objectif. En effet, Kelsen développe une conception de l'ordre juridique comme ordre « dynamique », c'est-à-dire dont les normes sont valides, non parce que leur *contenu* est conforme aux normes de degré supérieur (c'est ce qui le distingue de l'ordre normatif « statique » de la morale), mais parce que chacune a été *édictee* conformément à celles-ci³¹. Ainsi, reconnaître l'existence d'une norme valide, dans un ordre dynamique, c'est émettre un jugement de valeur d'après lequel la signification subjective du comportement d'un individu (donnée empirique) qui entend créer une norme, interprété au prisme des normes de degré supérieur utilisée comme schème d'interprétation, est également sa « signification objective » au regard de l'ordre juridique³². Kelsen peut donc proposer une conception de ce que peut signifier l'existence objective du droit compris comme un ensemble de normes dont on n'a pas besoin de poser la question de la validité morale.

Cependant, le problème demeure pour lui de savoir comment *garantir* l'objectivité des jugements de valeur. Plus spécifiquement, il est confronté au problème de la validité de la constitution (historiquement première) qui n'a pas été édictee conformément à une autre norme valide de l'ordre juridique. Il paraît donc impossible d'indiquer une norme de l'ordre juridique qui puisse servir de schéma d'interprétation pour accorder une signification juridique objective à l'acte constituant. Or, l'acte d'édiction d'une constitution se réduirait à la signification subjective de ceux qui ont pu l'imposer. Partant, la norme suprême elle-même ne pourrait plus servir de schéma d'interprétation pour les actes de création des normes inférieures (la loi, mettons), le problème se répétant pour l'ensemble des normes de degré inférieur. La validité, c'est-à-dire *l'existence*, de l'ordre juridique disparaîtrait pour n'être remplacé que par un ensemble d'actes de volonté. Kelsen soutient d'ailleurs clairement qu'il est tout à fait possible de refuser de voir dans le droit une réalité normative, et de n'y voir qu'un agrégat de relations de force³³. La solution, pour Kelsen, est de faire l'hypothèse logique d'une « norme fondamentale » – dont le contenu est « on doit se conduire comme la constitution le prévoit » – qui permet de fonder la validité de l'ordre, en reconnaissant la

²⁹ *TPD*, p. 12.

³⁰ *TPD*, p. 27-31 ; *GTLS*, p. 41-43, 48-49.

³¹ Voir *TPD*, p. 196.

³² *TPD*, p. 16.

³³ *GTLS*, p. 413. Ou, à défaut d'aller aussi loin, il est possible de refuser toute interprétation normative des faits, pour se limiter à une interprétation « sociologique » qui se contente de décrire les relations de force organisée entre acteurs juridiques : *TPD*, p. 221.

signification subjective des actes créateurs de normes (tant ceux de l'autorité constituante que ceux réalisés conformément à la constitution) comme leur signification objective également³⁴.

Cette hypothèse de la norme fondamentale constitue le point d'articulation crucial entre la validité et l'efficacité de l'ordre juridique. Certes, à première lecture, elle a simplement pour fonction d'assurer la clôture logique de la validité intrasystémique³⁵. La validité étant précisément l'existence de la norme, la norme fondamentale répond aux conditions de connaissance d'un ordre juridique qui existe de toute manière. Cependant, faire l'hypothèse de la norme fondamentale n'a de pertinence que pour un ordre de contrainte qui se trouve être, de fait, efficace « en gros et en général »³⁶. Kelsen est sans doute très maladroit lorsqu'il dit que l'ordre juridique qui cesse d'être efficace *perd* sa validité³⁷, car il ne postule une norme fondamentale que pour garantir la signification juridique d'un ordre dont il connaît *déjà* l'efficacité³⁸. Il ne part pas de l'ordre juridique pour interroger son efficacité, mais part de la reconnaissance de l'exercice d'un pouvoir *de facto* que la norme fondamentale convertit en un pouvoir *de jure*³⁹. Kelsen ne postule donc la norme fondamentale que dans des contextes dans lesquels la juridicité ne fait, en réalité, aucun doute – car le manque d'efficacité générale priverait autrement de toute pertinence l'hypothèse de la norme fondamentale⁴⁰. Les rouages de l'efficacité « en gros et en général », que d'autres situent dans le rapport de force entre gouvernants et gouvernés, sont rendus invisibles par le bouclage logique du schéma d'interprétation, qui se trouve en réalité sous-tendu par un raisonnement qui, de manière circulaire, conclut dans des directions opposées de la validité à l'efficacité – et *vice versa*.

Or, souvenons-nous que (i) Kelsen a déjà admis que, bien que le droit soit un ordre de contrainte, les sanctions prévues par les normes valides sous-tendent l'ordre juridique et n'expliquent pas la conformité des conduites dans l'écrasante

³⁴ TPD, p. 202-203. Nous n'entrons pas ici dans le statut de la norme fondamentale qui, à la différence des autres normes de l'ordre juridique, ne relève pas d'un acte de volonté mais d'un acte de connaissance.

³⁵ Il s'agit de pouvoir présenter l'ordre juridique étatique comme un « système harmonieux et clos » afin de garantir la possibilité de s'en servir comme schéma d'interprétation : H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 577.

³⁶ TPD, p. 215.

³⁷ TPD, p. 212.

³⁸ La norme fondamentale vise ainsi à couvrir le plus grand nombre possible de données sociales empiriques afin de leur conférer une signification juridique. Voir GTLS, p. 436-437. De manière intéressante, Kelsen parlait, dans l'un des premiers exposés en langue française de ses thèses, non de la seule norme comme schéma d'interprétation, mais de l'ordre juridique (étatique) dans son entier : H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 570.

³⁹ GTLS, p. 437.

⁴⁰ Hart qualifie pour cette raison de « doublon inutile » l'hypothèse kelsénienne : CL, p. 293 (n. p. 100 pt.3).

majorité des cas. (ii) Le voici à présent qui subordonne l'hypothèse de la norme fondamentale à l'existence d'une *situation sociale empirique* de domination, dans laquelle les actes de volonté des membres d'un groupe sont effectivement suivis par ceux d'un autre groupe. Il nous apparaît ainsi, à la suite d'une lecture attentive, que là où Kelsen souhaite parler de validité, d'efficacité et de sanctions, son propos véritable porte, d'une part, sur la stabilisation des rapports sociaux entre gouvernants et gouvernés – sans laquelle l'hypothèse de la norme fondamentale n'a simplement aucune pertinence –, et, d'autre part, sur l'obéissance spontanée des gouvernés aux normes – sans laquelle la normativité du droit serait remplacée par la question empirique de la crainte de l'acte de contrainte qui deviendrait la seule motivation de toute conduite conforme. Ces questions demeurent largement des angles morts de son système de pensée.

Il aurait été sans doute fertile de soutenir que les normes juridiques d'un ordre efficace, comprises comme les « jugements de valeur⁴¹ » plaqués sur la réalité empirique, exprimaient l'adhésion *de facto* des sujets de droit. Cela aurait permis d'insister sur le fait que l'efficacité de l'ordre « en gros et en général » est constituée, d'une manière ou d'une autre, par la coopération spontanée des sujets de droit avec les normes. Kelsen est cependant clair à ce sujet : la norme fondamentale est une hypothèse qui relève du champ cognitif de la science du droit et non du rapport pratique des acteurs à l'ordre juridique⁴². Ce n'est nullement l'hypothèse du particulier qui adopte pour valeurs personnelles les normes de l'ordre juridique auxquelles il se soumet⁴³.

Pour conclure cette première partie, nous insistons sur le fait que nous n'avons pas prétendu que Kelsen soit coupable d'avoir voulu dépolitiser le droit positif. Cette lecture entend montrer que bien qu'il ait souhaité exclure le rapport d'autorité entre gouvernants et gouvernés de son objet d'étude, conformément à la théorie pure, il *ne peut se défaire* de cette question qui refait irruption au détour de ses raisonnements sans qu'il ne soit autorisé à la nommer ni qu'il ait les moyens

⁴¹ TPD, p. 31 ; GTLS, p. 48-49.

⁴² Il se concentre sur l'activité cognitive de la science du droit qui émet à cet endroit un « jugement hypothétique » (H. KELSEN, « La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit », art. cité, p. 193-195) qui garantit, non l'adhésion, mais l'unité de la « connaissance normative » (*id.*, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », art. cité, p. 584).

⁴³ Il se pourrait que nous trouvions des pistes plus fertiles lorsqu'il soutient, à la fin de sa vie, que la norme fondamentale est une fiction pratique des acteurs de l'ordre juridique qui présupposent une norme d'une autorité imaginaire lorsqu'ils attribuent une signification juridique à des actes de coercition : H. KELSEN, « On the Pure Theory of Law », *Israel Law Review*, 1966, vol. 1, p. 6 ; *id.*, *Théorie générale des normes*, trad. fr. O. BEAUD et F. MALKANI, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1996 [posth.], p. 345. Elle n'est alors plus une hypothèse de la science du droit. Cependant, nous avons l'impression que ce n'est pas sans grande déformation que l'on pourrait interpréter cette évolution comme une prise en compte du soubassement autoritaire du droit – à savoir la coopération spontanée des gouvernés avec le droit édicté par les gouvernants. Il faudrait consacrer une étude à cette question spécifique.

de la traiter. Un constat s'impose alors : pas même les efforts de l'auteur de la *Reine Rechtslehre* ne parviennent à évincer efficacement le problème de l'autorité du droit d'une analyse de l'ordre juridique. Les ambiguïtés de la position de Kelsen sont cependant salvatrices. Le grand apport de cette lecture est, précisément, la révélation qu'il n'est pas possible d'évincer la question de la base interactionnelle de l'ordre juridique. Nous nous estimons dès lors libéré du projet kelsénien lui-même⁴⁴. Nous nous consacrerons alors dans ce qui suit à des auteurs qui saisissent à bras-le-corps le problème de la base interactionnelle de l'ordre juridique dans le cadre d'une conception positiviste du droit.

II.- Une conception interactionnelle du droit dans la pensée de John Austin

Partant du constat que nous venons de dresser, nous nous tournons à présent vers une autre tradition de pensée, fondée par le positiviste juridique du XIX^e siècle John Austin⁴⁵, qui place la relation d'autorité du gouvernant sur les gouvernés au cœur de sa conception de l'ordre juridique. Cette conception du droit et de la souveraineté a fait l'objet d'une critique célèbre, au milieu du XX^e siècle, par le juriste oxonien H. L. A. Hart⁴⁶. Elle n'est donc plus considérée en elle-même, aujourd'hui, comme une modélisation convaincante de l'ordre juridique. Cependant, nous émettons l'hypothèse que, bien que la distinction hartienne des règles primaires et secondaires apporte des corrections fondamentales (et nécessaires) au système d'Austin, la place centrale que le juriste d'Oxford continue d'accorder aux *bases sociales* de l'ordre juridique, notamment la relation entre gouvernants et gouvernés, montre que sa théorie du droit reste fortement influencée par son prédécesseur.

A. Le rapport entre souverain et sujets au fondement de l'ordre juridique

On retrouve chez John Austin l'association étroite de la force obligatoire du droit et de la sanction encourue en cas de désobéissance⁴⁷. Cependant, Austin ne parle pas de désobéissance abstraite à la norme, mais du « commandement du souverain », la règle juridique étant définie dans son système comme un type

⁴⁴ Nous expliquerons ailleurs pourquoi la tentative razienne pour surmonter les difficultés du projet kelsénien échoue également.

⁴⁵ À qui l'on doit, notamment, l'une des formulations canoniques de la tâche de la science du droit comme distinction du droit tel qu'il est et du droit tel qu'il devrait être : J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, C.U.P., 1995 [1832, 1885] [ci-après cité : *PJD*], Lecture V, p. 157 : « *The existence of law is one thing ; its merit or demerit is another* ». Comp. *passim*. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, *op. cit.*, (Préf.) p. 7-8.

⁴⁶ V. *infra*. *Le Concept de droit* (1961) s'ouvre sur une longue discussion critique de la thèse du droit comme commandement assorti de sanctions (chaps. 2-3) et de la souveraineté appuyée sur une habitude d'obéissance des sujets (chap. 4).

⁴⁷ *PJD*, I, p. 23.

spécifique de commandement assorti de sanctions émis par le souverain⁴⁸. Ce dernier (qui peut être une entité individuelle ou collective) est dans une relation de verticalité avec ses sujets⁴⁹. En effet, le souverain est identifié par le fait que l'écrasante majorité de la population a une « habitude d'obéissance » à ses commandements (souveraineté interne), et qu'il n'a lui-même aucune habitude d'obéissance envers autrui (souveraineté externe)⁵⁰. Il est ainsi le « supérieur commun⁵¹ » exerçant son autorité sur une « société politique indépendante⁵² ». La définition du droit emprunte donc les termes d'une relation entre gouvernants et gouvernés – la souveraineté étant comprise comme résultant d'une habitude d'obéissance et la règle juridique étant comprise comme un commandement émis par le gouvernant.

Nous trouvons ici une différence majeure avec Hans Kelsen pour lequel chaque acte de création du droit est *autorisé* par l'ordre juridique⁵³. L'existence de la norme – sa validité – dépend de l'habilitation de l'autorité créatrice de la norme et de la régularité de l'acte de création normative au regard de la norme supérieure. Une telle conception de la validité n'est pas envisageable dans une perspective austinienne qui se refuse à distinguer le pouvoir *de facto* et le pouvoir *de jure* du souverain⁵⁴, car sa capacité à imposer en fait sa volonté à un groupe qui veut bien s'y soumettre est constitutive de son pouvoir de dire le droit. On se pose ainsi seulement la question de savoir si une personne ou une entité collective est – ou

⁴⁸ *PJD*, I, p. 21-24. On constate à cet endroit l'influence de J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, Cambridge, C.U.P., 1988 [1776], (I, § 12, n. o) p. 41 ; *id.*, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon press, 1996 [1789], (concl. § 3) p. 302. La conception du souverain comme législateur et du droit positif comme volonté du souverain révèle, bien entendu, l'influence plus fondamentale de T. HOBBS, *Leviathan*, Oxford, O.U.P., (XXVI § 3-7), p. 176-177. Voir not. *PJD*, VI, p. 165.

⁴⁹ Ou de stricte « supériorité » : *PJD*, I, p. 29-30 ; VI, p. 285.

⁵⁰ *PJD*, VI, p. 166. De nouveau, comp. J. Bentham, *A Fragment on Government*, *op. cit.*, (I, § 10-12) p. 40 ; *id.*, *Of Laws in General*, Londres, The Athlone Press, 1970 [1782, manuscrit non-publié], (II, § 1) p. 18.

⁵¹ *PJD*, VI, p. 166.

⁵² Cette notion est ainsi le pendant logique du concept de souveraineté : *PJD*, V, p. 116-117. L'indépendance politique du groupe social correspond à leur soumission à un supérieur commun qui n'est, à son tour soumis à nul autre.

⁵³ *GTLS*, p. 31. Kelsen s'oppose expressément à Austin sur ce point. Hart s'oppose également à l'idée austinienne du droit comme commandement pour une raison très différente : cela ne permet pas de rendre compte de l'ordre juridique comme ensemble de règles si l'on adopte le point de vue des destinataires des règles qui n'orientent pas leurs conduites avec des règles de la même manière qu'avec des règles : *CL*, chap. 1 & 2. Hart s'oppose cependant à Kelsen sur l'idée que la validité soit le mode d'existence spécifique de la norme : note *infra*.

⁵⁴ *PJD*, VI, p. 282. On trouve une trace de cette idée dans la conception hartienne de la « règle de reconnaissance » qui définit les critères de validité intrasystémique de toutes les règles de l'ordre juridique, mais qui n'est pas analysable comme valide ni comme non-valide : *CL*, p. 109. Elle existe comme forme de pratique sociale complexe des acteurs de l'ordre juridique.

n'est pas – souveraine dans une société politique indépendante. On ne saurait donc concevoir aucune forme de limite juridique du pouvoir du souverain⁵⁵.

Un normativiste chagrin objecterait nul doute que, quand bien même on analyserait la norme juridique comme un commandement, celui-ci ne peut compter comme juridique aux yeux de ses destinataires – ne peut avoir la valeur d'une norme juridique – que dès lors qu'il est autorisé⁵⁶. L'idée même de juridicité présupposerait celle de validité intrasystémique. Si cela est sans doute exact pour ce qui concerne un examen formel, l'analyse d'Austin a néanmoins pour vertu de nous rendre attentif au fait qu'un groupe dominé ne trouvera aucun secours dans le formalisme du droit si ceux qui disposent du pouvoir de gouverner sont simplement en mesure d'imposer des mesures officielles qui leur paraissent abusives. Cela a des implications particulièrement graves, notamment, concernant les droits que l'on appelle volontiers « fondamentaux ». Ils ne constituent une forme de protection que dès lors que l'on se situe *déjà* dans un contexte de modération dans l'exercice du pouvoir (qui respecte spontanément ces droits fondamentaux ainsi que les décisions de justice qui s'y rapportent). Elles ne se révéleront être qu'une protection de papier dans les contextes où le groupe dominant souhaite et parvient à s'affranchir de telles limites dans l'édiction de mesures portant le sceau officiel de l'État souverain. Ce contexte de modération dans l'exercice du pouvoir, qui seul protège les individus, ne résulte pas d'une concession vertueuse des gouvernants, mais – pourrait-on sans doute dire – de la nature de la relation qui s'instaure sur plusieurs générations, dans une société libre, entre gouvernants et gouvernés.

B. Un peu de lucidité sur l'État de droit

Il est intéressant de noter que Kelsen rejette également toute idée d'autolimitation du pouvoir de l'État. Tout part de la conception de l'acte valide comme acte habilité par l'ordre juridique. À la différence du souverain d'Austin, l'État du maître de Vienne n'est pas créateur du droit, mais personnification de l'ordre juridique qui encadre la création des normes juridiques⁵⁷. Il n'y a dans cette perspective aucune dualité entre l'État et le droit⁵⁸. L'acte valide et l'acte imputable à l'État sont une et même chose. La notion d'« État de droit » n'est alors rien de

⁵⁵ *PJD*, VI, p. 212 : « *Supreme power limited by positive law is a flat contradiction in terms* ». Il semble prendre ses distances à cet endroit vis-à-vis de Bentham qui admet l'idée d'une existence par degrés de l'habitude générale d'obéissance, ce qui a pour conséquence la possibilité de l'existence par degrés (et donc d'une limitation) du pouvoir de gouverner : J. Bentham, *A Fragment on Government*, *op. cit.*, (I § 13) p. 42.

⁵⁶ *GTLS*, p. 31.

⁵⁷ C'est toute la particularité du droit que d'encadrer sa *propre* création : *GTLS*, p. 39 ; *TPD*, p. 78.

⁵⁸ *TPD*, p. 309.

plus qu'un « pléonasme »⁵⁹. En effet, la question de savoir si on a affaire à un acte juridique (pourvu de signification objective) ou à un simple acte matériel (seulement pourvu d'une signification subjective) dépend de la question de savoir si l'acte de celui qui prétend agir au nom de l'État agit d'une manière encadrée par la norme qui habilite l'exercice de ce pouvoir. Ainsi, l'idée même d'une norme valide contraire aux normes supérieures serait une « contradiction *in adjecto* »⁶⁰. Tout l'édifice juridique s'effondrerait s'il était impossible de déterminer *quel* acte matériel avait une signification objective au regard de la norme supérieure prise comme schéma d'interprétation⁶¹. Ce problème implique l'existence d'une forme de contrôle de régularité (dont la plus efficace est un contrôle juridictionnel) de l'exercice d'une compétence sans lequel l'idée même d'habilitation, et partant, de création normative valide, s'en trouverait évidée⁶². Il y a ici un point de tension. Malgré la radicalité de son rejet du caractère tautologique de « l'État de droit », la pensée de Kelsen reste une théorie de l'État de droit et la notion de contrôle de régularité garde une place centrale dans son analyse⁶³. L'idée d'autolimitation de l'État est peut-être creuse, certes, mais chacun des actes *des organes et des agents* n'est imputable à l'État que s'il est régulé par le droit et soumis à un contrôle de régularité⁶⁴.

Il nous semble ainsi que la théorie de Kelsen repose sur deux ambiguïtés. La première tient au fait que la question de l'autorité est révélée, en partie, à la lumière de l'ambivalence du rôle de la force comme moyen à la disposition de l'État. Or,

⁵⁹ *TPD*, p. 304. Kelsen, soutenant l'identité de l'État et du droit, est amené à rejeter la possibilité d'une autolimitation du pouvoir de l'État. Cette position n'est pas à confondre avec l'idée d'Austin qui distingue un souverain juridiquement illimité et le droit qu'il édicte.

⁶⁰ *TPD*, p. 264.

⁶¹ Or, il admet lui-même que des normes contraires aux normes supérieures peuvent survivre ou échapper au contrôle de constitutionnalité : *TPD*, p. 265. Prolongeant et corrigeant l'analyse kelsénienne, Michel Troper note fort justement que la décision du juge ne constate pas la régularité de l'acte, mais détermine directement, par son acte d'interprétation authentique, la signification de la norme dont il prétend faire application. Voir, not., M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » [1974], *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., 1994.

⁶² Le problème de la régularité est au cœur de sa théorie de l'État, et ce depuis ses premiers développements : H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, not. p. 198-201. C'est dans un texte de la même époque que Kelsen établit un lien direct entre le contrôle de régularité dans l'acte d'exécution de la norme générale et l'idéal démocratique qui porte sur la légitimation de la norme générale elle-même : *id.*, *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2004 [1929], p. 86-88.

⁶³ Comme dans celle des droits et libertés « constitutionnellement garantis » qui ne sont des droits subjectifs véritables que s'ils s'accompagnent du pouvoir procédural de déclencher l'action qui peut aboutir à l'annulation de l'acte : *TPD*, p. 148.

⁶⁴ Cela amène Kelsen dans des analyses circulaires : en l'absence d'une procédure permettant le contrôle de régularité de la loi par un organe tiers, le législateur « contrôlerait » lui-même la conformité de ses propres actes à la constitution, en exprimant sa décision de conformité par le simple fait qu'il édicte une loi... *TPD*, p. 268.

Kelsen a nul doute perçu, pour citer Kojève, qu'« une *théorie* de l'État (par opposition à la *pratique*) [doit faire] abstraction de la "force" »⁶⁵. Souhaitant garantir la pureté de son objet d'étude, la question de l'autorité du droit s'efface derrière celle de la validité de l'ordre juridique. L'idée que la légitimité de l'État doit s'appuyer, du moins sur le plan théorique, sur autre chose que le recours à la force, est remplacée par l'idée que les actes de l'État sont ceux d'agents autorisés. Mais alors, Kelsen ne peut échapper au fait que, malgré tous ses efforts de démythification de l'idéologie de l'État *auto-limité*, il donne, en dernière analyse, une lecture nouvelle de l'idée d'État de droit qui n'est pas moralement neutre⁶⁶. Dès lors que l'on accepte l'identité conceptuelle de l'État et du droit, le recours à la violence ne peut être autorisé que s'il est *régulièrement* imputable à l'État. Or, cela n'est nullement observable dans les faits : la clôture logique du schème d'interprétation par la norme fondamentale doit tolérer un grand nombre de pratiques étatiques irrégulières. Ou bien l'hypothèse ne s'applique, en réalité, à aucun ordre juridique connu ; ou alors, c'est notre point de vue, Kelsen propose sous couvert de rigueur conceptuelle une idéologie de l'État de droit.

Le Maître de Vienne explicite ainsi les raisons que peuvent invoquer les gouvernants pour justifier leur pouvoir, ou celles que peuvent avoir les gouvernés de se soumettre spontanément au pouvoir des gouvernants, dans un État qui s'astreint à observer, en gros et en général, les formes de la légalité⁶⁷. Il passe ainsi à côté de l'essentiel de ce dont l'analyse d'Austin permet de prendre conscience : l'interaction entre gouvernants et gouvernés que l'on trouve à la base de l'ordre juridique qui, à nos yeux, est la seule source réelle de toute limitation du pouvoir de l'État.

C. Faiblesse structurelle de la position du souverain dépendant de « l'habitude d'obéissance » de ses sujets

Austin n'a pas perdu de vue le problème de la protection de la liberté. Cependant, il ne prétend pas trouver de remède dans de quelconques mécanismes

⁶⁵ A. KOJÈVE, *La notion de l'autorité*, *op. cit.*, p. 137 (nous soulignons).

⁶⁶ À la différence, en réalité, de Joseph Raz qui développe une conception purement formelle du *rule of law* : tout ce qui relève du fonctionnement régulier des institutions relève du droit valide, ou, ne relevant pas du fonctionnement régulier des institutions, n'appartient pas à la sphère des règles juridiques valides. J. RAZ, « The Rule of Law and Its Virtues » [1977], *The Authority of Law*, Oxford, O.U.P., 2^e éd., 2009, p. 212-214. Cela ne rend pas moralement neutre la question de la régularité formelle, essentielle à l'autonomie de l'individu, mais permet de rejeter les autres idéaux périphériques (la forme démocratique du gouvernement, la garantie des droits individuels, etc.) comme extérieurs à la question de la forme régulière de l'exercice du pouvoir et du recours à la contrainte juridique. *Ibid.*, p. 224-226.

⁶⁷ Il y a ici un grand pas en arrière par rapport à Weber qui ne se contente pas d'analyser l'efficacité réelle des ordres juridiques (ce en quoi consisterait le rôle du sociologue selon Kelsen), mais rend explicitement compte de l'importance de la régularité formelle dans la *production* du consentement au sein des sociétés modernes. M. WEBER, *La domination*, trad. I. KALINOWSKI, Paris, La découverte, 2013, p. 60 sq.

juridiques – dont le souverain conserve, à ses yeux, la pleine maîtrise. Refusant de distinguer la souveraineté *de facto* et *de jure*, la question qui se pose selon John Austin est celle de l'existence, ou non, d'une habitude d'obéissance envers un supérieur commun. Or, en proposant une caractérisation tout en verticalité de la *force* du droit, il rend compte, de manière subtile à nos yeux, de la fragilité potentielle de son *autorité*.

On peut être surpris de constater une faiblesse structurelle de la position du souverain dont l'autorité repose tout entier, non sur le fait qu'il peut faire usage de la force, mais sur le fait que les destinataires de ses commandements ont l'habitude de lui obéir⁶⁸. Aussi son autorité se dissout-elle avec la disparition de cette habitude d'obéissance⁶⁹. Une fois analysée la structure de l'ordre juridique en termes de commandements du souverain, le problème véritable est celui de comprendre sur quoi repose cette habitude d'obéissance. Ainsi, malgré l'association étroite entre la force obligatoire du droit et de la sanction, Austin écrit que l'habitude d'obéissance au fondement de l'ordre juridique ne peut pas être obtenue par la contrainte, mais s'appuie sur le « consentement » des sujets à leur domination⁷⁰. Or, ce n'est que dans une société exceptionnelle composée de citoyens éclairés que ce consentement résulterait d'une évaluation critique, par une majorité d'individus, des actes et des vertus du gouvernement établi (au regard du principe d'utilité)⁷¹. Dans les sociétés réelles, c'est sur le règne de l'opinion et de l'usage que s'appuie l'habitude d'obéissance, et, plus fondamentalement, sur l'attachement à la garantie de sécurité qu'offre un gouvernement en place, même très critiquable, par rapport au risque d'instabilité et d'anarchie qui accompagne nécessairement tout bouleversement politique⁷². Nous voyons donc qu'Austin reconnaît explicitement l'existence, cruciale à nos yeux, de deux éléments qu'il introduit dans son système afin de les maintenir en tension : (1) le lien de dépendance structurel du gouvernant vis-à-vis des gouvernés, ainsi que (2) l'attachement au *statu quo* de ceux dont l'habitude d'obéissance est au fondement de l'autorité de création des règles juridiques. En d'autres termes, dès lors qu'un souverain parvient à asseoir son autorité sur un peuple, on assiste à son bénéfice au développement d'une grande inertie.

⁶⁸ Nous retrouvons là, bien entendu, la question de la servitude volontaire qui est exposée par David HUME dans son essai « Of the First Principles of Government » [1741], *Selected Essays*, O.U.P., 1998, p. 24-25.

⁶⁹ *PJD*, VI, p. 249, 283. Austin est donc amené à se poser la question de savoir à quel moment, à la suite d'épisodes de rupture politique, une personne (individuelle ou collective) cesse d'être le souverain d'une société politique indépendante, et à quel moment on peut estimer que l'on assiste à l'avènement d'un souverain nouveau. La réponse repose, dans son analyse, sur les fluctuations et la reformation du fait de l'habitude d'obéissance chez la majorité des sujets : *PJD*, VI, p. 175-177.

⁷⁰ *PJD*, VI, p. 248.

⁷¹ *PJD*, VI, p. 242-243.

⁷² *PJD*, VI, p. 244-250.

Si le souverain comprend les bases réelles de sa capacité à édicter des règles efficaces, ce n'est pas la sanction qui devra occuper son esprit mais le maintien de la *force d'inertie* dont il est le bénéficiaire. Le danger se situe, non pas dans la résistance isolée d'un individu ou d'un groupe minoritaire, mais dans l'émergence au sein de la majorité d'un ensemble d'« opinions uniformes » de désapprobation du gouvernement établi⁷³. Le souverain devra donc être attentif aux valeurs auxquelles ses sujets sont attachés, qu'il ne pourra violer qu'au risque de provoquer une résistance massive – voire une dissolution progressive de l'habitude d'obéissance de ses sujets qui est l'assise réelle de son pouvoir⁷⁴. Or, c'est ainsi qu'Austin identifie, de manière convaincante à nos yeux, les ressorts réels de la modération dans l'exercice du pouvoir : quand bien même le souverain serait juridiquement illimité, les principes de morale institutionnelle et politique, si un peuple leur voue un fort attachement, constituent un frein très important à l'exercice du pouvoir⁷⁵. Aussi les droits et libertés sont-ils toujours *juridiquement* révocables par le souverain illimité et ne sont donc jamais acquis⁷⁶. Ils ne reposent que sur l'attachement réel que lui voue le groupe social. Une garantie juridique des droits et libertés ne peut donc pallier une dégradation des mœurs politiques d'un peuple qui ne leur serait plus attaché.

Pour conclure ces développements consacrés à Austin, nous insisterons sur le fait que son propos est d'une grande ambiguïté dans son refus de distinguer la souveraineté *de facto* et *de jure*. L'intégralité du phénomène juridique semble simplement réduite par endroits à un ensemble de rapports politiques. Sans correction majeure, les thèses de *The Province of Jurisprudence Determined* n'emportent donc pas conviction. Elles ne permettent pas de saisir la nature spécifique de la domination juridique qu'Austin prétend lui-même analyser. En effet, quand bien même il existerait une institution suprême capable de s'imposer à d'autres, il faudrait identifier la source ultime de légitimité dont elle peut se revendiquer parce qu'elle la trouve en dehors d'elle-même – l'*autre* représenté au nom duquel cette institution décide en dernier ressort⁷⁷. Pour cette raison, il n'apparaît pas toujours clairement, chez Austin, si le fait d'édicter une règle de droit ne revient pas simplement à imposer un rapport de force brut. Comme pour Kelsen, cependant, nous retirons des éléments salutaires de la lecture de son

⁷³ *PJD*, VI, p. 263.

⁷⁴ *PJD*, VI, p. 263.

⁷⁵ *PJD*, VI, p. 223. Austin reprend à son compte la distinction qu'établit Bentham entre l'« inconstitutionnalité », pour les cas de violation de tels principes, et l'« illégalité » strictement comprise : *PJD*, VI, p. 214-215 ; J. BENTHAM, *Of Laws in General*, *op. cit.*, (I § 8) p. 16.

⁷⁶ Austin suit donc Bentham dans l'idée qu'un droit subjectif *positif* est essentiellement révocable de la même manière (juridique) qu'il a été adopté : J. BENTHAM, « Anarchical Fallacies », *Works of Jeremy Bentham*, Vol. II, éd. Bowring, Edimbourg, William Tait, 1843, (Art. II) p. 501 et s.

⁷⁷ Austin confond donc deux significations – politique et juridique – du concept de souveraineté pour analyser la position institutionnelle de la *Queen-in-Parliament* : A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, 10^e éd., 1959, p. 27.

œuvre. Nous ne renoncerons plus à présent à l'intuition d'après laquelle le souverain occupe, non seulement une position suprême, mais également une position de dépendance. Si Austin ne rend pas compte de l'élément proprement juridique, il nous met sur la bonne voie pour rendre compte du problème de l'autorité du droit car les ambiguïtés de sa position peuvent être corrigées.

III.- L'apport de Hart. Repenser la base interactionnelle de l'ordre juridique au prisme des règles

Nous nous tournons enfin vers le juriste oxonien H. L. A. Hart qui fut contemporain de Hans Kelsen et l'un des principaux représentants du positivisme anglo-américain du ^{xx}^e siècle, renouvelant – et transformant – la tradition fondée par Austin et Bentham. L'enjeu pour Hart est de rendre compte adéquatement de la place des *règles* dans l'ordre juridique qu'Austin réduit aux faits sociaux (de commandements habituellement obéis), tout en résistant à Kelsen qui écarte les rapports sociaux de son analyse au profit des seules normes valides.

A. Comprendre les bases sociales de l'ordre juridique

Dès son premier commentaire d'Austin, Hart pose l'idée, encore à l'état d'ébauche, que le droit est « un système de règles au sein d'autres règles » (*rules within rules*). Il faut alors substituer, au problème austinien de l'habitude d'obéissance à un supérieur, celui de l'« acceptation générale » des règles fondamentales qui précisent comment des règles nouvelles peuvent apparaître dans l'ordre juridique⁷⁸. Hart prend conscience qu'il est impossible de rendre compte de l'existence d'une autorité proprement juridique à partir d'une simple situation de domination de fait. Aussi faut-il introduire dans son modèle général des règles conférant des pouvoirs (*power-conferring rules*) pour rendre compte de l'existence du pouvoir *normatif* institutionnalisé du titulaire de l'autorité juridique⁷⁹. D'une part, il démontre que l'individu qui fait usage d'une règle n'oriente et n'évalue pas sa conduite de la même manière qu'un individu soumis à un commandement⁸⁰. Pour le saisir, il faut chercher à comprendre le « point de vue interne » des acteurs engagés dans les pratiques qu'il s'agit d'analyser⁸¹. D'autre part, il établit une distinction entre les règles « primaires » qui ont pour fonction

⁷⁸ H. L. A. HART, « Introduction », in J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1954, p. xii-xiii. V. ég. *id.*, « Positivism and the Separation of Law and Morals » [1957], *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 59 ; *CL*, p. 60-61, 108.

⁷⁹ Le point de départ de l'analyse de Hart est que le droit peut avoir d'autres fonctions que celles de guider directement les conduites par la contrainte. Il permet, notamment, aux hommes d'exercer des *pouvoirs* (privés comme publics), ce qui leur permet notamment d'organiser leur existence : *CL*, p. 27-34.

⁸⁰ *CL*, p. 27-34.

⁸¹ *CL*, p. 55-57.

d'orienter directement les conduites des individus, et les règles « secondaires » qui confèrent des pouvoirs⁸². Ceci l'amène à la conclusion qu'un pouvoir institutionnalisé ne peut être compris que comme un agencement particulier de règles remplissant diverses fonctions. À l'idée d'« obéissance générale » à un supérieur commun, Hart substitue ainsi celle d'une « *acceptation* générale » des règles fondamentales de l'ordre juridique⁸³. Voici le pas décisif franchi dans sa critique des thèses d'Austin.

Or, son analyse conserve l'empreinte essentielle de son prédécesseur. Il refuse tout d'abord, *contra Kelsen*, d'analyser le fondement de l'ordre juridique comme une hypothèse ou un postulat permettant de clore logiquement le schème d'interprétation de la réalité empirique⁸⁴, car il s'agit de résister au « divorce » que cela crée inévitablement entre les faits sociaux qui constituent l'ordre juridique et le système de validité⁸⁵. Parmi les règles secondaires, Hart met en avant une règle maîtresse, la « règle de reconnaissance », dont la fonction est d'identifier les sources du droit de l'ordre juridique, c'est-à-dire les critères de validité à l'aune desquels les acteurs juridiques reconnaissent l'appartenance d'une règle à l'ordre juridique. Il soutient que la règle de reconnaissance n'est pas une règle postulée ou hypothétique ; elle n'est elle-même ni valide ni non-valide⁸⁶. Il s'agit, dans l'analyse hartienne, d'une *règle sociale* qui existe *de facto* dans la pratique institutionnelle massivement partagée des divers acteurs participant à l'édiction et au maintien du droit. Tout l'édifice repose ainsi sur ce concept de « règle sociale » qui permet à Hart, par une démarche herméneutique⁸⁷, de concevoir de manière crédible l'émergence, dans la pratique sociale, de règles dotées de signification normative pour les acteurs qui sont engagés dedans. Ces pratiques sont à *comprendre* du « point de vue interne » des participants qui adoptent à l'égard des régularités de comportement au sein de leur groupe, non une observance irréfléchie ou

⁸² CL, p. 94-99. Nous laissons de côté ici la question de savoir s'il n'y a pas une tension entre le caractère « parasitaire » (ou de « second ordre ») des règles secondaires et le fait qu'elles confèrent des pouvoirs. Hart introduit les deux dimensions côte-à-côte : CL, p. 81. On pourra utilement se reporter au traitement qu'en propose G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », p. 213-216.

⁸³ H.L.A. HART, « Introduction », art. cité, p. xii-xiii ; *id.*, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 59 ; CL, p. 60-61, 108.

⁸⁴ CL, p. 108.

⁸⁵ H. L. A. HART, « Legal and Moral Obligation », in A. I. MELDEN (dir.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1958, p. 89. Kelsen est expressément visé.

⁸⁶ CL, p. 109. Il s'agit d'une règle sociale conventionnelle : CL, p. 256. Il rejette ici la thèse kelsénienne de la validité comme mode d'existence spécifique de la norme.

⁸⁷ Le concept de règle sociale constitue ainsi le point de pénétration, dans la philosophie juridique anglo-américaine, de la méthode « herméneutique ». Hart emploie lui-même le terme : « Introduction », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, 1983, p. 14. Pour un exemple de présentation de sa démarche par un ancien doctorant qui deviendra une autorité dans le domaine de l'herméneutique wittgensteinienne : P. M. S. HACKER, « Hart's Philosophy of Law », in P. M. S. HACKER et J. Raz (dir.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 9-12.

automatique, mais une « attitude critique réflexive »⁸⁸. C'est à cet endroit que nous trouvons une évolution particulièrement intéressante de certaines pistes proposées par Austin.

En effet, le problème est celui de savoir comment se distribue l'« acceptation générale », dans l'espace social, des règles fondamentales de l'ordre juridique. La question est plus spécifiquement celle de savoir quelles sont les bases sociales de la règle de reconnaissance en tant que règle sociale⁸⁹. Hart fait ici preuve de finesse. (I) Dans le cas central de l'existence d'un ordre juridique, c'est-à-dire un ordre juridique présentant des conditions ordinaires de stabilité et de pérennité, (i) il est nécessaire qu'il y ait au moins une acceptation partagée (des critères) de la règle de reconnaissance de la part des autorités juridiques pour identifier les règles valides de l'ordre juridique. (ii) Les simples particuliers pourront également y adhérer à titre personnel. En revanche, qu'ils obéissent généralement aux règles primaires de l'ordre juridique qui sont valides conformément aux règles secondaires. Ils adhèrent alors, au moins *indirectement* (sans pouvoir toujours l'explicitement), à la règle de reconnaissance. (II) Dans des cas extrêmes, cependant, les divers éléments que l'on rencontre dans les circonstances ordinaires de l'existence d'un ordre juridique peuvent se désagréger. (i') Il se peut, dans des situations de guerre civile, de révolution ou d'occupation étrangère, que l'acceptation partagée par les autorités de la règle de reconnaissance (et des règles secondaires plus généralement) vienne à s'effondrer. Voilà une première raison d'instabilité des ordres juridiques. (ii') Il se peut également que les rapports entre gouvernants et gouvernés se détériorent à tel point qu'il n'y ait plus d'acceptation générale ou spontanée des règles (primaires) valides du système. Le point de vue interne se limite alors à celui des pouvoirs publics. Mais alors, les particuliers n'obéiront aux règles juridiques que par crainte de la sanction qui deviendra le principal motif d'obéissance. Cela implique le risque d'une désobéissance massive des particuliers toutes les fois qu'ils entrevoient la possibilité que leur désobéissance reste impunie⁹⁰. Cela constitue une seconde forme d'instabilité majeure de l'ordre juridique.

B. Mettre en tension l'obéissance et la liberté des gouvernés

À nos yeux, la supériorité de l'analyse hartienne sur le normativisme kelsénien provient ainsi précisément de ce qu'il est en mesure de conserver l'intuition d'Austin, en y apportant les corrections nécessaires, de la dépendance structurelle

⁸⁸ *CL*, p. 55-57. Raz émet une critique résolue de la démarche hartienne sur ce point : J. RAZ, *Practical Theory and Norms*, Oxford, O.U.P., 1975, 2^e éd. 1990, p. 51 *sq.* Sur cette question : G. BLIGH, « Vaudeville intergénérationnel : Raz, Kelsen, Hart », art. cité, p. 89.

⁸⁹ En d'autres termes, quelles sont les personnes dont la pratique est nécessaire à l'émergence, le maintien et la détermination de son contenu ?

⁹⁰ *CL*, p. 112-118.

de tout gouvernement de la coopération spontanée d'une portion suffisante des gouvernés. En effet, ce n'est que dans le cas d'une grande détérioration du contexte politique que la sanction devient le motif principal d'obéissance au droit. L'ordre juridique se maintient alors au prix de la terreur et de l'exercice de la force brute⁹¹ – et ce, au prix d'une grande instabilité. Le contexte ordinaire de l'existence d'un ordre juridique est celui dans lequel les particuliers acceptent pour leur propre compte les règles de l'ordre juridique et les appliquent à leur situation, sans se soucier dans chaque cas de la possibilité de la sanction. Cela découle au demeurant de la manière de légiférer par disposition générale qui suppose que les destinataires de la règle ne seront pas directement dirigés dans leur conduite par des actes de contrainte, mais se guideront eux-mêmes à l'aune des règles⁹². Dans cette perspective, la sanction n'est pas simplement la punition ponctuelle de ceux qui enfreignent les règles, mais soutient l'initiative d'obéissance de la majorité des gouvernés : elle prémunit ceux qui se soumettent spontanément aux règles communes contre les passagers clandestins qui souhaiteraient bénéficier des avantages de la soumission de la majorité (l'ordre public, la sécurité juridique, etc.), tout en souhaitant échapper pour leur part aux mêmes règles – c'est-à-dire refuser d'obéir en retour⁹³. La sanction révèle sa faiblesse dans les contextes où elle ne devient qu'un attribut de la règle et non le soutien de la relation d'autorité. Le rapport est donc inversé par rapport à l'approche de Kelsen qui part de la sanction comme élément essentiel de l'obligation juridique, et qui ne note qu'*en passant* qu'elle ne trouve pas à s'appliquer dans chaque cas. Dépassant cette difficulté, Hart est en mesure de proposer une explication de l'autorité du droit – quelle que soit l'insuffisance de son explication.

Le grand apport du juriste d'Oxford par rapport à Austin – qui plaçait également la relation d'autorité au cœur de l'analyse – est d'avoir reconnu que les règles de l'ordre juridique n'ont pas seulement une fonction d'encadrement des conduites, mais remplissent une fonction de *médiation* de l'interaction entre les gouvernants et les gouvernés. En effet, Hart mobilise le thème austinien de la force d'inertie qui bénéficie en règle générale au gouvernant. En effet, une classe dirigeante n'a nullement besoin de l'adhésion de l'ensemble de la population mais seulement d'une portion suffisante, ce qui peut permettre de mener une action répressive auprès d'une partie considérable de la population qui n'adhère peut-être pas, pour sa part, aux règles de l'ordre juridique⁹⁴. La capacité de domination juridique est ainsi le résultat d'un équilibre entre l'adhésion spontanée des uns aux règles de l'ordre juridique permettant de surmonter la résistance des autres. Or, si l'on peut entrevoir la possibilité d'une dissolution de l'autorité du droit (et partant,

⁹¹ *CL*, p. 117.

⁹² *CL*, p. 21-22, 207.

⁹³ *CL*, p. 198.

⁹⁴ *CL*, p. 201-202.

d'une perte de stabilité de l'ordre juridique) dans des cas extrêmes, les individus ont toutes les raisons de coopérer spontanément avec l'autorité juridique, préférant voir garantis l'ordre et la sécurité⁹⁵.

C'est pour cette raison, nul doute, que Hart insiste sur le fait que l'individu moralement responsable confronté à une règle juridique inique n'a, le plus souvent, pas d'autre choix que celui de devoir décider pour lui-même de devoir désobéir – et ainsi de braver la sanction⁹⁶. Aussi Hart ne propose-t-il aucune philosophie des droits subjectifs moraux ou fondamentaux dans son œuvre⁹⁷. Il réhabilite l'importante distinction, mise en lumière par Austin et Bentham, entre morale « positive », qui correspond aux règles morales effectivement partagées au sein d'un groupe social, et morale « critique »⁹⁸. Celle-ci n'est pas à comprendre comme un ensemble de règles de comportement moralement justifiées ou idéales⁹⁹. Elle constitue plutôt un ensemble de principes à mobiliser dans l'évaluation et la critique rationnelles des institutions sociales (son droit et sa morale positifs) afin d'exposer les présupposés et les contradictions sur lesquelles reposent les prescriptions qu'émettent de telles institutions¹⁰⁰. C'est seulement la vigilance du corps citoyen qui, soumettant sa classe dirigeante à une surveillance constante en exigeant qu'elle rende des comptes, permet de maintenir la liberté du corps en imposant un climat de modération dans l'exercice du pouvoir. La morale critique est l'outil dont disposent les gouvernés¹⁰¹.

⁹⁵ Cela ressort de son analyse du « contenu minimum du droit naturel » : *CL*, p. 193 ; *id.*, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 79-80. Il existe des règles morales que l'on retrouvera dans tout ordre juridique caractérisé par un niveau ordinaire de stabilité, dont notamment la garantie de la sécurité des personnes, de la propriété et des promesses. Il est *concevable* que de telles règles morales ne soient pas reprises par les règles juridiques (ce n'est qu'une intersection empirique et non analytique – en cela Hart est un positiviste), mais ce sera le cas dans le cas central d'un ordre juridique stable et pérenne, c'est-à-dire celui dont nous savons, par ailleurs, qu'il est caractérisé par un certain degré de coopération spontanée des particuliers avec les règles positives de l'ordre juridique. Hart n'établit pas explicitement ce rapprochement.

⁹⁶ H. L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 73.

⁹⁷ Problème que nous soulevons dans : G. BLIGH, « Un libéralisme sans les droits naturels. La philosophie politique de H.L.A. Hart », in H. L. A. HART, *Le droit, la liberté et la morale – suivi de La moralité du droit pénal*, trad. fr. G. BLIGH, Paris, Classiques Garnier, 2021, p. 154-159.

⁹⁸ H. L. A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford, O.U.P., 1963, p. vii, p. 17-20 ; *id.*, *The Morality of the Criminal Law*, Oxford, O.U.P., 1965, p. 37 ; *id.*, « Introduction » [in Austin, *PJD*], art. cité, p. x-xi.

⁹⁹ Contrairement à ce que soutiennent L. GREEN, « Should Law Improve Morality ? », *Criminal Law and Philosophy*, 2013, vol. 7, p. 476 ; ou J. FINNIS, « Hart as Political Philosopher », *Collected Works*, Vol. IV, Oxford, OUP, 2011, p. 271.

¹⁰⁰ V. en ce sens : N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford, Stanford UP, 2008, 2^e éd., p. 67 ; M. CARPENTIER, « Positivism analytique et positivisme normatif dans *Law, Liberty, and Morality* », *Droit & Philosophie*, 2014, vol. 6, p. 53. Parmi ces principes de morale critique, on trouve dans la pensée de Hart entre autres le principe de non-nuisance de Mill, le principe d'utilité, mais également des « principes de justice et d'équité ». Voir G. BLIGH, « Un libéralisme sans les droits naturels. La philosophie politique de H.L.A. Hart », art. cité, p. 200-205, p. 251-271.

¹⁰¹ Il s'agit, à proprement parler, de pouvoir réserver rationnellement son obéissance, ou menacer rationnellement de désobéir.

Hart n'est pas explicite sur cette question. (i) Si le pouvoir des gouvernants repose sur la coopération spontanée d'une majorité de citoyens, il faut veiller à ne pas bousculer la morale *positive* (seulement) de ce groupe. Il ne s'agit nullement de soutenir que l'autorité d'une classe dirigeante soit justifiée, du point de vue de la morale *critique*, du simple fait que les gouvernants se maintiennent au pouvoir de manière stable. Hart souligne ainsi que la coopération spontanée de la majorité permet la répression systématique d'un groupe minoritaire. (ii) Cependant, là où il n'y a pas de persécution systématique, il ne s'agit pas pour autant de conclure au triomphe de la morale critique. En effet, une société jouit principalement d'une marge de liberté parce qu'il existe un attachement viscéral du groupe à des valeurs qui font partie de sa morale positive et qui sous-tendent cette liberté. C'est cette morale positive qui structure la réponse de masse d'un groupe qui, du fait de son histoire et de ses traditions politiques, jouit de cette liberté qu'il n'a qu'à entretenir. Si la liberté d'un peuple permet sans doute un usage plus répandu de la morale critique parmi ses membres, on ne peut sans doute pas à espérer qu'une majorité de citoyens entretienne un engagement véritablement critique avec l'exercice du pouvoir. Hart ne laisse pas entendre qu'une société libre est une société dans laquelle une majorité de citoyens mettent en œuvre une morale critique libérale de tous les instants. (iii) Aussi la morale critique semble-t-elle être l'outil de *l'individu* confronté au « dilemme humain » de l'obéissance au droit inique¹⁰², ou de la remise en cause publique des mesures officielles des gouvernants¹⁰³. (iv) Bien entendu, un usage public efficace (un débat public remporté) ou un usage individuel important (une désaffection silencieuse massive) de la morale critique aura un impact, à terme, sur la morale positive du groupe. Par ailleurs, on peine à imaginer un usage efficace d'une critique rationnelle publique si les valeurs mobilisées ne font pas déjà partie, au moins de manière latente, de celles auxquelles adhère le groupe¹⁰⁴.

Pour refermer les développements sur Hart, nous retiendrons que celui-ci présente le grand intérêt de proposer une modélisation convaincante de l'ordre juridique comme *ensemble de règles* (qu'il ne réduit pas à un ensemble de faits), tout en maintenant au cœur de son analyse la question de l'autorité du droit et de la base interactionnelle de l'ordre juridique. Il propose des outils très puissants

¹⁰² H. L. A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », art. cité, p. 73.

¹⁰³ Par exemple, dans *Law, Liberty, and Morality*, *op. cit.*, la sanction pénale des pratiques homosexuelles entre adultes consentants dans un cadre privé.

¹⁰⁴ Il s'agit, à vrai dire, de révéler à ceux qui assistent au débat les implications pratiques des opinions et des valeurs auxquelles ils adhèrent peut-être déjà, en indiquant les contradictions dans leurs positions. Il peut également s'agir de montrer que la position qu'ils adoptent intuitivement dans un premier cas doit être rationnellement étendue à d'autres cas, etc. En revanche, on ne peut imaginer que quiconque soit véritablement persuadé par une simple *argumentation* (un procédé de morale critique) s'il n'adopte pas lui-même les valeurs invoquées. Ainsi, l'objectif n'est pas de montrer *in abstracto* que l'on doit penser de telle manière, mais *qu'un interlocuteur* spécifique le pense *déjà* (pour peu qu'il prenne le temps de considérer correctement la question). La démarche de morale critique ne peut appartenir, à nos yeux, qu'au domaine du raisonnement dialectique.

pour rendre compte de la dimension spécifiquement juridique de la domination qu'il peut mettre en tension avec le rapport politique entre gouvernants et gouvernés. Il résiste donc aux écueils tant austiniens que kelséniens. Voici une dimension de l'œuvre de Hart qu'il nous semble qu'il est nécessaire de retenir.

Cependant, force est de constater qu'il manque de précision sur la manière dont il faut articuler ces deux éléments pour rendre compte de l'instauration et du maintien de la coopération spontanée des gouvernés avec la domination des gouvernants. Sans doute n'envisage-t-il simplement pas la question sous cet angle. La tâche incombe à ses lecteurs, comme nous avons essayé de le faire, de proposer une mise en ordre cohérente. Cependant, la conception interactionnelle qu'il propose demeure fuyante : le gouverné donne son obéissance, le gouvernant ne donne rien en retour – bien qu'il doive sans doute *tenir compte* de sa dépendance structurelle à l'égard des destinataires des règles qu'il édicte. Lon Fuller objecte ainsi à Hart qu'il ne parvient à se détacher d'une conception verticale du droit comme projection unilatérale de l'autorité, alors que celle-ci résulte d'attentes mutuelles des acteurs qui participent à une pratique sociale commune¹⁰⁵. Cette critique nous paraît, dans une certaine mesure, justifiée¹⁰⁶. Cela ne revient pas à dire qu'il y a une vertu morale intrinsèque du droit partout où il existe, mais que les bases interactionnelles de l'ordre juridique conditionnant son existence empêchent de penser le droit, comme le fait Hart, tel un simple instrument de contrôle social¹⁰⁷. En cela, il reste captif des présupposés austiniens qu'il cherche, avec succès, à corriger, mais sans lesquels il n'aurait sans doute pas tenu compte du problème de l'autorité du droit.

*
**

Nous rappelons, en guise de conclusion, l'idée qui a guidé ces développements consacrés à l'« autorité du droit ». Elle justifie notre intérêt pour ce que nous avons appelé la « base interactionnelle » de l'ordre juridique. Nous avons insisté, d'une part, sur le fait que l'autorité du droit ne repose pas de manière centrale sur la sanction des règles qui ne trouve que ponctuellement à s'appliquer (bien que la sanction ait occupé une place centrale dans la définition de la norme juridique en théorie du droit), mais sur la coopération spontanée des gouvernés avec leurs gouvernants. Cela nous a permis de donner de l'importance, d'autre part, à l'idée que les libertés des gouvernés reposent en dernière analyse, non sur la possibilité

¹⁰⁵ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, Cambridge, H.U.P., 2^e éd., 1963, p. 216-217 ; *id.*, « Human Interaction and the Law », art. cité, p. 20-26.

¹⁰⁶ C'est l'objet de la seconde étude à laquelle nous renvoyons en introduction.

¹⁰⁷ *CL*, p. 39-40, 124, 202, 207, 210, 213 ; *id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 56, 115, 353. Fuller se trompe nul doute, cependant, lorsqu'il attribue à Hart une conception « managériale » du droit comme ensemble de directions individuelles : L. L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 209, 216.

d'une annulation ponctuelle des actes illégaux des gouvernants, mais sur le fait que la classe dirigeante se plie dans l'écrasante majorité des cas, *pour sa part également*, à une conception des droits et libertés des gouvernés, et ne cherche pas à imposer une situation de domination par la force brute – qu'elle aurait peut-être les moyens, mais non l'intérêt, d'instaurer. Nous avons cherché à montrer qu'une théorie de l'ordre juridique peut rendre invisible ces questions ou, au contraire, aider à prendre pleine conscience des implications de cette base interactionnelle.

Il s'agissait ici de maintenir en tension deux éléments. Il faut accorder une place centrale à la grande inertie qui opère au *bénéfice* d'une classe dirigeante dès lors qu'elle parvient à asseoir son autorité sur un peuple. La pensée de John Austin, corrigée par H. L. A. Hart, permet de construire une modélisation convaincante de l'ordre juridique capable de tenir compte de cette intuition. Cependant, il faut également proposer, dans le même temps, l'ébauche d'une explication de la manière dont les valeurs politiques fondamentales d'une société contraignent cette classe dirigeante à la *modération*. Or, ce n'est pas parce que ces valeurs sont incorporées dans le droit positif¹⁰⁸, sous la forme de droits subjectifs, qu'elles lient véritablement une classe dirigeante qui demeure maîtresse du droit positif, mais parce que ces valeurs sont celles d'une société libre. Aussi ne contraindront-elles les gouvernants qu'à mesure que les membres de cette société continuent effectivement d'adhérer à ces valeurs¹⁰⁹. Les gouvernants n'auraient pas d'autre raison de s'imposer spontanément de quelconques limites que la crainte de *devoir* mettre en œuvre la sanction à grande échelle parce qu'ils auraient vu disparaître la coopération spontanée de la population qui est la base réelle de leur autorité. Nietzsche critiquait la prétention des philosophes à vouloir substituer des

¹⁰⁸ Nous suivons le constat de Nedelsky selon lequel les droits constitutionnellement (ou juridiquement) garantis doivent s'analyser comme des *choix collectifs* quant aux valeurs fondamentales d'une société : J. NEDELSKY, « Reconceiving Rights as Relationship », *Review of Constitutional Studies*, 1993, vol. 1, p. 4-5 [v. dans ce dossier la trad. fr. G. BLIGH]. Ainsi, on ne réforme (n'abroge) pas aisément des règles de droit positif qui bénéficient d'un statut culturel fondamental quand bien même ces règles ne seraient entourées d'aucune protection juridique particulière du point de vue formel. On retombe cependant sur le constat premier : la force du droit est tributaire des rapports entre les gouvernants et les gouvernés. Ce serait une erreur de considérer que le contenu du droit positif *contrôle* cette relation.

¹⁰⁹ V. en ce sens : F. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 2011 [1960], chap. 14, p. 311, p. 325-326. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, propose une analyse complexe de cette question qui, se situant ouvertement dans le sillage d'Austin, nous paraît fertile. D'une part, si l'exercice du pouvoir du souverain (du Parlement) est juridiquement illimité, il ne l'est pas politiquement car il est limité par la coopération des gouvernés sur laquelle repose en réalité l'autorité du souverain. Ce dernier doit donc tenir compte des valeurs du peuple qu'il gouverne, qui, au Royaume-Uni, est un peuple libre (*Ibid.*, p. 79). D'autre part, si Dicey accorde une grande importance dans sa définition du *rule of law* aux garanties juridictionnelles des droits, il insiste sur le fait que c'est la *culture politique* libérale britannique elle-même qui a émergé de celles-ci (*Ibid.*, p. 187, p. 196-197).

garanties rationnelles à l'effondrement de la morale publique¹¹⁰. Nous ne pensons pas forcer l'analogie en soutenant que les garanties de papier que constituent les droits fondamentaux ne peuvent soutenir ou maintenir les libertés d'un peuple qui a cessé d'en être, pour lui-même, le gardien jaloux.

¹¹⁰ F. NIETSCHE, *Twilight of the Idols and The Antichrist*, Londres, Penguin, 1990, p. 39-43 (v. le « problème de Socrate »).

L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy

Romain GENIEZ

Professeur associé à l'Instituto Tecnológico Autónomo de México

*« Les différents ordres de valeurs du monde
sont engagés les uns avec les autres dans une
lutte sans issue. »
Max Weber¹*

Introduction

Un trait caractéristique des démocraties contemporaines est le « pluralisme axiologique » qui les traverse. Ce phénomène fut observé par Max Weber au cours du XIX^e siècle et qualifié par ce dernier de « polythéisme des valeurs »². Le polythéisme des valeurs présente trois aspects selon Jean-Hugues Déchaux : « l'incompatibilité des points de vue ultimes sur la vie ; l'impossibilité de mettre fin à leur lutte ; la nécessité de se décider pour l'un ou pour l'autre »³. Les démocraties modernes sont donc le théâtre d'une multiplicité de systèmes de valeurs et d'intérêts portés par des individus ou des groupements différents (partis politiques, syndicats, lobbys, etc.). Ces « points de vue », difficilement conciliables, s'opposent et sont départagés tant par l'élection de représentants dans l'enceinte parlementaire que par le biais du principe majoritaire suivant les négociations et compromis lors du processus législatif.

Le positivisme depuis Hobbes a renoncé à fonder la « vérité » des normes en substituant à la quête d'une doctrine vraie portant sur le devoir être l'autorité de l'organe chargé de créer les normes et de les interpréter. Il s'agit du vieil adage tiré du *Léviathan* « *auctoritas non veritas facit legem* »⁴. Le positivisme juridique contemporain a également renoncé à fonder la rationalité des normes juridiques en tant que, reprenant la fameuse distinction de Hume entre « l'être » et le « devoir

¹ M. WEBER, *Le savant et le politique*, tr. fr. par C. COLLIOT-THÉLÈNE, Paris, La Découverte, 2003, p. 97.

² *Ibid.*, p. 99.

³ J.-H. DÉCHAUX, « Parenté, « polythéisme des valeurs » et délibération. Variations wébériennes », *Négociations*, num. 25, 2016, p. 26.

⁴ T. HOBBS, *Leviathan*, édition, introduction et notes par J. C. A. GASKIN, New York, Oxford University Press, 1996, p. 183.

être »⁵, les normes sont le produit d'actes de volonté. Ces derniers sont distincts des actes cognitifs. C'est pourquoi Kelsen rejette vigoureusement l'idée même de raison pratique⁶. Ce faisant, les normes, qu'elles soient morales ou juridiques, ne portent aucune valeur de vérité⁷. Postuler l'inverse reviendrait à commettre « l'erreur naturaliste » décrite par Moore⁸. Au plan épistémologique, Weber a bien décrit que la science s'en tient à l'étude de l'être tandis que les questions relevant de la raison pratique ou portant sur les fins dernières sont laissées à la philosophie et à la religion⁹. À l'issue de cette reconstitution succincte, il apparaît clairement qu'aux yeux du positivisme juridique le divorce entre droit et vérité est consommé. C'est bien l'autorité et non la raison qui crée les normes juridiques, la légitimité ou la justice des normes juridiques est scientifiquement indémontrable.

En pratique, la création de normes telles que des lois suppose un ensemble d'interactions entre des groupes portant une vision du monde et des valeurs différentes. Ces groupes interagissent dans le cadre d'un environnement institutionnalisé par un ensemble de règles. L'organisation de leurs interactions afin de permettre la production d'une norme qui soit « correcte » en partant des prémisses normatives de chacun des participants au discours est précisément l'objet de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy. Ce dernier, à la suite d'Habermas, réinvestit la discussion sur le fondement de la légitimité des règles juridiques et morales. Sa contribution en matière d'argumentation juridique, développée dans sa thèse de doctorat *Theorie der juristischen Argumentation : Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*¹⁰, a fait de lui une des figures de proue de la théorie dite « standard » de l'argumentation

⁵ D. HUME, *Traité de la nature humaine, livre 3. La morale*, trad. fr. P. SALTEL, Paris, Flammarion, 1997, p. 65.

⁶ H. KELSEN, *Théorie Pure du Droit*, trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 259.

⁷ Pour une explication de la psychologie humienne on se référera utilement à M. SMITH, *The moral problem*, Oxford, Blackwell Publishing, (1994) 2014, pp. 7-10.

⁸ G. E. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, édition révisée 1993, p. 62.

⁹ M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., p. 94. Sur le mouvement historique ayant conduit au divorce entre les faits et les valeurs ainsi qu'à la distinction des disciplines visant à les étudier, on se référera avec intérêt aux deux écrits suivants : G. H. VON WRIGHT, « Images of Science and Forms of Rationality », *The Tree of Knowledge and Other Essays*, Leyde, E. J. BRILL, 1993, pp. 172-192 ; « Science, Reason and Value », *The Tree of Knowledge and Other Essays*, op. cit., pp. 229-248.

¹⁰ R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1978, trad. ang. R. ADLER, N. MACCORMICK, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

juridique¹¹ aux côtés Aleksander Peczenik¹², Neil MacCormick¹³, Aulis Aarnio¹⁴ ou Jerzy Wróblewski¹⁵.

La présente étude ne peut prétendre reconstituer la théorie de l'argumentation juridique d'Alexy dans sa totalité. Elle se propose, plus humblement, d'exposer le système d'interactions entre les individus réels participant collectivement à l'élaboration des règles qui découlent de la théorie du discours pratique général. Le discours pratique général est le discours qui a lieu de manière non institutionnalisée à savoir, hors d'un cadre normatif qui l'établit et l'encadre. Le discours juridique, institutionnalisé en tant qu'il est encadré par un ensemble de règles ne pouvant faire l'objet d'une discussion, est un « cas spécial » du discours pratique général (*Sonderfallthese*¹⁶). Il s'inscrit dans la continuation du discours pratique général dans la mesure où il traite de questions pratiques, parce que les réponses apportées à ces questions portent une « prétention de correction »¹⁷ (*Anspruch auf Richtigkeit*) et parce qu'il se développe dans le cadre de contraintes juridiques (structurelles et de prémisses) qui lui sont imposées¹⁸. Le discours pratique juridique ne fera pas l'objet d'une analyse au cours de ce travail.

L'organisation de l'ensemble de ces interactions par le biais d'un ensemble de règles permet la production d'une norme qui soit « correcte » en tant qu'elle est le produit d'une procédure garantissant la participation libre et rationnelle des individus.

¹¹ Sur la « théorie standard de l'argumentation juridique », on se réfèrera notamment à M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Autónoma de México, première édition 1991, 2005, pp. 6-7.

¹² A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht, Springer, 1989.

¹³ Voir notamment N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, nouvelle édition 2003 ainsi que *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁴ Voir notamment : A. AARNIO, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987. L'ouvrage a fait l'objet d'une traduction française : *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, trad. fr. G. WARLAND, Paris, L.G.D.J., 1992.

¹⁵ J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Springer, 1992.

¹⁶ R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., p. 263.

¹⁷ Dans le cadre du présent travail l'expression « *Richtigkeit* » sera traduite par « correction ». Ce choix de traduction repose sur le fait qu'il est l'exact équivalent en français de la traduction choisie en italien (« *pretesa di correttezza* »), espagnol (« *pretensión de corrección* »), portugais (« *pretensão de correção* ») et anglais (« *claim to correctness* »). Elle présente donc l'intérêt d'être en harmonie avec la littérature théorique internationale. Il convient cependant de noter que l'unique traduction française d'un travail d'Alexy, ainsi qu'un article portant sur sa théorie de l'argumentation (tous deux du même auteur), traduisent ladite expression par « exactitude » : R. ALEXI, « Idée et structure d'un système du droit rationnel », trad. fr. I. DWARS, *Archives de philosophie du droit, la philosophie du droit aujourd'hui*, t. 33, 1988, pp. 23-38 ; I. DWARS, « La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy », *Archives de philosophie du droit, le droit international*, t. 32, 1987, pp. 291-304. Cette expression, pour des raisons qui ne peuvent être développées dans le présent travail, n'est pas retenue. Pour une exposition détaillée de la « prétention de correction », on se réfèrera notamment à R. ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, Fribourg et Munich, Verlag Herder GmbH, 1992 et à sa traduction anglaise *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. ang. B. LITSCHIEWSKI PAULSON et S. L. PAULSON, Oxford, Oxford University Press, (2002), 2010, pp. 35-40.

¹⁸ R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., p. 263.

I.- Le discours pratique général comme activité dialogique menée par des êtres réels

Un premier trait saillant de l'élaboration théorique proposée par le maître de l'école de Kiel est qu'il entend organiser normativement l'interaction dialogique entre des êtres « réels » et non « idéalisés ». À l'inverse des êtres « idéaux » tels qu'ils ont été décrits par Roderick Firth au cours de ses recherches sur « l'absolutisme éthique »¹⁹, le participant au discours est un être produit au cours d'une époque déterminée et qui dispose d'une certaine expérience. Ainsi, les participants au discours ont des convictions sur « le juste », « le bien », des intérêts afférents à leur position sociale et un certain niveau de connaissance empirique qui constituent l'ensemble des prémisses à partir desquelles le discours se développe. En d'autres termes, tout discours pratique présente une historicité qui rend ses résultats relatifs à une question ressortissant de la raison pratique irrémédiablement liés à une époque et à un lieu. Par ailleurs, Alexy souligne que la théorie du discours pratique général tel qu'il la conçoit permet aux participants, tout au long de la discussion, de faire évoluer leurs convictions (empiriques et normatives) en fonction de la qualité des arguments proposés pour fonder une conviction spécifique. La possibilité offerte aux participants de faire évoluer leurs convictions normatives et empiriques distingue ses travaux d'une théorie qu'il qualifie de « décisive » et qu'il prête à Rawls²⁰. Selon le philosophe américain, les principes de justice sont élaborés par les participants placés dans une « position originelle »²¹ sous un « voile d'ignorance »²². Les principes considérés comme justes sont alors ceux choisis par chaque participant pour lui-même et pour la société tout en ignorant quelle place il occupera au sein de ladite société. En somme, les principes de justice sont élaborés à partir d'une certaine configuration du débat, en l'occurrence dans un état d'ignorance empirique, par des prémisses qui ne peuvent évoluer. Chez Alexy, les principes de justice sont non seulement le produit d'un processus permettant l'évolution des convictions empiriques et normatives, mais également le produit d'un processus qui suppose la meilleure information empirique possible des participants quant à leur position sociale et les intérêts qui y sont associés²³. De la sorte, Alexy propose un système qui présente d'emblée une dimension pratique qui le distingue d'une théorie normative, abstraite et hypothétique du raisonnement intégrant des participants « non idéalisés ».

Le second trait saillant de la théorie d'Alexy est son caractère « dialogique ». Les solutions aux problèmes de la raison pratique sont élaborées par le biais d'un

¹⁹ R. FIRTH, « Ethical Absolutism and the Ideal Observer », *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 12, n° 3, 1952, pp. 320-321.

²⁰ R. ALEXY, « Problems of Discourse Theory », *Crítica*, vol. 20, n° 3, 1988, pp. 45-46.

²¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 17-22.

²² *Ibid.*, pp. 136-142.

²³ R. ALEXY, « Justicia como corrección », trad. esp. A. I. AQUÍN, *Doxa*, n° 26, 2003, p. 166.

dialogue débouchant sur la création d'un consensus. Il s'agit de l'idée même de l'éthique discursive telle qu'elle a été élaborée par Habermas et qu'Alexy prolonge. L'éthique discursive repose sur deux prémisses selon Habermas : 1) « les exigences normatives de validité ont un sens cognitif et peuvent être traitées comme des exigences de vérité » ; 2) « il est requis de mener une discussion réelle pour fonder en raison normes et commandements »²⁴. La dimension « dialogique »²⁵ de l'éthique de la discussion exprimée par la seconde hypothèse susmentionnée amène Habermas à formuler deux principes (D) et (U), principes qu'Alexy reprend à son compte comme il le sera exposé plus bas :

(D) « Une norme ne peut prétendre à la validité que si toutes les personnes qui peuvent être concernées sont d'accord (ou pourraient l'être) en tant que participants à une discussion pratique sur la validité de cette norme »²⁶.

(U) « Au lieu d'imposer à tous les autres une maxime dont je veux qu'elle soit une loi universelle, je dois soumettre ma maxime à tous les autres afin d'examiner par la discussion sa prétention à l'universalité. Ainsi s'opère un glissement : le centre de gravité ne réside plus dans ce que chacun souhaite faire valoir, sans être contredit, comme étant une loi universelle, mais dans ce que tous peuvent unanimement reconnaître comme une norme universelle »²⁷.

L'éthique discursive suppose donc une relation dialogique mais également un système qui promeut la rationalité et qui substitue à l'autorité, ou à la négociation entre des intérêts a priori irréconciliables, le consensus et la liberté pour élaborer des solutions aux problèmes de la raison pratique. Ainsi, la vision de la démocratie libérale portée par Alexy se distingue radicalement de celle portée par Kelsen qui identifie le compromis comme le mode privilégié d'élaboration de la décision politique²⁸ qui, en dernière analyse, est adoptée sur la base du principe majoritaire. Ledit principe, comme le note Kelsen, implique une privation de la liberté de la minorité par la majorité.

II.- L'intérêt du discours pratique général : organiser l'interaction libre et rationnelle des participants par le biais d'un système de règles

Le discours pratique général se compose d'une série de vingt-huit règles et formes d'arguments²⁹. Ces règles portent sur des objets divers tels que le comportement des acteurs du discours pratique, d'autres portent sur les

²⁴ J. HABERMAS, *Morale et Communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, trad. fr. et introduction par C. BOUCHINDHOMME, Paris, Flammarion, 2012. p. 89.

²⁵ *Ibid.*, p. 88.

²⁶ *Ibid.*, p. 87.

²⁷ *Ibid.*, p. 88-89.

²⁸ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa Valeur*, trad. fr. C. EISENMANN, Paris, Economica, 1988, pp. 26-28.

²⁹ Chacune des règles mentionnées en langue française procèdent d'une traduction de la part de l'auteur.

arguments et sur la détermination de la charge argumentative, certaines sont d'observations strictes tandis que d'autres énoncent des objectifs ne pouvant qu'être partiellement réalisés. Ce système de règles, qui identifie et régit le discours pratique rationnel, garantit à la norme produite à l'issue de ce processus un caractère « rationnel ». Une présentation complète de l'ensemble de ces règles ne constitue pas l'objet du présent travail³⁰. Nous nous focaliserons sur celles qui participent directement à la détermination de l'interaction entre les participants et qui permettent de la qualifier de la manière suivante : la participation, dans le cadre du discours pratique général, est cohérente, sincère, rationnelle, universelle et libre.

A.- Une interaction placée sous le signe de la cohérence et de la sincérité des participants

Alexy élabore quatre règles « de base » qu'il considère comme étant des préconditions nécessaires à toute communication linguistique placée sous le signe de la correction :

(I.1) Aucun participant³¹ ne peut se contredire.

(I.2) Tout participant ne peut affirmer ou proposer que ce qu'il croit.

(I.3) Tout participant qui applique un prédicat F à un objet A doit être disposé à appliquer F à tous les objets qui sont similaires à A dans tous les aspects jugés pertinents.

³⁰ Pour un exposé exhaustif du système de règles, on pourra se référer à *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, pp. 177-208. Il est également possible de se référer à divers écrits ultérieurs du philosophe allemand dans lesquels il expose de manière synthétique ou complète sa théorie du discours pratique général. Parmi ceux-ci, on peut mentionner les articles suivants : « A Theory of Practical Discourse », S. BENABIB et F. DALLMAYR (éditeurs), *The Communicative Ethics Controversy*, Cambridge, The MIT Press, 1990, pp. 151-190. Cet article est un condensé des travaux d'Alexy sur la question du discours pratique rationnel dans lequel il expose de manière synthétique les principaux acquis théoriques de sa thèse doctorale en la matière. De même, on peut se référer à l'article suivant : « Idée et structure d'un système de droit rationnel », *op. cit.*, pp. 23-38. Enfin, on peut se référer partiellement à « A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason », *Ratio Juris*, vol. 5, n° 3, 1992, pp. 231-251. Eu égard à la littérature secondaire proposant une reconstruction de cet aspect, on se référera avec intérêt aux travaux suivants : M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 154-164 ; D. SOBREVILLA, *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe*, México, Fontanamara, 2008, pp. 25-42 ; A. NAVA TOVAR, *La institucionalización de la razón : La filosofía del derecho de Robert Alexy*, Barcelona, Anthropos Editorial, México, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 55-76 ; V. ROJAS AMANDI, *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 147-250 ; E. FETERIS, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Springer, 2^e édition, 2017, pp. 117-128.

³¹ Le terme « participant » est ici privilégié dans la mesure où le terme « speaker », qu'il serait possible de traduire par le terme de « locuteur » (terme choisi par Ingrid Dwars dans la traduction française d'un article précité), ne capture pas assez précisément l'idée de participation à une activité identifiée et régie par des règles. Il convient de noter qu'Alexy semble utiliser dans ses divers écrits les deux termes de manière indifférenciée.

(I.3') Tout participant ne peut formuler que les jugements de valeur et les jugements d'obligation dans un cas concret qu'il est disposé à formuler dans les mêmes termes pour tous les cas similaires selon tous les aspects jugés pertinents.

(I.4) Différents participants ne peuvent utiliser une expression donnée dans des sens différents.

La première de ces règles implique l'intégration des règles de la logique, incluant celles de la logique déontique. Alexy note que la seconde règle exprime l'impératif de sincérité qui pèse sur les participants au discours et qui est constitutive de toute forme de communication linguistique³². En effet, Alexy avance qu'en l'absence de cette règle, il serait impossible de concevoir l'idée même de mensonge dans la mesure où celui-ci se trouve constitué par la violation d'une règle prescrivant de dire ce que l'on croit comme étant vrai. Les règles (I.3), (I.3') et (I.4) se réfèrent à l'usage du langage par les participants, que ce soit par un participant donné ou par des participants différents et exigent un usage cohérent du langage. La règle (I.3') s'applique spécifiquement aux expressions évaluatives et normatives. Comme le note Alexy, cette règle exprime le principe « d'universalité » tel que formulé par Hare³³.

B.- Une interaction rationnelle, universelle et libre de toute contrainte

Le discours pratique se compose d'une multiplicité d'assertions visant à justifier des propositions normatives. Ces assertions, lorsque formulées au sein d'un discours, portent la prétention implicite de pouvoir être justifiées et ce, qu'il s'agisse d'assertions normatives ou non. En outre, ces assertions donnent systématiquement lieu à une « prétention de justifiabilité ». Une telle prétention ne signifie pas que le participant doive systématiquement justifier chacune des assertions qu'il formule. Elle signifie seulement que le participant puisse la justifier si cela lui est demandé par un autre participant au discours. De plus, Alexy ajoute que la « prétention de justifiabilité » n'implique pas nécessairement que le participant soit capable de produire une argumentation personnelle au soutien de

³² La sincérité est généralement considérée dans la théorie des actes de langage comme une condition nécessaire de leur félicité. On se référera sur ce point à J. L. AUSTIN, *How to do things with words*, Cambridge, Harvard University Press, 2^e édition, 1975, pp. 132 et suivant ainsi qu'à T. WILLIAMSON, *Knowledge and Its Limits*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 241 et suivant. Dans le contexte de la discussion, Grice notait qu'il existe un ensemble d'éléments nécessairement connectés à l'activité discursive dans la mesure où cette activité s'apparente à une forme « d'effort coopératif ». Il nomme ces éléments « implications conversationnelles » (*conversational implicatures*) et les rassemble sous le « principe coopératif ». Il avance que ce principe comprend une « super-maxime » qu'il formule ainsi : « Try to make your contribution one that is true ». Elle se décompose en deux maximes : 1) « Do not say what you believe to be false » ; 2) « Do not say that for which you lack adequate evidence ». P. GRICE, « Logic and Conversation », *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, pp. 26-27.

³³ R. M. HARE, *Freedom and Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 10.

son assertion. Il peut s'en remettre à l'expertise ou à l'autorité d'une autre personne afin de la justifier. Bien qu'Alexy ne mentionne pas d'exemples particuliers afin d'illustrer le recours aux propos d'une personne tierce pour produire une justification, on peut aisément imaginer des hypothèses dans lesquelles la justification d'une assertion suppose le recours à une connaissance scientifique précise que les locuteurs ne maîtrisent pas. Il note cependant que dans le cadre d'un recours aux propos d'une personne tierce, l'autorité de la personne dont les propos sont utilisés comme justification peut être objet de questionnement et d'argumentation. Les considérations antérieures amènent Alexy à formuler la « règle de justification générale » de la manière qui suit :

(2) Tout participant doit donner des raisons pour ce qu'il affirme quand on le lui demande, à moins qu'il puisse avancer des raisons afin de justifier son refus de fournir ladite justification.

Le groupe de règles suivant fait référence non pas à la qualité matérielle des arguments produits mais bien plutôt aux droits des participants. Ces règles expriment la nécessité de préserver la possibilité de chaque personne de prendre part au discours et d'assurer leur capacité d'exprimer librement leurs points de vue. Elles impliquent de considérer chaque participant au discours comme un « égal » ainsi que comme un être autonome et se trouvent formalisées par Alexy comme une version faible de la condition idéale de discours élaborée par Habermas³⁴ sous la forme suivante :

(2.1) Toute personne capable de parler peut prendre part au discours.

(2.2) (a) Tout participant peut problématiser n'importe quelle assertion.

(b) Tout participant peut introduire une assertion au sein du discours.

(c) Tout participant peut exprimer ses points de vue, souhaits et besoins.

(2.3) Aucun participant ne peut se voir dénier le droit d'user des droits formulés dans les règles (2.1) et (2.2) par une quelconque coercition, qu'elle soit interne ou externe au discours.

Alexy note que ces règles assument quatre fonctions distinctes : 1) elles constituent un « critère négatif hypothétique » de la correction des énoncés normatifs dans la mesure où des arguments justificatifs d'une proposition normative (pouvant être acceptée dans les faits) qui ne seraient pas, ou probablement pas, acceptés dans l'hypothèse où les règles susmentionnées seraient réalisées ne peuvent être considérés comme valides. 2) Au-delà de ce rôle « négatif », ces règles constituent un « instrument de critique » des limitations injustifiables apportées aux droits et opportunités des participants au discours. 3) Elles définissent un « idéal » qui peut être approché en pratique à l'aune

³⁴ J. HABERMAS, « Wahrheitstheorien », *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Francfort, Suhrkamp, 1989, pp. 127-183.

d'arrangements institutionnels. 4) Elles assument une fonction « explicative » à l'endroit de la prétention de correction ou de vérité.

C.- Une interaction proscrivant les interventions abusives et identifiant les titulaires de la charge argumentative

Les règles visant à distribuer la charge argumentative, à savoir déterminer qui est soumis à l'obligation d'argumenter et dans quelles hypothèses, visent à contrebalancer de potentiels comportements contre-productifs auxquels la règle (2.2.a) peut donner lieu. En effet, si tout un chacun peut problématiser de manière discrétionnaire quelque assertion d'un participant au discours, l'abus de ce droit conféré peut donner lieu à des comportements que l'on pourrait qualifier d'obstructifs. Un tel comportement se traduirait par le fait qu'un locuteur pose systématiquement la question « pourquoi » face à toutes les assertions proposées par un autre participant. Les règles précédentes se focalisent sur l'obligation du participant à justifier une assertion si une telle justification lui est demandée mais ne disent rien quant à la formulation de questions et l'expression de doutes. C'est à cet inconvénient que les règles suivantes visent à remédier.

Alexy appréhende la question à travers du principe de « d'universabilité » (*universalizability*) formulé par le philosophe américain Singer³⁵ mais également par Hare et par Habermas³⁶. Ce principe exige que lorsque quelqu'un souhaite traiter une autre personne de manière différente à une autre, elle doit avancer des raisons au soutien de cette différence. Ce principe se trouve substantiellement formulé dans la règle (I.3') et implique une justification de la part de celui qui propose la différence. Cela donne lieu à la formulation de la règle suivante :

(3.1) Quand quelqu'un propose de traiter une personne A différemment d'une personne B, cette personne doit fournir une justification de son action.

Une autre limitation pesant sur les participants repose dans le « principe d'inertie » formulé par Perelman³⁷. Dans le cadre d'une discussion ayant lieu dans une communauté déterminée, un énoncé ou une norme qui y est généralement considéré comme valide (même s'il n'est pas expressément formulé dans le cadre de la discussion en cours) ne peut se voir mis en doute ou discuté que suite à la formulation de raisons pour le faire. Cela donne lieu à l'élaboration de la règle suivante :

(3.2) Quand une personne attaque un énoncé ou une norme qui ne constitue pas le sujet de la discussion, elle doit avancer des raisons pour le justifier.

³⁵ M. SINGER, *Generalization in Ethics – An Essay in the Logic of Ethics, with the Rudiments of a System of Moral Philosophy*, New York, Alfred A. Knopf, 1961, p. 65.

³⁶ R. M. HARE, *Freedom and Reason*, *op. cit.*, p. 10 ; J. HABERMAS, *Morale et Communication. Conscience morale et activité communicationnelle*, *op. cit.*, pp. 88-89.

³⁷ C. PERELMAN ET L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1958, nouvelle édition 2009, p. 142.

Alexy note qu'un participant ne peut produire une quantité infinie de raisons afin de fonder les assertions et les normes qu'il formule (cela reviendrait à s'engager dans une régression à l'infinie). Ainsi, afin de limiter l'excès d'un participant exigeant sans cesse de nouvelles justifications, Alexy formule la règle selon laquelle une fois qu'un participant a formulé une raison au soutien de son assertion, il ne peut être tenu à en formuler d'autres que dans l'hypothèse où il se verrait opposer des contre-arguments :

(3.3) Un participant qui avance un argument est seulement obligé de produire d'autres arguments dans l'hypothèse où on lui oppose des contre-arguments.

Au cours de la discussion, il est possible que les participants formulent des assertions mondaines ne visant pas à faire avancer la réflexion autour du sujet en question. Elles peuvent porter sur divers sujets : climat, qualité de la nourriture si la discussion a lieu autour d'un repas, etc. Alexy note qu'il n'est pas nécessaire de formuler une règle visant à en interdire radicalement leur formulation dans la mesure où, si elles ne sont introduites que ponctuellement, elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la discussion. Leur opportunité ou inopportunité est donc laissée à l'appréciation des participants au discours, ce qui amène Alexy à formuler la règle suivante :

(3.4) Lorsqu'un participant introduit une assertion à propos de son état d'esprit, souhaits ou désirs dans le cadre d'un discours et que cette assertion ne peut s'analyser comme un argument au soutien d'une assertion formulée antérieurement, il doit justifier cette interjection quand cela lui est demandé.

D.- L'élimination des solutions injustifiables comme limite matérielle pesant sur le produit de l'interaction

L'intérêt de ce système de règle, au-delà d'organiser l'interaction entre les participants, est qu'il introduit une limitation matérielle portant sur le produit du processus argumentatif. Il permet tout d'abord d'exclure un certain nombre de jugements de valeurs et de règles qui ne peuvent se voir justifiés au travers de cette procédure. Alexy qualifie ce premier groupe de normes comme étant « discursivement impossibles » (*discursive impossibility*). Alexy mentionne notamment l'exemple d'une règle rétablissant le statut d'esclave et conduisant à l'exclusion pure et simple d'une partie de la population du discours pratique³⁸. Tout comme la formule de Radbruch³⁹, la théorie du discours établit une limite au contenu des normes juridiques afin qu'elles puissent être considérées comme valides. Si une norme présente un contenu qui peut être jugé comme étant « extrêmement injuste », celle-ci ne peut être considérée comme valide. Par conséquent, on peut dire que les règles du discours pratique général, à l'aune de la

³⁸ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, op. cit., p. 207.

³⁹ G. RADBRUCH, « Introduction à "Injustice légale et droit supralégal" », *Archives de philosophie du droit*, trad. fr. M. WALZ, 1995, t. 39, p. 315-316. ; R. ALEXY, *The Argument from Injustice : A Reply to Legal Positivism*, op. cit., pp. 28-31.

notion « d'impossibilité discursive », assument une première fonction « négative » consistant à identifier une limite à l'extension de ce qui peut être considéré comme matériellement « correct » ou « justifié ». Sans qu'il soit possible de le développer ici, il convient de noter que les droits de l'homme constituent un ensemble de concepts sous-jacents à la pratique discursive qu'Alexy considère comme étant « nécessairement valides », sur un mode « pragmatico-transcendental », dès lors que le discours a lieu⁴⁰. En somme, les solutions « discursivement impossibles » sont celles qui impliqueraient une négation de ces droits. Cela découle également du fait que l'éthique discursive n'est pas un concept « axiologiquement neutre »⁴¹, il suppose l'existence d'un ensemble de valeurs dont l'autonomie qu'Alexy considère comme la matrice des droits de l'homme⁴². En tant que les droits de l'homme constituent un système de concepts sous-jacents et valides au cours de la pratique discursive, les normes qui en sont le produit ne peuvent les nier.

Le discours pratique général permet également d'identifier, dans des hypothèses cependant restreintes, des solutions qu'Alexy qualifie de « discursivement nécessaires ». Bien qu'il ne fournisse pas de nombreux détails à l'endroit de ces normes, il note laconiquement qu'elles peuvent se voir identifiées négativement comme prescrivant le contraire des normes qualifiées de « discursivement impossibles »⁴³. Il est donc possible d'avancer que seraient discursivement nécessaires les normes exprimant les droits de l'homme.

Enfin, la catégorie de résultats la plus vaste est constituée par les normes dites « discursivement possibles ». Cette catégorie désigne l'ensemble des normes « correctes » dans un cas donné en tant qu'elles sont le produit du processus discursif. Celles-ci peuvent être mutuellement incompatibles entre elles. En vertu des limitations antérieurement exposées, l'hypothèse de l'existence d'une multiplicité de normes possibles dans un cas donné est la plus fréquente. Cette hypothèse, comme le note Alexy, peut à son tour être soumise au discours pratique rationnel afin d'identifier et de justifier des règles permettant de procéder à un choix entre plusieurs normes possibles et mutuellement incompatibles.

III.- Les limites inhérentes au discours pratique rationnel et la nécessité du droit pour y remédier

A.- Un accord incertain et une décision réversible

Le discours pratique général présente un ensemble de limites. Alexy en évoque un ensemble dans sa thèse de doctorat ainsi que dans des articles ultérieurs⁴⁴.

⁴⁰ R. ALEXY, « Law, Morality, and The Existence of Human Rights », *Ratio Juris*, vol. 25, n° 1, 2012, p. 11.

⁴¹ R. ALEXY, « Problems of Discourse Theory », *op. cit.*, p. 47.

⁴² R. ALEXY, « Discourse Theory and Human Rights », *Ratio Juris*, vol. 9, n° 3, 1996, pp. 222-226.

⁴³ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁴ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, pp. 206-208 ; « Problems of Discourse Theory », *op. cit.*, pp. 43-65 ; « A Theory of Practical Discourse », *op. cit.*, pp. 180-183.

Parmi celles-ci, la première limitation est sans doute la plus fondamentale : malgré l'élaboration de ce système de règles identifiant une procédure argumentative permettant la production de décisions qualifiables de « correctes », ce processus ne permet pas, d'une part, de garantir qu'un accord entre les participants puisse être atteint sur tous les sujets et, d'autre part, que l'accord obtenu soit à la fois « final » et « irréversible ».

Cette première limitation est elle-même le produit de trois raisons : 1) Les règles de rationalité (2.1) à (2.3) sont des règles idéales qui ne peuvent qu'être partiellement respectées. En ce sens, elles peuvent s'interpréter comme des idéaux régulateurs. 2) Toutes les étapes de l'argumentation ne sont pas fixées de sorte que des variations procédurales peuvent se produire dans le cadre du discours réel. 3) Tous les discours réels prennent comme point de départ les convictions normatives qui sont celles des participants au moment de la production du discours. Dans la mesure où ces convictions sont contingentes, le discours développé sur des fondements variables peut donner lieu à des résultats différents. Eu égard à cette limitation fondamentale portant sur les normes produites par le discours pratique général, Alexy avance qu'il est important que celles-ci puissent faire l'objet d'une révision après leur adoption si les circonstances le nécessitent.

B.- La nécessité du droit et du discours juridique

Les limitations antérieurement mentionnées et le caractère non institutionnalisé du discours pratique général donnent lieu à deux difficultés d'un point de vue pratique : 1) si l'accord entre les participants est incertain, la création du « devoir être » est incertaine. De plus, les résultats discursivement possibles constituent la classe de solutions à laquelle le discours pratique donne le plus fréquemment lieu. Le discours pratique général donne donc d'abord lieu à un problème épistémologique qu'Alexy désigne comme « le problème de la raison pratique »⁴⁵. 2) D'autre part, même si l'on parvient à un accord permettant d'élaborer des normes, rien ne garantit que les individus qui ont participé à leur élaboration (qui ont donc exprimé leur consentement à leur endroit) vont respecter leur parole. Le second problème est donc un problème d'efficacité⁴⁶.

Ces deux problèmes se trouvent résolus par l'institution du droit, dans la « positivité » comme le note Alexy⁴⁷, ainsi que par le discours juridique qui permettent de formuler des solutions définitives dont l'efficacité est assurée par un

⁴⁵ R. ALEXY, « Inclusive Non-Positivism », *Joaçaba*, vol. 16, n° 2, 2015, p. 288.

⁴⁶ Il s'agit d'une difficulté très régulièrement mentionnée par les philosophes politiques notamment contractualistes tels que Hobbes ou Locke ou Kant. Sur ce point, Alexy se réfère essentiellement à Kant : E. KANT, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. fr. J. BARNI, Paris, Auguste Durand, 1853, pp. 166-167. On peut également noter que Radbruch, dont la pensée a eu une influence profonde sur le développement de celle d'Alexy, défendait la même idée : K. WILK, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Cambridge, Harvard University Press, 1950, p. 108.

⁴⁷ R. ALEXY, « Inclusive Non-Positivism », *op. cit.*, p. 288.

appareil coercitif⁴⁸. En somme, du point de vue de la raison pratique et de la coordination, l'existence du droit est nécessaire selon Alexy en vertu même des limitations insurmontables du discours pratique général⁴⁹. C'est pourquoi l'existence du droit, permettant d'éviter l'anarchie et la violence, constitue non seulement une nécessité pratique, mais se trouve également soutenue par des arguments proprement moraux fondés sur l'assomption selon laquelle la sécurité constitue une valeur⁵⁰.

Le discours juridique se distingue essentiellement du discours pratique général dans la mesure où il est produit dans le cadre d'un système juridique particulier afin de répondre à une question juridique spécifique. Ainsi, il se trouve limité par un ensemble de procédures légalement instituées qui assurent la production d'une décision. De même, il est limité par l'ensemble des prémisses juridiques constituées par le droit en vigueur qui doit être pris en compte afin d'élaborer et argumenter la décision (loi, règlement, jurisprudence, droit international, etc.).

Conclusion

Le système d'argumentation pratique élaboré par Alexy constitue une théorie prescriptive de l'argumentation qui permet d'organiser les interactions entre membres d'une même communauté politique. La force de cette théorie réside dans sa prétention à organiser les interactions entre des participants « réels » en ce sens qu'ils sont le produit d'une certaine histoire et sont porteurs de convictions morales, d'une certaine idée du bien et de la justice, qu'ils souhaitent voir réalisées dans le champ politique par le biais de l'élaboration de normes. Le système de règles qui organise le discours pratique permet aux participants d'exposer librement leurs convictions normatives, d'exposer les raisons qui les soutiennent, de les confronter à celles des autres participants et de les faire évoluer au cours de la discussion à l'aune des arguments produits. Ainsi, l'argumentation produite dans un contexte où la liberté et l'autonomie de chacun des participants sont assurées permet de produire des normes « correctes » en tant qu'elles sont le produit de cette activité coopérative qui se traduit par la sélection des meilleurs arguments en réintégrant sur un pied d'égalité l'ensemble des valeurs et intérêts opposés.

Alexy propose donc une théorie qui fournit une réponse alternative au problème du « polythéisme des valeurs » et de la « guerre des dieux ». S'éloignant du principe majoritaire qui implique, comme l'a bien montré Kelsen, une privation de la liberté de la minorité au profit de celle de la majorité, ainsi que la négociation et le compromis entre des groupes opposés, Alexy propose un système visant à

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁰ R. Alexy, « Inclusive Non-Positivism », *op. cit.*, p. 288.

permettre la possibilité de construire un consensus entre des personnes et groupes a priori distincts dans un système politique libéral.

L'interaction humaine et le droit¹

Lon L. FULLER

Traduit de l'anglais par Mathilde LAPORTE

[1] Tel qu'il est employé dans mon titre, le mot droit doit être interprété de manière très large. Il englobe non seulement les systèmes juridiques des États et des nations, mais aussi les systèmes plus petits – au moins ceux qui sont « semblables au droit » dans leur structure et leur fonction – que l'on trouve dans les syndicats, les associations professionnelles, les clubs, les églises et les universités. Ces systèmes juridiques miniatures concernent bien sûr les membres de l'association elle-même. Ils se manifestent de la manière la plus spectaculaire lorsque le membre fautif est appelé à être jugé pour des infractions, qui peuvent entraîner sa sanction disciplinaire ou son expulsion.

Lorsque le concept de droit est ainsi élargi, il devient évident que bon nombre de questions aujourd'hui centrales sont, selon cette acception large, de nature « juridique ». La situation délicate dans laquelle nous nous trouvons nous pousse – comme c'est le cas depuis longtemps – à fournir un effort de compréhension. Nous devons parvenir à percevoir et à comprendre les forces morales et psychologiques qui sous-tendent le droit en général et lui confèrent son efficacité dans les affaires humaines.

I.- Nature et importance du « droit coutumier »

Dans cette quête de compréhension, si nous nous tournons vers les traités de théorie du droit, nous pouvons constater qu'ils commencent souvent par distinguer deux types de droit. D'une part, il y a le droit promulgué ou déclaré de manière autoritaire – ce que l'on peut appeler le droit fait (*made law*) ; d'autre part, il y a ce que l'on appelle le droit coutumier (*customary law*). Le droit coutumier n'est pas le produit d'une promulgation officielle, mais tire sa force du fait qu'il se manifeste directement dans le comportement que les hommes ont les uns envers les autres.

Face à ces deux types de droit, les traités consacrent généralement la quasi-totalité de leur attention au droit promulgué ou déclaré, au droit que l'on peut trouver dans les lois, les décisions judiciaires, les règlements et les décrets

¹ L. L. FULLER, « Human Interaction and the Law », *American Journal of Jurisprudence*, 1969, vol. 14, p. 1-36. Les numéros indiqués entre crochets désignent les numéros de page de la version originale de l'article.

Mathilde Laporte est docteur en droit public de l'Université Panthéon-Assas et enseignante-chercheuse contractuelle à la CY Cergy Paris Université.

administratifs. Les débats consacrés au droit coutumier se limitent en grande partie à la question suivante : pourquoi devrait-on le considérer comme du droit ? Après quelques développements sur ce point et à la suite d'une étude de sa fonction dans les sociétés primitives, le droit coutumier est généralement écarté comme n'étant pas pertinent pour les civilisations avancées. Il a tendance [2] à être considéré comme une sorte d'œuvre exposée dans un musée, qui ne peut être étudiée sérieusement que par les anthropologues curieux de connaître les coutumes et façons de faire des peuples tribaux.

À mon avis, cette négligence du phénomène appelé droit coutumier a causé un grand tort à notre réflexion sur le droit en général. Même si nous acceptons l'analyse plutôt occasionnelle du sujet contenue dans les traités, il n'en reste pas moins vrai qu'une bonne compréhension du droit coutumier est d'une importance capitale dans le monde d'aujourd'hui. En premier lieu, une grande partie du droit international, et peut-être la partie la plus vitale de celui-ci, est essentiellement du droit coutumier. La paix mondiale peut dépendre du bon fonctionnement de ce corps de droit. En second lieu, une grande partie du monde contemporain est encore régie par le droit coutumier au niveau interne des États. Les nouvelles nations émergentes (notamment en Inde, en Afrique et dans le Pacifique) sont maintenant engagées dans une transition périlleuse, passant de systèmes de droit coutumier à des systèmes de droit promulgué. Les enjeux de cette transition – tant pour eux que pour nous – sont en effet très élevés. Ainsi, le simple fait que nous pensions ne pas devoir réglementer à l'aide du droit coutumier notre comportement envers nos compatriotes ne signifie pas que celui-ci ne revêt aucune importance à nos yeux dès lors que nous sommes citoyens du monde.

La thèse que je vais avancer ici est cependant plus radicale que la simple insistance sur le fait que le droit coutumier revêt encore aujourd'hui une importance considérable. Je vais soutenir l'idée selon laquelle nous ne pouvons pas comprendre le droit « ordinaire » (c'est-à-dire le droit officiellement déclaré ou promulgué) si nous ne comprenons pas, d'abord, ce que l'on appelle le droit coutumier.

En préparant mon exposé, je dois avouer que j'ai rencontré, à ce stade, une grande frustration. Celle-ci provient du terme « droit coutumier » lui-même. C'est le terme que l'on trouve dans les titres et les index ; et si vous voulez comparer ce que j'ai à dire avec ce que d'autres ont dit, il vous faudra consulter cette rubrique. En même temps, l'expression choisie est des plus malheureuses car elle obscurcit, de façon presque irrémédiable, la nature du phénomène qu'elle cherche à désigner. Au lieu de servir de point de repère neutre, elle préjuge de son objet ; elle affirme que la force et la signification de ce que nous appelons le droit coutumier résident dans la simple habitude ou l'usage.

En opposition à ce point de vue, je soutiendrai l'idée selon laquelle le phénomène appelé droit coutumier peut être mieux décrit comme *un langage d'interaction*. Pour interagir de manière significative, les hommes ont besoin d'un

cadre social dans lequel les mouvements des participants s'inscrivent de manière générale dans un schéma prévisible. Pour se livrer à un comportement social efficace, les hommes ont besoin de s'appuyer sur des anticipations entremêlées, qui leur permettront de savoir ce que leurs homologues feront, ou qui leur permettront au moins d'évaluer la portée générale du répertoire dans lequel les réponses à leurs actions seront puisées. Nous présentons parfois le droit coutumier comme un code de conduite non écrit. Le mot *code* est ici approprié car il ne s'agit pas seulement de nier ou d'interdire [3] certaines actions que l'on désapprouve. Est aussi en jeu l'envers de cette négation, c'est-à-dire le sens qu'elle confère aux actions prévisibles et autorisées, qui fournissent alors un point de repère pour les réponses interactives en cours. Les professeurs Parsons et Shils ont parlé de la fonction des « attentes complémentaires »² dans l'action sociale ; le terme d'*attentes complémentaires* rend bien compte de la fonction que j'attribue ici au droit qui se développe à partir de l'interaction humaine, une forme de droit que nous sommes contraints d'appeler droit coutumier – à cause des dictionnaires et des titres de rubriques des traités de théorie du droit.

Pour poursuivre la comparaison avec le langage, supposons que nous ouvrons un traité de linguistique et que l'affirmation suivante figurait au premier paragraphe du livre :

Une langue parlée consiste en certains modèles de sons que les hommes produisent avec leur bouche. Les formes de ces modèles de sons sont fixées par la coutume et la tradition ; la force de l'habitude est telle que, dans une culture donnée, les hommes produisent toujours le même ensemble général de sons que leurs ancêtres, avec tout au plus des modifications et des ajouts mineurs.

Notre réaction serait très certainement de penser que c'est une façon très curieuse d'ouvrir une discussion sur le langage. Nous serions enclins à dire :

Mais cette déclaration ne nous dit pas à quoi sert le langage. Manifestement, son but est la communication. Si tel est le cas, il est évident que les hommes continueront à utiliser les mêmes sons que leurs pères autrefois et leurs voisins aujourd'hui : la raison pour laquelle ils le font est simplement qu'ils veulent être compris.

Pourtant, dans son esprit, cette introduction imaginaire à la linguistique n'est pas si éloignée de ce que nous trouvons dans les traités de théorie du droit concernant le droit coutumier. Il serait bon de porter brièvement notre attention sur certaines appréciations du droit coutumier que l'on trouve dans la littérature existante.

² Talcott Parsons et Edward Shils (dir.), *Toward a General Theory of Action*, Harvard University Press, 1951.

Une discussion souvent citée se trouve dans les *Elements of Jurisprudence* de Holland. Il affirme que la caractéristique qui définit le droit coutumier est qu'« il s'agit d'une ligne de conduite qui s'inscrit dans la durée et qui est généralement observée ». Il poursuit en expliquant :

Personne n'a jamais été présent consciemment au début d'une telle ligne de conduite, mais nous pouvons difficilement douter du fait que, de manière générale, celle-ci trouve son origine dans le choix conscient en faveur du plus commode des deux actes envisagés, bien qu'elle puisse sans doute parfois résulter de l'adoption fortuite de l'une des deux alternatives [4] indifférentes ; le choix dans l'un ou l'autre cas ayant été soit délibérément soit fortuitement répété jusqu'à ce qu'il mûrisse et devienne une habitude.

La meilleure illustration de la formation de telles habitudes d'action est le mode de formation d'un chemin à travers un terrain communal. Un homme traverse le terrain communal dans la direction suggérée par le but qu'il poursuit ou par hasard. Si d'autres suivent la même voie – ce qu'ils sont susceptibles de faire parce que celle-ci a déjà été empruntée – un chemin est créé.

Avant qu'une coutume ne se forme, il n'y a aucune raison juridique pour que nous suivions une direction plutôt qu'une autre, bien qu'entrent sans doute en jeu des motifs d'opportunité, liés à des scrupules religieux ou à des suggestions fortuites. Une fois formée, une ligne de conduite habituelle gagne en force et en sainteté d'année en année. Tout le monde est habitué à voir cette ligne de conduite être suivie : on la croit souvent salutaire et s'en écarter est ressenti comme anormal, immoral. Elle n'a jamais été associée à l'autorité organisée de l'État, mais elle a sans conteste été obéie par les individus qui composent l'État³.

Dans l'ensemble de ce passage lucide, on ne trouve à mon avis aucune trace de l'idée selon laquelle le droit coutumier trouve son origine dans l'interaction ou qu'il sert la finalité d'organiser et de faciliter l'interaction. En effet, l'image du faiseur de chemins solitaire semble presque délibérément choisie pour exclure les complications qui surgissent lorsque les hommes tentent de donner une orientation réciproque à leurs actions.

Dans la première édition de l'*Encyclopedia of Social Sciences*, l'auteur de l'article consacré au droit coutumier commence par citer Holland, emprunte sa figure du faiseur de chemin solitaire et conclut son premier paragraphe en expliquant que le rôle joué par le droit coutumier dans les sociétés primitives est

³ T. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, 8^e éd., 1896, p. 50-51.

dû à « la force de l'habitude » qui « prévaut dans toute l'histoire primitive de la race »⁴.

Permettez-moi maintenant de citer brièvement un passage de l'œuvre d'un auteur généralement plus favorable au droit coutumier – et, je dirais, plus perspicace – que ceux que je viens de citer. Salmond, dans son ouvrage *Jurisprudence*, aborde la question suivante : Quelles raisons peuvent justifier qu'un tribunal adopte la pratique coutumière comme fondement de sa décision ? Il considère que l'une de ces raisons tient au fait que :

la coutume est l'incarnation des principes qui sont apparus à la conscience nationale comme des principes de vérité, de justice et d'utilité publique. Le fait qu'une règle quelconque bénéficie déjà de la sanction de la coutume pose la présomption selon laquelle elle mérite d'obtenir également la sanction du droit... De façon générale, il serait bon que les cours de justice, en cherchant les règles de droit (*rules of right*) [5] qu'elles ont le devoir d'administrer, se contentent d'accepter celles qui ont déjà en leur faveur le prestige et l'autorité d'une longue acceptation, plutôt que de s'aventurer dans le projet plus dangereux qui consisterait à façonner pour elles-mêmes un ensemble de règles à la lumière de la nature⁵.

Il y a, évidemment, beaucoup de sagesse – ainsi qu'une part considérable de conservatisme – dans ces remarques. Mais en ce qui concerne la nature du droit coutumier, l'idée exprimée semble être que, de même qu'une société peut se voir imposer des règles d'en haut, elle peut aussi chercher des règles à la lumière d'une préférence collective inarticulée. Les hommes sont vus comme dirigeant leurs interactions par un droit que leur société leur a, d'une manière silencieuse, dit être juste et approprié. Ce qui manque, c'est une recherche sur les processus sociaux réels par lesquels ce droit est né et s'est maintenu.

Je pourrais ajouter d'autres citations tirées de la littérature relative à la théorie du droit, mais elles n'apporteraient aucun changement substantiel, de tonalité ou de contenu, à celles que je viens d'évoquer. En tout état de cause, le point que je souhaite soulever ici ne concerne pas tant ce que les auteurs disent du droit coutumier que ce qu'ils ne disent pas. Ils posent presque toutes les questions que l'on peut se poser sur les règles coutumières, sauf celle-ci : Quels sont les processus par lesquels ces règles sont créées ? Ils posent la question : Que devrions-nous faire du droit coutumier hérité ? Mais ils ne posent pas des questions telles que : Quelles fonctions ce droit remplissait-il chez ceux qui l'ont créé ? Les mêmes besoins

⁴ *Encyclopedia of the Social Sciences* 4 (1930), p. 662. Il n'existe aucune entrée pour le « Droit coutumier » dans la seconde édition de l'encyclopédie.

⁵ J. SALMOND, *Jurisprudence*, 7^e éd., Sweet & Maxwell, 1924, p. 208-209.

fonctionnels existent-ils dans notre société, et si oui, comment y répondons-nous ? Existe-t-il autour de nous des processus similaires à ceux qui, avant l'existence du droit posé par l'État, ont donné naissance aux règles coutumières ?

Ce sont des questions sur lesquelles je reviendrai ultérieurement. En attendant, je voudrais examiner certaines objections qui peuvent être soulevées à l'encontre de la proposition consistant à voir le droit coutumier comme un langage d'interaction. En répondant à ces objections, je parviendrai peut-être à clarifier quelque peu le point de vue que je défends.

La première de ces objections est que le droit coutumier des sociétés primitives peut établir des règles qui n'ont rien à voir avec l'interaction humaine. Il peut y avoir des offenses contre les divinités et les esprits ; un homme peut être puni, même condamné à mort, pour un acte commis sans que d'autres personnes soient présentes, lorsque cet acte viole un certain tabou. À cette question, il est selon moi possible de répondre que les conceptions animistes de la nature peuvent étendre considérablement l'importance et la portée que les actes d'un homme peuvent avoir pour ses semblables. Il y a un passage de Walter Bagehot qui est tout à fait pertinent sur ce point. Bagehot remarque que « l'idée selon laquelle la mauvaise religion de *A* ne peut pas nuire, à présent et dorénavant, au bien-être de *B* est, étrangement, une idée moderne »⁶. [6] La mesure dans laquelle les croyances et les actes d'un homme seront perçus comme affectant ses semblables dépendra de la mesure dans laquelle les hommes estiment faire partie d'un même ensemble, de leurs croyances concernant les forces intangibles qui les unissent. Au sein de la famille élargie, la distinction entre les actions orientées vers les autres et celles orientées vers soi aura un aspect très différent de celui qu'elle a dans notre propre société, qui est en grande partie composée d'inconnus – comme c'est le cas de cette société –, qui sont très largement incrédules à l'égard du surnaturel.

Une autre objection opposée à la conception du droit coutumier comme langage d'interaction peut être formulée en ces termes : une telle conception est beaucoup trop rationaliste et attribue au droit coutumier une aptitude fonctionnelle, une netteté d'objectif, qui est éloignée des réalités de la pratique primitive. Le droit coutumier est rempli de routines rituelles et de cérémonies inutiles ; celles-ci peuvent répondre à un certain instinct de dramatisation, mais on peut difficilement dire qu'elles servent à communiquer efficacement ou à développer des attentes stables, qui organiseront et faciliteront l'interaction.

Au contraire, je répondrais que le rituel a comme fonction importante la communication, l'étiquetage des actes afin qu'il n'y ait pas d'erreur quant à leur signification. Erik Erikson consacre des développements fascinants au ritualisme, qui prospère à l'occasion des interactions d'une mère avec son enfant :

⁶ W. BAGEHOT, *Physics and Politics*, Beacon Press, 1956, p. 117. Ce livre a été pour la première fois publié en 1872.

Le nourrisson qui s'éveille transmet un message à sa mère et déclenche immédiatement chez elle tout un répertoire de comportements émotifs, verbaux et manipulateurs. Elle s'approche de lui en souriant ou en s'inquiétant, en prononçant un nom avec éclat ou avec anxiété et agit : regardant, sentant, reniflant, elle détermine les sources possibles d'inconfort et amorce les services à rendre en réaménageant l'état du nourrisson, en préparant la nourriture, en le prenant dans ses bras, etc. Si on l'observe pendant plusieurs jours (surtout dans un milieu qui n'est pas le sien), il devient clair que cet événement quotidien est hautement formalisé, dans la mesure où la mère semble se sentir obligée (et pas peu satisfaite) de répéter un comportement qui suscite chez le nourrisson des réponses prévisibles, qui l'encouragent à son tour à poursuivre dans ce sens⁷.

Erikson poursuit en remarquant que la formalisation de ce comportement, son élément rituel, est beaucoup plus facilement perçue par les individus étrangers aux participants, c'est-à-dire par ceux qui n'appartiennent pas à la famille, à la classe ou à la culture dans laquelle il se développe. Il conclut que le but du comportement est d'exprimer une *reconnaissance mutuelle* ; sa fonction essentielle est, en d'autres termes, la *communication*. Il se réfère à des études du comportement rituel chez les animaux, qui indiquent que ce comportement s'est développé pour « fournir [7] un ensemble de signaux non ambigus afin d'éviter des malentendus fatals » ; et conclut que chez l'homme « le dépassement de l'ambivalence est un objectif important de la... ritualisation ». Il est certain que chez un peuple qui n'a pas de registres officiels tenus par l'État pour montrer qui est marié à qui, on peut dire que les cérémonies de mariage élaborées, que l'on trouve dans certains systèmes coutumiers, peuvent être vues comme poursuivant un objectif de communication et de clarification.

Pour illustrer mes propos sur le ritualisme et, plus généralement, concernant la fonction de communication des pratiques coutumières, j'aimerais évoquer brièvement une évolution qui semble se produire dans les relations diplomatiques entre la Russie et les États-Unis. Nous assistons peut-être ici à quelque chose qui ressemble à du droit coutumier en devenir. Entre ces deux pays, une sorte de réciprocité semble s'être instaurée à propos du retrait forcé des agents diplomatiques. Le gouvernement américain, par exemple, estime qu'un membre de l'ambassade de Russie se livre à de l'espionnage ou, devrais-je dire, estime qu'il est *trop* engagé dans l'espionnage ; il le déclare *persona non grata* et exige son départ du pays. La réponse attendue, fondée sur l'expérience passée, est que la

⁷ E. ERIKSON, « Ontogeny of Ritualization », in Rudolph M. LOEWENSTEIN, *Psychoanalysis - A General psychology - Essays in Honor of Heinz Hartmann*, International Universities Press, 1966, p. 603. (Je suis redevable à mon collègue Alan Stone pour cette référence).

Russie acquiescera à cette demande, mais qu'elle répliquera immédiatement en exigeant le départ de Russie d'un agent diplomatique américain de même rang. Inversement, si les Russes expulsent un émissaire américain, les États-Unis réagiront en renvoyant un émissaire russe.

Nous avons ici, du moins pour l'instant, un ensemble assez stable d'attentes interactionnelles ; dans le champ couvert par cette pratique, chaque pays est capable d'anticiper les réactions de son homologue avec une grande confiance. Cela signifie que ses décisions peuvent être guidées par une estimation préalable relativement précise des coûts. Nous savons que si nous renvoyons un de leurs hommes, ils renverront l'un des nôtres.

Il convient de noter que la pratique devient routinière et contient (au moins de manière latente) des qualités rituelles et symboliques. Supposons, par exemple, que les autorités américaines soient confrontées à ce dilemme : les Russes ont déclaré *persona non grata* un membre de haut rang de l'ambassade américaine à Moscou, et il s'avère difficile de trouver un homologue approprié pour le renvoyer en Russie. Nous pouvons supposer, par exemple, que les représentants soviétiques de même rang que l'Américain expulsé sont des personnes que Washington aimerait beaucoup voir rester dans ce pays. Dans cette situation délicate, il pourrait venir à l'esprit des décideurs de renvoyer en Russie cinq hommes d'un rang inférieur à celui de l'Américain expulsé afin de préserver un bon équilibre ou, peut-être même, de considérer que l'expulsion de dix commis au classement serait la réponse la plus appropriée.

[8] Je pense que tout fonctionnaire responsable réfléchirait longtemps avant de choisir une telle solution. Le danger de celle-ci résiderait dans les dommages qu'elle infligerait au symbolisme soigné qui entoure un rapport de un à un, dans la confusion qu'elle pourrait induire pour la signification acceptée des actions concernées. Il s'agit d'un cas dans lequel les deux parties seraient probablement bien avisées de s'en tenir au rituel familial, car elles risqueraient de perdre les gains obtenus grâce à un modèle interactionnel stable si elles s'en écartaient.

L'illustration que nous venons d'évoquer peut sembler mal choisie parce qu'elle représente, pourrait-on dire, un type de droit coutumier très appauvri, un droit qui confère, non pas une réciprocité des avantages, mais une réciprocité des expressions d'hostilité. Mais une grande partie du droit coutumier des peuples primitifs, il convient de le rappeler, remplit exactement la même fonction. Les hostilités ouvertes et sans restriction entre tribus deviennent souvent, avec le temps, soumises à des restrictions tacites et formalisées et peuvent, en fin de compte, ne survivre que sous la forme d'un simulacre de bataille rituelle⁸. En outre, dans la pratique diplomatique que j'ai décrite, il peut y avoir une réciprocité plus riche qu'il n'y paraît à première vue. Au moment de l'incident de *Pueblo*, il a été suggéré que la Russie et les États-Unis pourraient partager un intérêt à être

⁸ Il y a donc moins de paradoxe qu'il n'y paraît à première vue dans le titre de l'anthologie de Paul Bohannon, *Law and Warfare – Studies in the Anthropology of Conflict*, Natural History Press, 1967.

espionnés l'un par l'autre de manière modérée et discrète. Nous ne voulons pas que les Russes nous extorquent nos secrets militaires, mais nous voulons qu'ils sachent, sur la base d'informations auxquelles ils se fieront, que nous ne prévoyons pas de les attaquer par surprise. Cet intérêt partagé peut former une partie du contexte de l'échange rituel et régulier de discourtoisies diplomatiques, qui existe entre les deux pays.

J'ai déjà fait part de mon désarroi de devoir employer le terme de *droit coutumier* si fréquemment dans cette présentation. Les deux ingrédients de l'expression, l'adjectif et le nom, présentent des difficultés. J'aborderai sous peu les embarras créés par le substantif. En attendant, il serait bon d'examiner plus attentivement que je ne l'ai fait jusqu'ici les problèmes que pose la recherche d'un substitut satisfaisant au terme « coutumier ». Comme je l'ai déjà souligné, la principale objection à ce mot réside dans le fait qu'il suggère que la simple répétition d'une action par A créera chez les autres un droit à ce que A répète cette action, avec comme implication supplémentaire que la force de cette revendication variera directement en fonction de la durée du comportement répétitif de A. Évidemment, aucun théoricien du droit coutumier ne souscrit réellement à une telle absurdité, même si le langage employé peut parfois sembler suggérer le contraire. Mon voisin peut, pendant des années, s'être levé tous les matins à huit heures précises. Pourtant, personne ne penserait que cette pratique établie puisse créer une quelconque obligation envers moi, à moins qu'elle implique une certaine coordination de nos activités, comme cela pourrait être le cas si j'en étais venu [9] à dépendre de lui pour qu'il me conduise au travail en voiture. Par conséquent, au lieu de parler vaguement d'une obligation découlant de la simple coutume ou de la répétition, il serait préférable de dire qu'un sentiment d'obligation naîtra lorsqu'une stabilisation des attentes interactionnelles s'est produite, de sorte que les parties en sont venues à déterminer leurs comportements l'une envers l'autre en fonction de ces attentes.

Le terme d'« attente interactionnelle » peut cependant devenir une source d'éventuelles difficultés. Par exemple, nous pouvons être induits en erreur si nous imaginons que l'attente ou l'anticipation pertinente doit entrer dans notre conscience de manière active. En fait, les anticipations qui façonnent le plus clairement notre comportement et nos attitudes envers les autres sont souvent précisément celles qui agissent sans que nous soyons conscients de leur présence. Pour prendre un exemple dans un contexte quelque peu trivial, des expériences ont montré que la distance à laquelle les gens se tiennent les uns des autres au cours de conversations ordinaires varie de manière prévisible selon les cultures et les individus. En même temps, la plupart des gens ne seraient pas capables d'affirmer, sans quelques tests préliminaires, ce qu'ils considèrent être une distance normale pour converser. Mon incapacité à définir spontanément une distance appropriée ne m'empêcherait cependant pas de trouver offensant le geste de quelqu'un qui projetterait son visage de manière gênante près du mien ; pas plus

qu'elle ne soulagerait ma perplexité et mon désarroi face à l'attitude de quelqu'un qui ne cesserait de reculer lorsque je m'approche à une distance qui me semble être une distance normale pour converser. Notre comportement envers les autres, et nos interprétations de leur comportement envers nous, sont, en d'autres termes, constamment façonnés par des normes qui n'entrent pas consciemment dans nos processus de pensée. L'analogie avec le langage est une fois de plus utile ; souvent, nous ne prenons conscience des règles de grammaire que lorsque celles-ci sont transgressées, et c'est parfois leur transgression qui nous amène à formuler pour la première fois des règles que nous appliquions auparavant sans le savoir.

Toute analyse en termes d'« attentes interactionnelles » doit également se confronter au problème de l'homme qui est en quelque sorte étranger aux attentes qui organisent la vie d'un groupe particulier. Il peut être au sens propre un étranger, un commerçant par exemple, qui vient de loin pour vendre ses marchandises à un peuple tribal. Ou, bien que né et élevé au sein du groupe, il peut aussi être « aliéné », être trop insensible pour comprendre le système, ou peut-être trop perspicace pour accepter certaines des absurdités et anomalies de celui-ci. Il serait évidemment impossible d'entreprendre ici d'analyser de manière adéquate les problèmes soulevés. On peut cependant se risquer à penser que c'est à l'intrusion du véritable étranger – « l'étranger » dans le célèbre essai de Simmel⁹ – que nous devons non seulement l'invention du commerce économique, mais également la découverte plus générale de l'idée selon laquelle il est possible pour les hommes d'organiser leurs relations les uns avec les autres par un contrat explicite.

Venons-en maintenant aux difficultés créées par le substantif de l'expression « droit coutumier ». [10] Si nous estimons qu'un système d'attentes interactionnelles stabilisées est une manière plus adéquate de décrire ce que les traités appellent le droit coutumier, nous nous trouvons dans l'embarras de devoir constater que beaucoup de ces attentes se rapportent à des questions qui semblent éloignées de tout contexte juridique. Par exemple, les règles de la bienséance répondent parfaitement à la définition proposée, mais nous ne serions guère enclins à qualifier de telles règles de règles de droit.

Cela soulève la question suivante : Dans quelle mesure ce que l'on appelle le droit coutumier mérite-t-il vraiment le qualificatif de *droit* ? Les anthropologues se sont intéressés à cette question¹⁰ et y ont apporté des réponses divergentes. L'une consiste à affirmer que la question est mal conçue, puisqu'on ne peut pas appliquer une conception qui intègre l'idée de promulgation explicite à un contexte social dans lequel les règles de conduite naissent sans l'aide d'un

⁹ *The Sociology of Georg Simmel*, Éd. K. Wolff, Free Press, 1950, p. 402-408.

¹⁰ Les références à la plupart de la littérature sur le sujet se trouvent dans Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, 2^e éd., Manchester University Press, 1967, chap. 5 et 9.

législateur. Parmi ceux qui prennent la question au sérieux, la réponse proposée par Hoebel est peut-être celle qui a attiré le plus d'attention ; il nous sera utile de l'examiner un instant. Hoebel suggère qu'en ce qui concerne les sociétés sans État ou primitives :

« ... le droit peut être défini en ces termes : Une norme sociale est juridique si son non-respect ou son infraction sont régulièrement sanctionnés, par la menace ou dans les faits, à l'aide de la force physique exercée par un individu ou un groupe possédant le privilège socialement reconnu d'agir ainsi »¹¹.

Cette solution présente, à mon avis, un certain nombre de difficultés. En premier lieu, elle semble définir le « droit » par une imperfection. Si la fonction du droit est de produire une relation ordonnée entre les membres d'une société, que pourrions-nous dire d'un système qui fonctionne si bien qu'il n'y a jamais d'occasion de recourir à la force ou à la menace de la force pour faire respecter ses normes ? Le succès même de ce système lui ôte-t-il le privilège d'être appelé du nom prestigieux de « droit » ?

Encore une fois, peut-on toujours savoir à l'avance si l'infraction à une norme particulière fera l'objet de représailles violentes ? La gravité de la violation de toute règle dépend toujours, dans une certaine mesure, du contexte. On pourrait être tenté de supposer que peu de sociétés puniraient de manière régulière les infractions aux règles de la bienséance en recourant à la violence. Supposons, cependant, qu'une réunion officielle destinée à rétablir la paix soit organisée par des délégations de deux tribus sur le point d'entrer en guerre ; et qu'un membre d'une délégation utilise un surnom insultant en s'adressant à son homologue ; il en résulte une guerre sanglante et désastreuse. [11] Est-il probable que les autres membres de la tribu se contentent d'infliger à l'offenseur une censure sociale modérée ? Si cette illustration semble artificielle, nous pouvons souligner que, dans notre société libre, un principe juridique accepté veut qu'un homme n'encourt aucune responsabilité pour avoir exprimé à un autre une faible opinion de son intelligence et de son intégrité. Si un avocat plaidant une affaire au tribunal profitait de cette liberté pour s'adresser au juge, il pourrait très bien se retrouver escorté de force hors de la salle d'audience pour purger une peine de prison pour outrage.

L'objection fondamentale à la proposition de Hoebel consiste peut-être à dire qu'elle ignore la qualité systématique du droit primitif. La loi de la tribu ou de la famille élargie n'est pas simplement une charte des choses à faire et à ne pas faire ; c'est un programme pour vivre ensemble. Certaines parties du programme peuvent se manifester sous la forme de normes distinctes qui imposent des sanctions spécialement définies. Mais la logique de base du droit coutumier

¹¹ E. ADAMSON HOEBEL, *The Law of Primitive Man*, Harvard University Press, 1954, p. 28.

continuera de l'inscrire dans le système compris comme un tout. Lévi-Strauss peut parfois sembler caricaturer cette qualité des ordres sociaux primitifs¹², mais si c'est le cas, ses efforts ont fourni un bon antidote à la tendance consistant à supposer que tout système coutumier peut être réduit à une sorte de code composé de paragraphes numérotés, chaque paragraphe s'imposant comme une petite loi complète en elle-même.

Une récente controverse entre anthropologues mérite d'être examinée à cet égard. Dans son célèbre ouvrage intitulé *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Max Gluckman a estimé qu'un élément clé du raisonnement juridique barotse résidait dans le concept de « l'homme raisonnable ». Le fait que ce concept joue également un rôle dans des systèmes plus « avancés » plaide, concluait Gluckman, pour une certaine unité du raisonnement juridique partout dans le monde. Cette conclusion a été rejetée de manière assez catégorique par un certain nombre de ses collègues experts¹³.

Peut-être est-il utile de clarifier les questions posées, en étudiant une règle de droit familière à tout lecteur, qui est *a minima* d'origine coutumière. Je veux parler du « code de la route » selon lequel, dans la plupart des pays du monde, on croise le véhicule qui approche par la droite. Il semblerait redondant et même absurde d'introduire dans ce contexte quoi que ce soit qui ressemble au concept de l'homme raisonnable ; je passe à droite, non pas parce que je suis un homme raisonnable, mais parce que c'est la règle. Mais supposons que l'on rencontre une situation dans laquelle les présuppositions qui sous-tendent la règle ne tiennent plus. Par exemple, on conduit dans un parking sans voies marquées, où d'autres véhicules vont et viennent, reculent et tournent. Ou bien, en conduisant sur une autoroute ordinaire, on rencontre un véhicule en approche [12] qui fait des allers-retours sur la route de manière incontrôlée. Dans de telles situations, nous avons clairement besoin de quelque chose qui se rapproche du jugement et de la responsabilité de « l'homme raisonnable » ; dans un tel contexte, le code de la route peut fournir tout au plus une sorte de présomption, qui nous guide sur ce qu'il faut faire lorsque les autres éléments contextuels n'offrent pas de solution claire.

La société primitive, comme la circulation automobile, est régie par un système de rôles imbriqués. Quand un homme sort de son rôle ou lorsque se présente une situation dans laquelle un rôle familier perd une partie ou la totalité de sa signification, il faut procéder à des ajustements. Il ne peut y avoir de formule pour guider ces ajustements au-delà de ce que peuvent exiger le bon sens et ce qui est raisonnable, en fonction des exigences du système dans son ensemble. Ce n'est donc pas un hasard si Gluckman rapporte qu'il s'est pour la première fois rendu compte de l'importance de « l'homme raisonnable » pour le droit barotse à

¹² V. C. LÉVI-STRAUSS, *The Savage Mind*, University of Chicago Press, 1966.

¹³ M. GLUCKMAN, *The Judicial Process...*, *op. cit.*, p. 82-162, p. 387-398. (La réponse de Gluckman aux critiques sur ce point se trouve dans la deuxième référence).

l'occasion d'une réflexion sur une controverse qu'il appelle « Le cas du père partial »¹⁴.

Avant de passer à d'autres sujets, il pourrait être utile de poursuivre un peu plus loin l'analogie entre les systèmes juridiques primitifs et les lois de la circulation. À cette fin, le lecteur voudra peut-être faire preuve d'indulgence en se prêtant à un exercice de fantaisie, au-delà de toute inhibition. Commençons par supposer qu'un terrien est interrogé par un visiteur venu de l'espace. Dans sa demeure astrale, ce visiteur exerce une profession que nous appellerons l'anthropologie juridique. Dans l'exercice de ses fonctions, il est devenu fasciné par les lois terrestres de la circulation, un sujet qui lui est totalement étranger car, sur sa planète, la circulation des marchandises et des êtres vivants se fait automatiquement sous le contrôle d'un centre informatique. Il commence par demander quelle est la règle lorsque deux véhicules venant en sens inverse se rapprochent. La réponse est que chaque conducteur reste à sa droite. Le visiteur astral demande : « Pourquoi à droite ? Pourquoi pas à gauche ? » Le terrien répond qu'il n'y a pas de raison particulière en faveur de l'une ou l'autre règle et que dans certaines cultures automobiles, la règle est effectivement de rester à gauche. (À ce stade, l'anthropologue note dans son carnet que les terriens semblent incroyablement peu au fait des principes de base de leur système juridique et qu'ils se contentent de suivre les règles simplement parce qu'on leur a dit qu'elles étaient les règles à suivre).

L'entretien reprend et l'anthropologue demande : « Qu'en est-il de la règle lorsque vous dépassez un autre véhicule ? Je suppose qu'elle est la même, c'est-à-dire que l'on dépasse par la droite ; le droit resterait ainsi simple et compréhensible. » À la surprise du visiteur astral, le terrien répond que la règle dans ce cas est que l'on dépasse par la gauche. Mais pourquoi cette anomalie ? Le terrien répond que ce n'est pas du tout une anomalie, mais un corollaire logique [13] de la règle qui veut que l'on croise le véhicule qui vient en sens inverse par la droite. À ce stade, l'anthropologue commence à perdre patience et exige que le terrien lui donne une raison simple et facile à comprendre, pour expliquer que la règle du dépassement par la gauche soit la règle appropriée pour aller de pair avec la règle du croisement d'un véhicule par la droite. Ceux d'entre nous qui pensent qu'il leur sera difficile de répondre rapidement à cette demande peuvent se consoler en se disant que cette incapacité peut nous aider à comprendre les difficultés qu'ont parfois les autochtones à expliquer aux étrangers la logique interne de leurs ordres juridiques, notamment en ce qui concerne les systèmes complexes de reconnaissance de la parenté.

Réfléchir aux problèmes de réglementation de la circulation peut également être utile dans un autre contexte, c'est-à-dire pour nous aider à comprendre l'impact du « changement social » – l'urbanisation et l'industrialisation, par exemple – sur les peuples habitués à organiser leur vie selon le droit coutumier.

¹⁴ *Ibid.*, p. 37-45.

Comme tout conducteur expérimenté le sait, l'ancienne pratique simple consistant à « se croiser par la droite, dépasser par la gauche » a subi des modifications substantielles pour s'adapter aux conditions modernes de la circulation routière. Ces changements se reflètent dans de longs paragraphes du code de la route, qui ne sont généralement pas lus. Le dépassement par la droite peut, par exemple, être autorisé sur les routes à chaussées séparées et à voies multiples, dans les rues urbaines à sens unique, ou lorsque le conducteur qui précède fait signe de tourner à gauche. Mais ces règles introduisent leur propre lot d'incertitudes. Est-il permis de doubler par la droite sur une route très large à voies multiples qui n'est pas divisée en deux voies unidirectionnelles ? Là encore, le conducteur qui vous précède vous fait signe qu'il veut tourner à gauche, vous commencez à le dépasser par la droite, puis vous découvrez (avant lui) qu'il n'a pas le droit de tourner à gauche. Ou encore, en conduisant dans une rue à sens unique, vous êtes sur le point de profiter de votre privilège de dépassement par la droite lorsque vous réalisez soudain que la rue est sur le point de devenir une rue à double sens. Le conducteur américain sujet à de telles incertitudes est en mesure de comprendre quelque peu la détresse du membre de la tribu africaine, qui essaie consciencieusement de vivre en ville en se conformant à un ensemble de règles, à un autre lorsqu'il est à la campagne et qui a, parfois, du mal à séparer les deux systèmes.

II.- Les fondements interactionnels du droit des contrats

Le bref exposé du droit des contrats qui suit a été inclus ici principalement en raison de l'éclairage qu'il peut apporter sur le droit coutumier, dont on dit souvent et à juste titre qu'il contient un élément consensuel. Par cet aspect commun, le droit des contrats et le droit coutumier sont en effet de proches cousins et l'étude de l'un aidera à comprendre l'autre. Au cours de l'analyse qui suit, j'aurai l'occasion de revenir, dans une perspective quelque peu différente, [14] sur certaines des questions déjà abordées, en particulier celle de savoir comment déterminer quand des modèles d'interaction peuvent à juste titre être considérés comme ayant créé l'obligation de continuer à y recourir.

Conformément à l'objectif général que nous venons d'esquisser, nous nous intéresserons ici au contrat comme source d'ordre social, comme moyen d'établir des « attentes interactionnelles stables ». Tel qu'il est utilisé dans le titre de cette section, le terme de droit des contrats se réfère donc principalement, non pas au droit des contrats ou relatif aux contrats, mais au « droit » qu'un contrat fait lui-même naître. Cet emploi du mot « droit » représente, bien entendu, un écart considérable par rapport aux conventions que nous suivons habituellement lorsque nous utilisons ce terme.

Notre réticence à appliquer le mot *droit* à l'obligation créée par un contrat est cependant, à bien des égards, une anomalie. En exécutant (*enforce*)¹⁵ les contrats, les tribunaux prétendent faire découler les droits et les devoirs juridiques des parties des termes de leur accord, comme s'il s'agissait d'appliquer une loi. Les Romains n'hésitaient pas, du moins dans certains contextes, à appliquer le mot *lex* aux dispositions contractuelles. Le mot latin semble en effet avoir trouvé son origine dans un contexte contractuel. Aujourd'hui, les internationalistes considèrent les traités comme la principale source de leur droit. Bien que le terme de droit coutumier ait été traité par certains théoriciens du droit comme un abus de langage, la plupart des auteurs semblent aujourd'hui ne plus avoir de scrupules à l'égard de cette expression ; l'acceptation du « droit coutumier » et le rejet du « droit contractuel » sont d'autant plus remarquables que, si ce que l'on associe au « droit » est quelque chose qui ressemble à un processus législatif explicite, le contrat répond bien plus à ce modèle que les processus silencieux par lesquels le droit coutumier est né. Enfin, pour prouver que les juristes ne rejettent pas l'expression *droit du contrat* parce qu'elle est en conflit avec une exigence fondamentale de la logique juridique, je fais référence au fait qu'ils ne sont disposés à accepter la pensée contenue dans l'expression qu'à condition qu'elle soit décentement habillée d'une paraphrase. Ainsi, je doute qu'un juriste soit profondément perplexe (bien qu'il puisse être légèrement intrigué) face à l'affirmation de l'article 1134 du Code civil français, selon laquelle un contrat « tient lieu de loi » entre les parties. (« *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* »)¹⁶)

Si l'on s'autorise à considérer le « droit des contrats » comme le « droit » que les parties elles-mêmes font naître par leur accord, le passage du droit coutumier au droit des contrats devient très facile. La difficulté devient alors non pas celle d'englober les deux types de droit sous une même rubrique, mais de savoir comment tracer une ligne de division claire entre eux. Nous pouvons bien sûr dire (en utilisant le jargon que j'ai infligé au lecteur) que dans un cas, les attentes interactionnelles pertinentes sont créées par des mots ; dans l'autre, par des actions.

[15] Mais ce serait voir la question de manière simpliste. Lorsque des mots sont utilisés, ils doivent être interprétés. Lorsque le contrat s'inscrit dans un domaine général où les transactions sont répétitives, il existera généralement un ensemble de pratiques standard à la lumière desquelles les ambiguïtés verbales seront résolues. En effet, ici, les régularités interactionnelles perceptibles dans le monde extérieur au contrat sont inscrites dans le contrat au cours du processus

¹⁵ [N.D.T. : la notion anglo-américaine de « *enforcement of contract* » désigne l'exécution du contrat par les juridictions, qui octroient à l'accord privé une force obligatoire. Cette notion est difficilement traduisible en tant que telle, parce qu'elle désigne l'exercice de la force « autorisée, une force qui se justifie ou qui est justifiée à s'appliquer » pour exécuter un accord privé. Sur ce point, v. J. DERRIDA, *Force de loi. Le « Fondement mystique de l'autorité »*, Galilée, 1994, p. 17 et s.]

¹⁶ [N.D.T. : en français dans le texte.]

d'interprétation. De manière générale, il est souvent difficile en droit commercial de savoir s'il faut dire qu'en entrant dans un champ particulier de pratiques, les parties sont devenues soumises à un corps de droit coutumier ou s'il faut dire qu'elles ont incorporé, par un accord tacite, la pratique standard dans les termes de leur contrat.

La signification d'un contrat peut être déterminée non seulement par le champ des pratiques dans lequel le contrat s'inscrit, mais aussi par les interactions des parties elles-mêmes après qu'elles ont conclu leur accord. Si l'exécution d'un contrat se déroule sur une certaine période, le comportement des parties témoigne souvent, selon la dénomination occasionnelle employée par les tribunaux, d'une interprétation pratique de leur accord ; cette interprétation conduite à la lumière des actions peut prendre le dessus sur le sens qui serait ordinairement attribué aux mots employés par le contrat lui-même. Si la divergence entre les actions des parties et les termes utilisés dans leur accord devient trop importante pour permettre aux tribunaux de parler d'une interprétation pratique, ces derniers peuvent considérer que le contrat a été tacitement modifié ou même abrogé, au regard de la manière dont les parties se sont comportées l'une envers l'autre depuis la conclusion de l'accord.

D'une manière générale, nous pouvons dire qu'à l'occasion de l'exécution concrète d'un accord complexe conclu entre des parties amies, le contrat écrit fournit souvent une sorte de cadre à la relation continue, plutôt qu'une définition précise de cette relation. Pour trouver cette définition, nous devons peut-être nous tourner vers une sorte de droit coutumier bipartite et implicite dans les actions des parties, plutôt que vers les formulations verbales du contrat. Si cela est vrai pour les contrats qui font finalement l'objet d'un recours devant les tribunaux, cela doit être beaucoup plus fréquent quand les parties trouvent un arrangement sans former de contentieux devant les juridictions.

Si les termes employés dans un contrat doivent être interprétés dans leur contexte interactionnel ou à la lumière des actions entreprises par les parties en vertu de ces mots, les actions qui donnent naissance au droit coutumier doivent également être parfois interprétées presque comme s'il s'agissait de mots. Ce problème d'interprétation est à la fois le problème le plus crucial et le plus négligé du droit coutumier ; intrinsèquement difficile, il est complexifié par des théories ineptes qui portent sur la nature du droit coutumier, comme celles qui le présentent comme l'expression de « la force de l'habitude » qui « prévaut dans l'histoire primitive de la race ».

Le problème central de l'« interprétation » en droit coutumier est de savoir quand déduire un sentiment d'obligation, tel que celui pouvant être lié à une promesse explicitement formulée par des mots, d'un acte ou d'un ensemble d'actes répétitifs. [16] Tous s'accordent à dire qu'une personne, une tribu ou une nation n'encourt pas d'obligation – juridique ou morale – simplement parce qu'on peut discerner un modèle répétitif de comportement dans ses actions. Tous

s'accorderaient aussi probablement à dire que les actions qui créent le droit coutumier doivent être celles qui relèvent des *interactions*, bien que cela puisse devenir compliqué lorsque nous rappelons que dans certaines circonstances, l'inaction peut revêtir les qualités de l'action, par exemple lorsqu'il devient approprié d'appeler celle-ci un acquiescement ou une abstention. Au-delà, nous nous heurtons presque à une absence de propositions théoriques.

Face à cette lacune, une tentative de formuler précisément un test est proposée. On la trouve dans la doctrine de l'*opinio necessitatis*. Selon ce principe (qui jouit encore d'une certaine estime en droit international), le droit coutumier naît d'actions répétitives seulement quand ces actions sont motivées par un sentiment d'obligation ; en d'autres termes, lorsque les gens se comportent comme ils le font, non pas parce qu'ils le veulent ou parce qu'ils agissent sans réfléchir, mais parce qu'ils croient devoir agir ainsi. Cette solution semble curieusement inappropriée. Dans les cas clairs dans lesquels le droit coutumier est établi, celle-ci devient une tautologie ; dans les situations où le droit coutumier est en train de naître, elle est défectueuse.

On pourrait suggérer qu'une meilleure solution pourrait être trouvée dans le principe contenu dans la section 90 du *Restatement of Contracts* de l'*American Law Institute*. Tel que formulé pour s'adapter au problème soulevé, ce principe suivrait les lignes suivantes (qui sont malheureusement quelque peu complexes) : Lorsque, par ses actions envers *B*, *A* a (quelles que soient ses intentions réelles) donné à *B* des raisons de comprendre qu'il (*A*) agira à l'avenir de la même manière dans des situations similaires et que *B* a, substantiellement, ajusté son comportement de manière prudente pour s'attendre à ce que *A* agisse à l'avenir conformément à cette attente, alors *A* est tenu de suivre le modèle établi par ses actions passées envers *B*. Cela crée une obligation de *A* envers *B*. Si le modèle d'interaction suivi par *A* et *B* se répand ensuite dans la communauté concernée, une règle relevant du droit coutumier général aura été créée. Cette règle fera normalement partie d'un système plus large, qui impliquera un réseau complexe d'attentes réciproques. L'absorption de la nouvelle règle dans le système plus large sera, bien entendu, facilitée par le fait que les interactions qui lui ont donné naissance se sont déroulées dans les limites posées par ce système ; et qu'elles ont tiré une partie de la signification qu'elles revêtent aux yeux des parties du contexte interactionnel plus large dans lequel elles se sont produites.

Le phénomène familier de propagation du droit coutumier d'un contexte social à un autre met au jour une distinction supplémentaire entre le droit coutumier et le droit des contrats, qui mérite ici de faire l'objet d'un examen critique. On peut dire qu'un contrat ne lie que les parties au contrat, alors que le droit coutumier étend normalement ses règles à une communauté vaste et parfois définie de manière quelque peu floue. [17] La première observation est que si cette diffusion du droit coutumier est un phénomène courant, elle n'est en aucun cas inévitable. Un droit coutumier, que l'on peut dire bipartite (*two-party customary*

law), peut exister et existe effectivement ; ce n'est, là encore, qu'un préjugé linguistique qui nous fait hésiter à employer le mot « droit ».

Lorsque le droit coutumier s'étend, il ne faut pas se méprendre sur le processus par lequel cette extension se produit. On a parfois pensé qu'il s'agissait d'une sorte d'expression inarticulée de la volonté collective ; les membres du groupe *B* perçoivent que les règles qui régissent le groupe *A* leur conviendraient ; ils reprennent donc ces règles par un acte adopté de manière collective et tacite. Ce type d'explication fait abstraction des processus interactionnels qui sous-tendent le droit coutumier et ignore leur aspect communicatif omniprésent. Prenons comme exemple une pratique dans le domaine des relations internationales, celle d'offrir un salut de vingt et un coups de canon aux chefs d'État en visite. Par un processus d'imitation, cette pratique semble maintenant être devenue assez générale parmi les nations. On peut plus ou moins dire que son attrait réside dans la pertinence d'un retentissement de canon pour signaler l'arrivée d'un visiteur de marque. Mais pourquoi vingt et un coups de canon, au lieu de seize ou vingt-cinq ? Il est évident qu'une fois que le modèle des vingt et un coups de canons est devenu familier, tout écart par rapport à celui-ci peut générer des malentendus ; les spectateurs passeraient leur temps, non pas à apprécier la grandeur du rugissement des canons, mais à compter les détonations, en attribuant toutes sortes de significations – intentionnelles ou non – à tout changement par rapport à la dernière répartition des coups de canons. En général, nous pouvons dire que lorsque *A* et *B* se sont familiarisés avec une pratique en vigueur entre *C* et *D*, *A* est susceptible d'adopter ce modèle dans ses actions envers *B*, non pas simplement ou nécessairement parce que celui-ci est particulièrement adapté à leur situation, mais parce qu'il sait que *B* comprendra le sens de son comportement et saura comment y réagir.

Quant à la proposition selon laquelle un contrat ne lie que ceux qui l'ont conclu, ceux qui ont activement et sciemment consenti à ses termes, un simple coup d'œil à la pratique contractuelle moderne suffit à montrer à quel point cette proposition peut devenir irréaliste et purement formelle. Seule une infime partie des « contrats » signés aujourd'hui sont réellement négociés ou représentent quelque chose qui ressemble à un compromis explicite entre les intérêts respectifs des parties. Même les contrats rédigés par des juristes, qui sont en théorie spécifiquement adaptés à la situation des parties, sont susceptibles de contenir des clauses traditionnelles ou standard empruntées à d'autres contrats et à la pratique générale. Ces clauses sont employées pour une grande variété de raisons – parce que l'avocat est pressé, ou parce qu'il sait grâce à la jurisprudence comment les tribunaux les interpréteront, ou parce que les intérêts en jeu sont insuffisants pour justifier les honoraires qui devraient être versés pour formuler les termes du contrat de manière plus soignée et personnalisée.

Mais les réalités de la pratique contractuelle sont bien plus éloignées de l'image d'une « rencontre des volontés » que ne le suggère une simple référence

aux [18] clauses types. En fait, l'écrasante majorité des contrats prennent la forme de formulaires imprimés, qui sont préparés par une partie pour servir ses propres intérêts et imposés à l'autre sur la base du principe « à prendre ou à laisser ». Ces dernières années, les tribunaux américains ont de plus en plus souvent exercé leur droit d'évincer les clauses qu'ils estiment oppressives ou manifestement injustes. Cette pratique contraste avec celle de la patrie du *common law*, où les tribunaux sont beaucoup plus conservateurs en la matière, étant généralement enclins à exécuter le contrat « tel qu'il est écrit », à savoir, tel qu'il est imprimé. Il y a là une certaine ironie, car depuis l'époque de Lord Coke, les tribunaux anglais ont librement revendiqué le droit de refuser d'appliquer du droit coutumier jugé déraisonnable et opposé au sens ordinaire de l'équité. Si nous devons chercher dans la société moderne l'équivalent le plus proche du droit coutumier « opposé [à l'équité] » de l'époque de Coke, nous pourrions bien le trouver dans le contrat standardisé, imprimé, rédigé par une partie et signé par l'autre sans être lu.

Nous devons encore discuter d'une autre distinction, qui peut être faite entre le droit des contrats et le droit coutumier. Elle réside dans l'idée selon laquelle un contrat prend effet immédiatement ou lorsque les parties le stipulent, alors que la coutume ne devient du droit que si l'on constate qu'un usage a persisté pendant une période considérable.

Il s'agit, là encore, d'une vision simpliste de la question. L'idée selon laquelle le droit coutumier entre en vigueur graduellement et seulement sur une période considérable est en partie due à des implications erronées tirées du mot « coutumier », et en partie au fait qu'il est vrai qu'il faut normalement un certain temps pour que les attentes réciproques en matière d'interaction « prennent forme ». Mais il existe des circonstances dans lesquelles le droit coutumier (ou un phénomène pour lequel nous n'avons pas d'autre nom) peut se développer presque du jour au lendemain. Comme l'a fait remarquer une figure d'autorité en droit international :

« une nouvelle règle de droit international coutumier fondée sur la pratique des États peut émerger très rapidement et même presque soudainement, si de nouvelles circonstances sont apparues et qu'elles nécessitent une réglementation – bien que le facteur temps ne soit jamais totalement négligeable. »¹⁷

(L'affirmation parfois rencontrée selon laquelle, pour être admise comme loi, une coutume doit avoir existé « depuis des temps immémoriaux » vise une question très particulière : Quand la coutume doit-elle être considérée comme prévalant sur les dispositions du droit général ? Cela peut évidemment être quelque chose de très différent de la question consistant à se demander quand la coutume

¹⁷ Judge Fitzmaurice, cité par Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Manchester University Press, 1965, p. 60.

devrait régir un problème qui n'était pas du tout réglementé par la loi. [19] La doctrine de l'*opinio necessitatis* est probablement née dans le même contexte, car il peut être judicieux de dire qu'un homme ne devrait pas être considéré avoir enfreint au moins un certain type de droit général, lorsqu'il a agi en croyant qu'un droit coutumier spécial ou local l'obligeait à se comporter comme il l'a fait.)

L'idée selon laquelle un contrat oblige (*binds*) immédiatement, et avant qu'une action ait été entreprise en vertu de celui-ci, relève là encore d'une simplification trompeuse, surtout si l'on considère la question sous un angle historique. Il est, bien sûr, dangereux de généraliser à propos du cours historique du développement juridique dans toutes les sociétés. Néanmoins, on peut raisonnablement affirmer que l'exécution juridique des contrats apparaît d'abord dans deux contextes. Le premier est celui de la promesse rituelle, la promesse accompagnée par exemple d'un serment traditionnel ou de la récitation d'une formule déterminée. Ici, en effet, le contrat oblige d'emblée et sans preuve d'une action quelconque en vertu de celui-ci. Mais l'insistance sur le caractère formel de ce processus « d'obligation » de l'individu, ou la méfiance qu'elle implique, a sans doute toujours freiné son utilisation comme c'est le cas aujourd'hui pour ses équivalents modernes.

La deuxième manifestation juridique précoce du principe du contrat concerne la situation de l'échange à moitié achevé. *A* livre du poisson à *B* en échange de la promesse de *B* de fournir un panier de légumes. *B* garde le poisson mais refuse de livrer les légumes. Il n'y a évidemment rien de mystérieux dans le fait que, dans cette situation, la réparation juridique a été rendue possible à une période précoce de l'histoire. Il convient toutefois de noter que l'obligation imposée ne repose pas sur de simples mots, mais principalement sur l'action (et l'inaction) qui a succédé aux mots.

Il semble probable que, dans tous les systèmes juridiques, l'exécution du contrat bilatéral exécutoire soit un développement assez tardif. C'est la situation dans laquelle *A* et *B* conviennent d'échanger, disons encore une fois, du poisson contre des légumes ; lorsque *A* vient livrer le poisson, *B* refuse son offre et répudie l'accord. La reconnaissance du fait que *A* ait un droit légal dans cette situation semble généralement avoir eu lieu alors que ce qui ressemble à une économie de marché se développait. Mais dans un tel environnement, il est probable que l'on trouve une action, ou au moins une abstention, dans le fait même de conclure le contrat. *A*, en cherchant une occasion d'échanger son poisson contre des légumes, renonce, lorsqu'il conclut son marché avec *B*, à la possibilité de faire un échange similaire avec *C*, *D* ou *E*. Donc, ici encore, l'accord devient exécutoire parce que ses termes ont été mis en évidence, pour ainsi dire, par le fait qu'on s'y est fié – dans ce cas, en négligeant d'autres options, comme l'atteste la conclusion du contrat en question.

Enfin, il convient de rappeler que la promesse d'un don pur et simple conserve à ce jour un statut juridique quelque peu incertain. Il peut exister des formes

juridiques lourdes pour rendre de telles promesses exécutoires, et les tribunaux ont parfois fait preuve d'une ingéniosité remarquable pour trouver des éléments tacites d'échange [20] dans ce qui apparaît à première vue être une expression de pure générosité. Aux États-Unis est apparue une doctrine (connue aujourd'hui comme le Principe de l'article 90), selon laquelle la promesse peut devenir exécutoire, lorsque le bénéficiaire de la promesse a sérieusement et raisonnablement pris en compte son exécution anticipée dans l'organisation de ses propres affaires. Comme je l'ai déjà suggéré, ce principe n'est pas très éloigné de celui qui sous-tend le droit coutumier généralement.

III.- Les fondements interactionnels du droit promulgué

Au début de ce chapitre, j'ai fait part de mon intention de proposer une thèse plus radicale que la simple insistance sur le fait que le droit coutumier est toujours d'une importance considérable aujourd'hui : à savoir que nous ne pouvons pas comprendre le droit ordinaire (c'est-à-dire le droit officiellement déclaré ou promulgué) sans d'abord comprendre ce que l'on appelle le droit coutumier. Le temps est venu de tenter de remplir l'engagement né de cette déclaration.

Dans les pages qui précèdent, j'ai traité le droit coutumier et le droit des contrats comme des phénomènes interactionnels. J'ai considéré qu'ils étaient nés de l'interaction et qu'ils servaient à ordonner et à faciliter l'interaction. Peut-on affirmer la même chose du droit promulgué, tel qu'il est caractérisé par exemple par la loi ? Pouvons-nous estimer que le droit promulgué est lui-même dépendant du développement d'« attentes interactionnelles stables » entre le législateur et le sujet ? Le droit promulgué a-t-il aussi pour but d'ordonner et de faciliter les interactions des citoyens entre eux ?

On ne peut pas dire qu'il n'y a pas de traces de telles idées dans la littérature. Ce que l'on peut dire, c'est qu'il faut fournir des efforts assidus pour les trouver. Quant à l'objectif général du droit promulgué, la formule standard – tant en théorie du droit qu'en sociologie – est de dire que le droit sert d'instrument de contrôle social. Parfois, cette conception est associée à l'idée selon laquelle la nécessité d'avoir du droit découle entièrement de la nature morale défectueuse de l'homme ; si l'on pouvait compter sur les hommes pour agir moralement, le droit serait inutile. Quant à la manière dont le droit est conçu pour exister, il l'est par l'exercice de l'autorité et non par un jeu d'attentes réciproques. Le droit n'invite pas le citoyen à interagir avec lui ; il agit sur lui.

Examinons la question de savoir si le droit promulgué sert à mettre en ordre et à faciliter l'interaction humaine, en examinant comment cette conception s'applique à certaines branches réelles du droit. Envisageons d'abord le droit compris sous les rubriques suivantes : les contrats, le mandat (*agency*), le mariage et le divorce, la propriété (privée et publique) et les règles de la procédure judiciaire. Toutes ces branches essentielles du droit servent principalement à fixer les conditions des relations [21] entre les hommes ; elles facilitent l'interaction

humaine ; par exemple la circulation est facilitée par le tracé des routes et l'installation de panneaux signalétiques. Dire que ces branches du droit seraient inutiles si les hommes étaient davantage disposés à agir moralement revient à dire qu'on pourrait se passer du langage si les hommes étaient assez intelligents pour communiquer sans lui. Le fait que les branches du droit que nous venons d'énumérer incluent des restrictions et des habilitations ne diminue en rien leur capacité à faciliter l'interaction ; cette assertion n'est pas plus paradoxale que l'idée selon laquelle la circulation sur les autoroutes peut être optimisée par des panneaux portant la mention « NE PAS TOURNER À GAUCHE » ou « S'ARRÊTER, PUIS ENTRER ».

Cependant, une théorie interactionnelle du droit peut difficilement prétendre être acceptée simplement parce qu'elle semble appropriée lorsqu'elle est appliquée à certaines branches du droit, telles que les contrats, la propriété, le mandat et les droits conjugaux. Par exemple, le droit relatif aux crimes présente une interrogation tout à fait différente car, dans ce cas, une vision interactionnelle fait face à un environnement beaucoup moins favorable à ses prémisses. Par exemple, il y aurait quelque chose de ridicule à expliquer la règle contre le meurtre comme étant destinée à faciliter l'interaction humaine en excluant de la confrontation des hommes la crainte qu'ils puissent s'entretuer. Nous avons tendance à dire que le meurtre est interdit parce qu'il est mauvais, et non parce que la menace qu'il représente peut nuire à la richesse potentielle des relations entre l'homme et ses semblables.

Néanmoins, dans une perspective historique, la question revêt un aspect très différent. Les étudiants intéressés par la société primitive ont vu l'origine même du concept de droit dans les limites imposées à la vendetta. Un membre de la famille *A* tue un membre de la famille *B*. Dans une société primitive, la réaction naturelle à cet acte consiste pour les membres de la famille *B* à chercher à se venger de la famille *A*. Si aucune limite n'est fixée à cette vengeance, il peut s'ensuivre une guerre à mort entre les deux familles. C'est pourquoi s'est développée dans de nombreuses sociétés primitives une règle selon laquelle la vengeance sanglante de la famille *B* doit, dans cette hypothèse, se limiter à un seul meurtre, bien que la famille lésée soit considérée comme pouvant de plein droit répliquer par un meurtre de degré égal. Une évolution ultérieure interdira en temps normal la vengeance par le sang et exigera à la place une compensation sous la forme du « prix du sang » pour la vie de l'homme qui a été prise. Ici, en clair, la règle de droit relative au meurtre sert à réguler l'interaction et, si vous voulez, à faciliter l'interaction de manière plus profitable pour tous les individus concernés que ne le peuvent le meurtre et la réplique meurtrière à ce dernier.

Aujourd'hui, le droit contre le meurtre semble à première vue s'être complètement détaché de ses origines interactionnelles ; il est considéré comme imposant des obligations, « tu ne tueras point », aux membres de la société de manière générale et sans tenir compte de leurs interrelations. Mais ce qui s'est

passé en réalité, c'est que les questions interactionnelles qui étaient autrefois centrales ont été, à la suite des progrès juridiques et moraux, repoussées à la périphérie, où elles restent plus vivantes que jamais. [22] L'exemple le plus évident est l'argument de la légitime défense : un homme a encore aujourd'hui le droit de tuer un agresseur si cela est nécessaire pour sauver sa propre vie. Mais comment interpréter le terme « nécessaire » dans ce contexte ? À quel point pouvons-nous attendre d'un homme qu'il mette sa propre vie en danger pour éviter de prendre la vie d'un autre ? Se pose également la question de la requalification de l'infraction lorsqu'un homme tue « à chaud », par exemple lorsqu'il surprend un autre homme en train de faire l'amour à sa femme. Enfin, il existe aussi les questions controversées touchant au meurtre destiné à empêcher la commission d'un crime ou à arrêter un criminel en fuite. Dans tous ces cas très débattus, la règle contre l'homicide peut être modifiée, ou la punition réduite, en se posant la question suivante : Que peut-on raisonnablement attendre d'un homme dans ces situations d'interaction ?

Je crois qu'il est clair que je n'avance pas ici la thèse selon laquelle le droit, dans sa formulation et son administration concrètes, sert toujours et exclusivement à ordonner et à faciliter l'interaction humaine. Il y a certainement certaines manifestations du droit qui ne peuvent pas être facilement analysées à l'aide de ce cadre de pensée. La plus significative d'entre elles réside peut-être dans la partie du droit pénal relative à ce que l'on a appelé les « crimes sans victimes ». On y trouve des lois interdisant la vente de marijuana, les pratiques homosexuelles, la prostitution et les paris. En supposant que les personnes impliquées soient saines d'esprit, et qu'il n'y ait pas de tromperie – la roulette n'a pas été truquée, par exemple – ces lois, loin de faciliter l'interaction, ont pour but d'empêcher les formes d'interaction qui sont souhaitées par les participants et qui ne sont du moins pas directement destinées à blesser autrui.

Je pense que ce n'est pas un hasard si c'est dans ce domaine – celui précisément où la contrainte juridique apparaît le plus clairement comme un « instrument de contrôle social » – que les défaillances les plus flagrantes du droit se sont partout produites. C'est un domaine qui se caractérise par la corruption, l'exécution sélective et sporadique du droit, le chantage et la tolérance ouverte de l'illégalité. Il n'est pas nécessaire d'affirmer ici que ce corps de droit nécessite un réexamen critique. Le problème est de savoir quel principe directeur peut nous permettre de procéder à ce réexamen.

Nous devrions commencer par nous demander pourquoi le droit échoue si sensiblement dans le domaine général des crimes sans victimes. La réponse habituelle est que l'on ne peut pas garantir le respect de la moralité par le droit. Mais ce n'est pas le cas. Tenir ses promesses peut être une obligation morale, mais le droit peut forcer les gens à tenir leurs promesses et le fait avec succès. De plus, l'exécution des promesses à l'aide du droit, loin d'affaiblir le sens moral de l'obligation, tend à le renforcer. Supposons, par exemple, que des hommes associés

dans une entreprise commerciale se demandent s'ils devraient exécuter un contrat désavantageux. Ceux qui se croient moralement tenus de le faire sont en mesure de rappeler à leurs associés, qui ont moins de principes, que si le contrat est rompu, ils seront tous traduits en justice [23] et s'exposeront non seulement aux frais encourus, mais aussi à l'opprobre d'un jugement défavorable. Il existe donc des champs touchant aux préoccupations humaines dans lesquels le cliché, qui veut qu'on ne puisse pas obliger les hommes à agir moralement à l'aide du droit, ne tient pas. Ce sont, je crois, précisément les domaines où les sanctions du droit renforcent les attentes interactionnelles et facilitent leur respect.

Dans les systèmes primitifs, on fait parfois la distinction entre les torts (*wrongs*) et les péchés¹⁸. Un tort est un acte qui inflige un dommage tangible au tissu des relations sociales ; un péché est censé nuire de manière plus diffuse en répandant une sorte de corruption. Généralement, dans les sociétés primitives, les torts et les péchés sont traités selon des standards et des procédures différents, les garanties formelles du droit étant souvent assouplies pour les péchés. Bien que je ne recommande pas le recours à la sorcellerie ou à l'ostracisme comme moyen de traiter les péchés modernes, je pense que nous pourrions utilement emprunter à la société primitive une partie de la sagesse dont elle témoigne, en recourant à la distinction fondamentale entre les torts et les péchés. Peut-être pourrions-nous aussi ajouter à cette sagesse l'idée selon laquelle la meilleure façon pour le droit de traiter au moins certains péchés modernes est de ne pas interférer avec eux.

À l'occasion de cette discussion relative aux « fondements interactionnels du droit promulgué », j'ai jusqu'à présent été principalement préoccupé par la question de savoir si le droit promulgué pouvait à juste titre être considéré comme mettant en ordre et facilitant l'interaction humaine. Il est temps maintenant de se tourner vers ce qui peut sembler être une question plus fondamentale : L'existence même du droit promulgué dépend-elle du développement d'« attentes interactionnelles stables » entre le législateur et le sujet ?

Répondre à cette question par l'affirmative, comme je le ferai ici, revient à aller à l'encontre d'une hypothèse aujourd'hui généralement admise en théorie du droit et en sociologie, selon laquelle la caractéristique essentielle du droit réside simplement dans le fait qu'il est un exercice de l'*autorité*. Mais nous devons demander : l'autorité pour faire *quoi* ? De nombreux hommes jouissent d'une autorité sans être habilités à poser du droit. Un colonel de l'armée et le directeur d'une imprimerie nationale ont tous deux de l'autorité, dans le sens où ils sont considérés comme exerçant légitimement un contrôle sur ceux qui sont placés sous leur direction. Ils ne sont cependant pas considérés comme posant du droit. Comment distinguer les fonctions d'un patron et celles d'une autorité de production du droit ? Ces deux figures représentent manifestement des types distincts de contrôle social. Mais comment définir la différence entre elles ?

¹⁸ V. par ex. : H. MAINE, *Ancient Law*, 10^e éd., John Murray, 1884, p. 359-361.

Une réponse ancienne à cette question – plutôt perdue de vue par les discussions contemporaines – est de considérer que la caractéristique fondamentale du droit réside dans sa généralité. Le droit établit des règles *générales*. La direction managériale peut procéder par des ordres spécifiques : « Ici, fais ceci », « A, change de place avec B » ou « Présente-toi demain [24] à huit heures trente ». La difficulté est que la direction managériale procède aussi souvent par des règles générales ou des ordres d'application continue. Est-ce qu'un directeur, qui serait très clairvoyant et capable de formuler les choses de manière appropriée et qui n'aurait jamais émis rien d'autre que des ordres généraux, deviendrait à ce titre un législateur ?

Pour percevoir la distinction entre la fonction de patron et celle de législateur, il faut aller au-delà de la seule caractéristique de généralité et se demander *pourquoi* nous avons estimé que le droit devait prendre la forme de règles générales. La réponse est relativement simple : Le droit ne dit pas à un homme ce qu'il devrait faire pour atteindre des objectifs spécifiques fixés par le législateur ; il lui fournit un cadre élémentaire pour organiser sa vie avec ses semblables. Une transgression de ce cadre peut entraîner de graves conséquences pour le citoyen – il peut être pendu pour cela – mais l'établissement de celui-ci n'est pas la manifestation d'une direction managériale. Le droit fournit au citoyen un cadre dans lequel il peut vivre sa propre vie ; même si, bien sûr, il y a des circonstances dans lesquelles ce cadre peut sembler si souple qu'il en devient inconfortable, ou si paradoxalement contraignant, que son destinataire humain peut croire qu'une simple direction managériale serait préférable.

Si nous acceptons l'idée selon laquelle l'objectif principal du droit est de poser un cadre élémentaire pour l'interaction humaine, il est alors évident que l'existence du droit promulgué, en tant que système qui fonctionne efficacement, dépend de l'établissement d'attentes interactionnelles stables entre le législateur et le sujet. D'une part, le créateur de droit doit être en mesure d'anticiper que les citoyens, compris dans leur globalité, accepteront l'ensemble des règles qu'il a promulguées comme étant du droit et qu'ils les respecteront. D'autre part, le sujet de droit doit être capable de prévoir que le gouvernement se conformera lui-même à ses propres règles déclarées lorsqu'il s'agira de juger ses actions, comme pour décider, par exemple, s'il a commis un crime ou s'il revendique une propriété en vertu d'un acte valide. Une déception flagrante de l'une ou l'autre de ces attentes – du gouvernement envers le citoyen et du citoyen envers le gouvernement – peut conduire à ce que le code le plus soigneusement rédigé ne parvienne pas à devenir un système de droit fonctionnel.

C'est un fait curieux de l'histoire : bien que les livres anciens consacrent de nombreux développements au principe selon lequel le droit implique des règles générales, il n'est presque jamais explicitement reconnu que l'adoption de règles générales devient insignifiante si le gouvernement se considère libre de les ignorer

dès qu'il l'entend. Peut-être y a-t-il ici l'illustration d'un phénomène déjà analysé¹⁹, à savoir que les anticipations qui dirigent le plus fermement nos actions envers les autres sont souvent précisément celles qui sont de l'ordre de l'inconscient. Ces anticipations sont comme les règles de grammaire que nous suivons en pratique, sans que nous n'ayons l'occasion de les formuler avant qu'elles soient ostensiblement violées. Peut-être [25] qu'une confusion est également ici à l'œuvre : celle-ci provient du fait que nous réalisons qu'habituellement un législateur peut changer n'importe laquelle de ses lois simplement en l'abrogeant et en adoptant une loi tout à fait différente pour la gouvernance des événements futurs. Il semble curieux d'estimer que l'entité qui peut réécrire l'ensemble des lois promulguées soit tenue de respecter la plus insignifiante de ses promulgations, en jugeant des événements qui se sont produits alors qu'elle était encore en vigueur. Il y a ici le paradoxe, pour reprendre les termes de Simmel, de « l'interaction dans une soumission apparemment unilatérale et passive »²⁰. Pourtant, sans ce paradoxe, l'idée d'un droit promulgué deviendrait vide et dénuée de signification.

Quelles sont les implications pratiques de la double exigence que le droit soit exprimé sous la forme de règles générales et que le gouvernement respecte ses propres règles en agissant sur le citoyen ? La réponse courte consiste à dire que ces implications sont subtiles et complexes, à tel point qu'elles ne peuvent être explorées de manière adéquate dans le contexte présent. Notre intention n'est certainement pas ici de suggérer que le citoyen ordinaire devrait se promener avec un recueil de règles de droit à la main, pour vérifier que le gouvernement se conforme à ses propres règles. Normalement et dans l'ensemble, le citoyen doit nécessairement accepter, avec foi, que son gouvernement joue le jeu du droit de manière équitable. Mais précisément parce que cette foi joue un rôle si important dans le fonctionnement d'un système juridique, la décevoir gravement une seule fois, ou mépriser moins ostensiblement mais de manière persistante la légalité au sein de toute une branche du droit, peut saper les fondements moraux d'un ordre juridique, tant pour ceux qui y sont soumis que pour ceux qui l'administrent.

En évoquant ici les aspects moraux du problème, il n'est pas question d'insinuer que la préservation de la légalité ne fait pas appel à l'intellect aussi bien qu'aux bonnes intentions. Par exemple, un corps législatif adopte une loi autorisant la construction d'un parc dans la ville de Zénith. Cette loi viole-t-elle le principe selon lequel les lois doivent être générales dans leur forme ? Nous pouvons écarter ce problème parce qu'il n'implique rien de plus qu'un jeu de mots sur le terme de *loi*, mais dans d'autres cas, étant donné que le gouvernement exerce normalement des fonctions managériales et d'administration en complément des fonctions législatives, le problème peut devenir plus embarrassant. À nouveau, imaginons la situation absurde dans laquelle un gouvernement n'aurait qu'une règle de droit dans ses recueils : « Faites le bien et évitez le mal. » Dans ce cas, la généralité de la

¹⁹ V. p. 220.

²⁰ *The Sociology of Georg Simmel*, op. cit., p. 186.

règle ébranle plus profondément la légalité que ne pourraient le faire des lois spéciales, fussent-elles nombreuses. Ces exemples ne peuvent mettre en lumière que certaines des difficultés posées par la réalisation effective du règne du droit²¹. Lorsque nous prenons en compte ces difficultés, la tâche de créer et d'administrer [26] un système juridique sera considérée comme un type de projet très différent de celui qui est sous-entendu lorsque cette tâche est seulement décrite comme un exercice de l'autorité dans le but de procéder au contrôle social.

Dans notre analyse qui s'achève à présent, trois types de droit distincts ont été passés en revue : le droit coutumier, le droit des contrats et le droit promulgué. Cette liste omet une quatrième manifestation du droit, à savoir le droit posé par le juge (*adjudicative law*) tel qu'il est illustré par le *common law* anglo-américain. Il est aujourd'hui en vogue de considérer que le *common law* serait une simple forme de droit promulgué, qui ne différerait du droit législatif que par son auteur, une loi étant adoptée par un législateur, une règle de *common law* étant déclarée par un tribunal. Ce point de vue ne tient pas compte des qualités particulières du *common law*, qualités qui ont amené les hommes à le décrire – à juste titre – comme une forme de droit coutumier. En effet, le *common law*, en vertu de sa façon particulière de créer du droit au cas par cas, s'enracine plus profondément et plus intimement dans l'interaction humaine que ne le fait le droit législatif – même si, bien sûr, dans son pays d'origine, il semble perdre les qualités qui le distinguaient autrefois, peut-être parce que ses juges ont finalement commencé à s'assurer que leur pratique soit conforme au modèle que la théorie juridique avait assigné à celui-ci depuis plus d'un siècle.

Si l'on considère que le droit a pour but de mettre en ordre et de faciliter l'interaction humaine, il est clair que l'élaboration du droit comporte le risque que nous ne soyons pas capables d'anticiper la diversité des situations interactionnelles, qui peuvent tomber sous le coup d'une règle préformulée. Une loi qui se révèle clairement inadaptée à des situations de fait, qui font ensuite l'objet d'un contentieux devant les juridictions – des situations manifestement couvertes par le langage de la loi, mais qui ont été clairement mal comprises ou qui n'ont pas été prévues par le rédacteur –, n'est pas digne d'éloges simplement parce qu'elle a une signification claire et qu'elle a été annoncée à l'avance. La vertu du *common law* est que, procédant au cas par cas, il peut adapter et réadapter ses prescriptions aux configurations de la vie, telles qu'elles se révèlent dans les litiges. Le *common law* a une lacune : il ne propose pas de formulations claires à l'avance. Mais il peut largement compenser celle-ci grâce à sa capacité à remodeler et à reformuler ses règles à la lumière des situations concrètes qui font l'objet d'un contentieux.

Le *common law* présente ainsi un amalgame complexe de formes de création de droit, en mélangeant la législation explicite et les ajustements tacites

²¹ J'ai tenté de traiter de ces difficultés dans mon livre, *The Morality of Law*, éd. rév., Yale University Press, 1969, v. surtout les chapitres 2 et 5.

caractéristiques du droit coutumier. Il exprime ainsi parfois les meilleures qualités des deux systèmes et, en de rares occasions, leurs pires travers²².

IV.- Les interactions entre le droit et le contexte social

[27] Il est implicite dans tout ce qui précède que le droit et son environnement social entretiennent une relation d'influence réciproque ; toute forme de droit ne se limitera pas à agir sur les formes d'interaction établies qui constituent son milieu social, mais sera aussi influencée et façonnée par elles. Cela signifie que, pour un contexte social donné, une forme de droit peut être plus appropriée qu'une autre ; et que la tentative d'imposer une forme de droit à un environnement social qui ne lui est pas favorable peut avoir des conséquences néfastes.

Cela pose le problème de savoir comment définir et distinguer les différents types de contextes sociaux. Sur ce point, la littérature sociologique propose une longue liste, incommode, de termes pertinents : *Gemeinschaft* et *Gesellschaft* ; solidarité organique et mécanique ; espace social ; distance sociale ; relations familiales, contractuelles et obligatoires ; le *continuum* rural-urbain ; le groupe primaire ; et une foule de termes connexes qui tentent de décrire les différentes textures, modèles et densités du tissu social²³.

En ce qui nous concerne, je me référerai simplement à l'image d'un spectre ou d'une échelle de relations, qui va de l'intimité à une extrémité jusqu'à l'hostilité à l'autre extrémité. Celui-ci contient à mi-chemin un point d'arrêt, qui peut être décrit comme la place occupée par des étrangers amicaux, entre lesquels les attentes en matière d'interaction restent largement ouvertes et non structurées. Pour illustrer la relation intime, je prendrai l'exemple de la famille américaine moyenne, sans domestiques, avec de jeunes enfants à la maison, des tâches ménagères à répartir et des membres qui entretiennent des rapports plutôt bons les uns avec les autres. À l'autre extrémité du spectre, j'ai à l'esprit non pas deux individus ennemis, mais deux nations hostiles qui ne sont pas sous le contrôle d'une puissance politique supérieure, qui pourrait tempérer leurs tendances à s'adonner à une action hostile ouverte.

En essayant ici de tester les différentes formes de droit dans des contextes sociaux variés, je commencerai par le droit contractuel, par lequel j'entends – le lecteur s'en souviendra – le « droit » du contrat lui-même, et non le droit étatique *des* contrats ou *concernant* les contrats. La raison pour laquelle j'ai choisi le droit contractuel comme point de départ est qu'il se situe, dans un sens, à mi-chemin entre le droit coutumier et le droit promulgué, en partageant certaines qualités avec ces derniers. D'une part, le droit contractuel ressemble au droit coutumier,

²² Dans mon livre *Anatomy of the Law* (Praeger, 1968), j'ai entrepris d'analyser les qualités et les défauts particuliers du système de *common law*, v. p. 84-112.

²³ On trouvera un résumé utile de la manière dont les sociologues ont tenté de distinguer les différentes formes de lien social in Ferdinand Tönnies, *Community and Society*, trad. C. P. LOOMIS, Michigan State University Press, 1957, p. 12-29.

dans la mesure où ses prescriptions ne sont pas imposées aux parties par une autorité extérieure ; elles font leur propre loi. D'autre part, [28] le droit contractuel ressemble à la législation, parce qu'il implique la formulation explicite de règles pour gouverner la relation entre les parties.

Si nous commençons par l'extrémité « intime » de l'échelle, il est évident que le contrat est un instrument mal adapté pour mettre en ordre les relations au sein d'une famille fonctionnelle. Nous avons tendance à exprimer cette idée en des termes affectifs, en disant que des individus unis par les liens de l'affection rencontreraient des difficultés à négocier les uns avec les autres et que toute tentative dans ce sens pourrait perturber l'harmonie du foyer. Mais le problème a aussi un aspect que l'on pourrait qualifier d'opérationnel ; la répartition des responsabilités domestiques est affectée par des contingences changeantes et imprévisibles : quelqu'un tombe malade, l'un des enfants prend du retard dans son travail scolaire, le père doit partir en voyage, etc. Aucun degré de prévoyance contractuelle n'équivaudrait à la gestion anticipée de tous ces changements dans la vie intime de la famille.

On peut supposer que peu de couples mariés ont tenté d'organiser leurs affaires maritales à l'aide de quelque chose qui ressemble à un contrat explicite. Dans les quelques cas rapportés dans lesquels l'exécution judiciaire de tels contrats a été demandée, les tribunaux ont rejeté le recours. Un tribunal a mis en avant que « l'intervention du juge dans les questions de cette nature, entre mari et femme, causerait de nombreux dommages irréparables »²⁴. Un autre tribunal a fait remarquer que si les parties pouvaient conclure des contrats contraignants régissant leurs relations maritales, cela « ouvrirait un champ sans fin à la controverse et aux chamailleries et détruirait l'élément de flexibilité nécessaire pour s'adapter aux nouvelles circonstances... »²⁵.

Si nous passons à l'autre extrémité du spectre et examinons les contrats entre des parties qui se trouvent dans ce que j'ai appelé une relation sociale d'hostilité, une réglementation contractuelle devient, une fois encore, non seulement difficile à négocier mais aussi souvent un dispositif inadapté pour atteindre le but recherché. La façon simple de l'expliquer consiste à dire que les parties hostiles ne se font pas confiance et que la confiance mutuelle est essentielle tant pour la négociation que pour l'administration d'un contrat. Mais le problème, une fois encore, revêt ce que l'on peut appeler un aspect opérationnel. La négociation d'un contrat, quelle qu'en soit la complexité, implique un emboîtement compliqué d'intérêts divers. Cela signifie qu'au cours des négociations, chaque partie est obligée de révéler la teneur réelle de ses propres intérêts – qu'elle se positionne en faveur ou en opposition à la concession demandée. Cette révélation peut être désavantageuse pour elle, surtout si les négociations échouent. Ainsi, supposons

²⁴ *Miller v. Miller*, 78 Iowa 177, 182, 42 N.W. 641, 642 (1889).

²⁵ *Graham v. Graham*, 33 Fed. Supp. 936, 938 (E. D. Mich. 1940). [v. les références dans les notes de bas de page 10 et 12 de mon article « Mediation - Its Forms and Functions. »]

qu'au cours de négociations [29] visant à réduire les armements entre deux pays hostiles, le pays *A*, à la surprise du pays *B*, semble tout à fait prêt à accepter une limitation étendue de la production et de l'utilisation de l'*Arme X*. Le pays *B* commence immédiatement à se poser des questions telles que : « Pourquoi ce choix ? Sont-ils au courant de certaines limites à l'efficacité de l'*Arme X* que nous ne connaissons pas ? Ou veulent-ils que nous renoncions à produire l'*Arme X*, dont ils ont peur, et que nous consacrons nos ressources à l'*Arme Y*, contre laquelle ils ont peut-être mis au point un moyen de défense adéquat ? » Cette nécessité de procéder à une certaine divulgation pour parvenir à concilier les divers intérêts des parties est souvent inhibitrice, non seulement dans les relations internationales mais aussi dans d'autres domaines, parfois même concernant les transactions commerciales. La solution ultime consiste peut-être à établir progressivement et patiemment de multiples liens d'association entre les parties, de sorte que leur lien social ne soit pas concentré dans une seule négociation ou un seul document. Cependant, lorsque cela se produit, le principe régissant la relation entre les parties est susceptible de cesser d'être contractuel, pour devenir essentiellement un principe de droit coutumier.

Je voudrais maintenant me tourner vers le centre du spectre des contextes sociaux, la zone que j'ai précédemment décrite comme l'habitat des étrangers amicaux, entre lesquels les attentes interactionnelles restent largement ouvertes et non structurées. C'est précisément le champ de prédilection du droit contractuel, dans lequel il est le plus efficace ; c'est également là où, sans aucun doute, la notion même de contrat explicite a été conçue pour la première fois.

Nous avons tendance à supposer qu'à mesure que nous nous éloignons des relations intimes, notre liberté d'expression et d'action se restreint progressivement ; avec les individus qui nous sont étrangers, nous sommes mal à l'aise ; ce n'est qu'aux côtés de nos amis proches que nous sommes libres de dire ce que nous pensons et d'indiquer ce que nous aimerions avoir. Mais en réalité, dans nos rapports avec nos proches, nous sommes souvent sans le savoir limités par une multitude d'attentes non formulées – contraints, en quelque sorte, de jouer les rôles qui nous ont été tacitement assignés à l'occasion de nos précédentes rencontres. Comme le souligne Simmel, c'est souvent l'étranger qui reçoit « l'ouverture la plus surprenante – des confidences que chacun se garderait bien de divulguer à une personne plus proche »²⁶. C'est cette franchise dans les relations entre étrangers qui facilite la négociation d'une manière qui serait impossible (et probablement déconseillée) au sein d'un groupe personnel comme la famille.

Partout dans le monde, l'intimité de la famille élargie, de la tribu et du village de campagne s'est révélée être un obstacle à l'établissement de transactions sur une base commerciale claire. Il est par exemple difficile d'exiger d'un parent ou d'un ami proche qu'il règle rapidement son dû. Mair partage une [30] observation

²⁶ *The Sociology of Georg Simmel*, op. cit., p. 404.

anthropologique générale, selon laquelle « les pressions exercées pour que l'on accorde des facilités de crédit à un homme qui ouvre un magasin dans son propre village sont susceptibles d'être si fortes que celui-ci ne pourra pas faire prospérer son commerce »²⁷. Une tribu d'Indiens d'Amérique entreprenante de l'État de Washington aurait rencontré une frustration similaire en tentant de mettre en place des entreprises commerciales dans la réserve²⁸. Parmi les observations de ce genre, la plus intéressante se trouve peut-être dans *The Irish Countryman* de Conrad Arensberg. Selon Arensberg, dans les campagnes irlandaises, il est d'usage que le client du commerçant local ne règle pratiquement jamais sa note en totalité ; en fait, il ne le fait que dans un accès de colère. L'impayé permanent, réduit de temps à autre par des paiements partiels, est vu comme symbolisant un lien de confiance mutuelle – le client accorde son patronage, le commerçant étend son crédit²⁹. De nombreux Américains ont observé un phénomène similaire : lorsque quelqu'un fait un achat au magasin local et qu'au lieu de le facturer, comme il le fait habituellement, il propose de payer en liquide, le commerçant peut s'en offusquer. Quand on sait à quel point cette tendance à fuir une relation d'affaires purement impersonnelle est courante, il n'est pas étonnant que les marchands et commerçants pionniers semblent partout avoir été des étrangers – les Juifs en Europe, les Parsis en Inde, les Indiens et les Libanais en Afrique, les Chinois dans le Pacifique et peut-être pourrait-on dire, à l'origine, les Yankees en Amérique du Nord. Comme le suggèrent certains des éléments de cette liste, il pourrait même sembler qu'une différence de religion puisse parfois faciliter la mise en place du type de distance sociale indispensable aux relations purement contractuelles.

Il peut être utile de remarquer que, parfois, le succès même d'une relation contractuelle a pour effet de voir celle-ci être supplantée par quelque chose de comparable au droit coutumier bipartite. Ceux qui renouvellent leurs contrats année après année, et qui entrent ainsi dans une relation d'intimité, risquent d'avoir de plus en plus de mal à préserver une atmosphère de libre négociation ; ils deviennent prisonniers des attentes créées par la pratique passée. Bien entendu, cela risque de conduire à une situation proche du « monopole bilatéral », lorsque les parties se sont progressivement trouvées dans une situation dans laquelle il est difficile pour elles de trouver d'autres sources pour satisfaire leurs besoins³⁰.

²⁷ L. MAIR, *An Introduction to Social Anthropology*, The Clarendon Press, 1965, p. 181.

²⁸ L'étude proposée par E. COLSON est mentionnée dans Max Gluckman, *Politics, Law, and Ritual in Tribal Society*, Aldine Press, 1965, p. 296-299.

²⁹ C. ARENSBERG, *The Irish Countryman*, éd. rév., Natural History Press, 1968, p. 155-162.

³⁰ La thèse de Lawrence Friedman tend à restituer la tendance qu'ont les relations contractuelles à se convertir en quelque chose qui ressemble au droit coutumier (v. L. FRIEDMAN, *Contract Law in America*, University of Wisconsin Press, 1965). Cependant, l'étude de Friedman ne tient pas suffisamment compte, à mon avis, des qualités particulières de l'arrière-plan économique des phénomènes étudiés ; elle aurait certainement dû s'intituler *Contract in Wisconsin*, et non *Contract in America*. Une autre étude utile est celle de Stewart Macaulay, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », *American Sociological Review*, 1963, vol. 28, n° 1, p. 55-67.

[31] Voilà pour les interactions entre le droit contractuel et son contexte social. En ce qui concerne maintenant le droit coutumier, le premier constat est que cette forme de droit s'adapte facilement à tous les contextes sociaux, du plus intime à celui frappé d'une hostilité ouverte. Le fait que la famille ne puisse pas facilement s'organiser par un processus de négociation explicite ne signifie pas que ne se développeront pas en son sein des attentes réciproques semblables à celles qui, à un niveau plus formel, seraient appelées droit coutumier. En effet, la famille ne pourrait pas fonctionner sans ces directives tacites d'interaction ; si chaque interaction devait être orientée de manière nouvelle et *ad hoc*, aucun groupe tel que la famille ne pourrait réussir à s'acquitter de ses tâches communes. Ensuite, il convient de remarquer que le développement le plus actif et le plus remarquable du droit coutumier à l'époque moderne se situe précisément dans le champ des transactions commerciales. Enfin, si les ennemis peuvent avoir du mal à négocier avec des mots, ils peuvent – et c'est ce qu'ils font souvent – négocier partiellement par leurs agissements. Paradoxalement, les contraintes tacites que le droit coutumier exerce sur les relations ennemies ont plus de chances de se développer au cours d'une guerre active que dans le cas où les relations se trouvent dans une impasse hostile ; se battre l'un contre l'autre est en ce sens une relation sociale, parce qu'elle implique une communication.

Que le droit coutumier soit, comme je l'ai dit, facilement adaptable à toute une gamme de contextes sociaux ne signifie pas qu'il conserve les mêmes qualités partout où il apparaît. Au contraire, il peut changer radicalement de nature lorsqu'il passe d'une extrémité du spectre à l'autre. Au point le plus extrême de l'intimité, le droit coutumier a affaire, non pas principalement avec des actes et des prestations qui sont prescrits, mais avec des rôles et des fonctions. Le fonctionnement interne d'une famille, d'un groupe formé par des liens de parenté, voire d'une tribu, peut exiger non pas une simple conformité formelle aux règles mais une répartition de l'autorité. Il peut demander que les individus qui adoptent des décisions et formulent des directives se sentent responsables de la protection des intérêts du groupe. Dans la zone intermédiaire, qui se caractérise par des transactions commerciales distantes, le droit coutumier fait abstraction des qualités et des tempéraments de la personne et concentre son attention sur la tâche d'attribuer à tout comportement extérieur des conséquences appropriées et clairement définies. Enfin, lorsque nous entrons dans le domaine des relations hostiles, la teneur générale du droit coutumier change nettement. Ici, le premier *desideratum* est de parvenir – évidemment par des actes et non par des mots – à la communication claire de messages d'une teneur plutôt limitée et négative ; par conséquent, l'accent est mis sur le symbolisme et le rituel.

À mon avis, il convient de garder à l'esprit l'influence du contexte social, lorsque l'on compare les points de vue parfois contradictoires des anthropologues sur la nature du droit coutumier. Il est intéressant à cet égard de comparer deux ouvrages qui sont devenus des classiques : Malinowski, *Crime and Custom in*

Savage Society (1926), et Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (1955, 2^e éd. 1967).

[32] Malinowski considère que la réciprocité des avantages conférés est le principe central du droit coutumier ; dans un moment d'imprudence, il suggère même que la sanction, qui assure le respect des règles du droit coutumier, consiste à menacer tacitement celui qui n'apporte pas sa contribution de voir les autres refuser la leur. Bien que Gluckman prenne la plupart du temps le soin de limiter ses généralisations à la société particulière qu'il a étudiée, il semble considérer que « l'homme raisonnable » est un concept central du droit coutumier en général. Pour Gluckman, l'homme raisonnable est celui qui connaît son rôle et ses responsabilités, et qui répond de manière appropriée aux exigences changeantes de la vie de groupe. En simplifiant quelque peu, nous pouvons dire que le personnage central aux yeux de Malinowski est essentiellement un commerçant, bien qu'il s'agisse d'un commerçant qui négocie sur la base de conditions largement fixées par la tradition plutôt que par la négociation. Pour Gluckman, c'est l'homme de la tribu consciencieux qui se sent responsable du bien-être du groupe.

Cependant, lorsque l'on observe les organisations internes des deux sociétés étudiées, à la fois économiques et impliquant des liens de parenté, on comprend pourquoi les deux chercheurs ont proposé des conceptions aussi divergentes du modèle de l'homme, implicite dans le droit coutumier. Malinowski commence son récit en remarquant que les objets humains de son étude, qui vivent dispersés sur différentes îles, sont « férus de commerce et d'échanges ». La première situation concrète qu'il évoque concerne deux communautés formées en village, qui sont situées sur la même île à une certaine distance l'une de l'autre, l'une étant établie sur la côte, l'autre à l'intérieur des terres. En vertu d'un accord permanent entre les deux communautés, le village côtier fournit régulièrement du poisson au village de l'intérieur et reçoit en retour des légumes. Le commerce entre les deux n'est pas, bien sûr, le produit d'un marchandage explicite. En effet, à certains moments, chacun des villages cherchera, non pas à donner à l'autre une quantité réduite de produits, mais à humilier l'autre en le surpassant.

Chez les Barotse de Gluckman, en revanche, la production et la consommation économiques sont en grande partie organisées sur la base de la parenté. Les cas soumis au *kuta* étudiés par Gluckman étaient principalement des cas qui pourraient être décrits comme impliquant les affaires personnelles d'une famille étendue, bien que ces affaires aient inclus quelques conflits de propriété. Un échantillon des titres que Gluckman attribue à ces cas évoquent la gamme des cas étudiés : « L'affaire de l'adultère entre cousins », « L'affaire du grenier de l'épouse », « L'affaire du mari qui urine », « L'affaire du barrage à poissons du chef (ou) du « chef avare » ». L'atmosphère des différends et des décisions, rapportée de manière si vivante par Gluckman, nous rappelle ce que l'on pourrait attendre d'un tribunal des relations domestiques, qui joue le rôle de médiateur dans les affaires

enchevêtrées au sein de la famille et qui, occasionnellement et à contrecœur, exerce un pouvoir pour les rappeler à l'ordre par une décision judiciaire volontariste (*judicial fiat*).

Il est clair que les deux systèmes de droit coutumier étudiés par Malinowski et Gluckman [33] fonctionnaient dans des contextes sociaux tout à fait différents, bien que cela ne signifie pas qu'un Malinowski ne pourrait pas trouver des éléments de réciprocité ou d'échange chez les Barotses, ou qu'un Gluckman ne pourrait pas trouver une bonne occasion d'appliquer le concept de « l'homme raisonnable » chez les Trobriandais. D'une manière générale, je dirais que si nous cherchons à découvrir des constantes parmi les différents systèmes de droit coutumier, nous les trouverons dans les processus interactionnels par lesquels ces systèmes apparaissent, plutôt que dans le produit spécifique qui émerge, qui doit nécessairement refléter l'histoire et le contexte. Je suggérerais en outre que si nous examinons de près les divers contextes sociaux de notre propre société, nous trouverions des équivalents de presque tous les phénomènes censés caractériser le droit primitif.

Pour reprendre notre analyse des effets du contexte social sur les différentes formes de droit, il nous reste à examiner le droit promulgué tel que l'illustre la loi. D'emblée, je pense qu'il est évident que le « terrain familial » du droit promulgué coïncide largement avec ce que nous avons déjà considéré être le plus favorable au principe d'organisation par le contrat, c'est-à-dire la zone médiane du spectre des contextes sociaux – la région peuplée d'étrangers amicaux, dont les relations mutuelles sont généralement ouvertes, dans le sens où elles ne sont pas préstructurées par des liens de parenté ou des répulsions liées à une hostilité partagée.

Si le droit promulgué et le droit contractuel se ressemblent, parce que le point médian du spectre des contextes sociaux leur est agréable, ils sont également tous deux inaptes à tenter de mettre en place une quelconque réglementation interne de la famille. Si un contrat entre les parties elles-mêmes est un instrument trop direct et inefficace pour façonner les affaires d'une famille, on pourrait répéter la même chose avec d'autant plus d'insistance si l'on tentait d'imposer des réglementations étatiques détaillées aux relations personnelles nées du mariage et de la parentalité³¹.

Pourtant, comme je l'ai souligné, une grande partie du droit coutumier remplit – et remplit souvent bien – la fonction de mettre en ordre les relations de parenté. Comment expliquer cette qualité particulière du droit coutumier des affaires familiales ? Je pense que celle-ci découle du fait que le droit coutumier ne se limite pas à exiger ou à interdire des actes précisément définis. Il peut également attribuer des rôles et des fonctions, puis, lorsque l'occasion se présente, demander à ceux qui les remplissent de rendre compte de leurs actions. Cette idée n'est pas en

³¹ Je ne parle ici évidemment pas de problèmes tels que la maltraitance des enfants, l'enseignement obligatoire, etc.

contradiction avec l'analyse du droit coutumier présentée au début de cet essai. Des attentes interactionnelles stables peuvent naître en référence à des rôles et des fonctions, mais aussi à des actes spécifiques ; un langage d'interaction ne contiendra pas seulement un vocabulaire relatif aux actions mais aussi une grammaire élémentaire qui organisera les actions sous forme de modèles significatifs.

[34] Il est important de remarquer que les qualités mêmes du droit promulgué, qui font de lui un instrument inapte à réglementer les relations intimes, sont précisément celles qui lui confèrent une capacité spéciale à mettre en ordre les interactions entre les hommes au sein de la société impersonnelle plus large. Dans ce contexte étendu, il est nécessaire d'imposer *a minima* des règles qui fixeront les limites que les hommes doivent respecter dans leurs interactions les uns avec les autres, en les laissant libres de poursuivre leurs propres objectifs au sein de ce cadre limitatif. Réciproquement, cela signifie que le droit doit porter sur des actes définis, et non sur des dispositions de volonté ou d'esprit. Le règne du droit confronte les actes d'un homme au droit, et non l'homme en lui-même à un idéal sous-jacent aux prescriptions du droit.

Ce qui est en jeu ici ressemble à la distinction entre le jugement de la personne et le jugement de l'acte³². Dans le cours habituel de la vie, ces deux formes de jugement sont en interaction constante. Nous jugeons ce qu'est un homme par sa façon d'agir ; nous analysons ses actes comme manifestant ce qu'il est. Nous savons qu'un homme doit parfois agir comme il le fait « parce qu'il correspond à ce genre de personnes » ; nous savons aussi qu'au cours de sa vie, un homme se forge, dans une certaine mesure du moins, le genre de personne qu'il est grâce à une multitude de décisions relatives à sa façon d'agir dans des situations spécifiques.

Les systèmes de droits primitifs, y compris le *common law* de l'Angleterre à ses débuts, acceptent sans scrupules cette vision commune de la question et ne se soucient guère de préserver une distinction entre l'homme et son acte. Le jury était à l'origine choisi dans le voisinage immédiat, afin qu'il puisse connaître personnellement les plaideurs et être même parfois au courant des faits de la controverse. Le droit pénal comprenait ce que l'on appelait les crimes de statut – par exemple, le crime d'« être une vulgaire harpie ».

Tout ceci a évidemment changé de manière radicale. Aujourd'hui, dans un procès pénal, les individus que l'accusé connaît personnellement sont normalement exclus du jury, les preuves d'une mauvaise conduite passée ne sont pas admissibles et il est impensable qu'un témoin, bien qu'il puisse être proche de l'accusé, soit autorisé à dire au jury à quel genre de personnes l'accusé lui fait

³² J'ai tenté d'appliquer certaines des conséquences de cette distinction aux systèmes juridiques internes des associations volontaires dans mon article, « Two Principles of Human Association », *Voluntary Associations*, Éd. J. Roland Pennock et John Chapman, Atherton Press, 1969, p. 3-23, v. particulièrement p. 17-19. [v. dans ce volume, p. 81-83.]

penser³³. Il revient au jury de déterminer du mieux qu'il peut quel(s) acte(s) le défendeur a commis et de confronter ensuite ces actes aux prescriptions du droit.

Cette image d'une justice sèche et économe, qui détourne délibérément son regard [35] de l'homme lui-même, s'assombrit cependant considérablement lorsque l'on prend en compte ce qui se passe avant et après la confrontation en audience publique. Avant que l'affaire ne soit portée devant le tribunal, le défendeur doit être arrêté. Il est certain que rares seraient les policiers qui arrêtent systématiquement – et sans tenir compte de la nature et des circonstances du délit – chaque personne qu'ils suspectent d'avoir commis un crime. Il est certain que lorsqu'il s'agit d'infractions mineures, le policier fait preuve de « jugement », comme il est attendu de lui qu'il le fasse ; ce jugement est inévitablement influencé par sa perception du suspect, du type de personne que celui-ci semble être. Lorsque l'affaire est portée devant le procureur, celui-ci est à son tour influencé dans une certaine mesure par des considérations similaires lorsqu'il décide de procéder à une inculpation. S'il décide que l'affaire sera jugée, s'ensuivra habituellement un processus que l'on appelle aujourd'hui la négociation de peine. Il s'agit d'une procédure par laquelle le procureur et l'avocat de la défense tenteront, avec l'approbation du tribunal, de parvenir à un accord par lequel le défendeur plaidera coupable d'un chef d'accusation moins grave que celui qui apparaît justifié aux yeux des représentants de l'État. L'issue de ce processus est inévitablement influencée par les opinions sur les traits de caractère principaux du défendeur. Si l'affaire va jusqu'au procès et que l'accusé est reconnu coupable, la question de la peine appropriée doit être tranchée. Pour trancher cette question, le juge tiendra compte de ce qu'il sait de l'accusé lui-même, de son passé et de ses propensions futures probables. Des considérations similaires détermineront évidemment la possibilité d'une libération conditionnelle ou d'une grâce. Enfin, si l'on tient compte du fait que probablement moins de dix pour cent des accusations criminelles déposées aboutissent à un procès, l'accent mis en audience publique sur l'acte, plutôt que sur la personne du défendeur, perdra de son importance au point de ne ressembler qu'à une sorte d'hommage symbolique au principe appelant à juger l'acte et non l'homme.

Cependant, ce symbolisme est d'une importance vitale. Si celui-ci était un jour complètement perdu de vue, le principe de légalité et le règne du droit deviendraient un simulacre vide de sens. Les contradictions apparentes dans l'ensemble des processus du droit pénal sont tolérables parce que, au minimum, les personnes directement concernées perçoivent que des rôles institutionnels distincts sont joués par ceux qui arrêtent, poursuivent, défendent, jugent, condamnent, prononcent une libération conditionnelle, mettent fin à la détention

³³ Évidemment, je ne cherche pas à étudier ici le témoignage d'un expert concernant la santé mentale du défendeur. On pourrait toutefois suggérer que les utilisations juridiques modernes de la psychiatrie posent des problèmes difficiles, lorsqu'elles sont envisagées à la lumière de la dichotomie personne-acte.

et gracieux – tous ces rôles étant orientés vers l’accomplissement de fonctions différentes. Il n’est pas certain que ces distinctions soient toujours perçues par la population ou par l’accusé lui-même. Il ne fait cependant aucun doute qu’une division aussi élaborée des fonctions serait impossible dans une société organisée autour des liens d’intimité ; elle présuppose des processus vastes et impersonnels.

Lorsque nous analysons la question sous cet angle, il devient évident que dans une société moderne complexe, le droit promulgué et les principes d’organisation implicites du droit coutumier ne doivent pas simplement être considérés comme des moyens alternatifs pour ordonnancer [36] les interactions entre les hommes. Ils sont plutôt utiles en se complétant mutuellement par une sorte de division naturelle du travail. De manière générale, nous pouvons dire que le droit promulgué sera défaillant pour régler des relations complexes d’interdépendance, qui ne peuvent pas être organisées par des règles fixes précisant les devoirs ou les habilitations ; ces situations ne se limitent nullement à ce que nous appellerions des relations intimes au sens affectif du terme³⁴. Le fait qu’elles ne puissent pas être mises en ordre par un acte législatif ne signifie pas qu’elles ne peuvent pas et ne font pas l’objet, dans notre société, d’un ordonnancement effectif par des processus discrets, qui seraient appelés droit coutumier dans une société primitive.

Une grande partie de ce qui est écrit aujourd’hui semble supposer que notre société au sens large est capable de fonctionner grâce à une combinaison du sens moral de l’individu et du contrôle social, grâce à la menace de sanctions à l’aide du droit de l’État. Nous devons nous rappeler que nous orientons constamment nos actions les uns vers les autres en fonction d’indicateurs qui ne sont fixés ni par la morale, au sens ordinaire du terme, ni par la lettre des textes de loi. Si ce chapitre a permis de raviver une certaine reconnaissance de ce fait, je serais satisfait.

³⁴ J’ai essayé de montrer le caractère inadéquat des règles et des processus juridiques formels d’*adjudication* pour répondre aux problèmes « polycentriques », dans « Collective Bargaining and the Arbitrator », *Wisconsin Law Review*, 1963, vol. 1963, n° 1, p. 3-46, et « Irrigation and Tyranny », *Stanford Law Review*, 1965, vol. 17, n° 6, p. 1021-1042.

Repenser les droits comme des relations¹

Jennifer NEDELSKY

Osgoode Hall Law School, York University

Traduit de l'anglais par Gregory BLIGH²

I.- INTRODUCTION

[1] En adoptant la *Charte des droits et des libertés*, le Canada a choisi de faire des « droits » un élément central et permanent de son discours politique au moment même où la signification et la légitimité du contrôle de constitutionnalité, et du « discours des droits » plus généralement, faisaient l'objet d'une contestation sans cesse plus importante des juristes universitaires. Bien entendu, on pourrait voir dans ces disputes d'impénétrables préoccupations académiques, car l'invocation des droits en Amérique du Nord concerne tous les domaines [2] – des groupes d'entraide aux défenseurs de l'environnement –, et constitue une pratique croissante à travers le monde. Je pense pour ma part que les droits soulèvent des difficultés que nous devrions prendre au sérieux. Dans cet article, j'identifie une série de problèmes qui interrogent nos conceptions des « droits » et de leur institutionnalisation. Ils tombent dans deux grandes catégories : la justification de la constitutionnalisation des droits et les critiques des discours des droits en général. Pour chaque problème, je suggérerai qu'un principe central de la théorie féministe – l'importance accordée à la relation – peut nous guider vers des solutions. Je me concentre principalement sur les questions constitutionnelles, et propose notamment une conception du constitutionnalisme comme « dialogue de responsabilisation démocratique » qui offre un meilleur modèle que celui des droits compris comme des atouts (*rights as trumps*)³. Je n'entrerai pas dans le débat de savoir s'il était bienvenu d'adopter une charte ou non. Je suggérerai cependant que la structure de la *Charte* canadienne peut utilement se prêter à une interprétation en termes de droits compris comme des relations (*rights as relationship*). Pour terminer, je tenterai de montrer qu'un tel cadre de pensée

¹ J. NEDELSKY, « Reconceiving Rights as Relation », *Review of Constitutional Studies*, 1993, vol. 1, p. 1-26. La pagination originale de l'article est indiquée entre crochets dans le corps du texte. Les arguments développés par Nedlesky dans cet article sont approfondis dans son ouvrage *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, O.U.P., 2011, chap. 6, p. 231-276.

² Maître de conférences à Sciences Po Lyon (CERCRID).

³ Cette expression aujourd'hui très utilisée fut initialement celle de Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

permet de mieux appréhender un ensemble de problèmes constitutionnels spécifiques.

II.- JUSTIFIER LES DROITS CONSTITUTIONNELS

A.- Les droits comme choix collectifs

[*Dépasser la conception des droits comme limites des décisions démocratiques*⁴] – Commençons par l’influente conception américaine des droits constitutionnellement garantis (*constitutional rights*⁵) afin que nous puissions percevoir la nécessité d’adopter un paradigme alternatif. L’idée qu’il y a certains droits essentiels qu’aucun gouvernement ne devrait pouvoir violer, tout démocratique soit-il, sous-tend la constitution américaine et l’institution du contrôle de constitutionnalité⁶. Or, cette idée, simple et saisissante dans sa clarté, semble difficile à soutenir à l’époque contemporaine. [3] Les rédacteurs de la constitution américaine se sont peu inquiétés de l’existence de tels droits fondamentaux (*basic rights*) ou de leur identité. Ils avaient même la conviction que, malgré l’absence de consensus sur ce que constitue la violation de droits comme le droit de propriété, *eux-mêmes* connaissaient la nature véritable de tels droits, tout comme ils savaient quelle sorte de législation était susceptible de les violer. Cette certitude était la fondation de leur vision du constitutionnalisme. Aujourd’hui, toutefois, nous avons derrière nous les vicissitudes de deux siècles de réflexion sur les droits aux États-Unis. Ni la propriété ni l’égalité, par exemple, ne nous apparaissent désormais tels qu’ils apparaissaient en 1787. Il est donc difficile de croire à des valeurs éternelles au contenu immuable. Les débats entourant les droits se retrouvent à tous les niveaux : les droits naturels sont-ils la source des droits juridiques ? Quels sont les droits qui doivent être tenus pour essentiels ? L’utilisation de la notion de « droits » présente-t-elle un intérêt ? De mon point de

⁴ [N.D.T. : Nous ajoutons les sous-titres en nous inspirant de ceux de la version réimprimée de l’article dans l’ouvrage *Law’s Relations*.]

⁵ [N.D.T. : Cette traduction est un pis-aller. (i) Nous avons retenu « droits constitutionnellement garantis » pour traduire « *constitutional rights* » parce qu’il s’agissait d’une formule suffisamment générique. (ii) Nous traduisons l’expression « *constituionalized rights* », qui apparaît plus loin dans le texte (*infra*, p.19 sq.), faute de mieux et pour observer la distinction, par « *droits constitutionnalisés* ». Il fallait éviter l’expression « droits de valeur constitutionnelle » qui aurait rendu ambigu le propos de Nedelsky car le terme « valeur » est déjà omniprésent dans l’article. Il fallait également éviter un usage trop extensif de l’idée de « droits fondamentaux » (hormis pour traduire « *basic rights* ») qui entrerait en conflit avec les « valeurs fondamentales » que mobilise l’auteur à longueur de texte.]

⁶ Comme je l’ai soutenu ailleurs, la Constitution de 1787 ne se concentrait pas principalement sur les droits compris comme des limites, au sens où nous comprenons aujourd’hui la finalité et la légitimité du contrôle juridictionnel, mais visait à s’assurer que seules parviendraient au pouvoir les personnes qui sauraient gouverner, ce qui inclut le respecter les droits. Voir J. NEDELSKY, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy*, Chicago, Chicago University Press, 1990.

vue, il est utile d'employer le terme, et nous sommes, dans tous les cas, institutionnellement engagés à l'employer. Mais là où des droits sont invoqués pour imposer des limites aux résultats des délibérations démocratiques, il faut tâcher de rester fidèle à la signification essentiellement contestée et changeante de ces droits.

Nous devons regarder en face l'histoire des droits afin de reconnaître l'ampleur des changements qui ont pris place dans nos conceptions courantes et juridiques des droits. Prenons le cas de l'égalité. Les femmes subissaient, jusqu'à récemment encore, de grandes restrictions tant dans leurs droits juridiques que dans les opportunités réelles qui s'offraient à elles. Cela ne faisait sans doute pas l'unanimité. Cependant, ce n'était pas considéré comme incompatible avec un engagement fondamental en faveur de l'égalité pour tous. Ces évolutions ne se situent pas seulement au niveau des grandes notions générales telles que l'égalité. Prenons l'évolution des conceptions du contrat en *common law* du milieu du XIX^e siècle à nos jours. La société attend désormais que les contrats entre particuliers soient limités de certaines manières, que ce soit par le salaire minimum imposé par le législateur, ou par la sanction de l'enrichissement sans cause et de la clause abusive, développés par les juges, qu'il aurait été difficile d'anticiper au début du XX^e siècle. Nous ne trouvons pas dans ces transformations de simples questions historiques de conflits depuis longtemps réglés. Proposer une conception utile des droits nécessite de prendre en compte la profondeur des désaccords qui persistent dans la société canadienne au sujet, par exemple, de la signification de l'égalité et de la manière dont elle peut s'accorder avec une compréhension contemporaine – et contestée – de l'économie de marché et de ses soubassements juridiques – la propriété et le contrat.

[4] Une fois reconnue la mutabilité des valeurs fondamentales, le problème de leur protection contre les abus démocratiques s'en trouve transformé. Il n'est pas nécessaire d'abandonner l'intuition que la démocratie peut menacer les droits individuels, mais il faut reconsidérer l'ensemble des éléments du problème : la démocratie, les droits individuels, et la tension qui les unit. Nous voyons tout d'abord que les questions liées à la défense des droits individuels ne peuvent être séparées de celles liées à leur définition. Même s'il existe des vérités profondes et immuables malgré le caractère changeant des termes que nous avons pour les saisir, il reste le problème de la définition de ces termes. Le rapport à la démocratie devient alors d'autant plus complexe, car définir les droits ou une législation potentiellement liberticide résulte de choix collectifs qui évoluent⁷.

[*Les droits constitutionnellement garantis comme choix collectifs*] – Caractériser le constitutionnalisme comme mise en balance de la démocratie et des

⁷ Ce passage est tiré de *Ibid.*, chap. 6.

droits individuels ne permet donc pas de rendre compte adéquatement de ce problème. Notre société cherchant à rendre effectifs ses choix collectifs et ses valeurs à travers l'action de ses institutions de gouvernement, tant les juridictions que les assemblées législatives doivent être perçues comme exprimant ces choix et ces valeurs⁸. Les juridictions ont traditionnellement exprimé ces choix collectifs changeants en termes de droits. Nous devons reconnaître les droits comme étant précisément cela : des termes pour donner effet aux choix et valeurs qui, aux yeux des juges, ont été enracinés par « la société » dans « le droit ». (Je demeure délibérément vague quant à la question de savoir comment les valeurs en viennent à être perçues comme fondamentales pour l'ordre juridique, ou quelles composantes de la société effectuent, en fin de compte, le choix des valeurs.) Comment choisir, par exemple, entre le droit de jouir paisiblement de son bien et d'autres valeurs concurrentes ? Le juge prend ici une décision, qu'il la donne à voir comme découlant des valeurs fondamentales du *common law*, comme reflétant les choix de la « société dans son ensemble » (exprimés à travers la coutume et l'acceptation générale) ou comme résultant de la recherche de l'intérêt de tous. D'autres exemples de décisions juridictionnelles peuvent concerner les conflits entourant l'importance à accorder à la santé environnementale ou aux « droits » du locataire à un logement décent et chauffé.

[5] Ma première conclusion, au regard de la complexité que renferme « les droits vs la démocratie », est donc que les droits relèvent tout autant de choix collectifs que les lois adoptées par le législateur. Et si les droits ne se détachent plus si nettement du résultat démocratique, la démocratie se mêle également avec les droits car elle n'est pas seulement une question de choix collectifs mais l'expression d'un « droit » à disposer d'une voix égale dans la détermination de ces choix collectifs.

Le constitutionnalisme n'est donc plus simplement un problème de protection des droits contre la démocratie. La question plus complexe qui se dégage peut être posée de diverses manières, que l'on place les droits ou les choix collectifs d'un côté ou de l'autre de la « balance ». Pourquoi certains droits (telle que la liberté de conscience) devraient-ils limiter la portée d'autres droits (tels que les droits à la détermination démocratique des choix collectifs) ? Pourquoi certains choix collectifs (ceux que nous constitutionnalisons sous forme de droits) devraient-ils limiter la portée d'autres choix collectifs (tels que les résultats de processus démocratiques ordinaires)⁹ ? L'idée même d'une « limite » étant problématique, je

⁸ Je laisse de côté ici les complexités des corps gouvernementaux et administratifs.

⁹ Il m'a été suggéré, par une personne participant à un atelier de travail, que cette formulation commet l'erreur de confondre les limites de la démocratie et les procès de détermination et de mise en œuvre de ces limites. Cette personne soutenait que le contenu des droits qui doivent servir de limites est fourni par une théorie des droits – dérivée, je suppose, de la nature humaine, ou de la nature de l'agentivité ou de la liberté. Mon propos est cependant que l'on ne peut pas justifier les

pense qu'il serait plus utile de soutenir que nous avons besoin d'une nouvelle manière de comprendre la source et la substance des valeurs à l'aune desquelles nous évaluons les résultats de décisions démocratiques. J'illustrerai plus loin la manière dont la conception des droits compris comme des relations peut s'avérer éclairante [6] pour comprendre pourquoi le droit de propriété ne devrait *pas* être constitutionnalisé. Tout d'abord, cependant, je veux examiner plus attentivement certaines critiques répandues des droits constitutionnellement garantis comme violation de principes démocratiques.

B.- Par-delà la « démocratie pure »

Une critique, inspirée d'une défense de la démocratie pure, vise principalement les droits compris comme des limites imposées par les juridictions aux résultats des décisions démocratiques (et non le « discours des droits » plus généralement qui porte sur les droits reconnus tant par le *common law* que par la loi). L'argument peut prendre deux formes. Une première rejette tout contrôle juridictionnel des organes démocratiques. On soutient ici qu'aucune revendication de droits (*rights claim*) ne peut légitimement s'opposer, en principe, à des résultats démocratiques. D'une part, il n'y aurait aucune manière de justifier la *mise en œuvre* de telles revendications. D'autre part, les droits seraient mieux protégés à long terme par des procédures démocratiques que par des efforts visant à les contourner. Dans sa forme la plus courante, l'argument admet que, même si l'on accepte la démocratie comme valeur unique ou suprême d'un système politique, les juridictions pourront jouer un rôle utile par moments pour en garantir les conditions procédurales. C'est en ces termes que John Hart Ely aux États-Unis¹⁰, et dans une certaine mesure Patrick Monahan au Canada¹¹, défendent le contrôle de constitutionnalité – chacun soutenant que la constitution de son pays autorise le contrôle principalement ou exclusivement en vue de favoriser la démocratie.

limites de la démocratie par des conceptions théoriques. Comme je le suggère plus haut dans ce texte, il faut au moins pouvoir déterminer la signification juridique de ces droits ; or la légitimité du procès de détermination de cette signification est inséparable de la légitimité de la conception des droits comme limites. Telle que je la conçois, il s'agira nécessairement d'une détermination collective, et donc d'un choix collectif. Plus largement, les évolutions historiques dans la signification et la diversité des droits constitutionnellement garantis dans différentes démocraties rendent difficile de croire en source transcendante, universelle ou immuable du contenu même des droits.

Dans son ouvrage *We The People: Foundations* (Cambridge, Harvard University Press, 1991) Bruce ACKERMAN soutient de manière convaincante que la constitution américaine est structurée de telle sorte à trouver la signification des droits, non dans une source transcendante, mais dans « le peuple ». Il oppose sur ce point la constitution américaine et la constitution allemande. De ce point de vue, la Constitution canadienne ressemble à la constitution américaine.

¹⁰ J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹¹ MONAHAN s'inspire de ELY mais considère que ce dernier se trompe dans sa description de la constitution états-unienne : P. MONAHAN, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism, and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell / Methuen, 1987.

[*Les droits et l'autonomie de la personne*] – Mon point de vue est que la démocratie n'a jamais été l'unique – ni même la principale – valeur aux États-Unis ou au Canada, et qu'elle ne *pourrait* jamais être l'unique fondement d'une société bonne. Il a toujours existé, et existera toujours, des valeurs qui ne découlent pas de la démocratie. L'autonomie est l'une de ces valeurs. Le développement de notre nature spirituelle, exprimée par les notions de liberté de conscience et de religion, en est une autre¹². [7] Bien entendu, les majorités démocratiques qui manient le pouvoir de l'État peuvent menacer ces valeurs. Dès lors que l'on accepte que certaines valeurs sont défendues pour d'autres raisons que pour leur rôle dans le fonctionnement de la démocratie – et qu'il peut dès lors s'avérer nécessaire de les protéger vis-à-vis des décisions démocratiques –, aucune version de la critique fondée sur la démocratie pure ne saurait emporter notre adhésion¹³. Cependant, comme je l'ai indiqué, je ne trouve pas non plus adéquate une conception répandue des droits comme limites de la démocratie. Fort heureusement, je pense qu'il y a d'autres manières de saisir les valeurs auxquelles nous sommes attachés. Si nous regardons plus en profondeur une valeur telle que l'autonomie, nous pouvons commencer à voir qu'elle peut être mieux comprise en termes de relation. Il devient alors possible de repenser ce que signifie, conceptuellement et institutionnellement, le fait d'évaluer les résultats des décisions démocratiques à l'aune de l'autonomie.

Permettez-moi tout d'abord comparer ma conception de l'autonomie¹⁴ avec la perspective qui sous-tend, à mes yeux, la conception américaine des droits compris comme des limites. (Il me semble plus généralement que cette conception puise de profondes racines dans le libéralisme anglo-américain.) Elle mobilise l'idée que les droits sont des barrières protégeant l'individu contre l'intrusion d'autrui ou de l'État. Les droits délimitent ainsi des frontières qui ne peuvent être franchies, et ce sont ces frontières, gardées par le droit, qui garantissent la liberté et l'autonomie individuelles. Cette image des droits cadre bien avec l'idée que l'autonomie est dans son essence une [8] indépendance, ce qui requiert que l'on soit protégé et

¹² Bien entendu, si l'on part de la démocratie et que l'on interroge les préconditions de toute participation démocratique, il est possible de produire un large éventail de valeurs, pouvant comprendre l'autonomie. Procéder ainsi déforme cependant, à mes yeux, l'appréhension que nous avons de la réelle diversité des valeurs nécessaire à une société optimale ou à la recherche d'une vie bonne et épanouie. Il m'est toujours apparu comme particulièrement peu plausible de croire que la valeur attachée à la liberté de religion pourrait découler d'une conception même la plus étendue des conditions de la démocratie. La déformation à laquelle on assiste dans ce dernier cas me semble évidente.

¹³ À moins que l'on ne souhaite soutenir la position forte d'après laquelle, quand bien même il serait légitime de protéger ces valeurs, il n'existe aucun mécanisme institutionnel permettant de le faire de manière légitime.

¹⁴ J'ai développé celle-ci plus dans le détail dans : J. NEDELSKY, « Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities », *Yale Journal of Law and Feminism*, 1989, vol. 1, p. 7-36.

séparé d'autrui. Je soutiens qu'il s'agit là d'une perception profondément erronée de l'autonomie. Ce qui rend possible l'autonomie n'est pas la séparation, mais les relations.

De la protection vis-à-vis d'autrui, cette approche déplace notre regard vers la structuration de relations susceptibles de promouvoir l'autonomie. Nos présupposés fondamentaux concernant l'autonomie sont alors modifiés : la dépendance n'est plus l'antithèse de l'autonomie mais une précondition des relations (entre parent et enfant, entre enseignant et élève, entre État et citoyen) au sein desquelles elle pourra se développer (en apportant la sécurité, l'éducation, le développement et le soutien nécessaires). Par ailleurs, l'autonomie n'est pas une qualité statique qui se réalise un jour de manière définitive. C'est une capacité qui ne s'épanouit qu'à l'aide de relations continues. Elle peut s'atrophier ou prospérer au cours de la vie d'un adulte. L'interdépendance devient la donnée centrale de la vie politique, et ne doit pas être écartée de la question essentielle de la garantie de l'autonomie de l'individu à l'égard d'un pouvoir collectif inéluctable. Les interactions humaines qu'il s'agit d'encadrer ne sont plus perçues principalement en termes de conflits de droits et d'intérêts, mais selon la manière dont les schémas de relations participent à développer et nourrir une vie collective enrichissante et une autonomie individuelle authentique. Toute notre conception de la relation entre l'individu et le collectif s'en trouve alors transformée : nous reconnaissons dans le collectif à la fois une source de l'autonomie et un danger pour celle-ci.

La garantie constitutionnelle de l'autonomie n'est plus alors la définition d'une sphère dans laquelle le collectif ne doit pas empiéter, mais une manière de structurer les relations entre les individus et les sources du pouvoir collectif afin de promouvoir l'autonomie, et non l'empêcher¹⁵. Il résulte tout d'abord clairement de cette reformulation que l'autonomie et la démocratie – tout comme l'autonomie et le collectif – ne se résument pas à une menace l'une pour l'autre. L'autonomie signifie, au sens premier, la gouvernance de soi, ce qui nécessite la capacité de participer tant à la gouvernance collective qu'individuelle. [9] Un argument déjà ancien en faveur de la démocratie soutient qu'elle constituerait la meilleure manière d'organiser le pouvoir collectif de telle sorte à promouvoir le bien-être de tous – ce qui inclut nécessairement l'autonomie de chacun. Ainsi, l'autonomie exige la démocratie tant comme élément constitutif que comme moyen – et ce bien que la démocratie puisse constituer une menace pour l'autonomie. (Par ailleurs, l'idéal démocratique exige bien entendu l'autonomie des citoyens afin que chacun exprime ses propres jugements, valeurs et intérêts, et non ceux d'autrui.)

¹⁵ Notons que les sources de pouvoir collectif peuvent inclure les entreprises de grande échelle, mais je me concentrerai ici sur l'activité de gouvernement.

[*Un dialogue de responsabilisation démocratique*] – Comment pouvons-nous, en partant des relations, dépasser l'idée des « droits comme limites au résultat démocratique » ? Nous devons nous concentrer sur un dialogue de responsabilisation démocratique qui ne commet pas l'erreur de traiter la démocratie comme valeur unique, et moins sur la question des limites, des barrières ou des frontières. Un tel dialogue repose sur deux éléments. Il faut, d'une part, un mécanisme ou procès institutionnalisé, compatible avec la démocratie, permettant d'articuler les valeurs fondamentales – en particulier celles qui ne sont pas issues de la démocratie. D'autre part, nous avons besoin de méthodes permettant d'interroger continuellement la cohérence avec ces valeurs des décisions de nos institutions démocratiques. Pour nous en tenir à l'exemple de l'autonomie, il s'agit de demander si ces décisions promeuvent des relations sociales structurées de telle sorte à rendre possible le développement de l'autonomie. Un tel mécanisme visant à responsabiliser les gouvernements devrait prendre la forme d'un dialogue institutionnel qui refléterait et respecterait l'origine démocratique du contenu évolutif de ces valeurs. (Depuis longtemps aux États-Unis, et plus récemment au Canada, le contrôle de constitutionnalité est le principal mode d'articulation des valeurs en vue de l'évaluation des résultats issus de processus démocratiques. Je reviendrai plus loin sur une proposition de mécanisme qui diffère de manière significative du contrôle de constitutionnalité.)

L'exemple de l'autonomie comprise comme relation permet déjà de résoudre l'une des difficultés entourant la justification des droits compris comme limites. En effet, comment doit-on justifier la suprématie des droits par rapport à la démocratie si les droits ne sont eux-mêmes que des valeurs changeantes ? En premier lieu, il ne s'agit plus d'un problème de suprématie à justifier, mais une structure complexe de responsabilité démocratique à évaluer à l'aune de valeurs fondamentales. Deuxièmement, la nature changeante de ces valeurs prend son sens lorsque nous nous concentrons sur les relations qui promeuvent ces valeurs. Il n'est pas surprenant que les relations susceptibles de favoriser ou de subvertir l'autonomie dans une économie industrialisée et un État-providence régulateur sont très différentes de celles qui peuvent produire les mêmes effets au Canada au milieu du XIX^e siècle. [10] Elles seront encore différentes en Europe de l'Est ou en Afrique du Sud. La relation porte automatiquement notre regard vers le contexte et permet de donner du sens *tant* à la croyance communément acceptée qu'il y a des valeurs humaines fondamentales *qu'au* fait que la manière dont nous les articulons et les entretenons varie dans le temps et dans l'espace.

Dans cette perspective, les droits ne sont pas des « atouts » qui l'emportent sur les résultats démocratiques. Il n'est donc pas nécessaire de faire peser sur les droits et les institutions qui les garantissent l'attente d'une justification impossible. Lorsque nous nous focalisons sur les relations qui constituent les valeurs

fondamentales saisies par le langage des droits, nous parvenons également à une meilleure compréhension de la manière dont les droits s'articulent à un autre ensemble de valeurs que nous désignons par le raccourci « démocratie ». Les mécanismes par lesquels sont institutionnalisés ces deux ensembles de valeurs doivent viser à entretenir un dialogue reconnaissant les liens étroits entre les valeurs de démocratie et d'autonomie – qui reposent l'une sur l'autre tout comme elles peuvent rentrer en conflit.

De nombreux lecteurs percevront clairement que la *Charte* canadienne [des droits et libertés] est mieux adaptée à la mise en œuvre d'un tel dialogue que le système américain du contrôle juridictionnel (*judicial review*) pour lequel, formellement du moins, la métaphore des droits compris comme « des atouts » semble adéquate. La « dérogation » prévue à l'article 33 peut être perçue comme la tentative de maintenir un dialogue continu sur la signification des droits entre le débat public, le législateur, et les juges¹⁶. Par ailleurs, l'article 1 de la *Charte* s'ouvre sur l'affirmation que les droits ne doivent pas être perçus comme absolus, invitant alors à un dialogue interne aux juridictions ou à toute autorité amenée à considérer la constitutionnalité d'une loi¹⁷. [11] Les législateurs sont responsables des droits élémentaires dont la *Charte* dessine les contours. Mais cette responsabilité est à déterminer au regard des besoins d'une société libre et démocratique (et de leurs évolutions implicites).

Peut-être certains lecteurs ont-ils eu l'occasion d'essayer d'expliquer les articles 1 et 33 à des Américains incrédules – qui tirent habituellement la conclusion que les Canadiens ne possèdent toujours pas de *véritables* droits constitutionnellement garantis. La conception américaine des droits comme limites l'emportant sur toute autre considération est si centrale à leur vision du constitutionnalisme qu'ils ont de grandes difficultés à imaginer que les « droits » puissent correspondre à autre chose. Cela est vrai malgré le fait que des problèmes sans cesse plus apparents liés à cette conception amènent les commentateurs à produire chaque année des milliers de pages afin de l'expliquer et la défendre. Il est accrocheur de parler des droits comme des atouts, et le concept est en apparence aisément compréhensible, voire attirant. Cependant, il ne permet pas

¹⁶ La dérogation de l'article 33 permet au législateur de disposer, par déclaration expresse, qu'une loi prendra effet indépendamment des garanties de l'article 2 (relatives aux libertés fondamentales de conscience, d'expression, de réunion et d'association) ou des articles 7 à 15 (c'est-à-dire les « garanties juridiques » et les « droits à l'égalité ») [art. 33(1)]. Cependant, cette disposition législative cessera d'avoir effet au bout de cinq ans, après quoi elle devra être adoptée à nouveau [art. 33(3) & art. 33(4)]. [N.D.T. : La *Charte* peut être consultée dans sa version française à l'adresse suivante : https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/CONST_TRD.pdf].

¹⁷ L'article 1 prévoit que : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par le droit en vigueur, dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

de saisir les relations complexes entre les multiples valeurs auxquelles nous adhérons. À la place, l'idée de « dialogue de responsabilisation démocratique », bien que moins incisive, me semble plus représentative des aspirations du constitutionnalisme et de la structure de la *Charte*.

III.- LES CRITIQUES DES « DISCOURS DES DROITS »

Tournons-nous à présent vers certaines critiques des « discours des droits » : 1) les « droits » sont d'un individualisme indésirable ; 2) ils obscurcissent les enjeux politiques réels ; 3) ils servent à aliéner et à tenir à distance les personnes les unes des autres. Je ne chercherai pas à présenter chacune de ces critiques en détail, mais à les esquisser afin de montrer comment le fait se concentrer sur la relation permet de leur répondre.

[*Le caractère individualiste du discours des droits*] – Je commencerai par l'affirmation que le discours des droits est irrémédiablement individualiste, question que j'ai déjà commencé à traiter dans le propos qui précède. Bien entendu, il ne s'agira pas ici de résumer le débat en cours entre communautariens et libéraux – qui ne correspond de toute manière qu'à une critique parmi d'autres de l'individualisme¹⁸. Je commencerai par indiquer ce qui me semble convaincant au cœur de cette critique (à laquelle j'ai moi-même participé) ; je suggérerai ensuite que la conception des droits comme relations peut permettre d'y répondre. [12] Certains reconnaîtront l'accusation d'après laquelle les droits de la *Charte* expriment des valeurs individualistes – par exemple, ceux qui affirment que de tels droits ne doivent pas être opposables aux décisions collectives des Nations Premières. Il y a de bonnes raisons de considérer que la *Charte* puise dans un puissant héritage de pensée politique libérale dans lequel les droits sont associés à une conception hautement individualiste de l'être humain (ou, historiquement, de l'« Homme » – et il y a des arguments convaincants pour lier cette spécificité de genre à l'individualisme¹⁹, mais je ne peux traiter ici la question). En effet, « l'individu porteur de droits » peut être considéré comme le sujet de base de la pensée politique libérale. Afin de réduire de nombreux arguments complexes en une ou deux phrases, disons que cet individualisme pose problème parce qu'il ne tient pas compte du fait que notre humanité essentielle n'est ni possible ni compréhensible sans le réseau de relations dans lequel elle s'inscrit. Il ne s'agit pas simplement de dire que l'on vit en groupe et que l'on doit interagir avec autrui. Après tout, une théorie libérale des droits vise également à préciser les revendications des personnes en cas de conflit avec autrui. Les théoriciens anti-

¹⁸ Pour une excellente critique et présentation historique peu connue des chercheurs en droit et en science politique : C. KELLER, *From a Broken Web: Separation, Sexism and Self*, Boston, Beacon Press, 1986.

¹⁹ *Ibid.*

individualistes soutiennent que nous sommes, à proprement parler, constitués par les relations auxquelles nous sommes partie²⁰. Tous, ou presque, reconnaissent néanmoins une part importante de choix et de contrôle dans la manière dont ces relations nous forment. Mais même notre capacité à exercer ce choix peut, et doit, être comprise comme influencée par nos relations – d’où mon idée du caractère central de la relation pour l’autonomie. La plupart des théoriciens libéraux des droits, en revanche, n’accordent pas un rôle central aux relations dans leur appréhension du sujet humain. Ce n’est pas la question de la création et du développement réciproques des personnes qui est au cœur de leur propos mais le problème de la médiation des conflits. Le soi à protéger par les droits est alors conçu comme essentiellement séparé et non comme un être dont les intérêts, les besoins et les capacités sont quotidiennement entrelacés avec ceux d’autrui. Ainsi, l’une des raisons pour lesquelles les femmes s’insèrent mal dans le cadre d’une théorie libérale est [13] qu’il est gênant de concevoir la relation d’une femme à ses enfants *essentiellement* comme une compétition d’intérêts dont les droits sont la médiation. Je ne soutiens donc pas que les inquiétudes concernant l’association de l’individualisme et des droits sont injustifiées. J’ai cependant l’espoir que la notion des droits peut-être sauvée de son association historique avec l’individualisme théorique et pratique. Les êtres humains sont *à la fois* essentiellement des individus et essentiellement des êtres sociaux. La tradition libérale ne s’est pas tant trompée que révélée dangereusement unidimensionnelle dans son approche.

Mon projet ailleurs, tout juste évoqué ici, a été de prendre le concept d’autonomie et d’en identifier les éléments centraux (qui sont, bien entendu, reliés à notre perception de nous-mêmes en tant qu’individus distincts), afin de montrer que l’on comprend mieux ces éléments si l’on perçoit qu’ils se développent dans le cadre de relations. J’ai utilisé ici l’autonomie comme un exemple d’une valeur qui n’est pas dérivée de la démocratie, et à l’aune de laquelle une décision démocratique doit être appréciée. Je souhaite suggérer à présent que ce sont les droits dans leur intégralité – le concept de droits lui-même – qui peuvent être mieux compris en termes de relations. De nouveau, je condenserai un propos plus long afin que nous puissions voir comment une telle conception des droits permet de répondre aux critiques et de résoudre des problèmes concrets.

Pour faire bref, les droits construisent des relations – de pouvoir, de responsabilité, de confiance, d’obligation. C’est ce qu’ils font en fait, c’est ce qu’ils ont toujours fait. C’est aussi vrai du droit de la propriété et des contrats que

²⁰ Par exemple : C. TAYLOR, *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, C.U.P., 1985, spéc. chap. 7 « Atomism » ; C. KELLER, *From a Broken Web: Separation, Sexism and Self*, *op. cit.* ; M. J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, C.U.P., 1982 ; I. M. YOUNG, « Impartiality and the Civic Public » & S. BENHABIB, « The Generalized and the Concrete Order », in S. BENHABIB et D. CORNELL (dir.), *Feminism as Critique*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987.

d'autres domaines, tels que le droit de la famille, dans lesquels le droit positif structure les relations de manière évidente. Par exemple, comme le savent les avocats, les droits de propriété n'ont pas principalement pour objet les choses, mais les relations des personnes entre elles telles qu'elles affectent, et sont affectées par, des choses²¹. Les droits juridiquement garantis prévoient des limites à ce que nous pouvons faire avec les choses selon la manière dont nos actions affectent autrui (par exemple, si elles constituent une nuisance), selon les responsabilités que nous avons au regard du bien-être d'autrui (par exemple, en droit de la responsabilité civile ou en droit des baux d'habitation), ou encore selon que nous pouvons utiliser notre pouvoir de refuser l'accès aux choses à autrui afin d'obtenir qu'il fasse ce que nous voulons (nous sommes ici dans le domaine du contrat). [14] Le droit définit en outre des relations fiduciaires en précisant les relations particulières de confiance et les responsabilités qu'elles entraînent. Dans le domaine du contrat, le droit tient compte des rapports inégalitaires de pouvoir de négociation, et définit certains paramètres de la relation d'emploi ou des relations entre bailleurs et locataires. En décidant de l'importance à accorder aux attentes légitimes (*reliance*), les juges doivent effectuer des choix concernant les schémas de responsabilité et de confiance que favorisera le droit.

Je dresse cette liste afin de rendre plus claire la thèse d'après laquelle le droit structure quotidiennement les relations – et tient parfois compte consciemment de celles-ci – lorsqu'il définit et garantit les droits. Je propose que cette réalité des relations dans les droits devienne le cœur du concept lui-même – et, partant, de la discussion concernant, d'une part, ce que l'on doit traiter comme des droits et, d'autre part, comment ils doivent être garantis et interprétés. Il s'agit à vrai dire de mettre au premier plan ce qui a toujours constitué une réalité d'arrière-plan. J'affirme ainsi que nous nous acquitterons mieux de la difficile tâche de prendre des décisions concernant les droits si nous nous concentrons sur les types de relations que nous souhaitons promouvoir, ainsi que sur les concepts et les institutions qui contribueront au mieux à leur promotion. J'espère que les derniers exemples permettront de bien saisir cette idée.

J'essaie de montrer ici que le problème de l'individualisme est radicalement transformé par la conceptualisation des droits en termes de relations qu'ils structurent. Il y aura sans doute toujours des personnes qui *désirent* les relations de pouvoir et de responsabilité limitée que favorise et justifie la tradition individualiste des droits libéraux. Mais au moins le débat portera-t-il sur la question de savoir pourquoi certains schémas de relations humaines sont meilleurs que d'autres et quelles sortes de « droits » seront susceptibles de les promouvoir.

²¹ Pour une discussion des droits de propriété dans une perspective relationnelle, voir J. SINGER, « The Reliance Interest in Property », *Stanford Law Review*, vol. 40, 1987-1988, p. 577. J'ai également tiré profit de discussions avec Joe Singer lorsque j'ai commencé à travailler sur cet article.

Imaginons que nous disposions d'un accord initial sur les divers aspects d'une autonomie humaine optimale. Cela permettrait de dépasser la simple conclusion d'après laquelle l'autonomie repose sur les droits individuels. Nous pourrions alors nous pencher sur ce qui favorise réellement la capacité humaine à l'autonomie, et examiner la manière de favoriser et de protéger, par des « droits » juridiquement garantis, les relations qu'implique une telle autonomie. Pour prendre un exemple, j'ai examiné ailleurs la manière dont le droit administratif [15] peut jouer un rôle dans la protection des droits ainsi compris et dont nous pourrions structurer la prestation de services publics afin de promouvoir des relations qui favorisent l'autonomie²². C'est en ces termes, me semble-t-il, que l'on peut comprendre, de la manière la plus constructive, l'ensemble des droits auxquels nous sommes traditionnellement attachés – tels que la liberté de conscience, d'expression, et les droits « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». Il est très peu probable que l'un de ces droits, analysés de cette manière, se révèle inutile. Ils ne disparaîtraient donc pas. Ils ne seraient ni submergés ni renversés par les revendications de la communauté. En termes constitutionnels, ils auraient toujours pour fonction d'être une unité de mesure de la légitimité des décisions collectives (même si on déterminerait cette légitimité par un processus de dialogue plutôt que par une décision unique qui écarterait toute autre considération). Toutefois, la signification spécifique de chaque droit sera sans doute transformée à mesure que nous délibérerons sur les schémas de relations que nous souhaiterions faire prévaloir dans notre société.

Ainsi, débattre des droits en termes de relations me semble permettre de surmonter la plupart des problèmes de l'individualisme, sans détruire ce qu'il y a de valable dans cette tradition. Bien entendu, lorsque nous avons affaire à une si vieille et puissante tradition, il faut prendre garde à ce que les significations établies de longue date ne s'insinuent pas de nouveau dans la conversation. Je crois, cependant, qu'il n'est pas possible d'abandonner le terme « droits ». Or, parce que nous pouvons l'utiliser de manière constructive, cette vigilance est le prix à payer.

[*L'effet obscurcissant du discours des droits*] – Je proposerai à présent quelques brèves suggestions sur la manière dont mon approche peut répondre à un deuxième ensemble de critiques (souvent associées aux *Critical Legal Studies*) qui portent sur le caractère obscurcissant du « discours des droits ». L'un des aspects les plus importants de cet ensemble de critiques est l'idée d'après laquelle les « droits » ne clarifient pas, mais masquent, les enjeux réels des débats politiques et les objectifs véritables des protagonistes. Tout comme la précédente objection à l'individualisme, cette critique pointe du doigt des problèmes sérieux qui sont

²² Voir J. NEDELSKY, « Reconciving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities », art. cité, spéc. p. 26-33.

toutefois transformés lorsque nous comprenons que les droits structurent les relations.

[16] Il me semble que de nombreuses revendications de droits – « j'en suis le propriétaire » – entendent avoir un caractère conclusif. Elles visent à mettre un terme au débat, non à l'ouvrir. Que l'on ait affaire à une fermeture d'usine, un projet de développement présentant des risques environnementaux, ou une personne qui accepte seulement de louer une chambre aux personnes avec lesquelles elle ne se sent pas mal à l'aise, je considère – comme il est sans doute désormais évident – que le fait de se contenter d'invoquer les droits de propriété conduit à traiter comme réglées des questions qui devraient être débattues. Cela ne permet donc pas d'en saisir les enjeux et s'avère même néfaste dans certaines circonstances. Toutefois, ce problème ne se présente que si l'on prend pour acquise la signification des droits de propriété, ou si l'on passe sous silence les questions pertinentes dans la détermination de leur signification.

Ces questions peuvent être utilement débattues si nous percevons les droits de propriété comme l'un des moyens les plus importants, non seulement de structurer les relations de pouvoir dans notre société, mais d'exprimer les relations de responsabilité que nous souhaitons encourager. Nous pouvons demander, par exemple, si la propriété d'une usine n'entraîne pas une responsabilité envers les personnes qu'elle emploie, ou comment une telle responsabilité devrait être mise en balance avec le droit de faire librement usage de sa propriété (un équilibre analogue à celui que l'on trouve traditionnellement dans le droit relatif aux nuisances). Le processus inévitable de définition et de redéfinition de la propriété serait alors mis en œuvre de manière intelligible. Ainsi, nous pouvons demander quelles sont les relations de pouvoir, de responsabilité, de confiance et d'engagement envers autrui que nous souhaitons promouvoir à travers les conditions de propriété des biens de production, tout comme nous pouvons demander si ces relations favorisent l'autonomie, la créativité et l'initiative auxquelles nous accordons de la valeur. Par contraste, dire que le propriétaire d'une usine peut décider de la fermeture de celle-ci quand et comme il le souhaite simplement parce qu'il en a la propriété relève, soit de la tautologie (être propriétaire *veut dire* posséder ce pouvoir), soit d'une affirmation historique (sur la signification du droit de propriété par le passé). Cette affirmation historique est, bien entendu, d'une importance particulière dans le droit, mais il ne peut être que le point de départ d'une enquête sur la signification à donner à la propriété, et non le point final. Se concentrer sur la relation aidera à accorder le juste poids aux affirmations historiques et à les mettre en contexte, tout en dévoilant les affirmations tautologiques.

Parmi les critiques courantes de l'effet obscurcissant du discours des droits, on retrouve l'idée que ces derniers sont « réifiés », telles des entités fixes dont la signification est simplement prise pour acquise. Attribuer une qualité de chose aux droits empêche de reconnaître les diverses manières dont ils peuvent constituer des choix collectifs qu'il conviendrait d'évaluer. De manière descriptive, [17] je pense qu'il s'agit là d'une inquiétude légitime concernant la tradition dominante en matière de droits, bien qu'elle ne m'apparaît pas insurmontable. Je pense que si nous nous souvenons que les droits structurent des relations, et que c'est dans cette optique que nous les interprétons pour décider ce qui mérite la qualification de droits, alors non seulement nous relâcherons l'emprise de cette réification, mais la conception nouvelle des droits comme relations ne risquera pas de se pétrifier de nouveau en un ensemble d'images réifiées qui découragent plutôt qu'elles n'invitent l'examen critique.

[*L'effet d'aliénation du discours des droits*] – On trouve, en dernier lieu, l'importante critique selon laquelle les droits aliènent et éloignent les personnes, en exprimant et en érigeant entre elles des barrières²³. Les droits ont cet effet d'éloignement en partie parce qu'ils permettent, tels qu'ils fonctionnent à présent dans nos discours, d'éviter de voir certaines relations auxquelles nous sommes en réalité partie. Par exemple, lorsque nous voyons dans la rue une personne sans-abri, nous n'interrogeons pas le fait que notre régime de propriété contribue à sa situation. Nous ne devenons pas conscients de ce que nous prenons pour acquis ; le sentiment que nous sommes propriétaires de nos demeures nous permet d'en exclure la personne sans-abri. L'impression de n'avoir rien fait de mal, de n'avoir pas violé les droits de la personne sans-abri, nous permet de nous tenir à distance de sa détresse. La conception dominante des droits contribue au sentiment que nous ne sommes pas responsables.

Cependant, si nous nous concentrons sur les relations que structurent nos droits, nous percevons la connexion entre notre pouvoir d'exclure et la détresse de la personne sans-abri. Peut-être même déciderons-nous de maintenir ce droit d'exclure, mais nous le ferons alors en pleine conscience du schéma de relations qu'un tel droit contribue à mettre en place. Je crois que nous aurons une expérience différente de nos responsabilités à mesure que nous reconnaitrons que nos « droits privés » s'accompagnent toujours de conséquences sociales²⁴.

²³ Peter Gabel propose un exposé excellent et profond de cette perspective : P. GABEL, « The Phenomenology of Right-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Self », *Texas Law Review*, 1982, vol. 62, p. 1563.

²⁴ C'est sans doute le bon endroit pour répondre à l'objection selon laquelle ma thèse des « droits comme relations » est conséquentialiste – et qu'il me faudrait donc rentrer dans le débat opposant théories déontologiques et conséquentialistes des droits. L'atelier de théorie juridique de Columbia m'a aidé à comprendre pourquoi ce débat n'est que périphérique à mon projet. La distinction entre ces formes de théories repose sur la possibilité de proposer une conception des êtres humains dont on pourrait comprendre la nature en faisant abstraction des relations dont ils font partie. En

[18] À la critique de l'éloignement, je réponds que ma thèse des droits comme relations n'entraîne pas le même effet que nos conceptions actuelles. Toutefois, les droits *pourraient* continuer de remplir la fonction protectrice que cherchent à défendre des partisans éclairés qui voient dans les droits une forme de distance entre les individus, telle Patricia Williams²⁵. L'égal respect se trouve en effet au cœur de ma vision des droits. En outre, la structure optimale des relations humaines offre toujours, non seulement le choix d'entrer en relation, mais l'espace nécessaire pour choisir de s'en retirer²⁶.

Voici donc, dans ses grandes lignes, ma réponse aux critiques fondées sur l'individualisme et les effets d'obscurcissement et d'aliénation produits par les « discours des droits ». Avant de me tourner vers des exemples tirés du droit constitutionnel, qu'il me soit permis de rappeler ce qui est innovant – et ce qui ne l'est pas – dans mon approche. Mon propos insiste sur l'idée que le fait de considérer les droits comme des relations offre une manière nouvelle et meilleure de résoudre une série de problèmes concernant les droits. Ce qui rend l'argument convaincant me semble cependant qu'il ne s'éloigne pas radicalement de ce qu'implique le processus de décision juridique, y compris les décisions judiciaires. Comme j'ai cherché à le montrer à travers mes exemples précédents, la nouveauté se trouve dans le fait de déplacer le regard vers ce qui s'est toujours trouvé à l'arrière-plan.

[19] Il est en effet important de reconnaître le rôle *existant* de la relation dans les droits afin de percevoir que ce que je propose peut être mis en œuvre immédiatement, sans restructuration radicale de notre ordre juridique. Il est également important de répondre à l'objection d'après laquelle ce que j'appelle de mes vœux élargit dangereusement, voire crée, le rôle de décision politique du juge. Mon argument est que le fait de reconnaître les droits comme relations nous rend conscient de ce qui existe déjà, permettant ainsi réflexion approfondie et débat. Je rejoins ici le nombre croissant de personnes qui considèrent que les juges

rejetant cette prémisse, on dissout toute distinction nette entre une conception des droits fondée sur la nature humaine et une conception des droits fondée sur le caractère souhaitable des relations qu'ils favorisent. Le simple fait de se concentrer sur la relation ne revient donc nullement à manquer aux exigences essentielles d'humanité, puisqu'il est impossible de tirer une théorie des droits d'une nature humaine que l'on pourrait comprendre en faisant abstraction de toute relation. En nous focalisant sur la relation, nous nous focalisons sur la nature de cette humanité, nous ne la sacrifions nullement au collectif.

²⁵ P. J. WILLIAMS, *The Alchemy of Race and Rights*, Cambridge, Harvard University press, 1991.

²⁶ Il reste des problèmes à résoudre. Il nous faut déterminer non seulement quelle serait la portée optimale du retrait, mais également les manières de structurer les choix d'entrer en relation. Ce sont là des problèmes compliqués dès lors que le cadre que l'on se donne accorde une place première à des relations qui sont considérées, de certaines manières, comme données plutôt que choisies.

s'acquitteront mieux de leurs tâches s'ils sont pleinement conscients de ce qu'ils font, même si cette conscience nouvellement acquise peut paraître très exigeante²⁷.

IV.- APPLICATION DES « DROITS COMME RELATIONS »

Pour terminer, j'esquisserai la manière dont mon approche peut nous aider à résoudre certains problèmes spécifiques. Je commencerai par la question de savoir si le droit de propriété est inclus dans la *Charte*. Cela présente l'intérêt de donner un caractère concret à l'interrogation, sinon abstraite, de savoir comment nous devons comprendre l'idée de la constitutionnalisation des droits. Une fois admis que les droits constitutionnellement garantis sont des choix collectifs, cela rend intenable la simple alternative « démocratie vs droits ». Par ailleurs, il devient difficile d'expliquer pourquoi, dans un dialogue de responsabilisation politique, certaines choses que nous qualifions de droits méritent d'être constitutionnalisées (telles les libertés d'expression ou de conscience) et non d'autres (tel le droit de propriété). Cela permet au moins de mettre en évidence les raisons de cette difficulté.

[20] [*La valeur fondamentale d'égalité*] – Ma conception du constitutionnalisme vise à permettre d'apprécier la décision démocratique à l'aune des valeurs fondamentales et à assurer, par des mécanismes de dialogue continu, que les choix qu'effectuent les peuples à travers leur assemblées démocratiques s'accordent avec leurs valeurs les plus profondes. Cette idée du constitutionnalisme comme protection des « valeurs les plus profondes » a quelque chose d'ironique : lorsque nous choisissons de constitutionnaliser une valeur, d'en faire un droit constitutionnellement garanti, nous considérons non seulement qu'il y a un profond consensus sur l'importance de cette valeur, mais également que cette valeur est en péril, c'est-à-dire que ceux-là mêmes qui la tiennent pour valeur risquent de la violer à travers leurs procès politiques ordinaires. Je crois, en fait, que cette dualité ironique a du sens, et que cela peut s'observer pour de nombreuses valeurs. Une fois reconnue cette dualité, il n'est plus recevable de soutenir, contre la constitutionnalisation d'un droit, qu'il est trop contesté pour mériter sa place dans une charte des droits et libertés, ou alors qu'il est si bien

²⁷ Voir, par exemple, M. MINOW, *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1990. Les objections les plus fortes à cette position que j'ai pu rencontrer proviennent de certains de mes étudiants, en particulier des étudiants noirs. Leur argument est que le juge effectue toujours une décision qu'il qualifierait lui-même de politique s'il en avait conscience, mais qu'il vaut mieux qu'il ne s'en aperçoive pas afin qu'il se limite davantage. À l'inverse de mon affirmation d'après laquelle on peut avancer en l'absence de toute réforme radicale, ces objecteurs soutiennent qu'étant donnée la composition actuelle du corps judiciaire, il est souhaitable que les juges se sentent aussi contraints que possible face à toute innovation. Ils semblent ainsi suggérer qu'il nous faudrait attendre d'avoir un corps judiciaire beaucoup plus représentatif avant de promouvoir en son sein une transformation dans la conception de son rôle.

accepté qu'il n'a pas besoin d'être incorporé dans une telle charte. On pourrait bien entendu formuler ces deux arguments au sujet du droit de propriété.

Il me semble qu'au Canada nos droits constitutionnellement garantis ont pour prémisse fondamentale l'égalité ; c'est sans doute plus généralement le cas dans les démocraties constitutionnelles. Ces derniers définissent ce à quoi *chaque* membre de la société peut prétendre, c'est-à-dire les conditions fondamentales réciproques qui permettent, non seulement de s'épanouir en tant qu'individu, mais de se rapporter à autrui dans une situation d'égalité. (Cela ne revient pas à dire que les valeurs que nous protégeons par la constitutionnalisation – l'autonomie, le droit à la vie privée, à la liberté, à la sécurité –, sont elles-mêmes identiques à l'égalité ou dérivent de celle-ci.) Il peut sembler de prime abord que cela se rapproche dangereusement de l'idée que l'on trouve au cœur de la théorie libérale qui conçoit la personne humaine comme un individu porteur de droits, égal à autrui en tant qu'il est porteur de droits, abstraction faite de tout élément concret (de genre, d'âge, de classe ou de capacités). Cette conception a été l'objet de critiques dévastatrices d'universitaires féministes comme Iris Young²⁸. Mon idée présente des différences subtiles mais essentielles. Les droits constitutionnellement garantis doivent saisir l'idée d'une égale valeur morale des personnes *malgré* le fait qu'il n'y a pas entre celles-ci d'égalité concrète de besoins et de facultés, mais au contraire de grandes différences. En parlant de droits égaux, mon propos n'est pas de faire disparaître ces différences, mais de demander comment nous pouvons structurer des relations d'égalité là où l'on trouve de nombreuses inégalités concrètes.

Dans une large mesure, c'est le droit qui détermine (et donne effet aux choix concernant) les différences qui comptent et la manière d'en tenir compte – c'est-à-dire qui procurent avantages, pouvoirs et privilèges, et qui seront sources de désavantages, d'impuissance et de subordination. On pourrait ainsi dire que quels que soient les privilèges et les désavantages que puissent générer les processus politiques et légaux ordinaires, la finalité des droits égaux de valeur constitutionnelle est de structurer les relations de telle sorte que l'on soit amené à traiter autrui avec un respect fondamental, dans la reconnaissance et la promotion mutuelle de la dignité, et la considération mutuelle des différences. Les droits ainsi compris constituent des marques de respect et des critères de dignité – ce qui comprend des droits de participation. Les droits constitutionnellement garantis définissent des manières essentielles de traiter autrui en égal dans le cadre de nos choix collectifs.

[*Contre la constitutionnalisation du droit de propriété*] – Il est alors malaisé de rendre compte du droit de propriété. Il est la principale source des *inégalités*, du moins dans les économies de marché que nous connaissons. Sur le plan formel,

²⁸ Voir I. M. YOUNG, « Impartiality and the Civic Public », art. cité, p. 56.

bien entendu, chacun jouit des mêmes droits à l'égard d'une chose qui lui *appartient*. Néanmoins, la propriété est également le principal moyen de distribution du pouvoir aux citoyens par l'État. Or, on a présumé dans les économies de marché que ce pouvoir devait être distribué de manière inégale – à des fins d'efficacité, de prospérité et, d'après certains, de mérite. Il en résulte une tension soutenue entre l'inégalité de pouvoir générée par la distribution de la propriété à travers le marché et les revendications de droits égaux. On le voit, par exemple, dans les débats sur la liberté d'expression et d'accès aux médias, dans les débats autour des dépenses de campagne, et comme je le noterai plus loin, dans des arguments en faveur d'une charte sociale.

Tout ceci donne à penser que les organes les plus accessibles au peuple – les assemblées législatives – doivent se saisir, dans les débats vigoureux qu'ils abritent, de la question de la nature du droit de propriété ainsi que des formes et limites des pouvoirs à allouer aux individus (comme dans les exemples, évoqués plus haut, du régime des baux d'habitation, de la réglementation environnementale, et de la législation sur le salaire minimum).

[22] Il existe un argument plus direct contre la constitutionnalisation du droit de propriété : il n'est qu'un droit de second ordre, un *moyen* en vue des valeurs plus élevées que nous avons constitutionnalisées – les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il ne trouve pas sa place parmi ces valeurs, et ne peut pas recevoir un traitement comparable. Voilà une raison de plus pour laquelle, en dernière analyse, le droit de propriété doit être apprécié à l'aune de l'égalité et non l'inverse – comme cela serait inévitablement le cas si l'on venait à le constitutionnaliser.

Les valeurs qui nous importent véritablement se trouvent déjà dans la *Charte*. Les décisions gouvernementales ordinaires ont si fréquemment un impact sur les droits de propriété qu'il devient maladroit et artificiel de demander lesquels de ces impacts en constituent la violation²⁹.

On cherche à savoir en réalité à quel moment l'impact en question enfreint également l'une des valeurs fondamentales (vraisemblablement la liberté ou la

²⁹ Certains défenseurs de l'inclusion dans la *Charte* du droit de propriété semblent avoir d'étranges idées sur ce que cela permettrait d'accomplir. Ainsi, lorsque la question fut débattue par l'assemblée législative de l'Ontario, on relata toute une série d'histoires tristes dans lesquelles des personnes avaient été dédommagées après confiscation de leur bien (à des montants qui, estimait-on, ne reflétaient pas le coût réel de la relocalisation du domicile ou du commerce) pour divers projets de travaux publics (certains desquels ne furent jamais entrepris). Aucun de ces cas, me semble-t-il, n'aurait été empêché par la clause relative aux « réquisitions » (*takings*) dans [le ^{ve} amendement de] la constitution des États-Unis (même dans son interprétation la plus récente). On continuera sûrement de considérer le droit d'expropriation pour cause d'utilité publique (*eminent domain*) comme un fondement légitime de l'usage du pouvoir législatif.

sécurité) qui *se trouve*, quant à elle, dans la *Charte*. Par exemple, toute confiscation arbitraire, punitive ou sans indemnisation constitue sûrement une violation de la sécurité de la personne non conforme aux exigences fondamentales de la justice. Nul ne peut se sentir libre et en sécurité parmi ses concitoyens, pas plus qu'il ne peut se sentir traité comme un égal ou digne d'un égal respect, s'il sait qu'il peut être privé aléatoirement, et à tout moment, de ses biens matériels. Une telle forme d'insécurité détruirait la relation de confiance et d'égalité nécessaires à une société libre et démocratique.

Cela m'amène directement à mon second exemple. Dès lors que la *Charte* n'inclut pas le droit de propriété, à quel moment déterminera-t-on qu'un impact sur la propriété ou un intérêt économique [23] constituera une violation de la liberté ou de la sécurité de la personne ? Je me limiterai bien entendu, avec la place qu'il me reste, à indiquer de quelles manières il peut être utile de se concentrer sur la relation.

Prenons l'affaire des médecins en Colombie Britannique, *Wilson v. Medical Services Commission*³⁰. Afin de s'assurer d'une présence adéquate des services de santé sur l'ensemble de son territoire, la province décida de restreindre le nombre de médecins à qui serait attribué un numéro de facturation dans des régions attractives, comme celles de Vancouver. Les médecins n'avaient donc pas en fait la possibilité de pratiquer partout où ils le souhaitent. Cela constituait-il pour autant une entrave à la liberté ? Imaginons que nous commençons par examiner les réseaux de relations dans lesquels ces médecins sont intégrés – le financement public des écoles de médecine, des hôpitaux, de leur salaire (d'où, pour commencer, le problème). Il nous faudrait alors considérer plus largement quelles interdépendances sont déjà formellement reconnues dans diverses restrictions de l'accès à l'emploi, pouvant aller de celui d'éleveur de poulets à celui de chauffeur de taxi. Bien entendu, restreindre les moyens de subsistance est une entrave sérieuse qui touche de près notre conception de la liberté. Mais aucune situation, pas plus que celle des médecins, ne doit être envisagée de manière isolée. Les relations qui se développeront dans la société dépendront de la portée accordée aux choix individuels et des limites qu'imposent à ces choix des conceptions de responsabilités mutuelles. Nous devons demander, dans chaque situation, si l'entrave alléguée a pour but de favoriser ou de mettre en œuvre la responsabilité sociale d'une manière cohérente avec d'autres formes de responsabilité sociale au Canada – ou si l'entrave est inutile, arbitraire ou gratuite. Par ailleurs, il ne sera pas nécessairement suffisant de constater la cohérence entre les politiques publiques. Nous pourrions également demander si le maillage du réseau des responsabilités

³⁰ (1988), 53 D.L.R. (4 th) 171 ; [1989] 2 W.W.R. 1 (B.C.C.A.) annulant *Wilson v. Medical Services Commission of B.C.* (1987), 36 D.L.R. (4 th) 31 ; [1987] 3 W.W.R. 48 (B.C.S.C.). Requête d'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada rejetée le 3 novembre 1988.

mutuelles n'est pas si resserré qu'il est impossible d'imaginer des relations favorables à l'autonomie de l'individu (une fois reconnu, bien entendu, le fait que l'autonomie est permise par des relations interdépendantes, et qu'elle n'est pas une question d'*indépendance*). Je n'entre pas plus dans le détail, si ce n'est pour dire que dans cet exemple, comme dans d'autres, les effets d'une analyse au prisme de la relation ne sont pas saisissants, mais subtils. Certains de [24] ces éléments semblent familiers et peuvent également ressortir d'autres cadres de pensée. Mais il y a ici une différence d'accent. Notre attention sera portée vers d'autres questions, et le résultat d'ensemble sera meilleur.

[*Adopter une Charte sociale alternative ?*] – Pour terminer, je dirai quelques mots sur un sujet qui pourrait facilement faire l'objet d'un article à part entière, celui de la Charte sociale alternative (CSA) mise en avant par une coalition de groupes de lutte contre la pauvreté durant la récente série de négociations constitutionnelles³¹. Cela présente deux liens fondamentaux avec mon thème. Premièrement, la CSA vise à mettre en œuvre une vision de ce qu'exigerait une participation à titre égal et à part entière de chaque membre de la société canadienne, que l'on traiterait avec le même respect et la même dignité. Je pense que la CSA est née d'une prise de conscience des relations de désavantage qui, actuellement au Canada, empêchent cette pleine égalité³². Nous pouvons être aveuglés quant aux conséquences de ces désavantages par des théories des droits conventionnels, alors que les droits pensés comme des relations mettent la question au premier plan.

D'une manière plus importante pour mon propos, la CSA s'accompagne d'une forme très attirante de dialogue de responsabilisation démocratique, en la forme d'un tribunal qui constituerait, en tant que mécanisme de maintien de ce dialogue, une alternative aux juridictions. Il aurait pour tâche d'entendre des griefs alléguant

³¹ Voir J. NEDELSKY et C. SCOTT, « Constitutional Dialogue », in J. BAKEN et D. SCHNEIDERMAN (dir.), *Social Justice and the Constitution: Perspectives on the Social Charter*, Ottawa, Carleton University Press, 1992. [N.D.T. : La Charte sociale alternative de 1992 peut être consultée à l'adresse suivante : <https://socialrightscura.ca/documents/archive/Alternative%20Social%20Charter.htm>].

³² On pourrait soutenir que les droits à la santé, à l'alimentation, à l'habillement et à l'aide à la garde des enfants ne sont, comme le droit de propriété, que des valeurs de second ordre, constituant des moyens d'atteindre l'égalité ou les autres valeurs fondamentales exposées dans la *Charte*. La Charte sociale devrait alors être un document distinct de la *Charte*, et non intégré à celle-ci. Il y a eu, sur ce point, quelques désaccords entre les partisans de la Charte sociale dans sa forme actuelle. En l'état, il s'agit d'un document distinct contenant une disposition [art. 2] prévoyant que la *Charte* devra être interprétée de manière conforme à la Charte sociale. Cependant, il me semble que les droits à la santé et à l'alimentation sont des valeurs primaires, bien que le discours traditionnel des droits ne les ait pas traités de la même manière que la liberté et l'égalité – sans doute parce qu'on les perçoit plutôt comme des droits « positifs » que des libertés négatives. Il peut sembler que le droit à la santé ainsi que les autres droits sociaux de la CSA sont moins susceptibles d'une approche relationnelle. Toutefois, on doit interpréter la signification de l'égalité à la lumière de tels droits sociaux et inversement, l'ensemble nécessitant une analyse relationnelle.

d'atteintes « systémiques, ou dont l'impact est systémique [25] pour les groupes vulnérables et désavantagés ainsi que leurs membres »³³. Ce tribunal serait doté de larges pouvoirs de contrôle des législations, réglementations et politiques publiques aux niveaux fédéral et provincial ; il pourrait enjoindre au gouvernement de prendre toute mesure appropriée, et pourrait lui demander de rendre des rapports sur les mesures adoptées ou proposées. Ces injonctions, toutefois, « n'entrer[ai]ent pas en vigueur tant que la Chambre des communes ou le législateur compétent aura siégé pour une période de cinq semaines au moins, durant laquelle la décision pourra être annulée à la majorité simple de l'assemblée législative ou du Parlement »³⁴.

Cela constitue un effort d'imagination pour répondre aux inquiétudes concernant le pouvoir des juges en matière de mise en œuvre des droits lorsque cela implique d'engager des fonds publics. Cette proposition (contrairement à celle du rapport Beaudouin-Dobbie soumis par une commission parlementaire composée de représentants de tous partis³⁵) prévoit un mécanisme coercitif important, tout en réservant le dernier mot au forum primaire de la délibération démocratique – l'assemblée législative. Cela semble offrir un mécanisme prometteur pour lancer un dialogue continu qui permettrait d'apprécier la prise de décision démocratique à l'aune des valeurs fondamentales de l'égalité.

Le mécanisme en question serait hautement démocratique. La proposition appelle à la nomination des membres du tribunal par le Sénat (réformé), et à ce qu'un tiers des membres soit issu des secteurs du gouvernement fédéral, des gouvernements provinciaux et territoriaux, et des organisations non-gouvernementales représentatives de groupes vulnérables et désavantagés. En outre, cette institution est conçue pour permettre un dialogue continu avec les autorités décisionnaires que sont les gouvernements. L'idée que les droits impliquent un processus de définition continu est donc reconnue dans la structure mise en place par la CSA. Celle-ci crée pour ce processus un mécanisme démocratique qui ne se contente pas de donner la priorité à la démocratie sur les droits. Il offre le moyen de s'assurer que les décisions démocratiques seront appréciées à l'aune des valeurs fondamentales, sans pour autant traiter les droits comme des atouts. En somme, la CSA esquisse les contours d'un modèle réalisable de constitutionnalisme compris comme un dialogue [26] de responsabilisation démocratique, dans lequel les droits à protéger découlent de la recherche des conditions d'existence des formes de relations nécessaires à une société libre et démocratique.

³³ CSA, art. 10(1).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ L'accord de Charlottetown ne précise pas de mécanisme coercitif pour ce qui concerne l'« Union sociale et économique ».

V.- CONCLUSION

Comprendre ainsi la constitutionnalisation des droits comme un moyen de créer un dialogue de responsabilisation démocratique amène une redéfinition des justifications à apporter aux restrictions constitutionnelles à la délibération démocratique. De manière sans doute plus importante, pour le monde en dehors de la recherche universitaire, nous proposons un cadre conceptuel qui nous aidera à concevoir et à évaluer les mécanismes de constitutionnalisation des droits dans les démocraties modernes. Cette conception du constitutionnalisme engendre et promeut une compréhension nouvelle des droits comme structurant des relations. Cela permet à son tour de surmonter les difficultés les plus sérieuses soulevées par l'approche dominante de la tradition libérale. Lorsque nous comprenons ainsi les droits comme des relations, et le constitutionnalisme comme un dialogue de responsabilisation démocratique, nous pouvons non seulement dépasser certains problèmes anciens, mais créer une structure conceptuelle et institutionnelle qui facilitera l'examen critique des problèmes nouveaux qui émergeront inévitablement.

Redessiner la relation juridique¹

George PAVLAKOS

Traduit du français par Simon FOUQUET

Introduction²

J'appellerai relation juridique la relation entre deux sujets d'une obligation juridique. J'essaierai de montrer que la relation juridique est la relation dans laquelle deux agents ou plus se trouvent lorsqu'ils sont impliqués dans une interaction qui déclenche le réquisit d'accord entre leurs libertés respectives, tout en défendant qu'une telle interaction ne présuppose pas nécessairement, pour son instanciation, l'existence d'institutions politiques.

Le raisonnement sera avancé en deux étapes. Premièrement, je montrerai qu'une large variété d'interactions entre agents pose le problème de l'accord entre leurs libertés respectives. Afin de modéliser cet argument, je dirai que de telles interactions déclenchent le « principe de liberté externe » (PLE) et proposerai une explication détaillée de la manière dont le PLE est déclenché. Puis j'en viendrai à proposer une description indépendante de la relation juridique, dont je pense qu'elle correspond à sa compréhension standard : à l'aide de la définition kantienne du Droit subjectif, je proposerai d'appréhender la relation juridique comme une relation qui génère les réquisits attachés au Droit subjectif, ceux-ci consistant en le fait d'agir en accord avec la liberté de tous. De ce fait, il s'avèrera que le PLE ainsi que tous les faits propres à des interactions qui le déclenchent peuvent générer une explication complète de la relation juridique, sans qu'il soit en plus besoin de se référer à des faits liés à des institutions politiques.

Le reste de ce propos sera consacré pour sa majeure partie à se confronter à des objections. Le point de vue défendu ici contraste fortement avec le point de vue répandu, partagé par des juristes positivistes comme non-positivistes, selon lequel la relation juridique présuppose des faits institutionnels propres à une communauté politique. Au-delà des aspects plus superficiels, il existe une raison plus profonde pour laquelle les institutions politiques doivent précéder la relation

¹ G. PAVLAKOS, « Redrawing the Legal Relation », 2018, 22 p., manuscrit non-publié, consultable à l'adresse suivante : [<https://ssrn.com/abstract=3199276>]. N.B. : La traduction proposée par Simon Fouquet a été relue et autorisée par l'auteur.

Simon Fouquet est doctorant en philosophie du droit à l'Université Nice Sophia Antipolis, ancien élève de l'École normale supérieure et agrégé de philosophie.

² Cette recherche a été partiellement soutenue par l'Agence de subvention de l'Académie tchèque des sciences par le biais d'un projet sur « Le rôle du principe de proportionnalité dans le processus décisionnel des tribunaux » (subvention ID : 15-23955S).

juridique, raison que je dois écarter pour que ma compréhension de la relation juridique tienne : un trait fondamental de la relation juridique est qu'elle fait naître des obligations (en bref : des obligations juridiques) qui sont applicables à tous ceux qui y participent. On pourrait objecter à ce modèle que le caractère exécutoire des obligations juridiques repose sur une sorte d'autorité qui est *omnilatérale* ou, autrement dit, une autorité qui émane de tous ceux qui sont impliqués dans la relation. C'est cette dimension omnilatérale de l'autorité, saisie par l'élément institutionnel de l'organisation politique, que ma conception manque. Ainsi celle-ci, selon cette objection, méconnaît-elle un trait essentiel de la relation juridique.

Je vais proposer de résister à une compréhension de la relation juridique en termes d'organisation politique qui suppose que cette dernière préexiste à la première. En fait, ma description repose sur l'idée que la relation juridique et la relation politique sont co-originaires : c'est lorsque nous sommes dans une relation juridique (c'est-à-dire lorsque le PLE a été déclenché) que nous entrons dans le domaine politique. Ou, ce qui revient au même, ce que signifie pour vous et moi d'être dans une relation politique, c'est que notre relation est une instanciation de la relation juridique. Le déclenchement du PLE est ce qui fonde à la fois la relation juridique et la relation politique. La conception que je défendrai a une conséquence importante, à savoir qu'il serait presque certainement source de confusion de lier la relation juridique à son organisation institutionnelle, laquelle dépend des institutions de chaque communauté politique particulière.

Pour conclure, j'essaierai d'étoffer ma proposition en présentant une description de la structure des obligations que fait naître la relation juridique, et en montrant, pour les obligations juridiques institutionnelles qui nous sont plus familières, comment elles forment une partie de cette structure et quelle est leur relation aux autres obligations non-institutionnelles en son sein.

Le principe de la liberté externe

Que faut-il à une relation pour être juridique ? Dans la conception que je propose, la relation juridique tient uniquement au fait de l'interaction entre deux ou plusieurs agents, d'une manière qui déclenche le réquisit selon lequel leur interaction demeure en accord avec la liberté de tous ceux qui sont impliqués. L'accord entre les libertés est explicitement mis en contraste avec l'accord entre les actions. Alors que ce dernier requiert un accord entre des schémas de comportement, le premier exige que nous agissions d'une manière qui s'accorde avec la capacité pour tous d'avoir une action finalisée. Cette capacité requiert que :

« [...] on ne peut faire quelque chose que si on a l'intention de le faire, et on ne peut avoir l'intention de faire que ce que l'on présume avoir le pouvoir de faire. »³

En d'autres termes, l'accord entre les libertés requiert que nous agissions d'une manière qui s'accorde avec l'aptitude de tous à poursuivre un but parce qu'on leur accorde les pouvoirs de poursuivre ce qu'ils ont l'intention de faire. Bien entendu, tout « but à poursuivre » est sujet à des contraintes de différentes sortes : pour prendre un exemple trivial, je ne peux entreprendre de voler car cela entrerait en contradiction avec les lois de la physique (possibilité nomologique). Une contrainte plus intéressante dérive du fait que mes buts dépendent symétriquement de la capacité de chacun à avoir l'intention de poursuivre ses propres buts. Si on laisse de côté les buts « mauvais » (comme tuer tous ceux que je n'aime pas), c'est principalement la poursuite simultanée de buts parfaitement naturels par des agents multiples qui pose des questions difficiles. Je pense ici à des cas où vous et moi voulons poursuivre un but qui nécessite l'usage de la même ressource épuisable ou finie : installer une tente sur le dernier emplacement disponible du camping ; utiliser les derniers œufs pour faire une omelette ; ou, plus fondamentalement, user de l'environnement physique de manière à satisfaire nos besoins ou objectifs en tant qu'individus ou que communauté⁴.

Dans ce qui suit, on se référera au réquisit d'accord entre les libertés par l'expression de Principe de Liberté Externe (PLE), dont le contenu sera résumé de la manière suivante :

PLE : L'acte de toute personne doit s'accorder avec la liberté de toute autre personne en se conformant à des raisons d'agir qui préservent la liberté de chacun.

Interaction

Laissons le PLE de côté un moment pour apporter quelques clarifications sur la nature de l'interaction en question : le seuil d'interaction est plutôt bas, puisqu'il

³ A. RIPSTEIN, *Force and Freedom* (Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009), p. 40, traduction libre de : “[...] you can only do something if you set out to do it, and you can only set out to do what you take yourself to have the power to do”.

⁴ Un élément clé de la solution offerte par le libéralisme au problème de la liberté externe est la propriété privée. Cette solution a été remise en question dans une longue et éminente série de travaux philosophiques qui visent à démontrer que la propriété privée, au lieu de promouvoir la liberté, sape les conditions de l'accord entre les libertés, car elle rend les sans-propriétés non libres (voir par exemple G. A. COHEN, “Capitalism, Freedom, and the Proletariat” reprinted in A. G. COHEN, *On the Currency of Egalitarian Justice, and Other Essays in Political Philosophy*, edited by M. Otsuka (Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2011), 147-165. En raison de cette grave possibilité d'injustice, il est intellectuellement plus honnête de placer la charge de la preuve sur la propriété privée et, au lieu de cela, de maintenir la norme exigeante posée par l'exigence de l'accord entre les libertés, comme je le ferai dans ce chapitre.

inclut quasiment toute action qui a des effets bi- ou multilatéraux sur l'action d'autrui.

Deux caractéristiques de l'action sont à noter : premièrement, l'action doit viser à **diriger** l'agentivité d'autrui ou à produire des effets tels qu'ils dirigeront de manière prévisible l'agentivité d'autrui. Parmi les exemples ici, il y a les cas où l'on modifie les conditions matérielles de quelqu'un dans le but de l'amener à augmenter notre propre bien-être ; le fait d'établir des tarifs douaniers par un traité international d'une manière qui ait des effets sur des tiers au traité ; ou le fait d'entreprendre une frappe militaire qui vise explicitement à éliminer une cible ennemie mais qui blessera vraisemblablement des civils. La seconde caractéristique du type d'action pertinent consiste en ce qu'elle s'inscrit généralement dans le cadre d'un ensemble d'actions interdépendantes qui visent à un **échange**⁵. En d'autres termes, toutes choses égales par ailleurs, les parties prétendent poursuivre un objectif individuel en se donnant réciproquement les moyens de faire progresser leurs objectifs. Pourtant, dans la mesure où l'habilitation mutuelle implique pour chacun le fait de diriger l'agentivité de l'autre, les conditions de félicité de l'échange impliqueront au total les conditions d'un accord entre les libertés de tous ceux qui sont impliqués.

On pourrait objecter à un seuil d'interaction si modeste qu'il est trop inclusif. Il engloberait également les interactions entre amis, entre membres d'une famille ou d'un club privé. Une réponse complète à cette objection nous ferait sortir du cadre de cet article et ne serait de toute manière possible qu'après avoir explicité plus en détail le contenu du PLE et les conditions qu'il pose pour l'accord des libertés. Il convient toutefois de poser quelque jalon : face à ces prétendus contre-exemples, je maintiens que dans la mesure où ils déclenchent le PLE, ils constituent en un sens profond des relations juridiques. Il faut être attentif au fait que cela n'implique pas que la satisfaction du PLE doive être partout uniforme : par exemple, bien qu'un échange puisse nécessiter une égalité stricte entre les parties, une interaction familiale pourrait satisfaire le PLE en dépit de l'asymétrie due à l'autorité parentale. Ce qui importe ici est seulement que dans un cas comme dans l'autre, une interaction déclenche un réquisit d'accord entre libertés ; rien n'a encore été dit des fondements substantiels sur lesquelles repose cet accord⁶.

⁵ Pour une brillante discussion sur la possibilité de l'échange dans un esprit similaire, voir : A. J. JULIUS, "The Possibility of Exchange" in (2013), *12 Politics, Philosophy & Economics*, p. 361.

⁶ Il est à remarquer que cette affirmation implique une dimension supplémentaire qui ne deviendra patente que plus tard : l'accord entre les libertés fait indirectement référence à l'idée de bien commun qui, dans des interactions impersonnelles ou entre personnes indépendantes, est plus fragmentée que dans les relations familiales. Dans ces dernières, mais pas dans les premières, les idées globales afférentes à chaque famille pourraient suffire à assurer un accord entre les libertés.

Déclencher le Principe de Liberté Externe (PLE)

Si le seuil de déclenchement de l'interaction est bas, une question se pose sur le lien entre de telles interactions et le PLE, que l'on peut formuler de la manière suivante : « en vertu de quoi certaines interactions déclenchent-elles le PLE et non, par exemple, une autre norme de conduite ? »

Poser le problème de cette manière revient à interroger les fondements de la relation de déclenchement entre les faits d'interaction et le PLE. On peut penser spontanément que ces fondements incluent un fait moral relativement peu controversé, à savoir le postulat selon lequel nous devons agir conformément aux raisons que nous avons *réellement* d'agir ; appelons cela le « postulat de l'agir pour les raisons pertinentes » (PARP). Avant de montrer comment il fonde la relation de déclenchement, quelques mots sur le contenu du PARP.

En tant que principe général, le PARP empêche que l'agentivité (la nôtre ou celle d'autrui) soit dirigée d'une manière hétéronome, ou encore d'une manière qui ne tienne pas compte ou contourne les raisons aptes à justifier directement l'action effectuée⁷. La violation du PARP équivaut un cas d'hétéronomie ou de contrainte au sens large du terme. On distingue deux types de cas : ceux où l'on agit de manière isolée et ceux dans lesquels on interagit avec autrui. La violation du PARP dans les cas d'action isolée implique une « auto-contrainte », comme lorsque je jette mon livre par la fenêtre pour me résoudre à aller me balader. Dans les cas d'interactions avec autrui, le PARP exige que l'on ne conduise pas quelqu'un à faire quelque chose à moins que cette action soit conforme aux raisons qu'il peut avoir indépendamment de notre acte même de direction. De ce fait, le PARP sera violé si je vous fais travailler pour moi en échange du strict nécessaire à votre survie. Ou lorsque je vous trompe pour me vendre un tableau onéreux à un prix très bas en vous présentant de fausses preuves de sa valeur. A.J. Julius a appelé l'aspect interpersonnel du PARP (le principe d') *Indépendance*. Selon ce principe d'indépendance, lorsque j'ai l'intention de faire quelque chose qui implique (directement ou indirectement) de diriger les actions d'autrui, je dois le faire de sorte que cette personne conserve une raison indépendante d'agir comme ma direction le requiert de sa part⁸.

Comment le PARP fonde-t-il la relation de déclenchement entre une interaction et le Principe de Liberté Externe (PLE) ? Le PARP joue le rôle d'un fondement structurant, en ce qu'il explique comment des faits d'action interpersonnelle peuvent déclencher le PLE. Prenons l'exemple suivant : citoyen d'un pays riche, je milite en faveur de politiques d'immigration restrictives. La raison pour laquelle ce fait déclenche l'exigence que j'agisse en accord avec la

⁷ Je qualifierai de *directe* la justification d'un acte lorsque l'acte est effectué conformément à sa description plutôt qu'une autre : par exemple, si la raison que j'ai de voter pour Obama est de gagner un pari, alors mon vote pour Obama n'est pas un acte de vote mais l'acte de gagner un pari.

⁸ Julius, n° 4 supra, p. 363.

liberté de tous ceux qui ont l'intention d'immigrer dans mon pays s'explique par l'Indépendance (la version relationnelle du PARP). L'Indépendance mise à part, il deviendrait difficile d'expliquer pourquoi et comment de tels faits relatifs à mon action militante dans ce cadre peuvent déclencher une exigence d'agir en accord avec la liberté de tous ceux avec qui j'interagis.

La distinction entre les rôles que jouent le PARP et les faits d'interaction reflète la distinction entre les rôles des causes « structurantes » et « déclenchantes » dans le contexte des théories de l'explication causale⁹. Dans le contexte de la causation, Dretske contraste ces deux rôles en considérant (entre autres) le scénario d'un chien qui salive en entendant une cloche sonner, en raison d'un conditionnement classique¹⁰. Le conditionnement détermine un état cérébral qui cause la salivation du chien lorsque la cloche sonne, tout en étant lui-même aussi une cause de la salivation. Ce faisant, il crée une « structure » qui permet à la sonnerie de la cloche de jouer un certain rôle causal, laquelle « déclenche » à son tour le processus de salivation. De la même manière, dans le présent contexte, le PARP crée une structure qui permet aux faits d'action interpersonnelle de jouer un certain rôle explicatif, lesquels déclenchent à leur tour le Principe de Liberté Externe.

Pour conclure, il existe deux sortes de fondements au PLE : le PARP est le fondement structurant et les faits d'interaction sont les fondements déclenchants. Ensemble, ils forment un fondement explicatif complet pour le PLE.

Le contenu du PLE

Le Principe de Liberté Externe est pour ainsi dire un *corollaire politique* de l'Indépendance car il pose le problème de l'indépendance des raisons en termes de liberté : pour la partie destinataire des actions de quelqu'un, l'Indépendance requiert qu'elle ait une raison indépendante d'agir comme les actions de la partie destinatrice la commande de faire. Mais la liberté, c'est avoir le *pouvoir de poursuivre ce que l'on a l'intention de faire*. Pour ce qui est de déterminer ce qu'il faut faire, cela dépend des raisons que chaque agent a d'agir, et cela entre dans le champ de l'Indépendance ; mais pour ce qui est de se voir *accorder le pouvoir de poursuivre ce que l'on a l'intention de faire*, cela est du domaine de la liberté qui a une dimension publique incontournable : se voir accorder individuellement le pouvoir de poursuivre ce que l'on a l'intention de faire requiert un *pouvoir partagé* de poursuivre ce que chacun a l'intention de faire, puisqu'il est impossible d'être le seul à avoir le pouvoir d'agir lorsqu'on agit avec autrui.

⁹ La distinction entre causes déclenchantes et structurantes a été introduite par F. DRETSKE, *Explaining Behavior: Reasons in a World of Causes* (Cambridge, Mass., MIT Press, 1988). Pour un usage dans le contexte d'explications fondationnelles, voir S. CHILOVI et G. PAVLAKOS, « Rational Determination as Grounding » (version non publiée en possession de l'auteur).

¹⁰ Cet exemple provient de J. SCHAFFER, "Grounding in the Image of Causation", in (2016), Vol. 173, *Philosophical Studies*, p. 49.

Compte tenu du contexte de la liberté, l'Indépendance plus l'interaction entre agents déclenche le PLE, dont la signification devient à présent plus claire : il requiert que nous agissions d'une manière qui s'accorde avec le pouvoir des autres d'entreprendre de poursuivre ce qu'ils ont des raisons de poursuivre, pour des raisons qui sont indépendantes des effets de nos actions. En fin de compte, il exige que nous partagions avec autrui le pouvoir d'agir pour les raisons indépendantes de chacun.

La liberté externe et la relation juridique

J'en viens maintenant à la relation juridique. Je soutiens que les faits de l'interaction ainsi que le Principe de Liberté Externe (PLE) offrent une explication complète de la relation juridique et qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer d'autres fondements, par exemple ceux qui incluent les faits institutionnels d'un système juridique¹¹. En outre, je commencerai dans cette section à explorer la manière dont le PLE explique l'existence d'obligations légales. Je vais d'abord revenir à une explication classique et plausible de la relation juridique avant de montrer qu'on peut en rendre complètement compte par la combinaison des faits d'interaction et du PLE. Cette explication de la relation juridique formera la base d'une description plus détaillée des obligations légales qui devra attendre la dernière partie du chapitre.

La définition du droit de Kant offre un point de départ solide pour une description de la relation juridique :

*« Est juste toute action qui peut ou dont la maxime peut laisser coexister la liberté de l'arbitre de chacun avec la liberté de tout le monde d'après une loi universelle. »*¹²

Cette définition fixe les critères d'une interaction admissible entre agents libres (une interaction légitime). Pour Kant également, la notion de liberté est mieux comprise comme indépendance à l'égard de la contrainte, laquelle peut consister en l'assujettissement d'un agent libre à une conduite hétéronome (que ce soit par la violence physique, la tromperie ou ainsi de suite ; ou toute autre forme d'assujettissement au choix d'autrui). En conséquence, une interaction légitime vise à assurer l'indépendance entre agents dans leurs interactions, le réquisit étant que chacun des agents ait l'intention d'effectuer des actes légitimes, c'est-à-dire des actes pouvant coexister avec le pouvoir de tous les autres d'entreprendre des actes légitimes.

¹¹ Il est à noter qu'il s'agit d'une explication fondationnelle distincte de celle proposée plus haut par rapport au PLE. Ici, les fondements putatifs comprennent le PLE lui-même plus les faits d'interaction qui le déclenchent.

¹² Nous reprenons ici la traduction la *Métaphysique des mœurs* de J. et O. MASSON dans le volume III des *Œuvres philosophiques*, Paris, Pléiade, Gallimard, 1986, p. 479.

Je distingue deux aspects de la relation entre les conditions de l'interaction légitime et la relation juridique : on peut concevoir la relation juridique comme la relation dans laquelle on se trouve lorsqu'il est *requis* que l'on agisse légitimement (en agissant en accord avec la définition du droit) ; de manière alternative, on peut la décrire comme la relation dans laquelle on se trouve lorsqu'on est déjà engagé dans une conduite légitime. Dans le premier cas, on identifie la relation juridique à travers la portée du réquisit d'agir légitimement ; tandis que dans le second cas la relation juridique est fondée sur le lieu qui réalise le réquisit de conduite légitime (d'ordinaire, il s'agit de la structure institutionnelle d'un système de règles).

Kant pensait que l'état juridique, comme état qui réalise les exigences du droit, nécessitait l'existence d'institutions publiques :

« [...] Avoir quelque chose d'extérieur pour sien n'est possible que dans un état juridique, sous l'empire d'une législation publique, c'est-à-dire dans l'état civil. »¹³

De nombreux détails mis à part, Kant considérait que l'état juridique ne se matérialisait qu'au sein d'un système de normes publiquement autorisées ne pouvant exister que dans le cadre d'un ordre légal positif (*l'état civil*). Les normes juridiques, en tant qu'elles sont assorties de sanctions, ont la capacité d'« entraver l'entrave à la liberté » et donc de rétablir l'état juridique en cas d'actes répréhensibles.

Selon une interprétation courante, cela requiert que la *portée* de la relation juridique soit fondée sur son *lieu*. La raison en est que le réquisit de la liberté comme indépendance, posé par la définition du droit, ne peut être pleinement réalisé tant qu'un système juridique n'est pas en place :

« [Kant] énonce tout d'abord la relation d'indépendance en sa forme la plus simple comme une contrainte pesant sur les interactions entre personnes. Il appelle cela "le droit inné de l'humanité" en la propre personne de chacun car il n'est pas besoin d'un quelconque acte pour l'établir. Au lieu de cela, les gens ont droit à l'indépendance simplement parce qu'ils sont des personnes capables de poser leurs propres objectifs. Cette forme d'indépendance est incomplète et doit être étendue afin de prendre en compte la possibilité que les gens puissent avoir droit à des choses autres que leurs seuls pouvoirs corporels propres. Ces droits relèvent du droit privé et correspondent aux catégories traditionnelles du droit privé romain, les relations de propriété, contrat et statut, qui régissent les droits sur les choses, sur les actions d'autres personnes et, dans des cas particuliers, des droits sur les autres personnes. Ces catégories fournissent une spécification complète de l'indépendance entre les personnes en interaction, mais on ne peut en jouir universellement et d'une manière qui s'accorde que dans un état où existe un droit public avec des branches législative, exécutive et judiciaire. Chacune de ces

¹³ *Ibid*, p. 507.

branches, à son tour, a des pouvoirs supplémentaires fondés dans sa vocation à procurer un état juridique. »¹⁴

Considérer l'état juridique de Kant comme identique à la relation juridique ne va cependant pas de soi. De ce que l'état juridique doit désigner une structure de normes au sein de laquelle les réquisits du droit sont satisfaits, il ne suit pas que la relation qui requiert de nous d'interagir de manière légitime doit s'abîmer dans l'état juridique. Il est plausible que la relation qui requiert de nous d'interagir de manière légitime soit antécédente à tout lieu institutionnel assurant l'interaction appropriée¹⁵. Si l'on cherche à déduire la meilleure explication, cette relation semble bien être une relation juridique, dans la mesure où ce qui introduit le domaine du Droit, en tant que distinct du domaine (général) de la morale, c'est précisément le réquisit que nous agissons en accord avec la liberté de tous les autres, et non la question de savoir si nous parvenons effectivement à agir ainsi. C'est bien la première de ces questions qui nous ordonne d'agir légalement et qui nous donne le critère d'appréciation de notre succès ou de notre échec ; si notre présence dans une relation juridique dépendait de la seconde question (celle du succès ou de l'échec), nous échouerions à entrer dans une relation juridique non seulement en l'absence mais aussi en présence d'un système juridique, en l'occurrence à chaque fois que nous échouerions à agir conformément aux règles du droit positif ; mais penser cela serait absurde.

Pour mieux illustrer ce point, on peut faire une analogie instructive avec l'explication que donne Tim Scanlon des obligations promissives. Dans « Promises and Practices »¹⁶, Scanlon défend l'idée qu'une explication des fondements d'une obligation promissive ne nécessite pas l'existence d'une pratique sociale de la promesse, même si les pratiques sociales peuvent faciliter, et facilitent effectivement l'essor de telles obligations à de nombreux égards. Bien plutôt, selon Scanlon, ce qui fonde une obligation promissive est un principe moral plus abstrait de *Fidélité* qui donne une raison morale d'effectuer une action dans le cadre d'une conduite future pour laquelle nous avons amené autrui à avoir des attentes. De ce fait la Fidélité,

« [...] n'est pas seulement l'institution sociale de la promesse sous un autre nom. Pour commencer, le principe n'est pas lui-même une institution sociale – sa validité ne dépend pas du fait qu'on le reconnaisse ou qu'on y adhère. »¹⁷

Le principe de fidélité est plutôt fondé sur les raisons qu'ont les personnes de donner de la valeur à la certitude en tant que condition pour s'engager dans une

¹⁴ RIPSTEIN, n° 2 supra, 17 (notre traduction).

¹⁵ On peut penser que Kant dit cela lorsqu'il maintient que la première occurrence des réquisits du Droit intervient indépendamment d'institutions coercitives, à savoir sous la forme d'un droit inné.

¹⁶ T. SCANLON, "Promises and Practices", in (1990), Vol. 19, *Philosophy and Public Affairs*, p. 199.

¹⁷ *Ibid*, p. 210 (notre traduction).

agentivité autonome¹⁸. Ce qui déclenche la Fidélité est une interaction personnelle qui conduit à avoir des attentes sur la conduite future d'une partie.

L'explication que donne Scanlon des obligations promissives aide à éclairer la relation entre les réquisits du Droit et l'état juridique. Comme les réquisits de la Fidélité, les réquisits du Droit sont *déclenchés* par des interactions interpersonnelles qui incluent éminemment les pratiques institutionnelles de l'état juridique. De même, comme dans le cas de la Fidélité, les réquisits du Juste « ne sont pas seulement une institution sociale (à savoir celle qui constitue l'état juridique), parce que leur validité ne dépend pas du fait qu'on les reconnaisse ou qu'on y adhère ».

Ces remarques suggèrent qu'il est trompeur et, potentiellement, source de confusion conceptuelle de considérer que le lieu du droit (au sens de l'état juridique) épuise sa portée (au sens des réquisits du Droit ou, comme on l'a défendu plus haut, de la relation juridique). Parvenu à ce point, il devient clair qu'une explication de l'existence de la relation juridique ne nécessite pas de référence au droit positif. Au lieu de cela, on peut donner une explication complète de la relation juridique en se référant au Principe de Liberté Externe (PLE) ainsi qu'aux faits d'interaction qui le déclenchent.

Avant d'aborder des objections essentielles, je voudrais faire un petit bilan : j'ai proposé de comprendre la relation juridique comme la relation qui pose les réquisits du Droit (interaction légitime), ce réquisit consistant à agir en accord avec la liberté de tous. Dans le même ordre d'idées, j'ai montré que le Principe de Liberté Externe (PLE) est l'exigence que nous agissions en accord avec la liberté d'autrui et que le PLE peut être déclenché par des interactions entre agents, indépendamment de tout dispositif institutionnel particulier. J'ai par conséquent défendu l'idée que les cas où les interactions entre agents déclenchent le PLE, conjointement avec le PLE, expliquent pleinement (ou fondent) la relation juridique.

L'objection de la priorité des institutions politiques

J'en viens maintenant à l'examen d'une objection centrale à ma thèse selon laquelle une explication complète de la relation juridique ne nécessite aucune référence à des faits institutionnels liés à une autorité politique. On peut exprimer cette objection de deux manières : dans la première, elle se limite à l'affirmation d'une priorité formelle des actions entreprises par les institutions politiques. La seconde manière de l'exprimer va plus loin en ce qu'elle dérive la priorité des institutions politiques de leur capacité à représenter une caractéristique essentielle de la relation juridique, à savoir leur capacité à faire naître une *autorisation omnilatérale*. Sous ses deux formes – mais particulièrement sous la seconde – l'objection ébranle l'idée que le principe de liberté externe (PLE) et les faits qui le

¹⁸ *Ibid*, p. 205-6 (notre traduction).

déclenchent puissent fournir une complète explication de la relation juridique. En effet, si elle visait juste, l'objection montrerait que les faits institutionnels liés à une autorité politique forment un élément constitutif supplémentaire de la relation juridique et qu'ils résistent à une explication dans les termes conjoints du PLE et des faits qui le déclenchent¹⁹.

Quelques mots de la première version de l'objection²⁰. Selon une opinion répandue, partagée aussi bien par des positivistes que par des non-positivistes, les conditions d'existence de la relation juridique comprennent nécessairement des faits institutionnels liés à des institutions politiques²¹. De ce fait, dans le cas du positivisme juridique, des faits liés à une pratique distinctement identifiée fondent des normes juridiques qui, à leur tour, fondent la relation juridique²². Dans ce scénario, la relation juridique ne saurait se matérialiser en dehors du lieu d'une pratique institutionnelle génératrice de normes. Par contraste, pour le non-positiviste²³, ce ne sont pas les faits liés à une pratique distincte génératrice de normes, mais les faits liés aux institutions politiques en général qui fondent la relation juridique. Essentiellement, l'argumentation du non-positiviste n'entend pas restreindre les fondements de la relation juridique à un format législatif particulier, mais est disposée à admettre parmi les fondements pertinents tout autre action émanant des institutions politiques, dans la mesure où elle peut avoir de l'effet sur les droits moraux des membres de la communauté. Malgré l'élargissement de l'éventail des fondements pertinents, le non-positivisme continue de restreindre les explications possibles de la relation juridique. Sa proposition ne fait que déplacer les frontières de la relation juridique vers un lieu plus englobant : en contraste avec le positivisme, le lieu pertinent pour le non-

¹⁹ Il est évident que des faits liés à une autorité politique peuvent également déclencher le PLE. Cependant, j'affirme que les faits liés à une autorité politique sont seulement suffisants mais non nécessaires pour le déclenchement du PLE. Bien plutôt, afin de justifier mon affirmation, je dois maintenir que la base nécessaire pour le déclenchement du PLE ne comprend pas de faits liés à une autorité politique.

²⁰ Je serai bref ici dans la mesure où j'en ai déjà traité autre part : G PAVLAKOS, "Revamping Associative Obligation", in S. KHURSHID et al (eds), *Dignity in the Legal and Political Philosophy of Ronald Dworkin* (Oxford, Oxford University Press, 2018).

²¹ Je suppose que les descriptions positivistes et non-positivistes des obligations juridiques sont en même temps des descriptions de la relation juridique. Cela est cohérent avec ce que j'ai admis plus haut au sujet du recoupement entre les obligations juridiques et la relation juridique (voir l'introduction).

²² Je propose ceci comme reconstruction de la position positiviste standard que l'on peut attribuer au positivisme de Hart ; voir le *locus classicus*, H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 3^e édition (ed. by L. GREEN) (Oxford University Press, 2012).

²³ Je choisis l'interprétivisme dworkinien comme cas paradigmatique du non-positivisme : voir R. DWORKIN, *Law's Empire* (London, Fontana Press, 1986) ; *idem*, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge Mass, Harvard University Press, 2011) ; et pour une reconstruction informative, voir N. STAVROPOULOS, "Legal Interpretivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. ZALTA (ed.), URL : <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>. Dans la présente perspective, je compte également au nombre des points de vue dworkiniens au sens large ceux de Mark Greenberg : pour un énoncé récent, voir M. GREENBERG, "The Moral Impact Theory of Law" in (2014), Vol. 123, *Yale Law Journal*, p. 1288.

positivisme n'est pas celui d'une institution fixe et génératrice de normes (par exemple la Règle de Reconnaissance), mais il englobe toute action entreprise par les institutions émanant d'une association politique²⁴. Il y aurait bien plus à dire de chacune de ces deux conceptions et, évidemment, il y a bien plus de différences que de similarités dans la manière dont chacune se propose d'expliquer la relation juridique. Cependant, il est crucial dans la présente perspective que ces deux conceptions partent, pour inférer la portée de la relation juridique, du lieu des institutions politiques existantes.

La priorité du lieu sur la portée devient plus intéressante lorsqu'elle se présente comme une objection à la conception défendue ici, lorsqu'elle est exprimée non dans les termes d'une priorité formelle des faits liés à une autorité politique, mais dans ceux de la capacité de ces faits à représenter une caractéristique essentielle de la relation juridique : à savoir sa capacité à faire naître des obligations qui sont autorisées par tous ceux qui sont sujets à ces obligations. Selon l'objection, toute description qui oublierait cet aspect crucial ne peut constituer une analyse correcte de la relation juridique.

L'idée que les obligations juridiques nécessitent une *autorisation omnilatérale* du type mentionné est centrale dans la philosophie kantienne ; on peut l'inférer de sa compréhension des réquisits du Droit. Nous avons vu plus haut que la définition que Kant donne du Droit soutient que l'on a un droit à une ligne de conduite seulement si elle peut coexister avec la liberté de tous les autres en accord avec une loi universelle²⁵. Dès lors qu'un acte est juste en ce sens, il existe un droit à le réaliser et en même temps à faire obstacle à tout ce qui pourrait lui faire obstacle. De manière cruciale, cependant, notre droit à des actes légitimes doit reposer sur une autorité omnilatérale, ou publique, afin de devenir contraignant pour les autres. Cette condition se trouve exprimée par le réquisit selon quoi la coexistence d'un acte avec la liberté de tous les autres doit être en accord avec une *loi universelle*. Spontanément et directement, on peut comprendre cette condition dans les termes de la source d'autorisation de l'acte. Il ne suffit pas d'établir lesquels de mes actes peuvent coexister avec les droits des autres à user de leurs moyens comme ils l'entendent ; il est également nécessaire que ladite coexistence

²⁴ La différence principale entre le positivisme et le non-positivisme est que dans le cadre de ce dernier, les actions du gouvernement ont besoin de l'appui de principes moraux pour constituer une obligation juridique. On peut interpréter cette différence comme une différence dans la manière de réagir au problème de l'indétermination. Le problème concerne la contribution des faits non-normatifs au sujet des discours et des actes des responsables politiques au contenu du droit. Le positivisme peut expliquer comment de tels faits font le droit d'une manière déterminée, car il use d'une règle formelle structurante (à savoir la règle de reconnaissance) afin de montrer comment des faits (autrement) aléatoires au sujet des actions et discours des responsables politiques peuvent compter comme contenu juridique déterminé. Par suite de son rejet d'une règle formelle structurante, le non-positivisme a besoin de structurer les mêmes faits (autrement) aléatoires à propos des actions et discours des responsables politiques par le biais de normes morales. Voir Chilovi et Pavlakos, note 8 *supra*.

²⁵ KANT, n° 11 *supra*, p. 479.

soit établie sur la base d'une « loi universelle » qui unisse l'arbitre de tous ceux qui sont soumis à l'ordre d'agir de manière légitime. Pour comprendre pourquoi, il nous faut en venir à un problème qui est au cœur de l'analyse de Kant.

Le problème apparaît plus aigu chez Kant dans le cadre du droit acquis, qui concerne l'usage d'objets externes et les relations avec les autres, même s'il s'étend à tous les cas de conduite légitime. Il est évident que par nos actions, dont certaines impliquent l'usage de différentes parties de l'environnement, nous modifions la situation normative d'autrui (par exemple, en acquérant des titres exclusifs sur des objets extérieurs). Mais aucun acte unilatéral ne peut consolider un changement dans la situation normative d'autrui à moins qu'il existe une autorisation (ou une permission) qu'un tel acte (unilatéral) puisse avoir des résultats contraignants pour tous²⁶. Kant pensait qu'une telle autorisation ne pouvait être obtenue que par le biais du droit public, ou encore du système de lois générées par une autorité politique institutionnalisée (*l'état civil*) :

« Il s'agit donc d'un système de lois à l'usage d'un peuple, c'est-à-dire d'une multitude d'hommes ou d'une multitude de peuples qui, entretenant des rapports d'influence réciproque, ont besoin, pour que leur échoie en partage ce qui est de droit, d'un état juridique obéissant à une volonté qui les unifie : d'une constitution (*constitutio*).²⁷ »

De ce fait, il est à noter que dans la compréhension kantienne, les réquisits et la forme des droits étaient conceptuellement premiers vis-à-vis de l'état civil, mais en même temps il pensait que les droits ne pouvaient fonder des créances exécutoires que par le moyen d'une autorité politique organisée, précisément parce que les obligations du droit impliquent nécessairement une dimension omnilatérale. C'est donc l'exigence spécifique d'autorisation omnilatérale qui nécessite un enchâssement de la relation juridique (en tant que réquisits du Droit) dans l'état civil qu'établissent les institutions politiques. Faute de cette exigence, il aurait été parfaitement naturel d'établir une distinction conceptuelle entre la relation juridique (en tant que réquisits du Droit) et l'état juridique (en tant qu'institutions politiques)²⁸.

Une variante contemporaine de la description kantienne conçoit la relation juridique comme autorisant à contraindre ses sujets « en leur nom ». Ce point de vue a été principalement énoncé par Thomas Nagel en considération d'un domaine de première importance politique : dans la conception de Nagel, la portée des obligations d'équité et de justice doit se restreindre au lieu institutionnel qu'est l'État-nation, précisément parce ce dernier a seul la capacité d'instaurer des relations juridiques *en tant que* relations qui autorisent *de manière omnilatérale*

²⁶ Ripstein, n° 2 *supra*, aux chapitres 3 et 6.

²⁷ Kant, *op. cit.*, p. 575.

²⁸ Voir la discussion menée dans la section 2 *supra*.

l'exécution des obligations²⁹. Dans la conception de Nagel, seule l'existence de faits institutionnels prétendant contraindre un groupe de gens « en leur nom » peut donner lieu à des obligations de droit et, par conséquent, engager les exigences de justice et d'équité pour la légitimité morale. Comme c'est le cas chez Kant, Nagel estime que la force spécifique des obligations de droit nécessite :

« [...] une implication spéciale de l'agentivité ou de la volonté qui est inséparable de l'appartenance à une société politique. Non pas la volonté de devenir ou de rester membre, puisque la plupart des gens n'ont pas l'occasion de faire ce genre de choix, mais l'engagement de la volonté qui est essentiel à la vie en société, dans le double rôle que chaque membre joue en tant qu'un des sujets de la société et en tant que l'un de ceux au nom de qui l'autorité est exercée. On pourrait même dire que nous participons tous à la volonté générale. »³⁰

Et il ajoute :

« En bref, l'État formule des exigences spécifiques à la volonté de ses membres – ou les membres se formulent des exigences spécifiques les uns aux autres au travers des institutions de l'État – et ces exigences exceptionnelles entraînent des obligations exceptionnelles, les obligations positives de justice. Ces obligations ne vont pas plus loin que les exigences et cela explique le caractère spécial de la conception politique. »³¹

De manière cruciale, le point de vue que j'attribue conjointement à Kant et Nagel soutient que les réquisits du Droit impliquent l'imposition d'obligations « au nom de tous », c'est-à-dire des obligations qui sont édictées par des institutions politiques d'une manière qui engage la volonté des sujets au nom de qui l'autorité est exercée. Cela entre potentiellement en tension avec ma démonstration précédente selon laquelle on peut expliquer pleinement la relation juridique à l'aide du PLE et des faits qui le déclenchent, là où ces faits n'incluent pas de faits liés à une autorité politique. En outre, il est à remarquer que mon raisonnement supposait que la relation juridique est la relation qui fait naître les réquisits du Droit. Cependant, si ces réquisits incluent une dimension omnilatérale telle qu'incarner par les institutions politiques de l'état juridique, alors le PLE échouera à générer une explication complète (fondationnelle) de la relation juridique.

²⁹ Voir T. NAGEL, "The Problem of Global Justice" (2005), Vol. 33, *Philosophy and Public Affairs*, p. 113. Nagel, contrairement à Kant, inclut des obligations de justice dans les obligations exécutoires entre sujets de droit. Cette différence s'accorde avec le point de vue de Nagel selon lequel la relation juridique est coextensive à la relation associative qui existe entre des sujets organisés au sein d'une communauté politique ; et son point de vue supplémentaire selon lequel la relation associative politique est elle-même fondée sur la totalité des principes de la moralité politique qui la rendent légitime. Ces principes ne se limitent pas aux obligations kantienne du droit, mais elles nécessitent d'être étendues pour inclure également les principes de justice et d'équité.

³⁰ *Ibid*, p. 128 (notre traduction).

³¹ *Ibid*, p. 130.

Je me demande si l'omnilatéralité n'est pas une propriété que les réquisits du Droit, non pas possèdent, mais doivent acquérir. Il me semble plutôt plus probable que si la liberté externe nécessite que l'on agisse d'une manière spécifique, alors ses réquisits sont omnilatéraux dès le départ, précisément parce qu'ils concernent un collectif dont les membres, lorsque chacun d'eux agit, doivent agir d'une manière qui prenne en compte la liberté de tous les autres membres. Mais l'objection dont je traite ici semble partir de l'autre bout : elle suppose en effet que les réquisits du Droit ne visent pas à rendre possible la liberté de tous, mais seulement à promouvoir la finalité de chacun *jusqu'au point où* ils doivent être rendus compatibles avec la finalité de tous les autres (*ce qui en soi ne concerne que l'individu jusqu'à ce que cela entre en contact avec les autres et leur propre finalité individuelle*).

En d'autres termes, voilà à quoi ressemble le schéma sur lequel s'appuie l'objection : les « libertés » sont d'abord unilatérales, mais elles doivent se voir prêter un effet omnilatéral dans des situations qui nécessitent leur coexistence. Les exigences du Droit ne serviraient alors que l'objectif d'offrir une formule permettant de gérer les « externalités » de la liberté de chaque individu. À en juger par ce tableau, c'est à une notion très spécifique d'omnilatéralité qu'on a affaire ici, laquelle nécessite quelque *factum* déclarant l'omnilatéralité des réquisits sous lesquels les libertés peuvent coexister. Mais on peut bien aussi remarquer que cette notion contraste avec une autre notion d'omnilatéralité, qui est plus proche de mon intuition initiale, que je pense plus naturelle : les réquisits du Droit sont omnilatéraux *en vertu de* la relation qui les fonde, à savoir une interaction qui opère sous la contrainte de la liberté externe ou encore sous le réquisit que chacun agisse d'une manière qui puisse coexister avec la liberté de tous les autres.

Dans cette seconde version, l'omnilatéralité *est simplement* la propriété de tout réquisit posant un schéma d'action par lequel chaque personne peut agir d'une manière qui puisse coexister avec la liberté de tous les autres. Pour saisir l'aspect naturel de cette suggestion, il convient d'ajouter quelques remarques.

Tout d'abord, il est suffisant de penser l'omnilatéralité comme caractérisant le sujet à qui les réquisits de la liberté externe s'adressent. Cela est différent d'une compréhension de l'omnilatéralité comme condition d'existence de ces réquisits. Ce dernier point de vue, que je pense être implicite dans la ligne d'argumentation de Kant et Nagel, fonde l'omnilatéralité sur des faits de promulgation du droit par des institutions politiques établies. Par contraste, une approche minimaliste de l'omnilatéralité exige seulement qu'il y ait un sujet pluriel à qui les réquisits de la liberté externe soient attachés. Cette condition peut être satisfaite facilement : le sujet pluriel peut être « fixé » par la portée du Principe de Liberté Externe (PLE) à chaque fois qu'il est déclenché, comme cela a été montré plus haut³². Deux ou plusieurs agents quelconques dont les interactions déclenchent le PLE « équivalent » à un sujet collectif (*we-subject*) omnilatéral qui est soumis à des

³² Section 1, *supra*.

réquisits qui font que les actes de chacun des agents constituants peuvent coexister avec la liberté de tous les autres. Dans la compréhension proposée, l'omnilatéralité est fondée sur la portée de la liberté externe qui désigne un sujet collectif comme sujet de ses réquisits.

Une manière instructive de dépeindre le sujet collectif consiste à utiliser une fonction non-saturée ($F(x)$) qui établit une correspondance entre des ensembles d'agents qui interagissent et des ensembles de sujets collectifs des réquisits de la liberté externe. En fonction du contexte dans lequel le PLE est déclenché, la modélisation fera apparaître un sujet collectif plus ou moins peuplé : par conséquent, le sujet collectif d'un ordre juridique interne sera bien moins volumineux que celui d'un traité international, ou que le sujet collectif impliqué dans la relation déclenchée par le commerce mondial.

Le point clé est que l'omnilatéralité n'est pas « accordée » par décret ou par délégation (par la législation, le consentement, la convention, etc.) mais est contenue implicitement dans le concept de liberté externe³³ : les réquisits de liberté externe sont, par nécessité, revendiqués au nom d'un sujet pluriel ou conjoint qui est déterminé par la portée du PLE, lorsqu'on le projette sur un contexte quelconque d'interaction³⁴. À cet égard, et de manière cruciale, se pose la question suivante : « pourquoi considérer comme une vérité nécessaire le fait que les réquisits de liberté externe soient des réquisits collectifs (*we-requirements*) ? » On peut répondre simplement en disant que la liberté d'autrui fonde une raison objective pour tous les autres. En empruntant un terme familier, on peut appeler cela la *publicité* des raisons fondées sur la liberté³⁵. Je ne peux pas batailler beaucoup pour cette idée dans le présent contexte, mais une description succincte suffira à exprimer ce que je veux dire. Selon une conception crédible, la liberté implique que l'on agisse pour les raisons que l'on a (appelons-les les *raisons pertinentes*)³⁶. La jonction des raisons pertinentes avec l'agentivité rend quelqu'un libre en le rendant indépendant de nombre d'interférences : les impulsions

³³ Il est à noter qu'un tel acte de création est présumé par la plupart des théories contemporaines de l'action collective, lesquelles requièrent qu'il y ait un acte de constitution ou de convergence qui crée un sujet collectif antécédent aux obligations qui s'y attachent. Dans cette mesure, ces descriptions suivent les descriptions jurisprudentielles qui privilégient le lieu sur la portée des obligations juridiques (voir section 2, *supra*).

³⁴ Ce sujet collectif n'a pas besoin d'être ontologiquement distinct des individus qui le constituent. Bien plutôt, sa « compositionnalité » est fondée sur un mode de présentation : celui d'un sujet d'un réquisit de liberté externe. Pour une description de l'action collective qui a inspiré le présent exposé, voir Julius, *Reconstruction* (manuscrit non publié, <http://www.ajjulius.net/reconstruction.pdf>), ch. 10.

³⁵ J'emprunte le terme à Julius, *ibid*, ch. 7.

³⁶ Cela a été formulé plus haut comme le postulat de l'agir pour les raisons pertinentes (PARP) ; voir section 1, *supra*. Déterminer ce qui constitue une raison pertinente, aussi bien chez Kant que dans le contexte contemporain de la philosophie analytique (post-kantienne), est une longue discussion. Heureusement, dans le présent contexte il n'est pas nécessaire de s'engager dans ce débat. Dans la perspective présente, agir pour la « raison pertinente » doit être compris comme le fait d'agir pour une raison que l'agent a, et comme le fait d'agir parce qu'il a cette raison.

psychologiques, le choix des autres ou la compulsion de la nature. La liste ne se veut pas exhaustive mais elle exprime le fait que la conception de la liberté pertinente ici est basée sur les raisons d’agir, par opposition à une conception qui serait basée sur l’absence de limites à l’action.

La liberté, dans la compréhension il est vrai kantienne que je propose ici, nécessite que s’harmonisent avec succès l’agentivité et l’action, ce succès dépendant de la réalisation des raisons pertinentes. Plus important pour la perspective présente est le fait que l’agentivité, qui parvient à être libre de cette manière, a plus de valeur que la réalisation des raisons qui la guident³⁷. Pour donner un exemple, lorsque je vote pour les *raisons pertinentes*, quelles qu’elles soient (et non, par exemple, parce que quelqu’un m’offre une importante somme d’argent), alors mon vote a en quelque sorte une double valeur : il a de la valeur car il réalise ces raisons pertinentes (par exemple, contribuer à installer un gouvernement équitable et juste) ; mais il a aussi de la valeur en tant qu’exemple d’agentivité « réussie » ou libre, c’est-à-dire en tant qu’exemple d’agir pour les raisons pertinentes. En vertu de cette dernière source de valorisation, tout exemple d’agentivité libre (ou, pour être plus simple, de liberté) peut présenter à tout autre agent, au-delà de son auteur, une raison de la promouvoir.

En conséquence, les exemples de la liberté sont source de raisons d’agir à deux niveaux : premièrement, d’un point de vue interne, elles font signe vers des raisons qui aident l’agent à parvenir à réaliser des exemples de liberté ; deuxièmement, d’un point de vue externe, elles font naître pour tout autre agent des raisons indépendantes de promouvoir des exemples de liberté. Le résultat de ce raisonnement est le suivant : dans la mesure où la liberté représente le succès pratique d’un agir motivé par les raisons pertinentes, toutes les raisons sont *publiques* : c’est-à-dire que lorsqu’elles conduisent à un succès pratique, elles font naître ensuite des exemples de liberté qui sont la source de raisons indépendantes, pour tous les autres, de les promouvoir. Voilà une formulation succincte de la publicité :

Pour tout fait R, personne A, personne B et action x, si R donne à A une raison de faire x, alors le fait que R donne à A une raison de faire x donne à B une raison d’agir pour que A puisse faire x³⁸.

Or la publicité des raisons est particulièrement intéressante dans le contexte de la liberté externe. Souvenons-nous que certaines interactions entre agents déclenchent le Principe de Liberté Externe (PLE), lequel requiert que les actions de ceux qui sont impliqués soient compatibles avec la liberté de tous les autres. Si l’on pose que la liberté de chaque personne consiste en des occurrences réussies d’un agir motivé par la *raison pertinente*, alors la publicité fait de ces occurrences des raisons pour tous ceux qui sont impliqués dans le champ d’application du PLE.

³⁷ La présente description ainsi que celle du paragraphe suivant s’appuient fortement sur Julius, n° 33 *supra*, chapitre 7.

³⁸ Julius, n° 33 *supra*, p. 69.

Mais, ensuite, la liberté de chaque personne, en fondant une raison pour tous les autres, adjoind les sujets individuels à un sujet collectif en tant que sujet de la liberté de chacun. À partir de là, il n'y a qu'un pas pour déterminer le sujet des réquisits de liberté externe, et c'est le suivant :

La liberté externe vise à déterminer des schémas d'action qui peuvent coexister avec la liberté de tous les autres. À cet égard, elle devient la source de normes qui sont fondées sur des raisons que nous avons tous d'agir par souci de la liberté de chacun. Il suit que les normes posées par la liberté externe héritent du sujet collectif des raisons d'agir par souci de la liberté de chacun. De ce fait, chacun de ceux qui sont impliqués dans une interaction qui déclenche le PLE, devient :

« [...] le sujet d'une norme collective fondée sur les raisons que toutes les personnes ont de jouer leur rôle et d'agir pour permettre aux autres de jouer leur rôle. »³⁹

Nous voici arrivés, enfin, à une explication de l'omnilatéralité qui attribue un sujet collectif conjoint à la relation juridique sans avoir recours à des faits institutionnels liés à une organisation politique (l'état juridique). De cette manière, il a été possible de fonder la force contraignante des réquisits du Droit, non pas sur un fait descriptif, mais sur les raisons que nous avons collectivement d'agir par souci de la liberté de chacun. Cela a confirmé la conjecture exprimée plus haut, selon laquelle la signification essentielle de la dimension collective concerne la portée de la relation juridique, et qu'il serait erroné d'essayer de la déduire de la forme contingente du lieu dominant (à savoir l'État-nation). Cela concorde précisément avec l'argument précédemment employé pour montrer que le champ d'application de la relation juridique demeure ouvert à la possibilité d'une large gamme d'interactions qui soulèvent le problème de la liberté externe en déclenchant le PLE. Nous devons nous garder de limiter l'enquête concernant ce qui déclenche le PLE à une seule des instanciations possibles du PLE (à savoir l'État-nation), car sinon nous perdrons de vue d'importants phénomènes normatifs.

De la relation juridique aux obligations juridiques

Pour finir, afin de donner corps à ma proposition, je vais faire le bilan de la description que j'ai proposée de la relation juridique, et poser quelques jalons au sujet de la manière dont ma description explique les obligations juridiques comprises de manière standard, à savoir comme des obligations produites par les actions des institutions politiques. L'objectif est d'illustrer la manière dont ma description de la relation juridique peut expliquer les obligations juridiques ordinaires, sans s'appuyer sur l'existence antécédente des institutions. À ce sujet, je veux montrer que la description présente ne conduit pas à se débarrasser du rôle

³⁹ *Ibid*, p. 106.

de l'obligation juridique institutionnelle, mais qu'elle offre bien plutôt une meilleure explication de la manière dont le droit s'inscrit dans un tableau plus large.

J'ai défendu l'idée que la relation juridique pouvait être pleinement expliquée (au sens métaphysique d'une explication constitutive) par le Principe de Liberté Externe (PLE) et par les faits d'interaction entre agents qui déclenchent le PLE. Deux arguments ont été avancés à l'appui de cette affirmation.

Premièrement, j'ai démontré comment les faits d'interaction entre agents pouvaient déclencher le PLE en me référant à principe fondamental de l'agentivité, le postulat de « l'agir pour les raisons pertinentes » (PARP). Le rôle qu'a joué le PARP dans l'explication était celui d'un *fondement structurant* pour le déclenchement du PLE à travers des faits d'interaction. Deuxièmement, à l'aide d'une analyse indépendante de la relation juridique qui reposait sur le concept kantien de Droit, j'ai montré que la relation juridique fonde un postulat coextensif au PLE : à savoir, le réquisit que l'action de chacun puisse coexister avec la liberté de tous les autres. À la lumière de ce qui a été dit plus haut, on a soutenu qu'une explication complète de la relation juridique ne nécessitait pas de référence aux faits liés aux institutions politiques mais seulement au PLE ainsi qu'aux faits d'interaction qui le déclenchent.

Au cours du raisonnement, il a été fait mention de plusieurs niveaux de faits normatifs : les principes, les normes et les obligations juridiques. Je vais maintenant tâcher de présenter une description cohérente de ces niveaux de normativité qui les relie à ma description fondationnelle de la relation juridique.

Le Principe de Liberté Externe (PLE) épuise le contenu de la relation juridique, lequel consiste en le réquisit que l'on s'engage dans des schémas d'action qui puissent coexister avec la liberté de tous les autres. Ce réquisit, on l'a montré, s'adresse à un sujet collectif composé des sujets individuels dont l'interaction déclenche le PLE dans un contexte particulier. Malgré tous ses mérites, le PLE ne permet pas encore de déterminer concrètement le contenu des schémas d'action pertinents qui peut générer un accord entre les libertés. Au lieu de cela, c'est par deux niveaux distincts de normes que l'on peut entreprendre une telle concrétisation : d'une part, les principes qui déterminent les caractéristiques générales des schémas d'action ; et d'autre part, des normes de niveau inférieur qui sont produites par des institutions auxquelles on a attribué le rôle de promouvoir l'action qui s'accorde avec la liberté.

Le premier niveau comprend ce que certains appellent les principes de moralité politique ou, simplement, les principes de justice. Dans les termes de Julius :

« Une bonne manière de nommer les principes qui formulent les caractéristiques qualitatives centrales des schémas d'action par lesquels chacun agit en accord avec les actions d'autrui fondées sur des principes, pourrait être de les appeler

“*principes de justice*”. Avant même que nous ne sachions ce en quoi consistent les principes, le raisonnement présent sert à clarifier leur rôle pratique. »⁴⁰

Les principes de justice sont des *instanciations* des schémas d'action s'accordant avec la liberté que requiert le PLE ; de ce fait, ils sont des instanciations du PLE. Ils sont de nature non-institutionnelle et héritent du même sujet collectif que le PLE. Ils fondent des obligations qui, bien que dépourvues de la possibilité d'une application institutionnelle, affirment leur force au nom de tous ceux qui sont impliqués dans la relation juridique (comme je l'ai expliqué). J'appellerai ces obligations *proto-juridiques*, simplement parce qu'elles ont toutes les caractéristiques des obligations juridiques institutionnelles sauf le fait d'être appuyées par des sanctions institutionnelles.⁴¹

En aval des principes qui instancient le PLE viennent les normes créées institutionnellement qui sont la source d'obligations juridiques au sens plus familier des lois assorties d'une sanction. Même si une explication plus détaillée devra attendre une autre occasion, deux points méritent d'être un peu élaborés pour les objectifs qui sont les miens ici.

Premièrement, la relation explicative entre les obligations juridiques et proto-juridiques : les obligations juridiques sont *fondées* sur les obligations *proto-juridiques*⁴² plus les faits d'action institutionnelle entreprise par les institutions politiques compétentes d'un ordre juridique institutionnel. Deuxièmement, l'existence d'un *fondement de délimitation* qui démarque ce qui compte comme « action institutionnelle pertinente » et, en outre, comme « ordre juridique ». En effet, pour que les actions de quelqu'un d'autre que les agents eux-mêmes puissent bien faire naître des obligations pour eux, on doit avoir une explication en termes d'action en accord avec la liberté.

On doit trouver la réponse au niveau des principes qui instancient le PLE et qui déterminent les caractéristiques qualitatives de l'action qui s'accorde avec la liberté. L'action qui s'accorde avec la liberté requiert que les obligations proto-juridiques qui l'instancient soient dotées de l'effectivité afférente aux institutions qui ont la capacité de les appliquer. De manière cruciale, le principe d'instanciation

⁴⁰ Julius, n° 33 *supra*, p. 107

⁴¹ Bien que je ne puisse pas le développer ici, j'affirme que les obligations de justice globale sont proto-juridiques au sens proposé ici. Dans un travail antérieur, j'ai proposé de distinguer entre la relation juridique et l'état juridique (c'est-à-dire les institutions d'un ordre juridique) en caractérisant la première de « proto-juridique » et le second de « juridique ». Mais à présent, je pense qu'une caractérisation à l'aide des termes « proto-juridique » et « juridique » est plus appropriée aux obligations qui sont générées en aval des relations juridiques, dans l'optique des distinctions suggérées maintenant. Cf. G. PAVLAKOS “The Proto-Legal Relation: a Normative Compass in a Globalised World” in E-M. MBONDA & T. NGOSSO (eds.) *Théories de la justice globale, agents de la justice et justice de genre* (Louvain, Presses Universitaires de Louvain, 2016) ; *idem*, “From a Pluralism of Grounds to Proto-Legal Relations: Accounting for the Grounds of Obligations of Justice”, (2017), Vol. 30, *Ratio Juris*, p. 59.

⁴² Plus précisément : sur les principes qui déterminent les caractéristiques qualitatives de l'action s'accordant avec la liberté (principes de justices) et qui fondent les obligations proto-juridiques.

qui recommande l'institutionnalisation fonde une obligation proto-juridique distincte, de manière similaire aux autres principes qui instancient le PLE. En outre, l'obligation proto-juridique qu'il fonde ne constitue pas elle-même un fondement pour le reste des obligations proto-juridiques qui instancient l'action qui s'accorde avec la liberté. Elle ne vise qu'à les rendre effectives en les reliant à des obligations juridiques de niveau inférieur.

De la même manière, elle ne peut prétendre imposer une formule particulière d'organisation institutionnelle pour l'implémentation des obligations proto-juridiques, exception faite de celle qui peut le mieux réaliser l'action qui s'accorde avec la liberté⁴³. Que la formule appropriée soit celle de l'État-nation avec son ordre juridique interne, ou quelque formation supra- ou post-nationale, cela doit demeurer une question substantielle qui typiquement nécessiterait une délibération à la lumière d'une grande variété de principes substantiels qui opèrent en dehors du champ de l'autorisation d'un cadre institutionnel.

Conclusion

Ce chapitre se proposait de redessiner les frontières de la relation juridique, la relation qui donne vraisemblablement naissance aux obligations juridiques, afin de montrer qu'elle excède les limites de tout ordre juridique donné. J'ai mobilisé deux arguments afin de dissiper la surprise initiale que ce geste pouvait avoir causée. Le geste argumentatif essentiel a consisté à reconcevoir la relation juridique indépendamment de l'existence de tout ordre juridique institutionnel, ou ce que Kant appelait l'état juridique. Il en a résulté une conception de la relation juridique comme englobant un postulat pour l'accord entre les libertés, ce qui correspond aux réquisits du Droit chez Kant.

Puis, j'ai proposé d'isoler le postulat pour l'accord entre les libertés et de l'expliquer par une voie indépendante qui ne s'en remette pas le moins du monde à des faits liés à des institutions politiques. J'ai montré que le Principe de Liberté Externe (PLE) est le réquisit que nous agissions en accord avec la liberté d'autrui et que le PLE peut être déclenché par les interactions entre agents, indépendamment de tout dispositif institutionnel particulier. En conséquence, j'ai défendu l'idée que les cas d'interaction entre agents qui déclenchent le PLE, conjointement au PLE, expliquent (ou fondent) pleinement la relation juridique.

En plus de la ligne argumentative principale, j'ai suggéré une voie pour intégrer les obligations juridiques institutionnelles ordinaires dans mon explication de la relation juridique. Cette voie nous est offerte par un principe qui nécessite que les principes généraux de justice, qui instancient les conditions de l'action qui s'accorde avec la liberté, soient dotés de l'effectivité des institutions qui

⁴³ La détermination de l'aptitude d'une formule institutionnelle à l'action qui s'accorde avec la liberté prend place à la lumière de l'ensemble complet des obligations proto-juridiques et des principes qui les fondent.

ont la capacité de faire appliquer les principes. Par conséquent, on a montré que la relation juridique était la source de deux types d'obligation : d'une part, des *obligations proto-juridiques* qui sont fondées sur les principes généraux de justice ; d'autre part, des *obligations juridiques* institutionnelles fondées sur des obligations *proto-juridiques* ainsi que sur les faits d'action institutionnelle entreprise par les institutions politiques compétentes d'un ordre juridique institutionnel.

Toute impression de surprise persistante mise à part, si mon raisonnement est sensé, il pourrait contribuer à une appréhension nouvelle et peut-être plus fine des défis normatifs que pose l'état de rapide interconnexion dans lequel nous vivons à travers la planète. Dans cette perspective, tolérer des formes d'interaction indifférentes aux exigences d'une action qui s'accorde avec la liberté constituerait un échec normatif. Dans le même temps, le niveau des obligations trans-nationales que nous nous devons les uns aux autres s'en verrait considérablement relevé.

CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS

Quelques décisions de l'année 2021 ont été ici sélectionnées pour leur portée particulière en droit des obligations.

1. Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat

Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy Libchaber

2. La garantie d'éviction et ses incohérences

Com. 10 nov. 2021, n° 21-11.975, comm. Maud Lagelée-Heymann

Civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy Libchaber

3. Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes

Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine Ranouil

1. Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat

Civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 20-18.327, Publié.

Rémy LIBCHABER

*Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne
IRJS (EA4150)*

L'arrêt du 8 avril ne peut être considéré comme marquant qu'au regard des préoccupations doctrinales de l'heure. Sur le plan positif, il n'apporte rien que l'on ignorât ; mais l'une de ses affirmations, qui n'est d'ailleurs pas inédite, interroge de façon très aiguë la notion de contrat collectif, et plus précisément celle de contrat-organisation – un règlement de copropriété, en l'occurrence.

L'arrêt mettait aux prises un copropriétaire qui subissait le voisinage d'un fonds de commerce de vente et réparation de scooters, et le locataire commercial exploitant ce fonds, dont les nuisances sonores et olfactives devenaient insupportables avec le temps. La victime aurait pu agir sur le fondement spécifique des troubles du voisinage, mais elle voulait obtenir davantage qu'une limitation d'activité ou une indemnisation : la résiliation du bail commercial et l'expulsion du commerçant. Sur le plan juridique, elle invoquait le fait que les conditions du règlement de copropriété étaient méconnues, « chaque copropriétaire devant veiller à ne rien faire qui pourrait troubler la tranquillité des autres occupants ». Prenant prétexte de l'incurie du donneur à bail commercial à réprimer ces entorses au règlement, elle agissait sur le fondement de l'action oblique à son encontre afin de pouvoir atteindre le locataire par contrecoup – l'objectif final étant de faire prononcer la résiliation du bail. La Cour d'appel accueillit l'action par une décision confirmative, et la Cour de cassation vient ici rejeter le pourvoi formé contre son arrêt¹.

Pour justifier l'intrusion d'un tiers dans le bail, la Cour procède en deux temps par le moyen d'une motivation enrichie, qui lui permet de s'appuyer sur des arrêts déjà rendus. Elle constate d'abord qu'une action oblique en résiliation d'un bail a été reconnue au syndicat des copropriétaires, à l'encontre d'un locataire méconnaissant les obligations du règlement de copropriété². Au surplus, elle observe que ce que le syndicat peut faire, n'importe quel copropriétaire le peut également au motif que « le règlement de copropriété ayant la nature d'un contrat,

¹ Civ. 3, 8 avril 2021, n° 20-18.327, *JCP Ed. G* 2021.580, note STRICKLER, *RDC* 2021/3. 21, obs. PELLET, et. 30, obs. HONTEBEYRIE, *D.* 2021.2251, obs. JARIEL, *RTDciv.* 2021.642, obs. BARBIER.

² Civ. 3, 14 novembre 1985, n° 84-15.577, *Bull. III*, n° 143, *D.* 1986.368, note AUBERT, *JCP éd. N* 1987, II, p. 75, note MOURY, *RTD civ* 1986.599, obs. J. MESTRE ; dans le même sens : Civ. 3, 20 décembre 1994, n° 92-19.490, *Bull. III*, n° 225 p. 146, *D.* 1997. Somm. 245, obs. CAPOULADE.

chaque copropriétaire a le droit d'en exiger le respect par les autres »³. En combinant ces deux affirmations, la Cour aboutit à autoriser n'importe quel copropriétaire à exercer les droits du syndicat, notamment pour faire respecter le règlement de copropriété et tirer toutes les conséquences de sa méconnaissance. Dans cet arrêt, la question des possibilités de l'action oblique était intéressante sans être essentielle (I). En revanche, la formule proclamant le droit de chacun des copropriétaires d'exiger le respect des stipulations du règlement par n'importe quel autre, quoiqu'elle ne soit pas inédite, mérite de faire passer la décision au rang d'arrêt à méditer, pourvu qu'on la replace dans un contexte approprié (II).

I.- Ce qui a pu retenir les auteurs dans l'arrêt, à première vue, tient à l'utilisation de l'action oblique, cette petite sœur disgraciée de l'action paulienne. Elle ne permet pas de faire pièce à un appauvrissement, comme celle-ci, mais à un refus d'enrichissement bien plus pervers, car moins facile à appréhender. Selon la définition donnée par le nouvel article 1341-1, qui n'était pas applicable à l'espèce, l'action autorise un créancier à exercer les droits et actions de son créancier, à caractère patrimonial, lorsqu'ils sont compromis par la carence du débiteur.

A.- Cette action oblique est moins fameuse que l'action paulienne pour des raisons connues. D'abord, parce que les conditions en sont plus difficiles à réaliser. L'inertie d'un débiteur qui lui permet de s'abstenir de régler son créancier est une réalité plus subtile qu'un acte d'appauvrissement. De prime abord, il semble suffisant que le débiteur, obligé d'un côté, bénéficie de l'autre d'une créance qu'il refuse de recouvrer : il évite ainsi que son créancier puisse profiter de cet encaissement. Encore cette inaction se doit-elle d'être pure passivité : sitôt que le débiteur manifeste son refus d'action par un geste, celui-ci s'analyse en acte d'appauvrissement. Un héritier débiteur peut s'abstenir d'accepter la succession : tant qu'il demeure taiseux, l'action oblique est envisageable mais la situation est pénible pour les cohéritiers, *ipso facto* placés dans l'embarras. Qu'il fasse un pas de plus en refusant la succession, et ce refus consomme un acte d'appauvrissement qui fait passer la contestation de l'action oblique à l'action paulienne. Telle est la première raison pour laquelle l'action oblique est rare : elle suppose une abstention pure et simple, qui est par nature instable – simple suspension de geste, entre acceptation et refus. S'appauvrir, c'est faire : l'activité consistant à diminuer ou transformer son patrimoine relève d'une volonté du débiteur, prolongée par un acte ; c'est sur lui que se fonde l'action paulienne pour sanctionner l'acte. Tandis

³ Civ. 3, 22 mars 2000, n° 98-13.345, *Bull. III*, n° 64 : « le règlement de copropriété ayant la nature d'un contrat, chaque copropriétaire avait le droit d'en exiger le respect par les autres et que l'action individuelle des consorts X... était recevable sans qu'ils soient astreints à démontrer qu'ils subissaient un préjudice personnel et spécial distinct de celui dont souffrait la collectivité des membres du syndicat, leur intérêt à agir trouvant sa source dans le respect du règlement de copropriété ». Dans le même sens : Civ. 3, 26 novembre 2003, n° 02-14.184, *Bull. III*, n° 210, p. 187 ; Civ. 3, 17 novembre 2004, n°s 03-10.039, 03-10.728 et 03-11.422, *Bull. III*, n° 200, p. 179.

que demeurer inerte, c'est ne pas faire, ce qui est mystérieux quant aux intentions à l'œuvre. Bien malin qui dira si c'est désir de nuire au créancier, indifférence à son sort ou simple paresse ; or cette analyse commande la réaction juridique en ce que l'action oblique est sanctionnatrice, visant à briser l'inertie et ses conséquences⁴. Bien sûr, la différence d'état d'esprit du débiteur importe peu au créancier, également frustré ; mais un droit aussi psychologue que le nôtre se soucie des intentions, en contemplation desquelles il mesure ses réactions. C'est pourquoi l'action oblique n'est jamais aussi facile à diligenter qu'une action paulienne : une abstention ne parle pas, quoiqu'elle se discute ; au contraire d'un appauvrissement, qui se combat.

L'action oblique est d'une autre façon encore d'un rendement inférieur à sa sœur paulienne. Une fois autorisée, cette dernière opère immédiatement dans les rapports entre le créancier et le débiteur, dont l'acte d'appauvrissement lui est déclaré inopposable de sorte à permettre une saisie. Le jeu de l'action oblique est plus ouvert : en cas de succès, le créancier peut exercer les droits de son débiteur, mais pas dans son intérêt propre ; l'autorisation judiciaire lui ouvre une espèce de représentation judiciaire qui profite à l'ensemble des débiteurs de l'intéressé, au sein desquels le créancier agissant ne dispose d'aucune priorité. Il est de jurisprudence constante que : « l'exercice, par un créancier, sur le fondement de l'article 1166 du code civil, d'une action en justice appartenant à son débiteur, a uniquement pour effet de faire entrer le bénéfice de la condamnation dans le patrimoine de ce dernier »⁵. Si le créancier agissant se trouvait privilégié au stade du recouvrement, l'action oblique serait sans doute dynamisée. Tandis qu'agir au nom de tous pour subir ensuite le prix de la course, c'est par trop décourageant !

B.- Le relief du présent arrêt tient plutôt aux contours du droit non exercé : la créance ne consistait pas banalement en une obligation de somme d'argent, typique de l'action dans la longue durée de la tradition. On se trouvait ici en présence d'une obligation en nature : une obligation de faire, d'ordre juridique et non matériel. Ce qui est en effet reproché au copropriétaire négligent, c'est de ne pas avoir exigé de son locataire le respect du règlement de copropriété, qui lui était pourtant opposable⁶. En application de ce texte, chaque propriétaire disposait

⁴ G. GOUBEAUX, « La carence du débiteur, condition de l'action oblique », *Mél. J.-L. Aubert*, p. 147.

⁵ Formule acquise depuis Civ. 23 juin 1903. *DP* 1903.1.454, *S.* 1904.1.289, note A. TISSIER.

⁶ Aux termes de l'article 13 de la loi du 10 juillet 1965, « le règlement de copropriété et les modifications qui peuvent lui être apportées ne sont opposables aux ayants cause à titre particulier des copropriétaires qu'à dater de leur publication au fichier immobilier ». C'est sur cette base textuelle que l'opposabilité du règlement antérieur au bail est admise, quoique les arrêts publiés soient fort discrets (dans Civ. 3, 14 avril 2010, 09-13.315, Inédit, la Cour évoque « les obligations nées du règlement de copropriété qui lui étaient opposables en sa qualité de locataire »). En pratique, les tribunaux exigent que le règlement ou des extraits aient été fournis au locataire lors de la conclusion du bail, ce que la loi requiert aujourd'hui. L'inopposabilité du règlement ne peut guère être retenue que si le locataire ignorait à bon droit se trouver en copropriété (Civ. 3, 3 mars 2004, n° 02-14.396, *Bull. III*, n° 47).

d'une sorte de droit à ne pas être troublé dans sa jouissance : tel est le droit que n'importe quel copropriétaire pouvait exercer obliquement, et donc à sa place, s'il ne l'exerçait pas par lui-même.

Dans la dogmatique juridique, les actions paulienne et oblique viennent ensemble, et c'est à tort que l'Ordonnance de 2016 leur a accolé l'action directe. Les deux actions vénérables ont en effet pour finalité de protéger le patrimoine du créancier frustré. Il reste que lorsque l'action oblique s'attache à une obligation en nature, elle change de nature et de fonction⁷. On passe brusquement de la défense du droit de gage général du créancier à une exécution forcée par équivalent⁸. Ce qui est un peu troublant, en ce que l'évolution consomme un dédoublement de l'action oblique, dont la finalité devient plus difficile à justifier⁹.

Le trouble que l'on éprouve s'accroît des conséquences de l'action. On admet aisément que l'action en interdiction des nuisances de copropriété réalise les objectifs d'une jouissance paisible, qui est due. Mais faut-il la pousser au point d'aller jusqu'à faire prononcer la résiliation du bail ? N'est-ce pas dépasser les bornes de l'action oblique en violant directement le principe de l'effet relatif des contrats ? Les nuisances du locataire peuvent être interdites par l'action d'un quelconque copropriétaire : tel est bien la finalité du règlement qu'il puisse être imposé de façon effective en cas de violation, même si l'on s'étonne que la police de la copropriété soit ouverte au tout-venant, sans être réservée au syndicat. Encore faut-il relever qu'en tant que contrat, le bail ne la concerne pas dès lors qu'il est autorisé dans son principe – ce qui était le cas. Il faut prendre garde à ce point : il y a une profonde différence entre les effets du contrat et sa validité. La copropriété peut sans doute être troublée par l'exercice d'une occupation irrespectueuse de la tranquillité des lieux, mais ce n'est pas le principe du bail qui vient y objecter. Ce qui laisse penser que si les extensions de l'action oblique vers les obligations en nature en enrichissent la fonction, on a toutes les raisons de craindre qu'elle soit en train de sortir de son lit pour produire des effets inattendus – excessifs peut-être.

II.- À nos yeux, l'essentiel de l'arrêt tient à la formule utilisée pour évoquer les effets du cadre contractuel de l'espèce : « le règlement de copropriété ayant la

⁷ Ces actions obliques originales avaient été signalées par J. MESTRE, obs. sous Civ. 3, 4 décembre 1984, n° 82-17.005, *RTDCiv* 1985.580, et sous Civ. 3, 14 novembre 1985, *précité*.

⁸ À peu près à la même époque, l'action paulienne connaissait un semblable décrochage par rapport à la protection du droit de gage, puisqu'elle s'ouvrait à des cas de transformation du patrimoine sans appauvrissement, qui n'aboutissaient certainement pas à l'insolvabilité du débiteur. À titre d'exemple, la Cour commençait ainsi de déclarer : « le créancier dispose de l'action paulienne lorsque la cession, bien que consentie au prix normal, a eu pour effet de faire échapper un bien à ses poursuites en le remplaçant par un autre facile à dissimuler, dès lors que l'acte est accompli dans le but de nuire au créancier », (Civ. 1, 18 février 1971, n° 69-12.540, *Bull. I*, n° 56, p. 47).

⁹ En ce sens, on verra l'intéressante synthèse de V. FORTI, « La dualité de l'action oblique », *RTDCiv* 2021.27.

nature d'un contrat, chaque copropriétaire a le droit d'en exiger le respect par les autres ». La formule a déjà été utilisée, ce qui ne la rend pas pour autant acceptable.

A.- Que de façon générale, une action contractuelle soit ouverte aux contractants, il n'y a là rien qui puisse surprendre – qu'elle vise l'exécution du contrat ou la responsabilité d'un contractant. Cette affirmation reste-t-elle pertinente quand on se trouve en présence d'un contrat collectif, et qui plus est d'un contrat-organisation ? Repérée par Paul Didier, cette catégorie désigne des actes collectifs qui, plutôt que d'obliger directement les parties entre elles, établissent des institutions centrales chargées de la gestion future du contrat, qui deviennent le truchement nécessaire à toute démarche des contractants¹⁰. L'auteur a manifestement puisé son inspiration dans le contrat de société, ce qui n'empêche pas d'ajouter à la liste des actes concernés les associations, la copropriété des immeubles bâtis, les indivisions conventionnelles organisées, les pactes d'actionnaires à comités de surveillance – entre autres structures nées d'une volonté collective, actionnées au jour le jour par des institutions déterminantes. Entre le contrat d'échange et le contrat-organisation, il y a le même écart qu'en droit international public, entre le traité qui lie deux États en leur accordant des droits et des obligations, et le traité-organisation fondant des institutions, qui produiront au cas par cas des normes nouvelles. Qui ne voit l'hétérogénéité entre un traité d'alliance et le Traité de Rome, à la base de l'Union européenne ? Au reste, l'important dans cette catégorie n'est pas l'aspect proprement normatif. Il est vrai que la distinction est susceptible d'opposer le contrat comme déclaration de normes préétablies, au contrat comme producteur de normes successives, non initialement prévues. L'essentiel tient à la structure même du contrat-organisation, que l'on peut essayer de schématiser par différenciation d'avec d'autres modèles contractuels.

Le contrat-échange oppose deux parties qui, en cas de rapport synallagmatique, se trouvent respectivement en situation de créancière et débitrice l'une de l'autre. Ces deux obligations ne sont pas seulement nouées entre elles : elles s'adossent l'une à l'autre pour justifier la force obligatoire du contrat, chaque partie fondant la confiance qu'elle y place sur l'existence d'une contrepartie. La force obligatoire procède de l'appui que ces deux engagements s'apportent, et somme toute de la double foi dans l'engagement mutuel – qu'on appelle le contrat. Quand un contrat est collectif, cette structure se trouve déroutée car les différentes parties – plus de deux, assurément –, ne peuvent plus être en position de créancières et débitrices les unes des autres. Le contrat collectif fait apparaître une structure nouvelle qui en questionne la normativité : par ses obligations, chaque contractant est tenu de réaliser l'objectif commun du contrat, qui est comme élevé au rang de "créancier" des différentes obligations. Il s'ensuit que les obligations ne

¹⁰ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mél. Fr. Terré*, Dalloz 1999, p. 635 ; « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *Rev. Jrsp. Com.* 1995, n° spécial sur l'échange des consentements, p. 74.

sont pas réciproques, mais bien plutôt convergentes. Elles tendent toutes à la réalisation d'un but qui est la cible unique de tous les efforts des parties.

Ce qui est vrai pour le contrat collectif en général l'est de façon plus vive encore pour le contrat-organisation, qui suscite des institutions destinées à prendre en charge la réalisation et peut-être même la détermination de ses objectifs. Ainsi d'un règlement de copropriété qui, dans la logique des principes qui l'ont établi, intercale un syndicat des copropriétaires et son secrétaire, le syndic, amenés à jouer un rôle d'animation décisif. Dès lors, tout se passe comme si les différentes parties étaient obligées à l'égard du syndicat, qui personnifie les droits et les obligations des différents copropriétaires. De cette étrange figure contractuelle, on peut dire que les institutions centrales en viennent à occuper une place décisive, au fond bien plus identificatrice de la structure que les différents copropriétaires qui ne s'en trouvent qu'à la périphérie. Elle s'apparente à un cercle dont le centre l'emporte sur la circonférence : les institutions constituent l'axe de fonctionnement du contrat, tandis que les associés situés au loin ne sont guère que des points d'appui quelque peu indifférents.

B.- C'est au regard de cette étrange figure que l'on doit éprouver la formule utilisée par la Cour : « le règlement de copropriété ayant la nature d'un contrat, chaque copropriétaire a le droit d'en exiger le respect par les autres ». Que le règlement soit un contrat, on ne perdra pas de temps à l'établir : même imposée par la configuration des lieux, la copropriété débouche sur un règlement contractuel. Et quand bien même on relèverait que la rencontre des volontés ne joue qu'un rôle mineur dans cette organisation d'ensemble, il resterait tout de même que les premiers copropriétaires ont voulu ou accepté de se fédérer, et que la position contractuelle a progressivement été cédée aux nouveaux entrants, à la façon d'un accessoire du lot. Mais cette structure contractuelle ne permet pas la transposition des effets juridiques qui s'attachent à un contrat-échange banal. En effet, les associés ne sont pas en rapport les uns avec les autres, mais entretiennent des liens juridiques par l'intermédiaire des institutions centrales. Comment pourrait-on déduire qu'il existe des relations juridiques entre associés au cours de l'exécution du contrat quand tout doit passer par le centre, et notamment le contrôle de la bonne application du règlement¹¹ ? Certes, il est arrivé à la Cour de prétendre que chaque copropriétaire avait le droit d'exiger le respect du règlement par les autres. De même qu'il lui est arrivé, dans la matière proche du lotissement, d'estimer que le cahier des charges régissait les rapports des colotis entre eux pour toutes les stipulations qui y sont contenues, et que ce document, quelle que soit sa date, approuvé ou non, revêtait un caractère contractuel¹². Toutefois, ces formules sont-elles véritablement

¹¹ On se dissocie des positions de M. HAMELIN, dont la très intéressante thèse admettait franchement ces effets croisés entre associés (J.-FR. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, Préf. N. MOLFESSIS, *Economica* 2012, n° 686 et s., p. 493).

¹² Civ. 3, 12 février 1997, n° 95-11.599, *Bull. III* n° 34 p. 21 ; dans le même sens : Civ. 3, 13 février 2020, n° 19-10.977, Inédit ; Civ. 3, 14 février 2019, n° 18-10.601, Inédit ; Civ. 3, 8 avril 2008, n° 07-10.054,

conséquentes ? Ont-elles été mûrement pesées par une Cour qui n'aurait pas cédé à quelque rapidité de plume ? En dépit qu'ils soient liés par un lien contractuel d'association, un sociétaire de devrait pas pouvoir agir contre un autre pour qu'il exécute ses obligations – et par exemple le paiement d'une cotisation que le bureau de l'association ne se presserait pas de lui réclamer.

On sait depuis longtemps que notre droit commun des contrats a été taillé sur les mesures du contrat-échange, qui apparaissait jadis comme le seul modèle digne. À présent que d'autres modèles émergent, même s'ils demeurent à la périphérie de la réflexion juridique, il devient urgent pour la doctrine de se lancer dans un double travail. D'une part, élaborer un droit rationnel pour chaque grand type contractuel, en fonction de ce que sa structure peut admettre ou tolérer ; de l'autre, condenser les apports qui résulteront de ces études concrètes pour examiner ce qu'il y a de vraiment uniforme dans le concept de contrat, afin d'en rénover les effets à partir d'une réflexion approfondie sur sa diversité.

R. LIBCHABER

Inédit ; Civ. 3, 22 mai 1996, n° 93-19.462, *Bull. III* n° 118 p. 75 ; Civ. 3, 18 décembre 1991, n° 89-21.046, *Bull. III* n° 328 p. 193.

2. La garantie d'éviction et ses incohérences

« Sale temps pour la garantie d'éviction » : Comm., 10 novembre 2021, n° 21-11.975, Publié

Maud LAGELÉE-HEYMANN

*Maître de Conférence, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne
IRJS (EA4150)*

La garantie d'éviction a donné lieu en 2021 à deux arrêts remarquables qui ont montré, tout à la fois, sa force et ses limites dans sa mise en œuvre, notamment quant à sa durée¹. Tantôt particulièrement efficace face au jeu de l'usucapion, tantôt battue en brèche par un intérêt supérieur qu'est la liberté du commerce et de l'industrie, la garantie d'éviction du fait personnel est en quête de cohérence².

Cette garantie a été choisie par la jurisprudence pour constituer le fondement d'une obligation légale de non-concurrence. Loin d'être évident, ce choix est régulièrement questionné, car il aboutit à la déformation d'une technique tirée du régime de la vente en droit civil dans un domaine spécial qu'est la cession de droits sociaux. D'aucuns invitent d'ailleurs à abandonner ce fondement du droit spécial de la vente au profit du droit commun des contrats. L'arrêt rendu le 10 novembre 2021 relance le débat.

Dans cette solution, la Cour de cassation interroge de nouveau la fonction de la garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux. C'est un nouvel équilibre que la Cour entend poser entre les libertés d'entreprendre, du commerce et de l'industrie d'une part, et l'obligation de jouissance paisible qui s'impose à tout vendeur vis-à-vis de son acquéreur d'autre part, au moyen d'un renouvellement – attendu ou craint – de la méthode d'appréciation des intérêts en présence.

En l'espèce, deux actionnaires ont cédé par acte du 14 mai 2007 les actions qu'ils détenaient dans la société qu'ils avaient créée (société Aliasource), spécialisée dans le développement de logiciels de messagerie et de travail collaboratif, à la société Linagora. Par la même occasion, ils sont devenus, tout à la fois actionnaires de cette dernière société et salariés de la société cédée, devenue la société Linagora GSO.

¹ Cass. civ. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743 (jeu de la garantie par voie d'exception), et Cass. com., 10 nov. 2021, n° 21-11.975.

² Sur cette question : v. plus généralement, « La garantie d'éviction : utilité et originalité ? », *RDC* 2016, p. 527.

Quelques années plus tard, et à quelques semaines d'intervalle, les deux actionnaires ont démissionné de leurs fonctions de salariés (avril et mai 2010), et l'un d'entre eux a créé une nouvelle société (Blue Mind). Un an plus tard (mai 2011), les actionnaires ont cédé l'intégralité de leurs actions détenues dans la société Linagora à celle-ci. Le second actionnaire a par la suite rejoint la nouvelle société.

Invoquant la garantie légale d'éviction, la société Linagora a assigné les deux actionnaires en restitution partielle de la valeur des droits sociaux, ainsi qu'en réparation de son préjudice.

En cause d'appel, la cour de Paris a retenu que les deux actionnaires avaient manqué à l'obligation de non-concurrence née de la garantie légale d'éviction, et elle les a condamnés à indemniser la société Linagora au titre de la valeur perdue des actions. Elle a ainsi relevé que les deux actionnaires s'étaient rétablis, par l'intermédiaire de la nouvelle société, « dans le même secteur d'activité que la société cédée, pour proposer au marché un produit concurrent », qu'ils s'étaient « réappropriés [...] une partie du code source du logiciel », qu'ils avaient « débauché le personnel qui avait été essentiel à l'activité » et que « les clients s'étaient détournés de la société après le départ des deux actionnaires pour contracter avec leur nouvelle société ». Elle en a conclu que « leurs agissements ont abouti à un détournement de la clientèle attachée aux produits et services [...] empêchant [la société] de poursuivre pleinement son activité ». La cour d'appel leur a interdit, en outre, d'exercer tout acte de concurrence visant la clientèle cédée à travers la cession des actions de la société Linagora.

Saisie d'un pourvoi formé par les actionnaires cédants, la Cour de cassation a censuré les juges du fond en rendant un arrêt de principe.

Au visa des principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté d'entreprendre, ainsi que de l'article 1626 du code civil, la Cour de cassation affirme qu'« [i]l se déduit de l'application combinée de ces principes et de ce texte que si la liberté du commerce et la liberté d'entreprendre peuvent être restreintes par l'effet de la garantie d'éviction à laquelle le vendeur de droits sociaux est tenu envers l'acquéreur, c'est à la condition que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ».

Par suite, la Chambre commerciale vient censurer les juges du fond pour ne pas avoir recherché « concrètement si, au regard de l'activité de la société dont les parts avaient été cédées et du marché concerné, l'interdiction de se rétablir se justifiait encore au moment des faits reprochés ».

L'arrêt est remarquable à plus d'un titre³ : la Cour décide d'appliquer à la garantie légale d'éviction un contrôle qu'elle réservait jusqu'à présent aux clauses

³ Il suffit d'ailleurs de constater le nombre de commentaires dont il a pu faire l'objet. Sans prétendre à l'exhaustivité, *RTD civ.* 2022, 153, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP G* 2021, 1264, note N. MATHEY ; *CCE* 2022, Comm. n° 26, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; M. CAFFIN-MOI, « Garantie d'éviction du cédant de droits sociaux et contrôle de proportionnalité : était-ce utile ? », *BJS* févr. 2022, n° 2, p. 5 ; *RDC* 2022/1, p. 53, obs. J.-F. HAMELIN et p. 58, obs. L. SAUTONIE-LAGUIONIE ; *JCP G* 2022, chron. 1139, obs.

de non-concurrence, ce qui n'est pas sans conséquence quant à la conception qu'elle se fait de la garantie d'éviction, et quant à l'articulation de celle-ci avec lesdites clauses de non-concurrence. En outre, la Cour vient étendre l'usage d'une méthode, savoir celle du contrôle de proportionnalité, lequel doit être concret.

L'arrêt n'innove guère en dépit des apparences : il confirme une tendance (considérer la garantie d'éviction comme le fondement d'une obligation légale de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux), et il persiste dans l'entreprise de déformation de ladite garantie au moyen d'une méthode prétendument nouvelle (le contrôle de proportionnalité).

Un bref retour sur l'état antérieur du droit paraît nécessaire pour mieux apprécier l'apport de l'arrêt, et envisager les suites à lui prêter.

I.- La garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux, le point de départ.

L'arrêt du 10 novembre 2021 réaffirme clairement que le cédant de droits sociaux est tenu envers l'acquéreur d'une garantie d'éviction (tout en la conditionnant). À dire vrai, ce point n'est guère nouveau en jurisprudence et ce, en dépit des critiques régulièrement adressées à la Cour quant à la mise en œuvre des garanties tirées du droit de la vente dans le domaine des droits sociaux.

En droit commun de la vente, la garantie contre l'éviction du fait personnel du cédant entretient un lien étroit avec l'obligation de délivrance. Le vendeur ne peut reprendre d'une main ce qu'il a donné de l'autre⁴. Autrement dit, « qui doit garantie ne peut évincer ». À ce titre, le cédant doit garantir une « possession paisible de la chose vendue », selon les termes de l'article 1625 du Code civil. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le terme « possession ». Il est admis que sont ainsi prévenues toutes les atteintes à la propriété et à la détention que l'acheteur pourrait subir du fait du vendeur. Il s'agit donc d'éviter que l'obligation principale du contrat ne soit vidée de sa substance⁵, ce qui explique pourquoi la garantie légale trouve à s'appliquer, « quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation » sur celle-ci (art. 1626 du Code civil). L'article 1628 du Code civil en tire une conclusion logique, en reconnaissant un caractère d'ordre public à cette garantie qui ne saurait donc être restreinte dans son objet. Du point de vue du droit commun des contrats, la garantie d'éviction présente donc une utilité, tout à la fois logique et pratique.

J. VALIERGUE ; TH. MASSART, « La garantie d'éviction du fait personnel du vendeur de droits sociaux », *BJS*, mai 2022, n° 5, p. 59.

⁴ On retrouve ici le principe valable pour les donations selon lequel « donner et retenir ne vaut ».

⁵ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Précis Domat, LGDJ, 14^e éd., 2021, n° 219 ; F. COLLART-DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 2019, 11^e éd., n° 249.

En matière de cession de droits sociaux, le jeu de la garantie d'éviction ne va pas de soi⁶. Seule une atteinte dans la jouissance des titres sociaux détenus par le cessionnaire paraît justifier sa mise en œuvre. Les actes de concurrence faits à l'encontre de la société ne devraient donc pas être pris en considération, car ce serait oublier dans le cas contraire le voile de la personne morale qui s'intercale entre le cédant et le cessionnaire. C'est d'ailleurs l'un des arguments soulevés par les opposants à la mise en œuvre de la garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux : on ne peut mettre à la charge du cédant une obligation de garantie pour des actes qui porteraient atteinte non aux actions ou parts cédées mais au fonds exploité par la société⁷. Le cessionnaire peut-il encore se prévaloir de la garantie d'éviction lorsque c'est le fonds de commerce de la société dont il vient d'acquérir les titres qui subit la concurrence du cédant ? La transposition par analogie du raisonnement mené à propos des cessions de fonds de commerce n'est pas si évidente en matière de cession de droits sociaux⁸.

Jusqu'à l'arrêt du 10 novembre 2021, on pouvait constater deux approches qui avaient finalement réussi à se concilier tant bien que mal. D'un côté, une volonté d'appliquer la garantie d'éviction du fait personnel dans les cessions de droits sociaux au risque de nier parfois la personnalité morale qui s'intercale entre le cédant et le cessionnaire, et, de l'autre, une tendance à rejeter la garantie dans les hypothèses d'éviction seulement partielle au risque de nier une partie du régime élaboré par le Code civil...

Dans l'affaire ayant donné lieu au litige, c'est la création d'une nouvelle société par les deux actionnaires dans le même secteur d'activité que la société cédée, pour proposer sur le marché un produit concurrent, qui a provoqué la mise en œuvre de la garantie. Les cessionnaires des actions ont considéré que la nouvelle activité concurrente déployée par les cédants troublait la jouissance de leurs titres et donc leur droit de propriété. Cette concurrence vise-t-elle pour autant leurs titres ou l'activité déployée par la société ? S'il est vrai que la personne morale fait écran, et qu'elle est tiers au contrat de cession des droits sociaux, on ne saurait toutefois oublier que lesdits droits ont une nature particulière. Tout à la fois droits politiques et financiers, ils perdent de leur valeur du fait de la concurrence faite à la société. La perte de valeur pourrait ainsi être assimilée à une atteinte à la jouissance des

⁶ Sur les différences dans le jeu de la garantie d'éviction dans les cessions de fonds de commerce et dans les cessions de droits sociaux, et l'assimilation qui a pu en être faite, v. F.-G. TRÉBULLE, « Le contrôle de proportionnalité de la clause de non-concurrence contenue dans un acte de cession de droits sociaux », *Dr. Des sociétés*, 2003, chron. 6.

⁷ M. CAFFIN-MOI, « Garantie d'éviction du cédant de droits sociaux et contrôle de proportionnalité : était-ce utile ? » *BJS* février 2022, n° 2, p. 5.

⁸ Sur la mise en œuvre de la garantie d'éviction en cas de cession de parts sociales d'une société exploitant un fonds de commerce, v. Cass. com., 12 déc. 1972, n° 71-11.080, et à propos des cessions de parts sociales, v. Cass. com. 26 mars 1985, *D.* 1985, IR, p. 480, Y. SERRA. Sur cette question, M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. BUREAU, Economica, 2009, n° 347, p. 228.

droits financiers⁹. Au même titre que d'autres techniques tirées du droit des affaires, la garantie d'éviction conserve dès lors une utilité certaine. Dans l'affaire commentée, le détournement de clientèle pouvait être sanctionné par d'autres voies, mais pourquoi priver le cessionnaire d'un recours supplémentaire ?

Pourtant, jusqu'à présent, la jurisprudence s'était employée à cantonner le jeu de la garantie d'éviction en déterminant les types d'agissements qui pouvaient justifier sa mise en œuvre.

Par deux arrêts remarquables, la Cour de cassation avait trouvé un équilibre¹⁰. Dans un arrêt de principe du 21 janvier 1997¹¹, la Chambre commerciale avait conditionné le jeu de la garantie du fait personnel à deux éléments : non seulement, il fallait relever que l'acquéreur n'était plus en mesure de poursuivre l'activité économique de la société reprise, mais encore que l'atteinte à l'activité cédée était telle que la poursuite de l'objet social n'était plus envisageable. Cette jurisprudence contenait la garantie d'éviction dans des limites claires. Les apparences étaient sauves : la garantie due par le cédant d'une cession de titres ne pouvait *a priori* jouer en faveur d'une personne morale, non partie à l'acte de cession. Elle se déclenchait uniquement lorsque le cessionnaire ne pouvait jouir des titres acquis, et était ainsi privé de leur usage du fait du cédant. La motivation de la Cour de cassation prenait en compte l'existence de cet écran constitué par la personnalité morale, en opérant un lien entre l'atteinte aux titres et l'impossibilité de réaliser l'objet social de la société.

La décision n'était toutefois pas à l'abri de toute critique. Certes contenue, la garantie n'en perdait pas moins une partie de son régime, ne jouant en définitive que dans les seuls cas d'éviction totale. *Exit* l'éviction partielle, soit une première entorse au régime de droit commun de la vente prévu par le Code civil. En outre, en dépit d'un effort de clarification opéré par la Cour de cassation, il n'était pas certain que la « détermination du bénéficiaire ait été clarifiée »¹². Dès lors, le cessionnaire pouvait être tenté de se prévaloir de la garantie alors que l'éviction n'était pas caractérisée ; de même que la société pouvait être tentée de se prévaloir de la garantie alors qu'elle n'en était pas bénéficiaire.

Par la suite, dans un arrêt du 9 juillet 2002¹³, la Chambre commerciale avait conforté sa position, en rappelant que « la mise en œuvre de la garantie d'éviction est subordonnée à l'existence d'actes de nature à constituer des reprises ou des tentatives de reprise du bien vendu ou d'atteintes aux activités telles qu'elles

⁹ Pour un rappel de cette nature particulière et de ses conséquences, *RDC* 2022/1, p. 58, obs L. SAUTONIE-LAGUIONIE.

¹⁰ L'équilibre aboutissait en réalité à ne guère reconnaître le jeu de la garantie.

¹¹ Cass. com., 21 janvier 1997, n° 94-15.207 *Dr. sociétés* 1997, chron. 5, note T. BONNEAU ; *JCP E* 1997, II, 936, note Y. GUYON ; *Dr. et patr.* mai 1997, note A. COURET. Ultérieurement, v. Cass. com., 17 juillet 2001, n° 99-14.268.

¹² V. M. CAFFIN-MOI, thèse préc., n° 364, p. 239, où l'auteur identifie les limites de cette jurisprudence.

¹³ Cass. com. 9 juillet 2002, n° 00-18.311, *BJS* 2002, p. 1311, § 277, note A. COURET ; *CCC* 2003, comm. 5, note M. MALAURIE-VIGNAL.

empêchent l'acquéreur de poursuivre l'activité économique de la société ainsi que de réaliser l'objet social ».

Sur les conditions de mise en œuvre de la garantie, il faut néanmoins admettre que la Cour de cassation était sévère. De surcroît, les chambres de la Cour de cassation n'ont pas toujours semblé retenir une conception unanime. Alors que la Chambre commerciale semblait avoir limité le jeu de la garantie d'éviction, la Première chambre civile de la Cour de cassation avait rendu un arrêt plutôt accueillant pour le jeu de ladite garantie, à propos d'une cession de parts sociales¹⁴. Par la suite, la Chambre commerciale de la Cour de cassation semblait avoir nuancé sa position en se montrant, à son tour, plus libérale dans la mise en œuvre de la garantie d'éviction¹⁵ – mais on pouvait également justifier les deux arrêts en relevant qu'il s'agissait de sociétés civiles professionnelles...

C'est dans ce contexte que fut donc rendu l'arrêt du 10 novembre 2021, lequel envisage la garantie d'éviction sous un nouvel angle. Cette garantie issue du droit commun de la vente peut ainsi venir limiter la liberté du commerce et la liberté d'entreprendre mais « à la condition que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ». En cas contraire, la garantie doit céder devant les intérêts supérieurs de la liberté du commerce. Le régime de la garantie d'éviction, déjà partiellement amputé en matière de cession de droits sociaux, se voit donc encore quelque peu aménagé. Reste à savoir si le nouveau principe est opportun.

II.- Le contrôle de proportionnalité ou l'extension d'une nouvelle méthode

La Cour de cassation entend désormais soumettre au contrôle de proportionnalité le jeu de la garantie d'éviction : le principe d'un contrôle n'est pas contestable en soi, mais l'appréciation *in concreto* soulève des difficultés.

Dans un premier temps, on peut y voir la confirmation d'un mouvement plus général en droit des affaires, dans lequel la liberté d'entreprendre, proclamée dès 1791 sous la forme de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁶, et désormais élevée au rang de principe général du droit à valeur constitutionnelle¹⁷, rayonne et commande des restrictions conventionnelles. C'est ainsi que les clauses de non-concurrence, tempéraments à cette liberté du commerce et de l'industrie,

¹⁴ Cass. 1^{re}, 24 janvier 2006, n° 03-127.36, *Dr. sociétés* 2006, comm. 86, note F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2006, p. 561, note B. LECOURT. Dans l'affaire, il n'était point démontré que le cessionnaire avait été évincé de ses titres.

¹⁵ Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-26.452, *JCP E* 2015, 1577, obs. M. CAFFIN-MOI.

¹⁶ Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, conforté par la suppression des groupements professionnels et corporations opérée par la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791. La liberté du commerce et de l'industrie se trouve par ailleurs affirmée dans les dispositions du Traité de fonctionnement de l'Union européenne sous la forme du droit d'établissement (art. 49 TFUE), et des libertés de circulation des marchandises (art. 34 TFUE), des personnes (art. 45 TFUE) et des services (art. 56 et 57 TFUE). La liberté d'entreprendre est quant à elle proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 16).

¹⁷ CC, 16 janvier 1982, DC 82-141, « loi de nationalisation ».

demeurent d'interprétation stricte, et ne sont licites qu'à la condition d'être justifiées et proportionnées aux intérêts légitimes du créancier. La Cour de cassation a pu en outre récemment étendre ce contrôle de proportionnalité à « toute stipulation qui porte atteinte » aux principes de liberté du travail et de liberté d'entreprendre, et donc aux clauses de non-sollicitation¹⁸.

On peut ainsi considérer l'arrêt du 10 novembre 2021 comme une suite logique de ce mouvement plus général de contrôle des restrictions à la liberté d'entreprendre. Peu importe dans cette perspective que la garantie soit légale et non conventionnelle, ni même d'ordre public. Le cédant ne saurait subir une interdiction de se rétablir trop excessive, quelle que soit sa source. Le fonctionnement du marché exige en effet du professionnel qui jouit d'une liberté de créer et d'exercer de composer avec la liberté des autres, et donc la concurrence que lui opposent ces derniers... Le dommage concurrentiel demeure licite.

La décision du 10 novembre 2021 surprend d'autant moins que ce n'est pas la première fois que la Haute juridiction entend limiter le jeu de la garantie d'éviction, comme le rappelle la lettre de la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁹. Dans un arrêt du 15 juillet 1922, la Haute Juridiction avait en effet déjà affirmé que « si [cette liberté du commerce et de l'industrie] peut être restreinte, soit par des conventions particulières, soit par l'effet de l'obligation de garantie dont le vendeur est tenu envers l'acheteur, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas une interdiction absolue, c'est-à-dire illimitée quant au temps et au lieu ». Il faut reconnaître que cet arrêt est demeuré isolé et qu'il ne portait pas sur des droits sociaux... Pourtant, sa formulation avait un grand mérite, celui de la clarté et de l'efficacité. Il n'est pas certain que le nouveau contrôle opéré par la Cour le soit autant, alors que l'objectif reste le même.

Dans un second temps, la nouvelle motivation, recourant au contrôle de proportionnalité, ne surprend guère au regard du fait que, lorsque des libertés fondamentales sont en jeu, il est d'usage d'introduire un contrôle de proportionnalité, lequel conduit à mettre en balance les intérêts en jeu pour les concilier, et déterminer un meilleur équilibre entre les intérêts divergents en présence. Dans les cessions de fonds de commerce, le contrôle est pratiqué afin de protéger le cessionnaire d'une éventuelle concurrence, d'une atteinte à son droit de propriété, quitte à limiter la liberté d'entreprendre au nom d'une efficacité économique²⁰. La Cour de cassation a donc transposé ici son contrôle aux cessions de droits sociaux.

Il n'est toutefois pas certain que le recours à la méthode du contrôle de proportionnalité offre une réelle clarification.

¹⁸ Cass. com., 27 mai 2021, n° 18-23-261 et n° 18-23.699, *JCP S* 2021, 1182, G. LOISEAU.

¹⁹ Lettre de la chambre commerciale, financière et économique, nov. 2021-janv. 2022, p. 12.

²⁰ CH.-E. BUCHER, « L'obligation de non-concurrence née de la garantie d'éviction : entre droit de la concurrence et droits fondamentaux », *CCC* 2011, ét. 12.

D'abord, la Cour de cassation énonce dans l'arrêt rapporté que le jeu de la garantie d'éviction, et l'interdiction qui en découle pour le vendeur de se rétablir, doivent être « proportionné[s] aux intérêts légitimes à protéger ». Or, de quels intérêts légitimes est-il ici question ? *A priori*, ceux du cessionnaire des droits sociaux. Il ne faudrait pas que, sous couvert du contrôle de proportionnalité, la jurisprudence retombe dans ses travers, et omette l'existence d'une personne morale. Autrement dit, il ne s'agirait pas pour les juges d'apprécier les intérêts de la personne morale qui fait écran entre le cédant et le cessionnaire. Dans un tel cas, loin de résoudre les difficultés, le contrôle de proportionnalité ferait réapparaître un problème combattu pendant des années par une partie de la doctrine. En l'absence de précision de la Cour de cassation, on ne peut que douter du prétendu gain de sécurité qu'offre la solution.

Ensuite, la Cour de cassation censure les juges du fond pour ne pas « avoir recherché concrètement si, au regard de l'activité de la société dont les parts avaient été cédées et du marché concerné, l'interdiction de se rétablir se justifiait *encore* au moment des faits reprochés »²¹. Le contrôle de proportionnalité ne peut donc être *qu'in concreto* et la restriction ne tire sa légitimité que de sa nécessité. Ledit contrôle invite ainsi à prendre en compte la durée de la garantie d'éviction, et à la réduire, si besoin, au regard des circonstances de fait. Déjà amputée d'une partie de son régime civiliste quant à l'éviction partielle, la garantie légale, présentée comme perpétuelle, se voit donc désormais réduite temporellement ! Ou comment un mécanisme de droit commun de la vente n'en finit plus d'être défiguré...

Encore faut-il s'entendre sur le caractère perpétuel de la garantie²². En vérité, il est admis que la garantie dure tant qu'elle est utile à préserver la substance du contrat ! La jurisprudence a ainsi pu considérer qu'« après l'expiration de la clause de non-concurrence, l'acquéreur d'un fonds de commerce demeure fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction, qui interdit au cédant tout agissement ayant pour effet de lui permettre de reprendre la clientèle du fonds cédé, privant ainsi celui-ci de sa substance »²³.

La perpétuité de la garantie - ou plus exactement sa durée indéterminée - se justifie par son fondement. Planiol et Ripert ont ainsi rappelé qu'elle n'était que le prolongement de la bonne foi dans l'exécution du contrat²⁴. Comment un cédant pourrait-il vider de sa substance l'engagement pris vis-à-vis du cessionnaire ? Dès lors, la garantie serait justifiée toutes les fois où le vendeur manque à ce devoir

²¹ C'est nous qui soulignons.

²² On ne saurait oublier la prohibition des engagements perpétuels.

²³ Cass. com. 16 janvier 2001, n° 98-21.145

²⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., LGDJ, t. X par J. HAMEL, n° 89 : « Cette règle, conforme au droit commun de l'art. 1134 al. 3, n'est formulée par le Code civil que d'une manière indirecte dans l'article 1628 qui interdit, comme contraire à la bonne foi, toute clause du contrat de vente exonérant le vendeur de cette garantie ».

élémentaire de bonne foi, et apprécié au regard du domaine considéré, c'est-à-dire *in concreto*²⁵.

Dans l'affaire commentée, la motivation de la Cour de cassation interpelle en ce qu'elle conduit à une sévère réduction du délai de garantie. La Cour relève en effet les constatations des juges du fond (selon lesquelles l'un des actionnaires avait créé la nouvelle société plus de trois ans après la cession des actions, et que le second actionnaire n'avait rejoint cette société que quatre ans après la cession), en prenant comme point de départ, dans l'appréciation de la durée, la date de cession des droits sociaux. Ce point de départ est parfaitement logique puisque c'est à cette date que le transfert de propriété s'est réalisé, et que les cédants sont devenus débiteurs de la garantie légale. *In abstracto*, la démarche est justifiée. Pour autant, *in concreto*, on peut émettre une réserve quant au résultat obtenu²⁶. Les actionnaires étaient devenus salariés de la société et ne l'avaient quitté que quelques années après. Et si l'on s'attache aux faits, ce n'est finalement qu'au moment où ils ont quitté la société que la garantie légale a trouvé un réel intérêt en pratique - quand bien même elle serait née antérieurement. Dès lors, le délai écoulé entre le départ de la société et la création de la nouvelle est rapporté à 6 mois... Cette durée était-elle proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ? On mesure ici que la garantie d'éviction risque d'être sérieusement raccourcie... N'est-ce pas encourager une libre concurrence excessive²⁷ ? À ces arguments, on pourrait objecter que le domaine économique considéré, celui du marché de l'*open source* est très compétitif, si bien que la courte durée de la garantie d'éviction pourrait être justifiée « au regard de l'activité de la société » en cause²⁸... On mesure bien alors que l'appréciation *in concreto* de la durée pertinente devient imprévisible.

In fine, le choix du recours au contrôle de proportionnalité suscite quelques interrogations. N'y avait-il pas d'autres moyens de contenir le jeu de la garantie d'éviction par rapport à la liberté d'entreprendre ? La Cour n'aurait-elle pas pu, tout simplement, reprendre sa motivation tirée de l'arrêt du 15 juillet 1922, laquelle visait clairement les deux limites possibles : le temps et l'espace. Désormais, la définition des intérêts en présence semble malaisée. Le recours fréquent au contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation se justifiait-il donc réellement ? Ou n'est-ce que l'énième expression d'une mode juridique²⁹ ?

À cette première difficulté s'en ajoute une seconde. La décision intervient dans une période au cours de laquelle la garantie d'éviction se voit contestée dans sa

²⁵ P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2022, 153.

²⁶ P.-Y. GAUTIER, note préc.

²⁷ P.-Y. GAUTIER, note préc.

²⁸ En ce sens, TH. MASSART, « La garantie d'éviction du fait personnel du vendeur de droits sociaux », *Bull. Joli Sociétés*, mai 2022, n° 5, p. 59 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *CCC* 2022, comm. 26.

²⁹ Pour une vision critique, v. P.-Y. GAUTIER, note préc. En outre, il n'existe pas qu'un contrôle de proportionnalité, et le recours très (trop) fréquent à cette méthode tend à obscurcir les types de contrôles de proportionnalité.

fonction même en matière de cession de droits sociaux³⁰. Il a ainsi été proposé de recourir non plus à la garantie d'éviction mais au droit commun des contrats pour s'assurer que le cédant exécute son contrat de bonne foi³¹. Dans cette perspective, il suffirait de vérifier que l'engagement de non-concurrence présente une durée raisonnable. Ce standard nécessite également une mise en balance, laquelle demeure toutefois moins risquée car plus limitée dans son étendue³². L'alternative ainsi proposée interpelle. Il est vrai que le recours au contrôle de proportionnalité cache parfois un recours à une technique bien connue, et pourrait ici n'exprimer que la bonne foi élémentaire, attendue de tout contractant dans un échange économique – ne serait-ce que pour ne pas tromper les attentes légitimes du cocontractant. Il n'est néanmoins pas certain que recourir à un principe de bonne foi (laquelle a pu être hypertrophiée dans le passé) offrirait un meilleur gain de prévisibilité que le contrôle de proportionnalité. Le temps où la bonne foi était décriée et où le raisonnable était pointé du doigt n'est en effet pas si loin... Dès lors, ne serait-il pas préférable de se fonder sur la loyauté propre à l'associé³³ ? L'on voit ici les limites du droit commun des contrats spéciaux : la sur-spécialisation du régime de la vente conduit à une autonomisation de certains régimes.

III.- Les suites

Reste à préciser les suites de cette jurisprudence. Comment articuler, d'une part, le principe de l'arrêt du 10 novembre 2021 avec la jurisprudence *Ducros* ? Rien dans l'arrêt ne laisse penser que le principe initialement dégagé le 21 janvier 1997 soit abandonné. Pour autant, on ne peut que s'interroger : l'arrêt commenté ajoute-t-il un contrôle de proportionnalité aux critères déjà dégagés ou *substitue*-t-il ledit contrôle aux deux critères³⁴ ? Il reviendra à la Cour de cassation de clarifier ce point au plus vite.

D'autre part, comment articuler la garantie d'éviction et les clauses de non-concurrence ? La garantie d'éviction, de laquelle découle une obligation légale de non-concurrence, est souvent complétée en pratique par ces clauses qui peuvent donc étendre son objet (sans le restreindre).

Jusqu'à l'arrêt du 10 novembre 2021, la garantie légale d'éviction se révélait être un complément utile à l'engagement conventionnel de non-concurrence. Là où la clause de non-concurrence s'éteignait, l'obligation légale de non-concurrence

³⁰ V. FORTI, « Le fondement de l'obligation de non-concurrence dans les contrats relatifs à une clientèle : pour le remplacement de la garantie d'éviction par le droit commun des contrats », *RDC* 2016, p. 561

³¹ L'article 1103 désormais mis en exergue pourrait davantage encore justifier ce choix.

³² Sur la systématisation de la mise en balance dans le raisonnable ou dans le contrôle de proportionnalité, v. M. LAGELÉE HEYMANN, « Le raisonnable dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.

³³ M. CAFFIN-MOI, note préc.

³⁴ Pour une analyse très précise, v. TH. MASSART, note préc.

prolongeait l'engagement du vendeur³⁵, et ce en application de l'article 1628 du Code civil.

Qu'en est-il désormais ? Bien évidemment, l'article 1628 trouvera encore à s'appliquer toutes les fois que les clauses de non concurrence s'éteindront. Pour autant, le rapport de complémentarité entre l'engagement légal de non-concurrence et la clause semble inversé. Au regard des incertitudes découlant du contrôle de proportionnalité, les contractants ne peuvent qu'être invités à renforcer leurs clauses de non-concurrence afin de prévenir tout aléa découlant de l'appréciation judiciaire de l'obligation légale de non-concurrence.

Surtout, en cas d'extinction de la période fixée par la clause de non-concurrence, il n'est pas certain que le cessionnaire puisse compter sur la garantie d'éviction pour protéger les atteintes à ses intérêts.

En guise de conclusion, on peut certes regretter qu'une fois de plus, la garantie d'éviction soit déformée dans les cessions de droits sociaux, et qu'elle soit en l'espèce raccourcie par ce contrôle de proportionnalité. Pour autant, le problème ne vient-il pas du fait que l'on a assigné à la garantie d'éviction une fonction qui n'est pas la sienne dans les contrats de clientèle ? Pourquoi en avoir fait un moyen de lutte contre le détournement de clientèle, alors qu'elle ne vise qu'à garantir la jouissance paisible des droits sociaux du cessionnaire ? Le « forçage » de la garantie d'éviction laisse définitivement perplexe.

M. LAGELÉE-HEYMANN

³⁵ À propos d'une cession d'un fonds de commerce, v. Cass. com. 14 avril 1992, n° 89-21182, *RTD civ.* 1993, note P.-Y. GAUTIER ; à propos d'une cession de droits sociaux, Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-20.522, *BJS* 2010, p. 459, note A. COURET

mCiv. 3^e, 30 juin 2021, n° 20-14.743, Publié.

Rémy LIBCHABER

*Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne
IRJS (EA4150)*

La solution apportée par l'arrêt du 30 juin 2021 n'est pas surprenante puisque le principe en est acquis depuis une décision de 1912. Un vendeur d'immeuble resté dans les lieux après la vente ne peut pas s'opposer à l'action en revendication du *verus dominus* en invoquant la prescription acquisitive, quand bien même le délai en serait dûment accompli¹ : *qui doit garantie ne peut évincer*, en conséquence de quoi le vendeur est tenu de s'abstenir de troubler l'acheteur ! Cette solution a été quelquefois réitérée², mais sans jamais vraiment convaincre les observateurs de son bien-fondé³. Il y a là un conflit entre les principes applicables au droit des biens et ceux qui gouvernent le droit des contrats, dont l'issue favorable à ce dernier ne satisfait guère.

Les faits à l'origine de la situation litigieuse obscurcissent la question de droit : en eux-mêmes, ils sont si étonnants qu'il est douteux que le litige puisse trouver une issue adéquate. On est chaque fois en présence d'un acheteur immobilier qui se détourne de la chose qu'il vient d'acquérir en la laissant inoccupée, au moins le long temps nécessaire pour que la prescription acquisitive soit à l'œuvre. La présente espèce illustre cette anormalité, avec une situation quelque peu invraisemblable pour qui est persuadé du caractère fondamental de la propriété immobilière. En 1983, une héritière décidait de céder l'ensemble de ses droits successifs à deux acquéreurs ; au compte de ces droits se trouvait la propriété d'un terrain situé à Tahiti. Quoiqu'ayant vendu ses droits en bloc, l'héritière n'avait jamais cessé d'occuper une maison et son terrain d'assise, qu'aucun des acheteurs n'avait apparemment réclamés. Il reste qu'en 2010, l'un des deux acquéreurs de 1983 cédait l'immeuble à un couple, par acte notarié. On peut supposer que le couple désira prendre possession de l'immeuble qu'il venait d'acquérir, ce qui est bien normal. Cela emporta néanmoins un trouble de jouissance pour l'héritière qui jusque-là vivait paisiblement dans les lieux, ce qui la conduisit à s'opposer à l'action en se fondant sur la prescription acquisitive qui lui aurait conféré la propriété de l'immeuble⁴. L'action devait échouer devant le Tribunal civil de Papeete, comme

¹ Civ. 13 mai 1912, *DP* 1913.1.143, *S.* 1914.1.209, note Appert.

² Civ. 3, 20 octobre 1981, n° 80-10.660, *Bull. III*, n° 168, *D.* 1982, IR 531, obs. B. AUDIT ; Civ. 3, 13 juillet 2010, n° 09-13.472, *Bull. III*, n° 147, *JCP Ed. N* 2010.1340, note C. Le GALLOU.

³ Pour une contestation récente d'une solution jamais franchement acceptée : N. Thomassin, « Garantie du fait personnel et usucapion du vendeur – l'équilibre à reconstruire », *RDC* 2016. 567.

⁴ Sur le plan technique, quoique s'appuyant sur la prescription, l'héritière agit sur le fondement de la revendication, ce qui est peu compréhensible. La revendication est exercée par le propriétaire

devant la Cour d'appel. La Cour de cassation vient à présent confirmer l'impossibilité pour le vendeur laissé dans les lieux d'invoquer la prescription acquisitive à l'encontre de la revendication de l'acheteur.

Tel est le paradoxe de la situation : la stabilité du vendeur pourrait *a priori* justifier le jeu de l'usucapion, qui n'est pourtant pas admise. Quelle que soit la durée de la possession effective du vendeur resté dans les lieux, la prescription acquisitive est désactivée par l'obligation de garantir l'acheteur contre toute éviction, notamment de son fait. À quoi les arrêts ajoutent que l'obligation de garantie ne s'expose pas à la prescription extinctive : exercée par voie d'exception, elle est déclarée perpétuelle – affirmation démarquée du fonctionnement de l'exception de nullité. Autrement dit, une perpétuelle garantie contre l'éviction a pour effet d'évincer la prescription acquisitive. Le temps passé n'opère plus – ni pour acquérir, ni pour bloquer la garantie ; la bonne foi exigée du vendeur empêche de tirer les conséquences les mieux admises de la durée en droit français.

I.- La garantie contre l'éviction du fait personnel présente une évidence native, en ce qu'elle participe à « la justice naturelle et aux bonnes mœurs », comme elle relève des « principes de l'éternelle équité »⁵ : celui qui a transféré la propriété d'une chose ne saurait s'en ressaisir en usant d'un quelconque artifice juridique. Cette évidence est répétée à l'envi en matière de donation, avec l'adage *donner et retenir ne vaut*⁶. Auquel on pourrait ajouter, formé pour l'occasion : *vendre et reprendre ne se peut* – pour des raisons qui tiennent également à la bonne foi. En matière de donation, l'injonction consiste à ne pas feindre une générosité à laquelle on n'est pas prêt, voire à exiger une gratitude imméritée. En matière de vente, le contrat étant onéreux, il s'agit de ne pas vouloir « le beurre et l'argent du beurre », selon la formule commune mais expressive, en reprenant subrepticement la jouissance de la chose vendue tout en conservant le prix reçu.

Mais les évidences sont trompeuses, et cette garantie est bien moins certaine qu'elle n'en a l'air. Une jurisprudence limitée a empêché la doctrine de s'y intéresser, les auteurs se focalisant de préférence sur l'autre garantie, exercée à l'encontre des vices cachés, tellement plus baroque dans ses formes⁷. Cette indifférence relative a empêché la doctrine de relever à quel point cette garantie était faussement évidente,

contre le possesseur ; or l'occupante revendique contre des gens qui ne possèdent pas, tandis qu'elle a bien dû se trouver en possession de l'immeuble pour prescrire : on ne comprend pas qu'elle puisse agir en revendication. C'est pourquoi on détourne sa défense en considérant qu'elle invoque la prescription acquisitive contre le couple de propriétaires revendiquant.

⁵ Citations de PORTALIS, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, t. 14, p. 122.

⁶ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ 2021, n° 219, p. 171.

⁷ Il a fallu attendre 2016 et la perspective d'un renouvellement du droit des contrats spéciaux pour voir un colloque consacré à la garantie d'éviction (« La garantie d'éviction : utilité et originalité », *RDC* 2016.527), au cours duquel la question sera franchement posée de savoir s'il faut la conserver.

et pour tout dire mal réglementée⁸. D'abord, parce qu'elle a été conçue de façon trop large par le Code de 1804 : il s'agit véritablement d'une garantie attrape-tout, qui d'un seul tenant brasse l'ensemble des troubles – de droit ou de fait –, leurs auteurs – fait personnel ou fait d'autrui –, et l'étendue de l'éviction – totale ou partielle. Ensuite, parce que les objectifs de la garantie ne se trouvent pas dans les textes la concernant directement, aux articles 1626 et s. du Code civil, à la façon d'un principe explicatif. La clef de sa compréhension est placée immédiatement avant, dans l'énoncé de la dualité des garanties de la vente formulée par l'article 1625 : le premier objet possible de la garantie est « la possession paisible de la chose », le second les défauts cachés. Une fois de plus, une annonce de plan s'est trouvée dotée d'une portée plus décisive qu'on ne l'attendrait : la garantie vise la possession paisible de la chose vendue, et s'attache de préférence à la délivrance qui la permet.

Sur le fond, la garantie n'est rien d'autre qu'une forme d'action en responsabilité : elle s'oppose à ce que le vendeur soit tenu quitte de cette mauvaise action consistant à reprendre par la jouissance ce dont il a aliéné la propriété. C'est ainsi que celui qui cède un bien à deux acquéreurs différents, suscitant par là un conflit de propriété, est tenu d'indemniser celui dont la propriété ne sera pas opposable *erga omnes* : si le vendeur est demeuré solvable, une indemnité viendra compenser le fait qu'il ait vendu un bien qu'il s'est ensuite mis dans l'impossibilité de délivrer à l'acheteur frustré. La garantie contre l'éviction répare certains des agissements frauduleux du vendeur, qui consistent à investir de la propriété d'une chose un acheteur dont la jouissance est ensuite troublée. Jusque-là, les auteurs font chorus dans leur compréhension de la garantie ; mais l'unité se rompt quand ils reprennent une maxime d'ancien droit pour illustrer ce fonctionnement.

L'adage fameux *qui doit garantie ne peut évincer*, transforme une garantie pécuniaire en obligation en nature, et plus précisément en obligation générale de ne pas faire – ce qui en altère quelque peu la conception car toute réparation ne s'exécute pas forcément en nature. Reprenons l'hypothèse bien connue du vendeur de fonds de commerce qui se réinstalle aussitôt à proximité pour se ressaisir de la clientèle prétendument transférée. Comment la garantie opérera-t-elle ? Si l'action est exercée immédiatement, une interdiction d'installation pourra être prononcée qui fera jouer la garantie en nature contre un risque de captation. Mais au bout d'un certain temps, une fois que l'acquéreur aura lutté contre son vendeur, la garantie fonctionnera plus adéquatement au moyen d'une indemnité compensatoire. Du reste, le caractère pécuniaire de la garantie, c'est-à-dire en réalité indemnitare, découle des textes : l'article 1630 évoque la restitution du prix, celle des fruits, des frais, enfin les dommages-intérêts ; on ne voit nulle part qu'elle doive bloquer les actes du vendeur par des prohibitions d'action.

On pourrait donc objecter d'emblée à l'interdiction de faire jouer la prescription acquisitive que c'est prendre la garantie dans une perspective radicale, non monétaire, ce qui ne va pas de soi. Le vendeur qui se ressaisit de la propriété

⁸ V. par ex. les critiques de P.-Y. GAUTIER, sous Civ. 1, 27 mai 1986, n° 84-14.154, D. 1987.209.

vendue pourrait être condamné à rembourser le prix perçu, au lieu qu'on lui interdise de remettre la chose dans son patrimoine.

II.- Mais il y a bien plus à considérer, car la prescription acquisitive soulève un ensemble de difficultés qui ne se laisse pas facilement réduire. D'abord, en ce que la situation typique du conflit demanderait à être explicitée. En effet, toutes les fois que le vendeur est consciemment laissé dans les lieux par l'acheteur, quelles qu'en soient les raisons, le vendeur ne pourra pas être considéré comme un possesseur, de sorte qu'il ne pourra pas davantage usucaper. Accordée par le nouveau propriétaire, l'habilitation à demeurer dans les lieux peut se manifester de deux façons : soit elle est expressément autorisée, par exemple par un contrat, et le vendeur devient détenteur si bien que l'acheteur possède *corpore alieno* ; soit il ne s'agit que d'une sorte de tolérance, et l'article 2262 C. civ. rappelle que « les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». Dans tous les cas, l'occupation du vendeur n'est qu'un prolongement de la possession de l'acheteur, ce qui empêche le jeu d'une éventuelle prescription acquisitive à son profit.

Pour que cette prescription produise ses effets, il faut imaginer que l'acheteur ne s'est guère préoccupé de ce que le terrain acquis devenait, en l'exposant à une prise de possession. Si l'occupant de la chose délaissée est un tiers, on admettra sans difficulté les effets de la prescription dès lors qu'au-delà de la durée, la possession aura revêtu toutes les qualités requises par l'article 2261. Ce qui suscite la perplexité : pourquoi ce qui bénéficie à n'importe quel tiers ne pourrait pas profiter au vendeur, placé dans les mêmes circonstances ? Après tout, le contrat de vente s'est exécuté de façon loyale ; le vendeur est bien devenu propriétaire du terrain vendu et l'on peut penser que la délivrance a eu lieu, par exemple par une remise des clefs. Mais il se trouve que l'acquéreur ne s'est pas soucié de jouir de ce qu'il avait acheté, renonçant apparemment à la chose. Pourquoi cette négligence ne se retournerait-elle pas contre lui ? Le vendeur n'a rien fait d'autre que constater que la chose vendue n'était pas appréhendée par celui qui l'avait convoitée : le seul fait qu'il l'ait d'abord vendue devrait-il lui interdire et le constat, et le fait d'en tirer les conséquences juridiques, alors même qu'il ne commet aucune faute ?

Le vendeur de fonds de commerce qui se réinstalle à proximité de son ancien point de vente sait que, à l'encontre des principes juridiques, sa clientèle est en réalité attachée à ses qualités personnelles et qu'elle le suivra en cas de nouvel établissement à proximité. En agissant ainsi, il commet une évidente faute puisqu'il exerce une manœuvre délibérée de captation d'une clientèle qu'il ne devrait plus convoiter. Rien de commun avec le vendeur d'immeuble qui constate l'abandon d'un immeuble qu'il avait habité, puis vendu. Au reste, il n'est pas même certain qu'il ne puisse pas l'occuper, comme n'importe qui d'autre. La garantie d'éviction s'opposerait assurément à ce qu'il refuse de vider les lieux occupés, en cas de demande de l'acquéreur : aucun principe ne justifierait ce maintien. Mais si l'acquéreur ne lui réclame rien, qu'il soit ou non informé de cette installation, quel principe l'occupant

enfreindrait-il à demeurer en place ? Au vrai, ce que les arrêts lui reprochent, ce n'est pas tant d'occuper que d'invoquer la prescription acquisitive ? L'arrêt commenté est quelque peu ambigu à cet égard, qui énonce : « le vendeur, tenu de l'obligation de garantir l'acquéreur d'un terrain contre toute éviction résultant de son fait personnel, telle la possession trentenaire, ne peut l'évincer en invoquant la prescription acquisitive pour se faire reconnaître propriétaire du terrain qu'il a vendu ». L'éviction réside-t-elle dans une occupation paisible, pourtant incontestable dans son principe, ou dans le fait de l'invoquer au soutien de la prescription acquisitive ? L'arrêt inaugural de 1912, comme la décision de 1981, étaient plus nets sur ce point, et partant plus critiquables : « le vendeur ne peut évincer lui-même l'acquéreur, en invoquant la prescription acquisitive pour se faire reconnaître propriétaire de la chose vendue, dont il a conservé la possession, l'acquéreur étant toujours recevable dans ce cas à lui opposer l'exception de garantie, qui est perpétuelle ». L'éviction n'est pas dans l'occupation, mais dans la conséquence que le droit tire ordinairement de la stabilité du fait : la prescription acquisitive.

Mais peut-être regarde-t-on encore les choses de trop loin, car tous les arrêts utilisent la même formulation : ils n'évoquent pas le vendeur qui occupe après coup la chose vendue et délivrée, mais celui qui est « demeuré dans les lieux » après la cession. Cette formulation suppose que la délivrance n'a pas eu lieu – et qu'elle n'a d'ailleurs pas été demandée par l'acquéreur. Telle est la personne protégée *expressis verbis* : non pas celle qui aurait exécuté la vente avant de revenir occuper le terrain, mais celle qui a vendu sans délivrer, et qui de ce fait est toujours demeurée en possession parce que l'acheteur n'a pas jugé bon de tirer profit du contrat de vente.

Il y a là une protection de l'acquéreur négligent contre le vendeur à qui rien n'a été demandé, qui paraît bien troublante. Si l'acheteur avait été diligent, il l'aurait emporté sans le moindre doute. En demeurant indifférent aux destinées de la chose acquise, il conserve néanmoins l'ensemble des droits qu'il tient de la vente, sans limite de temps. Qu'est-ce qui justifie que la faute de la victime ne se retourne pas contre elle, au moins pour partie ?

III.- Dans ce nœud de solutions imbriquées, les choix de politique juridique surprennent : la protection absolue d'un propriétaire négligent, comme le sacrifice d'un vendeur certes opportuniste, mais attentif à la stabilité des faits. Comme si une anormalité en emportait une autre, l'inscription de la situation dans le temps se trouve également profondément maltraitée.

D'abord, en ce que la position suivie n'a aucun égard pour la durée de la possession du vendeur resté en place. Bien des auteurs ont critiqué l'arrêt de ce point de vue : la prescription acquisitive joue un rôle essentiel en droit français, qui consiste à prévenir la déshérence immobilière. Dans les arrêts évoqués, fallait-il si facilement sacrifier cet objectif en soumettant par principe l'usucapion au respect de la garantie ? On pourrait le justifier en observant que dans chacun d'eux, la matière litigieuse tenait

précisément de ce que l'acheteur négligent voulait reprendre son bien – pour ses besoins personnels ou pour le céder : aucun risque d'abandon immobilier n'était encouru dans des espèces qui illustraient davantage des conflits de droits. Toutefois, la solution n'aurait-elle pas été la même si un vendeur laissé en place avait souhaité tirer toutes les conséquences de son occupation, en sollicitant d'un notaire un acte de notoriété publiable au Service des hypothèques, attestant d'une possession continue apte à faire jouer l'usucapion ? L'officier public n'aurait-il pas spontanément objecté à l'établissement d'un acte intercalaire que la prescription contrevenait aux articles 1626 et s. ? Telle qu'elle est formulée, la solution a toutes chances de sacraliser la garantie d'éviction même quand ce n'est pas l'acheteur qui s'en prévaut, par la seule force de la règle jurisprudentielle. Mais pourquoi la protection d'un acheteur négligent devrait-elle primer une technique telle que la prescription acquisitive, essentielle pour réaliser l'adaptation du droit au fait ? Il y a là un choix favorable au droit des contrats et contraire à la stabilité immobilière, dont on ne parvient pas à saisir la justification.

On est encore troublé par la perpétuité de l'exception de garantie, affirmée par les arrêts de façon habituelle. Cette perpétuité est discutable pour deux raisons, au moins. La première tient aux origines de cette perpétuité, qui se contente de démarquer la règle *quæ temporalia...*, dégagée sur le terrain des nullités. Mais cette exception procède d'un besoin spécifique, né d'une possible discordance entre les durées de prescription des actions croisées : un contractant peu scrupuleux peut laisser s'écouler le temps de l'action en nullité relative, quinquennale, avant de faire jouer l'action en exécution, longtemps demeurée trentenaire. Or ce risque ne se retrouve guère en matière de garantie d'éviction, où le délai de la prescription acquisitive est inférieur ou égal à celui de la garantie⁹. Mais surtout, cette perpétuité n'est vraiment utile que si l'on place le point de départ de la garantie à la date de la vente qui laisse le vendeur en place. Ce qui n'est guère raisonnable, car on confond alors le phénomène de l'éviction avec celui de la possession, le droit avec le fait – et surtout un fait qui n'a encore produit aucun effet. La garantie doit commencer de courir au jour de l'éviction, dont on a vu qu'il n'était pas celui de l'occupation mais de l'invocation de la prescription. Il n'y a donc aucune raison de faire survivre la garantie de façon perpétuelle, alors qu'elle reste suspendue pour le jour où le besoin s'en fera sentir : celui où l'acheteur négligent fera l'objet d'une éviction.

Peut-être parce qu'elle a été mal conçue par le Code de 1804, la garantie d'éviction suscite des incertitudes en chaîne quand elle concerne le fait personnel d'occupation du vendeur. Souhaitons qu'une réforme prochaine de la vente affecte des pensées fermes à une question qui demeure aussi mal saisissable.

R. LIBCHABER

⁹ Le risque ne serait sérieux qu'en admettant que le vendeur resté en place fait coïncider son entrée en possession avec le démarrage de sa propriété, antérieurement à la cession. Pour prescrire contre l'acheteur, il conviendrait plutôt que la possession utile ait démarré à la date de la vente, sans que le possesseur puisse joindre à sa possession ultérieure celle qui préexistait à la vente.

3. Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes

L'originalité des fontes posthumes : Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, Publié

Marine RANOUIL

Maître de Conférences à l'École de droit de la Sorbonne

Il est convenu de nommer fontes posthumes, les tirages de bronzes réalisés, à partir du moule créé par l'auteur de l'œuvre, après son décès. La question est de savoir si, et dans quelles conditions, ces fontes peuvent être qualifiées d'originaux multiples. Un exemple issu de la jurisprudence¹ suffira à mesurer l'enjeu de la qualification, soit d'original, soit d'objet contrefait, d'une fonte posthume : Camille Claudel est l'auteur d'une œuvre sculpturale créée en 1902, intitulée *La Vague* et représentant, sur un socle en marbre, une vague en onyx prête à déferler sur un groupe de trois baigneuses en bronze formant une ronde. Une petite nièce de l'artiste a fait exécuter plusieurs tirages de cette statue. Celle qui a été numérotée 3/8 a été exposée en 1999 dans une galerie d'art par un commissaire-priseur, en vue de sa vente aux enchères publiques, et présentée comme un « exemplaire original ». Une autre petite nièce de l'artiste fait procéder à une saisie-contrefaçon de cette pièce en arguant qu'elle n'est pas authentique. Selon la décision des juges, le prix de cette sculpture variera d'environ 2 millions d'euros, si elle est originale, à 1 000 euros², ou même 0 euros, si elle ne l'est pas.

Il est certain, comme l'écrivait Walter Benjamin que la pratique de reproduction d'œuvres d'art a toujours eu cours : « En principe, l'œuvre a toujours été reproductible. Ce que les hommes avaient fait, d'autres pouvaient toujours le reproduire [...] »³. Toutefois, cet auteur souligne, dès 1937⁴, que la reproduction massive des œuvres d'art, notamment par la photographie, a conduit au « déclin de l'aura » de ces dernières. Il s'exprime en ces termes : « encore manque-t-il à la reproduction la plus parfaite une chose : le *hic* et le *nunc* (l'ici et le maintenant) de l'œuvre d'art – l'unicité de son existence au lieu où elle se trouve »⁵. La différence fondamentale qui sépare les fontes posthumes des simples reproductions est qu'elles peuvent avoir la qualification d'œuvres authentiques et non d'œuvres contrefaites. Le thème des bronzes posthumes revêt une acuité particulière et inédite car les coulages successifs et numérotés effectués dans le

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 2016, 14-18.639, 14-29.142, 213, *La Vague* de Claudel.

² Il nous semble que même si elle est considérée comme un faux, elle reste une sculpture décorative donc elle aura un prix tout de même.

³ W. BENJAMIN, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, trad. F. JOLY, préf. A. DE BAECQUE, Éd. Payot et Rivages, 2013, ch. 1.

⁴ Date de la première édition en allemand de *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, op. cit.

⁵ W. BENJAMIN, *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*, trad. F. JOLY, préf. A. DE BAECQUE, Éd. Payot et Rivages, 2013, ch. 2.

moulage créé par l'artiste permettent de multiplier des œuvres authentiques. Et si tel est le cas qui a le droit de « créer ces originaux » après la mort de l'artiste ?

À cet égard, l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 6 janvier 2021⁶ nous apporte des indices en acceptant la qualification d'œuvre authentique pour la fonte posthume d'une sculpture réalisée par un tiers avec l'accord de l'auteur donné quarante ans auparavant. La fonte posthume litigieuse a été vendue par un opérateur de ventes volontaires avec comme toile de fond le partage et la liquidation de l'indivision des deux acheteurs. En l'espèce, le peintre Georges Braque avait, par une convention de juin 1962, autorisé Herger de Lowenfeld, un artisan taillant et gravant les pierres précieuses, à « reproduire certaines de ses œuvres en trois dimensions, dans les domaines de la joaillerie, de l'art lapidaire et de la sculpture, sous les conditions que, notamment, les œuvres destinées à être reproduites soient reprises en maquette ou en dessin d'atelier par [...M. de Lowenfeld] et signées par le peintre, avec mention de son autorisation, et que chaque œuvre soit "en principe" reproduite en un seul exemplaire »⁷. Une sculpture *Hermès* a été réalisée en 1963 à partir d'une gouache signée de Braque. Puis, entre 2001 et 2003, période durant laquelle tant Braque que Lowenfeld étaient décédés, cette dernière a fait l'objet, par les héritiers de Lowenfeld, de fontes posthumes en huit exemplaires sous la signature de Braque. En 2006, deux personnes ont acquis en indivision, lors d'une vente aux enchères publiques, le tirage posthume d'*Hermès 1963* numéro 5/8. Une action en liquidation et en partage de l'indivision est sollicitée. Pour ce faire l'un des indivisaires fait appel à un expert qui attribue la paternité de l'œuvre à Lowenfeld et non à Braque. Fort de cet argument il demande la nullité de la vente pour défaut d'authenticité. En 2016, la Cour d'appel de Paris⁸, a fait droit à cette demande et a annulé la vente en considérant que la fonte posthume litigieuse, n'ayant pas été précédée de l'autorisation préalable des héritiers de Braque, ne pouvait pas recevoir la qualité d'original mais constituait une simple reproduction. Ce défaut d'authenticité entraînait donc la nullité de la vente. Un pourvoi en cassation est intenté par l'ancien propriétaire de la sculpture afin de maintenir la validité de la vente. La Cour de cassation⁹ lui donne raison et casse l'arrêt d'appel au motif que la Cour d'appel avait relevé d'office l'absence de contrôle des ayant droits de Braque sans que ces derniers puissent être consultés. Ainsi la juridiction du fond n'a pas mis « les parties en mesure de faire valoir leurs observations préalables sur la nécessité de ce contrôle »¹⁰. La Cour d'appel de renvoi (CA Paris, 27 févr. 2018) retient la solution inverse à celle de 2016 : la sculpture litigieuse est un original car il s'agit d'une fonte posthume numérotée exécutée avec le consentement antérieur donné par Braque dans la convention du 2 juin 1962. Elle ajoute que le fait que la fonte ait été *post mortem* n'affecte pas l'authenticité de l'œuvre. La Cour de cassation maintient la solution de la cour d'appel : ces fontes posthumes sont authentiques.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, JurisData n° 2021-000043, *RTD com.* 2021, p. 117, obs. F. POLLAUD-DULIAN

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, *op. cit.*

⁸ CA Paris, Pôle 2, Ch. 1, 26 janvier 2016, RG n° 14/05492

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n° 16-13.427

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, *op. cit.*

Cet arrêt permet de renforcer le principe de reconnaissance d'une fonte posthume comme original (I) tout en apportant des précisions sur la mise en œuvre de l'originalité d'une fonte posthume (II).

I.- PRINCIPE DE RECONNAISSANCE D'UNE FONTE POSTHUME COMME ORIGINAL

Après avoir rappelé les incertitudes antérieures quant à la qualification d'original d'un bronze posthume (A), l'affirmation conditionnelle de l'originalité d'un bronze posthume sera précisée (B).

A.- Les incertitudes antérieures quant à la qualification d'original d'un bronze posthume

Il est possible de se demander pourquoi le droit qualifierait plusieurs tirages du même bronze d'originaux. C'est tout simplement parce que des textes juridiques appréhendant les domaines de la fiscalité des œuvres d'art et de l'objet du droit de suite des héritiers se réfèrent à un nombre d'exemplaires qui seraient des originaux. Pour les sculptures, douze exemplaires peuvent être compris comme authentiques, au sein desquels quatre exemplaires sont des épreuves d'artiste et huit sont des exemplaires reproduits et numérotés. L'article 98 A annexe II, 3°, du Code général des impôts, qui est le seul à donner une définition des œuvres d'art, dispose que « sont considérées comme œuvres d'art les réalisations ci-après : [...] 3° [...] les fontes de sculpture à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l'artiste ou ses ayants droits ». Ce texte sert de référence pour l'application du taux de TVA réduit de 5,5 % sur les œuvres d'art. Le décret Marcus du 3 mars 1981¹¹, qui connaît quant à lui une portée plus large, car il est relatif à la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objet de collection, renvoie également à cette définition fiscale dans son article 9¹². Les autres textes qui font états d'originaux multiples sont relatifs au droit de suite. Il s'agit d'un droit patrimonial, spécifique aux arts plastiques, qui permet à l'auteur de percevoir un pourcentage du prix de cession de son œuvre pour toute revente postérieure à la première. Le bénéfice de ce droit est limité dans le temps – 70 ans après la mort de l'auteur – et suppose l'intervention d'un professionnel du marché de l'art en tant que vendeur, acheteur ou intermédiaire. À l'origine, le droit de suite était un mécanisme franco-français issu de la loi du 20 mai 1920. Certains pays l'ont ensuite adopté à l'instar de l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne ou encore le Portugal. En revanche, d'autres ont rejeté cette pratique jugée comme incompatible avec le développement du marché de l'art. Le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Autriche en fournissent des illustrations. Or une telle différence de

¹¹ Décret n° 81-255 du 3 mars 1981.

¹² Article 9 du Décret n° 81-255 du 3 mars 1981 : « Tout fac-similé, surmoulage, copie ou autre reproduction d'une œuvre d'art originale au sens de l'article 71 de l'annexe III du code général des impôts [ancien article 98 A du code général des impôts], exécuté postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret, doit porter de manière visible et indélébile la mention « Reproduction ». »

législation était de nature à créer des distorsions de concurrence au sein de l'Union Européenne. La directive du 27 novembre 2001 est justement intervenue pour y mettre fin et rendre applicable le droit de suite dans tous les états membres de l'Union européenne¹³. Dans le Code de la propriété intellectuelle, les articles principaux, qui font état d'exemplaires originaux, pour préciser l'assiette du droit de suite, sont au nombre de deux. D'une part, l'article L. 122-8 al. 2 CPI dispose qu'« on entend par œuvres originales au sens du présent article les œuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité ». D'autre part, l'article R. 122-3 CPI énonce que « Les œuvres exécutées en nombre limité d'exemplaires et sous la responsabilité de l'auteur sont considérées comme œuvres d'art originales au sens de l'alinéa précédent si elles sont numérotées ou signées ou dûment autorisées d'une autre manière par l'auteur. Ce sont notamment : [...] b) Les éditions de sculpture, dans la limite de douze exemplaires, exemplaires numérotés et épreuves d'artiste confondus [...] ».

En définitive, à partir de ces textes cantonnés au droit fiscal et au droit de suite, la reconnaissance des douze exemplaires comme originaux a été comprise comme une règle générale. Dès lors, le Code déontologique des fonderies d'art y fait naturellement référence dans son article 3 : « Lorsqu'elle est produite sous l'appellation d'« ORIGINAL », toute œuvre d'art en alliage métallique fondu ne peut être réalisée, selon la réglementation actuelle, qu'au nombre maximum de 12 exemplaires, même si la composition ou la couleur de l'alliage utilisé ne sont pas les mêmes pour chacune des 12 pièces. »¹⁴.

Les bronzes peuvent de ce fait être originaux à hauteur de douze exemplaires. Cependant, la question se pose, semble-t-il, différemment quand il s'agit de bronzes qui n'ont pas été réalisés du vivant de l'auteur, donc pour les bronzes posthumes. Ce débat est relativement récent car il est né à l'occasion du changement de rédaction de l'article L. 122-8 du CPI, issu de la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information¹⁵ ; par laquelle le législateur précise la notion d'œuvres originale en faisant référence aux bronzes de la manière suivante « on entend par œuvres originales au sens du présent article les œuvres créées par l'artiste lui-même et les exemplaires exécutés en quantité limitée par l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité »¹⁶. Dans la rédaction antérieure de cet article sur le droit de suite, rien n'était mentionné¹⁷. C'est l'expression « les exemplaires exécutés en quantité limitée par

¹³ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029>

¹⁴ http://www.fondeursdefrance.org/CI/Code_deontologique_2005.pdf

¹⁵ Loi n° 2006-961.

¹⁶ Art. L. 122-8, al. 2, CPI.

¹⁷ Art. L. 122-8 CPI, issue de la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle : « Les auteurs d'œuvres graphiques et plastiques ont, nonobstant toute cession de l'œuvre originale, un droit inaliénable de participation au produit de toute vente de cette œuvre faite aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant.

l'artiste lui-même ou sous sa responsabilité » qui est de nature à susciter un doute quant à la qualification d'original des bronzes posthumes. Deux courants doctrinaux s'affrontent à ce sujet. Le premier, dont le principal représentant est M. le P^r Pollaud-Dulian, soutient qu'il faut s'en tenir la lettre du texte et, dès lors, exclure la qualification d'original de tout bronze posthume car, après la mort de l'artiste, il ne peut plus y avoir ni d'exécution personnelle de l'artiste, ni de contrôle de sa part¹⁸. C'est d'ailleurs ce que le pourvoi de l'arrêt Braque de 2021¹⁹ soutient dans sa 2^{ème} et 3^{ème} branche en se prévalant de la violation de l'article L. 121-8 CPI : « 2° [...] ne constitue un original d'une œuvre d'art plastique que l'objet qui peut être considéré comme émanant de la main de l'artiste ou qui a été réalisé selon ses instructions et sous son contrôle, de telle sorte que, dans son exécution même, ce support matériel de l'œuvre porte la marque de la personnalité de son créateur » ; « 3° que seules constituent des exemplaires originaux les épreuves en bronze à tirage limité coulées à partir d'un modèle réalisé par le sculpteur personnellement, de telle sorte que, dans leur exécution même, ces supports matériels de l'œuvre portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur et se distinguent par là d'une simple reproduction ; qu'ayant constaté que la fonte posthume de la sculpture litigieuse avait été réalisée en 2002 à partir d'une première sculpture en laiton [...Hermès] qui était elle-même un original réalisé par [...Herger de Lowenfeld] prétendument sur les instructions et sous le contrôle de l'artiste, ce dont il résultait que la sculpture litigieuse n'était que la reproduction d'un original, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations »²⁰. Le second courant, tend à s'écarter de la lettre de l'article L. 122-8 du CPI, et considère que les bronzes posthumes peuvent être qualifiés d'originaux comme le prévoyait la jurisprudence antérieure à 2006. En effet, la Cour de cassation énonce dans l'arrêt *Rodin I* de 1986 que « même s'il est vrai que le modèle en plâtre ou en terre cuite est seul réalisé par le sculpteur personnellement, les épreuves en bronze à tirage limité coulées à partir de ce modèle, dont elles tiennent entièrement leur originalité, n'en doivent pas moins être considérées comme l'œuvre elle-même émanant de la main de l'artiste [...] que, dès lors, le fait que le tirage limité des épreuves en bronze soit postérieur au décès du sculpteur n'a aucune influence sur le caractère d'œuvre originale et de création personnelle »²¹. Ces auteurs, à la tête desquels

Le tarif du droit perçu est fixé uniformément à 3 p. 100 applicables seulement à partir d'un prix de vente fixé par voie réglementaire.

Ce droit est prélevé sur le prix de vente de chaque œuvre et sur le total du prix sans aucune déduction à la base. Un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles les auteurs feront valoir à l'occasion des ventes prévues au premier alinéa les droits qui leur sont reconnus par les dispositions du présent article ».

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, JurisData n° 2021-000043, *RTD com.* 2021, p. 117, obs. F. POLLAUD-DULIAN qui le rappelle p. 119.

¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, *op. cit.*

²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, *op. cit.*

²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, n° 84-13.749 dit « *Rodin I* ». « Attendu qu'il résulte de ces textes, et des usages, que, même s'il est vrai que le modèle en plâtre ou en terre cuite est seul réalisé par le sculpteur personnellement, les épreuves en bronze à tirage limité coulées à partir de ce modèle, dont elles tiennent entièrement leur originalité, n'en doivent pas moins être considérées comme l'œuvre elle-même émanant de la main de l'artiste [...] que, dès lors, le fait que le tirage limité des épreuves en bronze soit postérieur au décès du sculpteur n'a aucune influence sur le caractère d'œuvre originale et de création personnelle ».

se trouve M. le P^r P.-Y. Gautier²² s'appuient sur la fiction, reconnue par la Cour de cassation, suivant laquelle les différents exemplaires tirent leur originalité du moule qui a été réalisé par l'artiste. Dans ces conditions, si l'originalité vient du moule, rien n'interdit qu'une fonte réalisée à partir de ce moule après la mort de l'artiste soit un original. La fiction opère simplement sur une plus longue durée. Bernard Edelman, qui est également partisan de l'originalité des fontes posthumes, soutient la thèse suivant laquelle les exemplaires en bronze ne sont plus « à faire » mais « à parfaire »²³. Cela signifie que l'acte de création à part entière serait le moule et non les tirages. L'œuvre première, à savoir le moule, ne serait plus « à faire » dans le cas des bronzes posthumes puisqu'elle a déjà été achevée du vivant de l'auteur. Toujours dans le sens d'une reconnaissance de l'authenticité des bronzes posthumes, il nous semble loisible de souligner, que même avant le changement de rédaction, en 2006, de l'article L. 122-8 CPI, l'article 98 A annexe du Code général des impôts faisait déjà référence à ce contrôle de l'auteur²⁴ sans que cela ait remis en cause à l'époque le principe l'authenticité des fontes posthumes.

Comme l'illustre l'arrêt du 6 janvier 2021, reconnaissant l'originalité d'une fonte réalisée 40 ans après la mort de son auteur, la Cour de cassation admet aujourd'hui clairement l'authenticité des fontes posthumes. Néanmoins, certaines conditions doivent être respectées.

B.- L'affirmation conditionnelle de l'originalité d'un bronze posthume

La jurisprudence de la Cour de cassation a établi, depuis une petite quarantaine d'années, des conditions cumulatives, afin de pouvoir qualifier les fontes posthumes d'authentiques²⁵. Elles sont au nombre de trois : d'abord, les exemplaires doivent être réalisés en nombre limité – comme le prévoient les textes, notamment de droit fiscal, à savoir 8 exemplaires numérotés et quatre épreuves d'artistes – ; ensuite, ils doivent avoir été coulés à partir d'un modèle en plâtre ou en terre cuite réalisé par le sculpteur personnellement ; enfin, ils doivent posséder les mêmes dimensions²⁶. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 4 mai 2012, dit *La Vague*, rappelle avec clarté ces conditions²⁷. En l'espèce, Camille Claudel avait réalisé, en 1902, une sculpture intitulée *La Vague*, et composée de trois éléments respectivement en marbre pour le socle, en onyx pour la vague et en bronze pour les trois baigneuses sur lesquelles la vague s'apprête à déferler. Cette œuvre avait été exposée pour la première fois à Paris en 1905. La même année, elle a été achetée par le musée Rodin auprès de sa propriétaire,

²² P.-Y. GAUTIER, N. BLANC, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ Lextenso, 2021, n° 362.

²³ B. EDELMAN, « Conservons les fontes posthumes », in *L'estampille L'objet d'art*, 2007, n° 427, p. 98 et 99.

²⁴ Art. 98 A II CGI : « 3° [...] les fontes de sculpture à tirage limité à huit exemplaires et contrôlé par l'artiste [...] ».

²⁵ Les arrêts fondateurs sont : Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, *Rodin I*, n° 84-13.749 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Rodin II*, n° 91-14.037 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10.763.

²⁶ Spéc. *Rodin II*, n° 91-14.037

²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10.763

Reine-Marie Paris, petite-nièce de Camille Claudel. Lors de la vente²⁸, intervenue avant la loi du 10 avril 1910 consacrant expressément l'indépendance des droits d'auteur de la propriété du support, Reine-Marie Paris a émis une réserve expresse de droit d'auteur. C'est donc à ce titre que l'héritière, en tant que titulaire du droit de reproduction sur une série d'œuvres dont *La Vague*, a fait réaliser par un fondeur plusieurs tirages en bronze de cette œuvre et notamment celui numéroté 3/8, objet du litige en question. Violaine Bozon-Claudiel, autre petite-nièce de l'artiste, a fait procéder le 3 novembre 1999 à la saisie-contrefaçon de cette œuvre litigieuse, présentée comme « une œuvre originale de l'artiste ». Considérant que ce tirage constituait une reproduction illicite de l'œuvre originale, non seulement en ce qu'il constituait un surmoulage, mais encore en ce qu'il ne respectait pas les matières choisies à l'origine par l'artiste, elle a assigné en justice Madame Paris, le commissaire-priseur, diverses sociétés ainsi que l'ayant droit du propriétaire d'origine de *La Vague* devant le tribunal de grande instance de Paris, aux fins d'obtenir la confiscation à son profit de l'exemplaire de *La Vague* placé sous scellés, ainsi que la réparation du préjudice causé aux titulaires du droit moral. Par un arrêt du 27 octobre 2004, la Cour d'appel de Paris avait admis qu'un exemplaire de *La Vague* « obtenu par surmoulage d'une œuvre achevée » pouvait être considéré comme une œuvre originale. Cette décision a été cassée par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 décembre 2006²⁹ pour une raison de procédure³⁰. Sur renvoi, la cour d'appel de Paris par arrêt du 26 mai 2010 a de nouveau rejeté la demande de Violaine Bozon-Claudiel, qui s'est par conséquent pourvue en cassation. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel et considère ce tirage de bronze n° 3/8 comme une contrefaçon. En effet, si les tirages sont bien en nombre limités, dans les dimensions de l'œuvre originale, ils ne sont pas coulés à partir d'un moule réalisé par Camille Claudel mais par un surmoulage fait postérieurement sur ordre de sa petite nièce à partir de l'original de *La Vague*. Cette fonte ne porte donc pas l'empreinte de la personnalité de son auteur. La Cour de cassation saisit cette occasion pour énoncer un attendu de principe : « Attendu que seules constituent des exemplaires originaux les épreuves en bronze à tirage limité coulées à partir du modèle en plâtre ou en terre cuite réalisé par le sculpteur personnellement, de telle sorte que, dans leur exécution même, ces supports matériels de l'œuvre portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur et se distinguent par là d'une simple reproduction »³¹. Elle précise que la Cour d'appel a violé la loi car il résultait de « ses propres constatations que le tirage litigieux avait été obtenu par surmoulage »³².

Dans notre arrêt de 2021, ces conditions sont reprises³³. Les héritiers de M. de Lowenfeld avaient produit des bronzes posthumes en nombre limités d'une sculpture

²⁸ Avant la loi du 10 avril 1910 consacrant expressément l'indépendance des droits d'auteur et de la propriété du support, aujourd'hui art. L. 111-3 CPI.

²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 décembre 2006, pourvoi n° 05-10. 844

³⁰ Une procédure pénale était en cours concernant un autre exemplaire en bronze de la même sculpture. Ainsi, lorsque le juge pénal doit rendre une décision susceptible d'influer sur celle que doit prendre le juge civil, celui-ci est tenu de prononcer le sursis à statuer. La Cour d'appel de Paris n'ayant pas observé cette règle, la Cour de cassation a cassé sa décision.

³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10.763

³² Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10.763

³³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, *op. cit.*

qui avait été effectuée par leur auteur en accord avec le peintre Braque et qui étaient signées de ce dernier. Afin de déterminer si ces fontes, réalisées 40 ans après la mort de l'artiste, les trois critères usuels sont utilisés. D'abord, les tirages étaient bien limités à 8 exemplaires. Ensuite, ils étaient de la dimension de l'œuvre originale créée en 1963. Enfin, le bronze posthume litigieux ne répondait pas, en revanche, à la condition suivant laquelle il devait être coulé à partir du modèle en plâtre ou en terre cuite réalisé par le sculpteur personnellement. En effet, la réalisation de l'œuvre en trois dimensions n'avait pas été faite par l'artiste lui-même, le peintre, mais par un artisan avec qui il avait signé une convention l'autorisant à créer ce moule. De ce fait, le moule initial n'avait pas été effectué personnellement par Braque même si, ce dernier, avait donné son autorisation écrite pour ce faire. Pourtant l'arrêt dit que « l'absence de participation matérielle [...de Braque] à la réalisation de la sculpture [de 1963...] qui avait servi de modèle à la sculpture litigieuse, n'excluait pas que la paternité puisse lui être attribuée, dès lors que l'œuvre avait été exécutée selon ses instructions et son contrôle ». Ce contrôle effectif par l'artiste résulte d'un « faisceau d'éléments » relevé par les juges du fond ; faisceau qui prouve que l'œuvre initiale a été réalisée en accord avec la convention de 1962. Cette convention recueillant le consentement de l'artiste Braque pour la reproduction de ces œuvres en trois dimensions permet donc de prouver le contrôle de l'artiste sur la réalisation de l'œuvre et par conséquent l'authenticité de l'œuvre. Cet arrêt constitue dès lors une atténuation de la condition de réalisation personnelle du moule par l'artiste qui est justifiée par la liberté contractuelle de ce dernier.

II.- MISE EN ŒUVRE DE L'ORIGINALITÉ D'UNE FONTE POSTHUME

Tant l'incertitude de l'identité des titulaires de ce droit de fondre (A) que l'influence du consentement de l'artiste (B) seront étudiées.

A.- Le titulaire incertain du droit de fondre

Il est d'usage de distinguer, en droit d'auteur, entre les droits patrimoniaux – droit de représentation, droit de reproduction – et les droits moraux – droit à la paternité, droit au retrait, droit au repentir, droit à l'intégrité et droit de divulgation. Les premiers existent 70 ans après la mort de l'auteur et sont cessibles ; tandis que les seconds sont imprescriptibles et inaliénables. De plus les droits de retrait et de repentir disparaissent à la mort de l'auteur. Même en l'absence de testament, il est possible que les droits moraux et les droits patrimoniaux ne soient pas attribués à la même personne lorsque l'artiste meurt. En effet, le droit de divulgation connaît une dévolution anormale³⁴ édictée par le code de la propriété intellectuelle³⁵. De même, l'exploitation patrimoniale de

³⁴ C. CARON, *Droit d'auteurs et droit voisins*, 6^{ème} éd., LexisNexis, n° 280, 2020.

³⁵ Art. L. 121-2 CPI : « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. Sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. À leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe

l'œuvre connaît un usufruit spécial du conjoint survivant³⁶. Il existe donc des hypothèses où ce ne sont pas les mêmes personnes qui seront titulaires des droits patrimoniaux et moraux de l'artiste décédé. Jusqu'à un arrêt de 2019, il semblait acquis que le droit de tirer des fontes posthumes relevait du droit patrimonial tant il pouvait s'assimiler au droit de reproduction. De plus, un de ses fondements textuels étant le droit de suite, il était presque naturel de le comprendre comme un droit patrimonial.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 22 mai 2019³⁷ laisse penser que les tirages d'œuvres posthumes de sculpture relèvent du droit moral puisque, pour la première fois, la cour affirme que les tirages numérotés, étant des originaux, « ne relèvent pas du droit de reproduction ». La question qui reste en suspens est de savoir à quel droit la fabrication de ces bronzes numérotés doit être rattachée, si ce n'est pas au droit d'exploitation de l'œuvre. Revenons sur les faits de l'arrêt. Un sculpteur décède et laisse à sa succession trois enfants d'un premier lit et sa seconde épouse. En vertu de l'article L. 123-6 du Code de la propriété intellectuelle, le conjoint survivant bénéficie d'un droit d'usufruit spécial sur les œuvres d'art qui prend la forme du droit d'exploitation des œuvres dont l'auteur n'aura pas disposé. Forte de ce droit, la veuve a vendu des bronzes posthumes numérotés et a également fait réaliser des tirages à partir de modèles en plâtre non divulgués. Comme cela a été fait sans leur accord, les trois enfants l'assignent en justice pour contrefaçon et demandent également la déchéance de son droit d'usufruit spécial. La Cour d'appel rejette leurs demandes et fait valoir, d'une part, que la veuve était « en droit d'aliéner les tirages en bronze sans l'accord des nuspropriétaires » et, d'autre part, que le tirage et la commercialisation des bronzes faisaient partie « du droit d'exploitation de l'usufruitier » conféré par l'article L. 123-6 du CPI. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en énonçant que « le droit d'usufruit spécial dont le conjoint survivant est titulaire ne s'étend pas aux exemplaires originaux » ; ce dernier n'avait donc pas le droit de fabriquer et de vendre des bronzes numérotés. Pour en arriver à cette solution, la Cour de cassation revient, d'abord, sur la définition des bronzes à tirages limité, pour les qualifier d'œuvres originales et pour, ensuite, et c'est tout l'apport de l'arrêt, les exclure du droit de reproduction. D'abord, en invoquant « une jurisprudence constante³⁸, la Cour de cassation énonce que les tirages pour être qualifiés de posthumes doivent remplir plusieurs conditions : les bronzes doivent être « coulées à partir du modèle en plâtre ou en terre cuite réalisé par le sculpteur personnellement » ;

pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir. Ce droit peut s'exercer même après l'expiration du droit exclusif d'exploitation déterminé à l'article L. 123-1 ».

³⁶ Art. L. 123-6 du CPI : « Pendant la période prévue à l'article L. 123-1, le conjoint survivant, contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps, bénéficie, quel que soit le régime matrimonial et indépendamment des droits qu'il tient des articles 756 à 757-3 et 764 à 766 du Code civil sur les autres biens de la succession, de l'usufruit du droit d'exploitation dont l'auteur n'aura pas disposé. Toutefois, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cet usufruit est réduit au profit des héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par l'article 913 du Code civil ».

³⁷ Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 2019, *Ping-Ming Hsiung*, n° 17-28314, JurisData n° 2019-008407, *RTD com.* 2019, 665, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RTD civ.* 2019, 893, obs. W. DROSS

³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, *Rodin I*, n° 84-13.749 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Rodin II*, n° 91-14.037 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10.763

ces tirages doivent être limités en nombre. Ensuite, et surtout, la Cour de cassation exclut l'exploitation de ces bronzes posthumes de l'usufruit spécial du conjoint survivant de l'article L.123-6. La création de bronzes numérotés *post mortem* n'entre donc pas dans le domaine du droit d'exploitation dont l'auteur n'a pas disposé. Le conjoint survivant ne pouvait ainsi ni les reproduire, ni les commercialiser. Comment apprécier cette solution ? Du point de vue du droit commun, elle ne peut que surprendre car ces reproductions s'assimilent à des fruits. Comme le démontre un auteur, si l'on se réfère à la notion d'usufruit classique le conjoint survivant semblait dans son bon droit tant dans la dimension corporelle qu'incorporelle³⁹. Si l'on considère que l'usufruit porte sur le bien corporel qu'est la statue de plâtre, l'usufruitier peut en faire des reproductions sans porter atteinte à sa substance puisqu'il pourra la rendre intacte. Si l'usufruit porte sur le droit d'auteur, il n'y a pas non plus de raison d'interdire ces reproductions car elles n'épuisent pas la valeur du droit d'auteur. Du point de vue du droit d'auteur la solution n'est également pas limpide. Selon la Cour de cassation, l'usufruit spécial du conjoint survivant, portant sur l'exploitation des œuvres du *de cuius*, exclut le tirage de bronzes posthumes qui « ne relèvent pas du droit de reproduction ». Il donc est possible d'en déduire que si ces tirages ne relèvent ni du droit de reproduction, ni du droit de représentation et donc ne peuvent pas être rattachée aux droits patrimoniaux de l'auteur, ils doivent *a contrario* relever du droit moral. Mais de quelle prérogative du droit moral ? On pourrait penser au droit de divulgation car il permet de communiquer l'œuvre au public. En effet, la Cour de cassation énonce que les bronzes posthumes sont des « supports matériels, dans lesquels l'œuvre s'incorpore et qui en assurent la divulgation ». Peut-on ainsi en déduire que la Cour de cassation ait voulu interdire à la veuve la réalisation de ces tirages posthumes en l'absence de l'accord des titulaires du droit de divulgation, qu'étaient, en l'espèce, les enfants nus-propriétaires ? Il ne semble pas pour au moins deux raisons. La première raison ressort de la lettre même de l'arrêt de la Cour de cassation puisque cette dernière censure les juges du fond pour avoir admis l'aliénation par le conjoint survivant de tirages en bronze d'une « œuvre divulguée » sans l'accord préalable des nus-propriétaires. Ainsi peu importe que le bronze posthume soit divulgué ou non car dans les deux cas l'usufruitier ne peut pas procéder à ces tirages. La seconde raison réside dans le mécanisme du droit de divulgation. En effet, il est largement admis en doctrine que le droit de divulgation est indivisible et s'épuise après la communication de l'œuvre au public. Il est donc délicat de considérer que chaque tirage constitue un nouvel acte de divulgation de l'œuvre. Si les tirages posthumes ne relèvent pas du droit de divulgation, pourraient-ils alors se rattacher à une autre prérogative du droit moral qu'est le droit au respect ? Si l'on considère que les tirages posthumes relèvent du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, ce qui a pourtant déjà été démenti par la Cour de cassation dans l'arrêt *La Vague*⁴⁰, cela suppose qu'il soit utilisé d'une manière différente de l'accoutumée. En effet, cette prérogative est habituellement utilisée de façon négative : il permet au titulaire du droit de s'opposer à

³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, *Ping-Ming Hsiung*, n° 17-28314, JurisData n° 2019-008407, *RTD civ.* 2019, 893, obs. W. DROSS

⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10.763

un usage portant atteinte à l'intégrité matérielle ou spirituelle de l'œuvre. Ici le droit au respect serait positif car il permettrait à son titulaire, en l'occurrence les enfants du *de cuius*, de communiquer l'œuvre au public sous la forme souhaitée par l'auteur. Cela supposerait donc que l'auteur décédé ait pris la précaution d'indiquer dans son testament sous quelle forme il souhaiterait communiquer son œuvre *post mortem*.

Dans notre arrêt Braque, on pourrait voir une confirmation implicite du fait que les fontes posthumes relèvent du droit moral. En effet, la Cour de cassation maintient l'arrêt d'appel et rejette la 6^{ème} branche du pourvoi, jugée irrecevable car elle a été considérée nouvelle et « mélangé [e] de fait et de droit »⁴¹. Cette branche soutenait que l'accord des ayants droits de Braque devait être sollicité. Cela pourrait signifier que l'accord des ayants droits aurait dû être recueilli pour qualifier l'œuvre d'authentique. Cet accord relève du droit moral et non du droit patrimonial – objet de la convention de 1962.

B.- L'influence relative du consentement de l'artiste

Une interrogation, pourtant déterminante nous semble-t-il, n'est que très peu évoquée dans le débat des bronzes posthumes : doit-on prouver que l'auteur, le *de cuius*, a voulu la réalisation de des multiples après sa mort ? Il ne le semble pas. Il paraît qu'en cette matière qui ne dit mot consent.

Dans l'affaire de la Vague de Claudel, les demandeurs à l'action en contrefaçon avaient justement invoqué cet argument. Ils soutenaient qu'une « atteinte [avait été] portée à l'intégrité de l'œuvre "La Vague" de Camille Claudel du fait de la réalisation du tirage entièrement en bronze numéroté 3/ 8 » puisque cette dernière n'y avait pas consenti. La Cour de cassation balaie cet argument : si l'auteur ne s'est pas opposé de son vivant aux tirages de bronzes posthumes, il y consent. La Cour de cassation s'exprime ainsi : « Mais attendu qu'ayant constaté que la fabrication en 1897 d'un plâtre de facture différente, inutile à une réalisation en onyx, permettait de penser qu'un tirage en bronze avait été envisagé par l'artiste, dès lors qu'il n'était pas établi par ailleurs que Camille Claudel se fût, de son vivant, opposée à tout tirage en bronze et n'eût voulu qu'une version en onyx et bronze de "La Vague", la cour d'appel, procédant ainsi à la recherche prétendument omise, a considéré que la réalisation de "La Vague" en bronze, matériau dont elle a de surcroît relevé le caractère usuel pour les reproductions en arts plastiques, ne méconnaissait en rien la volonté de l'auteur et que l'atteinte alléguée à l'intégrité de l'œuvre du fait de cette substitution de matière n'était pas constituée »⁴². Pourtant il existe un contrôle de l'exercice post mortem du droit d'auteur qui peut être effectué par les juridictions⁴³. Mais encore faut-il avoir la preuve de ce que l'auteur souhaitait. En l'absence d'écrit, le juge ne peut que recourir à un faisceau d'indices : des témoignages, des références à des usages, des procédés créatifs... Or il est loisible de soutenir que l'usage est qu'un bronze puisse être coulé en plusieurs exemplaires car le nombre de 8 reproductions numérotées et de 4 épreuves d'auteur est cité dans les textes. Dès lors, et

⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, JurisData n° 2021-000043, *op. cit.*

⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, *La Vague*, n° 11-10.763

⁴³ Art. L. 121-3 CPI ; art. 122-9 CPI.

surtout quand l'artiste veut s'opposer ou même contrôler le nombre de ses fontes posthumes, il doit absolument le préciser par écrit ; le plus simple étant le testament. Un tel écrit sera une preuve à l'opposition à toute fonte ou encore de la limitation des fontes que pourront faire valoir ses héritiers.

Les bronzes posthumes peuvent être qualifiés d'originaux dans certaines conditions clairement établies par la jurisprudence. Des zones d'ombre subsistent cependant. D'une part, les titulaires du « droit de fondre » ne peuvent pas être identifiés plus clairement que par le fait qu'ils sont titulaires de droits moraux de l'artiste décédé (mais de quels droits...). D'autre part, en l'absence de disposition contraire du *de cujus*, son consentement à la production de fontes posthumes est considéré comme acquis. En conséquence, les artistes ont réellement intérêt à prévoir, d'abord, s'ils acceptent ou refusent la création de fontes posthumes ; ensuite, s'ils l'acceptent, dans quelle quantité, et selon quelles modalités ; et, enfin, à qui ils accordent ce droit de fondre.

1. Romain DUMONT, Les devoirs de l'actionnaire, thèse Paris 1, 2021

Compte rendu Nicolas BARGUE, *Maître de Conférence, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne, IRJS (EA 4150)*

La thèse de M. Romain Dumont, soutenue le 16 novembre 2021 sous la direction du Professeur Bertrand Fages, porte sur les devoirs de l'actionnaire. Elle obtient aujourd'hui le prix de thèse de l'IRJS.

À travers le prisme de l'actionnaire, ce travail apporte un témoignage très éclairant des évolutions aujourd'hui à l'œuvre en droit des sociétés. Rarement, en effet, la matière n'a été tant sujette à bouleversements que ces dernières années, et ce ne sont pas uniquement des règles techniques qui se trouvent altérées, mais plus fondamentalement la définition même de la société. Ces mutations trouvent évidemment écho à tous les niveaux de la société, et notamment celui des actionnaires, comme le montre la thèse de M. Dumont.

En sa première partie, l'étude analyse avec dynamisme les devoirs de l'actionnaire, en les confrontant aux quelques obligations admises de longue date. M. Dumont montre que ces obligations traditionnelles de l'actionnaire, c'est-à-dire la libération de l'apport et la contribution à la dette, sont généralement inadaptées. L'un des intérêts de cette première partie est précisément de confronter successivement ces anciennes notions avec d'autres, plus neuves, qui viennent les supplanter. Ainsi, l'obligation de libérer l'apport, largement neutralisée par la vaste liberté dont disposent les actionnaires dans la fixation du capital social, commence à s'effacer derrière un devoir de financement au début et au cours de la vie sociale. De même, l'obligation de contribuer aux pertes est aujourd'hui complétée par un devoir de plus en plus présent de restructurer l'entreprise en procédure collective. Même le devoir de loyauté, parfois sollicité en la matière depuis quelques décennies, est récusé par M. Dumont, qui lui préfère un devoir d'accompagnement de la société vers la prospérité et un devoir de vigilance face aux risques de l'activité.

Ces couples de notions illustrent l'idée selon laquelle l'activité de la société doit à présent s'inscrire dans un contexte de conciliation entre ses intérêts patrimoniaux, ceux des associés et, entre autres, les problématiques sociales et environnementales. Mécaniquement, les devoirs de l'actionnaire, dirigeant ou pas, sont amenés à se développer dans des directions plus nombreuses que dans le passé. La thèse de M. Dumont se fait témoin de ce phénomène : elle met à jour des évolutions récentes, voire sous-jacentes, mais potentiellement vouées à se poursuivre et se propager.

Paradoxalement, ces nouveautés s'appuient sur les mécanismes bien connus de la responsabilité civile, examinés dans la seconde partie du travail. M. Dumont dégage ainsi un standard de l'actionnaire, lequel constitue un minimum à atteindre, augmenté par

d'éventuels engagements de l'actionnaire et modulé selon les types d'actionnaires et de sociétés. Cette plasticité du standard permet une application nuancée des devoirs définis précédemment, en fonction notamment du statut, de l'influence et du pouvoir de l'actionnaire. Nullement contraires aux principes d'autonomie de la personne morale et de responsabilité limitée aux apports, les devoirs de l'actionnaire permettraient par ailleurs, selon M. Dumont, de les redéfinir et les enrichir.

Ce travail cohérent porte des propositions fortes, de nature à nourrir la discussion. Il présente aussi l'intérêt de renverser la perspective du statut de l'actionnaire, généralement envisagé à travers ses droits, et de l'observer à travers les contraintes dont il doit tenir compte. Cette originalité du sujet et de son traitement a emporté l'adhésion du jury du prix de thèse de l'IRJS.

2. Laure THOMASSET, La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies, thèse Paris 1, 2021

Compte rendu Frédéric POLLAUD-DULIAN, *Professeur, Université Paris 1 Panthéon-sorbonne, IRJS (EA 4150)*

Madame Laure Thomasset a soutenu en décembre 2021, sous la direction de Madame le professeur Muriel Fabre-Magnan. Cette thèse est sous-titrée, de façon plus précise et peut-être plus adéquate car il s'agit d'une étude juridique : « Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies ». Elle a été accueillie très favorablement par le jury et reçoit aujourd'hui le prix de thèse de l'IRJS. Si les neurosciences ou plutôt, en l'occurrence les neurotechnologies sont dans l'air du temps, Mme Thomasset a su éviter les écueils d'un traitement journalistique aussi bien que trop scientifique d'un tel sujet et produire un véritable travail de recherche juridique, qui aborde non seulement des questions de santé, d'éthique et de responsabilité mais aussi des aspects des neurosciences touchant au marketing, au droit pénal, à la liberté individuelle ou à la protection des données personnelles. Les rapports du droit et des neurosciences ont certes déjà fait l'objet d'études mais sous des angles particuliers (par exemple : colloque Mission Droit et Justice et ENM, « Neurosciences et pratiques judiciaires », mai 2021). On doit mentionner une autre thèse soutenue en 2019 sur un sujet proche par Mme L. Pignatel, *L'émergence du neurodroit. Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit* (éd. Dalloz, 2021) mais suivant un plan assez différent [1°) L'utilité des neurosciences pour le droit ; 2°) l'utilisation (ou la réception) des neurosciences par le droit]. La thèse de Mme Thomasset, est essentiellement (mais pas exclusivement) une thèse de droit civil, avec des développements particuliers sur l'éthique et la responsabilité. Le corps de règles juridiques est à l'heure actuelle encore très réduit – article 16-4 du Code civil (depuis 2011) et article L.1151-4 du Code de la santé publique (depuis 2021) – mais ce qui pouvait constituer une difficulté représentait aussi un défi pour une étude personnelle et prospective. Mme Thomasset relève fort bien ce défi, ce qui se traduit par un grand nombre de propositions de thèses tout au long de l'étude. Bien construite, clairement et élégamment écrite, pédagogique, appuyée sur une

abondante recherche documentaire (cinquante pages de bibliographie), la thèse soutient constamment l'intérêt et suscite la réflexion. Dans ces temps où, paradoxalement, la référence à l'éthique est devenue trop souvent un prétexte ou un habillage pour éluder toute question morale, Mme Thomasset confronte véritablement les aspects techniques et médicaux des moyens de la neurologie à des interrogations éthiques, d'où découlent ses propositions.

L'ouvrage est divisé en deux parties, qui correspondent à deux sources de difficultés éthiques et juridiques posées par l'usage des techniques neurologiques. La première partie s'attache à l'imagerie cérébrale, tandis que la seconde concerne les techniques de neuromodulation, c'est-à-dire les problèmes éthiques et juridiques soulevés, d'un côté, par la révélation de l'état cérébral grâce à l'imagerie médicale et, de l'autre, par la modification de l'état cérébral par les techniques de neuromodulation (stimulation ou modification de la neurotransmission par des moyens ou des *stimuli* électriques, magnétiques ou chimiques). Dans la partie consacrée à l'imagerie cérébrale, qui permet d'obtenir des « informations » que le médecin devra interpréter, Mme Thomasset s'interroge d'abord sur les finalités de l'usage de ces techniques d'imagerie en faisant un parallèle avec les règles relatives à l'acquisition d'informations génétiques. Il s'agit d'encadrer ces pratiques pour préserver des intérêts éthiques. C'est alors la question de la restriction à l'accessibilité de ces informations que pose l'auteur. Ensuite, Mme Thomasset aborde la problématique du consentement de la personne à ces actes, qui devrait tenir compte des diverses finalités envisageables. Quant à la partie consacrée à la « neuromodulation », elle part du constat que celle-ci n'est abordée par la loi du 19 août 2021 que sous l'angle de la santé des personnes concernées, tandis que les risques de nature comportementale sont négligés, notamment les possibles « dérives transhumanistes », Mme Thomasset relevant notamment un « angle mort » dans les cas où l'on modifie le comportement de la personne sans mettre sa santé en danger. Là encore, les finalités doivent être prises en compte pour limiter le recours à ces techniques et préserver l'espèce humaine et les libertés. Enfin, la thèse aborde le régime de la responsabilité des concepteurs ou utilisateurs des techniques en question, partie peut-être légèrement plus convenue. Quoi qu'il en soit, on ne peut que recommander la lecture du travail de Mme Thomasset, qui est toujours vivant et intéressant, à quiconque éprouve de la curiosité à l'égard de cette rencontre entre la neurologie et le droit.

F. P.

APPEL A CONTRIBUTIONS N° 6/22

La *Revue juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review* lance un appel à contributions pour son sixième numéro à paraître en décembre 2022.

La *Revue juridique de la Sorbonne* a pour ambition de publier des travaux qui peuvent intéresser la communauté des juristes et des chercheurs. Ces travaux peuvent explorer différents lieux et temporalités du droit sans restriction, mais sont invités à proposer des analyses susceptibles d'éclairer le plus grand nombre sans se contenter d'une vision trop circonscrite. Des travaux mettant en perspective le droit avec d'autres sciences humaines y trouveraient également bon accueil.

Les soumissions d'articles peuvent être en français ou en anglais, sans limite de caractères.

Les chercheurs intéressés peuvent envoyer leurs contributions complètes, accompagnées d'un court résumé et d'une sélection de mots-clés, à l'adresse :

irjs-editions@univ-paris1.fr
au plus tard le **10 octobre 2022**.

Le titre, le résumé et les mots-clés de l'article devront être en français et en anglais.

Les auteurs des articles sont invités à préciser leur nom en début d'article, leur affiliation institutionnelle et leur grade académique, ainsi que leurs coordonnées (postale et électronique).

Les contributions, originales, devront être envoyées au format Word (.doc ou .docx), police Constantia, 12, interligne de 16 points, références bibliographiques incluses dans les notes de bas de page numérotées de façon continue.

L'évaluation des articles soumis à la rédaction est effectuée en double aveugle par les membres du comité scientifique de la revue ou des membres externes le cas échéant, selon les domaines de compétences sollicités par l'article.

La *Revue juridique de la Sorbonne* est un périodique semestriel numérique en libre accès, sous licence Creative Commons (BY) (NC) (ND).

Pour en savoir plus : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>

Revue Juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>, en *open access* et sous licences *Creative Commons*.

- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : irjs-editions@univ-parisi.fr, avec les résumés et la liste des mots-clés en anglais et en français, ainsi que les identifiants OrcID et/ou idHal de l'auteur.

- La Revue publie des articles originaux, d'actualité mais aussi des textes déjà publiés qui remplissent les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.