

François Gilliard

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université  
de Lausanne*

# L'expérience juridique

*Esquisse d'une dialectique*



LIBRAIRIE DROZ S.A.  
11, rue Massot  
GENÈVE  
1979

*1ère édition : 1979*

Copyright 1979 by Librairie Droz S.A., Geneva (Switzerland)

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, photoprint, microfilm, microfiche or any other means without written permission from the publisher.

## DEUXIÈME PARTIE

### EXPÉRIENCE JURIDIQUE ET DOGMATIQUE JURIDIQUE

## CHAPITRE V

### LE DEVOIR-ÊTRE JURIDIQUE ET LA CHAÎNE DES NORMES

Toute norme juridique complète<sup>1</sup> revêt normalement la forme d'une relation entre une situation de fait et une seconde situation de fait, présentée comme la conséquence de la première. Par exemple :

« L'auteur d'un meurtre commis avec préméditation sera puni de la réclusion à vie. »

Cette formulation imite celle de la « causalité naturelle »<sup>2</sup> : la conséquence est présentée comme la seule possible, comme « automatique ». D'où le parallèle établi par KELSEN entre la causalité et le devoir-être juridique, qu'il appelait « imputation » (*Zurechnung*).

Il est clair toutefois que la conséquence ne se produit que par une intervention humaine : elle fait l'objet d'un *Sollen*, d'un devoir juridique imposé à des hommes : l'auteur d'un meurtre commis avec préméditation ne subira sa peine que s'il est arrêté, puis condamné, et enfin emprisonné, c'est-à-dire si les différentes autorités et leurs subordonnés accomplissent convenablement les devoirs de leurs charges.

Or tout *Sollen* peut être méconnu. Deux hypothèses doivent alors être envisagées : ou bien la chaîne des normes s'arrête là, et dans ce cas l'ordre juridique demeurera irrémédiablement violé ; ou bien la violation du premier *Sollen* actualise un deuxième *Sollen*, une deuxième norme. Par exemple, l'autorité de recours aura le devoir de réformer le jugement contraire à l'ordre juridique.

Mais ce deuxième *Sollen* peut à son tour être méconnu. Il faudra à nouveau envisager les deux hypothèses : arrêt de la chaîne des normes, ou actualisation d'une nouvelle norme. Et ainsi de suite.

Il est clair toutefois que la chaîne des normes ne saurait être infinie : tôt ou tard on trouve un *Sollen* dénué de sanction. Cette remarque est importante : elle limite en effet la portée de l'affirmation traditionnelle, selon laquelle la sanction serait une condition de la juridicité. Certes, une norme qui imposerait à un particulier un certain comportement sans prévoir aucune sanction serait sans portée. En revanche, il est inéluctable que l'ordre juridique impose aux autorités certains devoirs sans que la violation de ceux-ci actualise

<sup>1</sup> Par opposition aux fragments de normes, et notamment aux dispositions contenant de simples définitions, telles l'art. 23 al. 1 Code civil suisse : « Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir. »

<sup>2</sup> Bien entendu, en parlant ici de « causalité naturelle », nous ne prétendons nullement que la causalité naturelle soit comme telle un donné, un aspect de la représentation ; nous laisserons délibérément de côté les problèmes philosophiques que pose le concept de causalité.

une norme de degré supérieur (norme-sanction). D'une part, en effet, et comme nous l'avons dit ci-dessus, la chaîne des normes ne peut pas être infinie. D'autre part, dans certains cas, aucune sanction adéquate ne peut être posée en raison de la structure de l'Etat (notamment en raison de la séparation des pouvoirs<sup>3</sup> ou du fait du contenu de la norme en cause).<sup>4</sup> Au lieu d'une chaîne de normes il n'y aura alors, bien souvent, qu'une norme unique, un maillon isolé. A notre avis, ces normes ne sont pas « ajuridiques », car leur violation constitue une contestation implicite de l'ordre juridique dont elles font partie. Il s'agira alors de décider si l'autorité est devenue « illégitime » en raison de cette violation ou si au contraire l'ordre juridique s'est « adapté » à cet état de choses par la suppression de la norme méconnue.<sup>5</sup>

Les réflexions qui précèdent nous ont déjà permis de rectifier dans une certaine mesure la conception sommaire de la « causalité juridique » qui nous avait servi de point de départ. Pourtant, notre analyse demeure très insuffisante. Elle doit être complétée. Au schéma kelseniste situation - imputation - sanction (conséquence juridique), qui imite la « causalité naturelle »,<sup>6</sup> il convient, pensons-nous, de substituer un autre schéma, exempt de tout « parallèle naturaliste » trompeur. Pour atteindre un tel résultat, il est indispensable d'abandonner complètement le concept d'« imputation », qui est une fausse idée claire, et de distinguer dans la norme juridique trois éléments, à savoir :

1° La définition d'une situation initiale (*Tatbestand*),<sup>7</sup> dans le cadre de laquelle peuvent intervenir les comportements humains envisagés.

Il faut observer d'emblée que la situation (*Tatbestand*) peut résulter d'événements naturels, indépendants de toute volonté humaine (la chute d'une avalanche, le décès de mort naturelle, etc.), ou de comportements humains. Ceux-ci peuvent apparaître désirables, indésirables ou être tenus pour indifférents : c'est alors que surgit le problème de la « norme secondaire », au sens que KELSEN donne à cette expression.<sup>8</sup> Nous reviendrons ultérieurement sur ce problème. Dans les remarques qui suivent, nous n'envisageons que des normes « primaires ».

<sup>3</sup> Ainsi, la Constitution fédérale ne permet pas au Tribunal fédéral d'examiner la constitutionnalité des lois fédérales.

<sup>4</sup> Par exemple, des dispositions constitutionnelles garantissant le droit au logement, ou le droit à l'instruction, contiennent en fait des programmes de gouvernement. De tels « droits » sont si vagues qu'il est pratiquement impossible de décider quand ils sont méconnus, et par conséquent de sanctionner efficacement leur méconnaissance.

<sup>5</sup> Cette « adaptation » peut prendre la forme d'une modification de l'ordre juridique avec effet rétroactif, mais elle peut aussi résulter simplement de l'absence de toute réaction.

<sup>6</sup> Il faut observer que le parallèle entre la causalité naturelle et l'imputation est beaucoup plus marqué dans KELSEN I (cf. pp. 26-28) que dans KELSEN II (cf. toutefois pp. 123-124).

<sup>7</sup> Observons toutefois que, bien souvent la définition de la situation est sous-entendue ; elle est alors contenue implicitement dans la définition du comportement dont elle est la condition nécessaire, ou bien encore il s'agit d'une situation constamment réalisée (par opposition aux situations possibles, hypothétiques), telles la naissance, la mort, l'existence de deux sexes différents, etc.

<sup>8</sup> Dans KELSEN I, pp. 66-68. Cette terminologie peu heureuse ne se retrouve pas dans KELSEN II, où les normes « secondaires » sont simplement qualifiées de « non-indépendantes » (p. 74).

2° La définition de comportements humains (deux au minimum). Cette définition doit couvrir toutes les hypothèses, épuiser les possibilités, sinon il y a lacune au sens technique du terme.

3° Un jugement de « valorisation », indiquant quel comportement est approuvé et quel comportement est désapprouvé (quels comportements sont approuvés et quels comportements sont désapprouvés, lorsque la norme prévoit plus de deux comportements).

En affirmant que la norme comporte un jugement de « valorisation », nous nous opposons directement à la thèse des positivistes « scientistes », qui prétendent libérer la pensée juridique de tout jugement de valeur. Il convient donc de justifier notre affirmation. Le schéma kelséniste situation de fait - imputation (« sera », « devra être ») - conséquence juridique (sanction), qui correspond d'ailleurs exactement au style législatif, semble effectivement permettre de faire abstraction de tout jugement de valeur. Mais ce n'est qu'une illusion.<sup>9</sup> Comme nous l'avons montré ci-dessus, la conséquence juridique est constituée par l'actualisation d'une norme nouvelle (ou de plusieurs normes nouvelles). Sa survenance n'est pas automatique : elle n'est pas un « effet » dont la situation serait la « cause ». En employant (abusivement) un schéma imitant la « causalité naturelle », le législateur montre sa volonté d'assurer la réalisation de la conséquence juridique<sup>10</sup> ; il déclare implicitement que cette réalisation est « conforme à l'ordre juridique » (*rechtmässig*), alors que la non-survenance de la conséquence est « non-conforme à l'ordre juridique » (*rechtswidrig*). On peut donc dire que l'objet des normes<sup>11</sup> est toujours de poser ce que nous appellerons l'« alternative juridique » : ou bien il y a respect de l'ordre juridique, ou bien il y a violation. Cette alternative<sup>12</sup> renait à chaque échelon de la chaîne des normes : si le juge de première instance a omis de condamner à la réclusion à vie l'auteur d'un meurtre commis avec préméditation, créant ainsi une situation de violation de l'ordre juridique (*Rechtswidrigkeit*), l'autorité de seconde instance pourra réformer le jugement et condamner le criminel conformément à la loi, rétablissant dès lors le respect de l'ordre juridique (*Rechtmässigkeit*), etc.

L'ordre juridique fait donc le plus souvent l'objet de deux rédactions en apparence contradictoires : d'une part la conséquence (sanction) est présentée comme assurée, d'autre part elle est présentée comme une simple possibilité,

<sup>9</sup> Après avoir apparemment été victime de cette illusion (I, pp. 66-68), KELSEN en est venu à admettre que l'ordre juridique contient des jugements de valeur, parce qu'il oppose des conduites « bonnes » à des conduites « mauvaises » (II, pp. 23-32), ces deux adjectifs ayant pour l'auteur de la *Reine Rechtslehre* le même sens que *rechtmässig* et *rechtswidrig* dans notre texte. Il est clair toutefois que KELSEN cessait, dans cette mesure, d'être ce que nous appelons un « positiviste scientiste ». On ne saurait lui en faire grief, puisque sa position initiale était insoutenable.

<sup>10</sup> Parce que seule l'hypothèse conforme au Droit (*rechtmässig*) est envisagée. L'autre hypothèse (celle d'une méconnaissance de la norme) est ainsi « néantisée », présentée implicitement comme exclue, impensable.

<sup>11</sup> Bien entendu, mais envisageons ici uniquement des normes complètes, à l'exclusion des fragments de normes, tels une définition du domicile.

<sup>12</sup> Pour éviter tout malentendu, il convient de souligner que l'« alternative juridique » peut opposer plus de deux éventualités : il y aura, par exemple trois comportements (possibles, éventuels) *rechtmässig*, et quatre comportements (possibles, éventuels) *rechtswidrig*. L'« alternative juridique » oppose donc deux catégories de comportements, et non pas nécessairement deux comportements.

dont la non-réalisation actualise la norme-sanction de degré supérieur. C'est seulement pour les normes constituant le dernier ou l'unique chaînon que la dualité disparaît : la conséquence est présentée alors purement et simplement comme assurée.

Mais en considérant le « jugement de valorisation » comme un élément indispensable de la norme juridique, nous nous exposons encore à d'autres objections.

Tout d'abord, comment expliquer que les codes pénaux modernes ne portent aucune appréciation éthique sur les comportements qu'ils sanctionnent ? Il n'est jamais dit, par exemple, qu'il est « mal » de commettre un meurtre, mais simplement que le meurtrier se verra infliger telle ou telle peine. KELSEN, on le sait, considérait pour ce motif que l'ordre juridique commence avec la norme « primaire », prévoyant la sanction. La norme « secondaire » (« il ne faut pas tuer, il ne faut pas voler », etc.) serait superfétatoire. Par conséquent, le Droit pourrait faire l'objet d'une approche purement scientifique : la science du Droit étudierait l'« imputation », comme les sciences de la nature la causalité.

L'argumentation kelséniste n'est convaincante qu'en apparence. Certes, il est exact que l'objet propre de l'ordre juridique est de poser des conséquences juridiques (sanctions), non d'émettre des jugements purement moraux. Mais la condamnation de certains comportements est révélée par la nature de la sanction qui les frappe.<sup>13</sup> Cette condamnation n'est pas éthique, au sens strict du mot, elle est juridique, puisqu'elle peut frapper des comportements que la morale commune ne condamne pas, ou ne condamne pas aussi vigoureusement. Il peut arriver d'ailleurs qu'en présence d'une violation particulièrement scandaleuse d'une norme secondaire, la norme primaire soit modifiée avec effet rétroactif pour frapper la violation d'une peine plus lourde. Une telle modification apparaîtra sans conteste moins choquante que celle qui consiste à frapper rétroactivement d'une peine un comportement jusqu'alors non sanctionné. En effet, les justiciables ne doivent pas spéculer sur la légèreté d'une peine prévue pour un comportement qui peut s'avérer infiniment plus antisocial, plus grave par ses conséquences que ne l'avait prévu le législateur. Par exemple, il pourrait arriver qu'un code ne frappe que d'une peine légère celui qui porte atteinte à la santé d'autrui en mettant sur le marché des denrées alimentaires avariées. Si un commerçant peu scrupuleux empoisonne toute une ville en vendant de l'huile de machine comme huile comestible,<sup>14</sup> la sanction apparaîtra ridiculement faible.

Il est exact, en revanche, que l'existence même de la norme « secondaire » prête bien souvent à discussion, si l'on sort du domaine du droit pénal.

On peut citer à titre d'exemple l'art. 20 al. 1 Code fédéral des obligations, aux termes duquel « le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ». Ici la norme prévoit une seule et même sanction dans trois hypothèses nettement différentes. En effet, un contrat contraire aux mœurs est par définition condamnable sur le plan éthique. Un contrat illicite est toujours condamnable sur le plan juridique, mais pas né-

<sup>13</sup> KELSEN lui-même a fini par le reconnaître (II, pp. 23 ss.). La remarque du texte ne vise donc que KELSEN I.

<sup>14</sup> Le cas s'est effectivement produit, après la guerre, dans une ville d'Afrique du Nord.

cessairement au regard de la Morale. Enfin, on peut faire grief à une partie d'avoir passé un contrat dont elle savait ou devait savoir qu'il avait un objet impossible.<sup>15</sup> Mais si l'ignorance n'était pas fautive, force est d'admettre que l'art. 20 pose une simple conséquence juridique, non une sanction au sens habituel du mot. En d'autres termes, l'ordre juridique ne commence pas par l'injonction : « Il ne faut pas passer de contrat ayant pour objet une chose impossible », mais un degré au-dessus, par l'injonction : « Le juge doit déclarer nul un contrat ayant pour objet une chose impossible ».

De même qu'une proposition exprimant une prétendue « causalité naturelle » ne garantit pas la vérité scientifique de cette relation, de même il est loisible d'établir un prétendu lien de « causalité juridique » entre n'importe quelles situations. Par exemple :

« Le soleil ne devra pas (au sens de *soll nicht*) briller demain. S'il brille demain, la lune devra (au sens de *soll*) l'occulter. »

Il est clair qu'une telle relation est en dehors de ce qu'on pourrait appeler le « champ déontique », parce que ni le soleil ni la lune ne sont des êtres doués de volonté et de discernement. Juridiques sur le plan de la logique formelle, ces deux propositions ne sont pas juridiques sur le plan de la Raison pratique. Pour celle-ci, l'ordre juridique ne peut comprendre que des injonctions adressées à des personnes douées de volonté et de discernement. Tout événement, tout comportement en apparence prohibé, mais ne pouvant faire l'objet d'une interdiction adressée à une personne douée de volonté et de discernement, échappe au champ d'application de la « causalité juridique ».

Il serait toutefois aisé de donner de nombreux exemples de dispositions légales « prohibant des situations » indépendantes de tout comportement humain, ou ne distinguant pas selon que la situation visée peut ou ne peut pas être imputée à un comportement humain volontaire (ainsi l'art. 20 al. 1 Code fédéral des obligations). Cette formulation permet de prévoir une « sanction » (*Rechtsfolge*) unique dans l'hypothèse où la situation se produit, et cela sans égard aux circonstances. Les responsabilités objectives, pour risque, des législations modernes, sont à cet égard tout à fait caractéristiques.<sup>16</sup>

On comprend dès lors que KELSEN ait cherché à minimiser les difficultés que présentait, dans son système, le problème de la norme « secondaire », puisque celle-ci peut paraître exister (lorsque l'ordre juridique déclare une situation « illicite » bien qu'elle ne puisse faire l'objet d'une injonction) quoique dénuée de portée réelle, d'efficacité, ou inversement paraître ne pas exister, (lorsque l'ordre juridique se contente de frapper le comportement d'une sanction, sans le condamner *expressis verbis* comme tel), quoiqu'elle soit sous-jacente, visible en filigrane au travers de la sanction. Théoriquement pourtant, les questions que nous venons de soulever pourraient aussi se poser *mutatis mutandis* sur le plan de la norme « primaire ». Mais, en pratique, elles se trouvent fortement simplifiées pour deux motifs :

<sup>15</sup> On peut alors considérer, soit que cette partie a commis une *culpa in contrahendo*, soit qu'elle a assumé le risque résultant de l'impossibilité (auquel cas elle répond de l'inexécution du contrat, comme si celle-ci était fautive).

<sup>16</sup> La remarque du texte explique qu'on en soit venu à parler d'« illicéité de résultat », pour définir la responsabilité de l'Etat, et de « faits illicites » au lieu de « délits civils » ou d'« actes illicites » (ainsi le Code civil italien).



1° A la différence des normes « secondaires », qui s'adressent le plus souvent à des particuliers, les normes « primaires » s'adressent presque toujours à des organes étatiques. Ceux-ci sont, évidemment, composés en principe de personnes douées de volonté et de discernement ! Ainsi, à supposer que les deux comportements (l'un *rechtmässig*, l'autre *rechtswidrig*) faisant l'objet de l'alternative juridique soient possibles,<sup>17</sup> on est assuré que la *Rechtsfolge* est située dans le « champ déontique ».

2° Sur le plan logique, *Rechtswidrigkeit* et *Rechtmässigkeit* peuvent être traitées comme des absolus,<sup>18</sup> à l'instar des signes plus et moins en mathématiques. On fait alors abstraction de l'intensité de la réprobation. Selon ce postulat, un comportement sera *rechtmässig* ou *rechtswidrig* (tout court), et non pas plus ou moins *rechtmässig* ou plus ou moins *rechtswidrig*. Selon la Raison pratique, au contraire, la réprobation et l'approbation ont une intensité variable. Il y a donc antinomie entre le postulat précité et la Raison pratique. Elle est toutefois peu apparente au niveau de la norme « primaire », lorsque celle-ci contient une injonction s'adressant à une autorité. En effet, selon les principes qui régissent le *Rechtsstaat* moderne, les autorités doivent appliquer ponctuellement et strictement l'ordre juridique, à moins, naturellement, qu'elles ne jouissent d'un pouvoir d'appréciation.<sup>19</sup> Cette obligation inconditionnelle permet une « traduction » de la relation *Tatbestand - Rechtsfolge* en langage « causal ». Plus précisément, le langage « causal » exprime le caractère inconditionnel de cette obligation. Au contraire, de nombreuses *Rechtsfolgen* affectant les particuliers n'impliquent aucune réprobation, même si elles sont fâcheuses pour l'intéressé. Ainsi le *de cuius* qui dactylographie son testament « olographe » court le risque d'une annulation, mais ne viole pas la « Morale juridique ». Et entre les sanctions proprement dissuasives (qui tendent à détourner les destinataires de l'injonction de se comporter de telle ou telle manière), d'une part, les simples *Rechtsfolgen* posées sans aucune intention dissuasive, d'autre part, il y a une infinité d'hypothèses

<sup>17</sup> Il est clair en effet que, sur le plan de la Raison pratique, un comportement impossible ne saurait faire l'objet d'une injonction. Tous les comportements impossibles sont en dehors du « champ déontique ». Entre les comportements rigoureusement impossibles et les comportements indiscutablement possibles il y a toutefois une zone marginale comprenant des comportements théoriquement possibles, mais plus ou moins difficiles à observer pour les destinataires. Plus on se rapproche de l'impossibilité, plus la norme tend à perdre son caractère normatif, déontique, pour devenir la simple définition d'une situation. Bien entendu, lorsque le comportement *rechtmässig* est seul possible, la prétendue norme est dénuée de toute portée déontique, comme dans le cas inverse. Cf., dans le même sens, KELSEN II, p. 15.

<sup>18</sup> Ou, si l'on préfère cette dernière expression, comme des catégories logiques. En parlant d'« absolus », nous n'entendons nullement, en effet, reconnaître à la *Rechtmässigkeit* et à la *Rechtswidrigkeit* un caractère d'apriorité. Nous ne voyons au contraire dans cette antinomie qu'un simple postulat.

<sup>19</sup> Auquel cas il s'agit, dans les limites du pouvoir d'appréciation, d'une norme « permissive ». Notons toutefois qu'il ne faut pas confondre les normes conférant un véritable pouvoir d'appréciation et celles qui ordonnent à l'autorité d'agir ou de statuer en tenant compte de toutes les circonstances (notamment de statuer en équité). Dans cette dernière hypothèse, en effet, l'autorité ne jouit que d'une pseudo-liberté : si le contenu de la solution, la nature exacte du comportement ne sont pas directement prescrits par la norme, celle-ci définit, d'une manière plus ou moins précise (par exemple en se référant à une certaine tradition) les éléments que l'autorité *devra* prendre en considération pour résoudre le litige ou arrêter son comportement. Aussi l'ordre juridique peut-il prévoir que les intéressés disposeront d'une voie de recours bien que l'autorité n'ait pas formellement excédé son pouvoir d'appréciation.

intermédiaires, c'est-à-dire de normes « incomplètement dissuasives » (non pas simplement en ce qui concerne leur efficacité, mais aussi en ce qui concerne l'intention du législateur).

Il ressort de ce qui précède que l'ordre juridique résulte de la superposition de deux plans, celui de la logique juridique (où *Rechtmässigkeit* et *Rechtswidrigkeit* sont des absolus, en vertu d'un postulat dont la pensée juridique ne saurait se passer) et celui de la Raison pratique (où *Rechtmässigkeit* et *Rechtswidrigkeit* sont des notions relatives, susceptibles d'être nuancées à l'infini au point de laisser entre elles une zone intermédiaire où elles perdent leur portée déontique, leur impact). Le juriste passe constamment d'un plan à l'autre, mieux : joue d'un plan contre l'autre. Ainsi, il se place sur le plan logique lorsqu'il affirme qu'il est en présence d'une « violation de l'ordre juridique ». Il se place au contraire sur le plan de la Raison pratique lorsqu'il s'abstient de toute appréciation, même implicite, sur le comportement en cause.<sup>20</sup>

Il convient de souligner que cette dernière hypothèse se rencontre rarement lorsque la norme s'applique à une autorité. En effet, l'idéal de l'Etat de droit exige que l'activité des organes soit réglée sans ambiguïté.

Observons enfin que les normes instituant des récompenses revêtent exactement la même forme que les normes instituant une punition : dans les deux cas la forme est celle de la causalité juridique (« sera », « devra », etc.). Seul le caractère effectivement agréable ou désagréable de cette conséquence pour l'intéressé permet de qualifier la conséquence juridique de « récompense » ou de « sanction ». Si elle apparaît comme une sanction, alors chacun reconstitue la norme secondaire prohibitive au travers de la norme primaire. Si elle apparaît comme une récompense, la norme secondaire sera une norme « d'encouragement » : « agit bien celui qui... ».<sup>21</sup> Dans le premier cas, l'ordre juridique oppose une conduite condamnable à une conduite licite ou approuvée. Dans le second cas il oppose une conduite digne d'éloge à une conduite licite ou condamnée. Il y a donc trois degrés : la condamnation, la tolérance (ou l'indifférence), l'approbation.

Ces trois degrés permettent quatre combinaisons : condamnation - approbation (ou approbation - condamnation), condamnation - tolérance (ou tolérance - condamnation), approbation - tolérance (ou tolérance - approbation), condamnation - tolérance - approbation (ce qui impose la prise en considération de trois conduites différentes au lieu de deux).

Toutefois, deux de ces trois degrés ne constituent en réalité que des stades intermédiaires. Les normes permissives et les normes instituant des récompenses aboutissent en effet toujours à des commandements, à des contraintes. Permettre, c'est prohiber les entraves qui pourraient être apportées au comportement licite. Récompenser c'est, dans un premier stade, permettre (ou éventuellement rendre obligatoire) le comportement qui sera récompensé, et, dans un second stade, permettre l'octroi de la récompense (si l'autorité n'est

<sup>20</sup> Il faut observer d'ailleurs que l'ordre juridique n'est pas une personne, mais un ensemble de normes. Or, les appréciations éthiques tirent en général leur valeur, leur force exemplaire, de la personne qui les porte. Le caractère anonyme, impersonnel, de l'Etat moderne, exclut tout fondement existentiel.

<sup>21</sup> Les normes secondaires d'encouragement ne se rencontrent pratiquement jamais en droit moderne : elles sont sous-entendues.

pas tenue de récompenser, si elle jouit d'un pouvoir d'appréciation) ou rendre cet octroi obligatoire.

En résumé, l'ordre juridique est par essence un jugement de « valorisation ». Nous disons à dessein « de valorisation » et non pas « de valeur ». En effet, l'ordre juridique ne se réfère pas, ce faisant, à des valeurs transcendantes telle que le « bien », le « juste », l'« équité », l'« utilité », etc. Son jugement de valeur est en même temps « position de valeur ». La norme est l'unique critère et l'unique fondement de la *Rechtmässigkeit*. Bien entendu, il ne s'ensuit pas que l'on ne puisse s'interroger sur le fondement de la norme elle-même, pour en contester la validité (par exemple parce qu'elle serait injuste, absurde, parce qu'elle émanerait d'une autorité incompétente, etc.).

La *Rechtmässigkeit* est une valeur « endogène », purement juridique. En d'autres termes, l'ordre juridique est la loi de sa propre causalité. Faut-il alors contester, pour ce motif, que la *Rechtmässigkeit* soit une valeur ? Tout dépend naturellement de la définition que l'on donne de la valeur. Si on la définit comme le fondement, le principe d'une préférence ou d'une action, nous ne voyons pas comment on peut contester que la *Rechtmässigkeit* soit une valeur.

A notre avis, le droit positif se situe à mi-chemin entre les deux grandes catégories déontiques qui sont :

- d'une part les ordres, dont la forme normative, le fondement, résident dans la volonté d'une ou de plusieurs personnes, de telle sorte que le lien existant entre l'ordre et son fondement est historique, existentiel ;
- d'autre part ce qu'on pourrait appeler les discours éthiques, présentés par leurs auteurs comme l'expression d'un donné axiologique transcendant ou du moins rigoureusement objectif.

Par opposition aux ordres, la norme positive a le plus souvent, en droit moderne, un caractère impersonnel (même si, en fait, l'auteur en est connu). Elle est censée exprimer « la volonté de l'Etat ». La formule procède d'un moment dialectique de dépersonnalisation. Jules Martin législateur est censé ne plus être Jules Martin ; en lui « s'incarne » l'Etat, c'est-à-dire l'objectivité devenue sujet.<sup>22</sup>

Par opposition aux discours éthiques, le droit positif tel qu'il s'exprime dans des lois, des règlements,<sup>23</sup> est libéré de toute référence à une Valeur-contenu (Justice, Equité, intérêt public, etc.). Son caractère normatif résulte de sa forme (le *Sollen*) associée à sa source. De l'ordre il conserve le caractère historique, il procède d'un événement ou d'une série d'événements.<sup>24</sup> Du discours éthique il conserve le caractère objectif, impersonnel. On peut donc définir le *Sollen* juridique tout à la fois comme un ordre qualifié et comme un discours éthique dégradé en catégorie logique.

<sup>22</sup> Par cette formule nous entendons simplement décrire un moment dialectique du discours juridique. On ne saurait donc y voir une adhésion à l'hégélianisme, mais au contraire un rejet catégorique de ce dernier.

<sup>23</sup> Contrairement à la législation, la jurisprudence et la doctrine invoquent souvent des Valeurs-contenus. D'où la réserve du texte.

<sup>24</sup> Si nous envisageons une série d'événements, c'est en pensant à la coutume et à une pluralité de précédents judiciaires.

## CHAPITRE VI

### LE SUJET DE DROIT, SYSTÈME A L'INTÉRIEUR D'UN SYSTÈME

Envisagée sous son aspect actif, la qualité de sujet de droit peut se définir comme « le droit d'avoir et d'acquérir des droits ». Envisagée sous son aspect passif, comme l'aptitude à être ou à demeurer astreint à une obligation, responsable d'un comportement.<sup>1</sup> Notons que la qualité de sujet passif est un avantage dans la mesure où elle permet, en contrepartie, de devenir sujet actif, notamment de passer des contrats synallagmatiques ; en outre, s'agissant de rapports de droits déterminés, le sujet de droit bénéficie du caractère défini et limité de l'obligation qui pèse sur lui ; il est astreint à un certain comportement, mais non asservi.

Par voie de conséquence, il faut distinguer selon que l'individu à qui la qualité de sujet passif est refusée par l'ordre juridique se trouve privé des avantages attachés à celui-ci, ou échappe simplement à ses inconvénients. Dans le premier cas, l'individu devient une « chose », dans le second cas, il devient ce que nous appellerons un « méta-sujet » : il est sujet actif du droit de ne pas être sujet passif. Ainsi, l'enfant en bas âge est un méta-sujet du droit pénal, en ce sens qu'il échappe à toute sanction pénale.

Cette remarque nous conduit tout naturellement à nous demander qui peut être sujet de droit. La théorie classique répond : « les êtres humains et ces entités que l'on appelle des personnes morales (ou juridiques). » Nous nous proposons d'en montrer les insuffisances et de lui substituer un système beaucoup plus complexe, qui résolve les difficultés au lieu de les dissimuler.

Au départ, il convient toutefois de poser une question fondamentale : s'agira-t-il pour nous de déterminer ce qu'est le sujet de droit ou ce qu'il convient — pour des raisons purement pratiques — d'appeler « sujet de droit » ? Comme on le verra par la suite, notre position est strictement nominaliste.

Parce qu'il est un ensemble d'injonctions, de commandements, l'ordre juridique s'adresse exclusivement à des êtres humains. L'homme est le seul

<sup>1</sup> Par *astreint à une obligation* nous entendons désigner la *Schuld*, par *responsable d'un comportement* la *Haftung*. Nous reviendrons ci-dessous sur cette distinction. Observons d'emblée qu'elle se confond dans une large mesure avec la distinction *norme secondaire* (posant une *Schuld*) et *norme primaire* (posant une *Haftung*). Ainsi le droit de la responsabilité délictuelle pose implicitement des normes secondaires (que l'on peut exprimer globalement par l'adage *neminem laedere*) et expressément des normes primaires (instituant une responsabilité patrimoniale). Mais le parallélisme n'est pas complet : la sanction d'une norme secondaire peut être une nouvelle *Schuld* (explicitement formulée).

destinataire possible des normes.<sup>2</sup> Si donc on emploie le terme « sujet de droit » pour désigner les destinataires, alors ce terme désigne uniquement tout être humain capable de comprendre la norme et de s'y conformer.

Les personnes juridiques ne sont pas et ne peuvent pas être des « sujets de droit ». En revanche, l'esclave en est un, puisqu'il reçoit non seulement des injonctions particulières de son maître (injonctions tenues pour légitimes par le droit positif), mais encore l'ordre général de se considérer comme esclave et de se conduire comme tel. Pourtant la théorie classique ne tient pas l'esclave pour un sujet de droit ; non seulement en effet il n'a pas de droits, mais encore sa sujétion est pure sujétion, sans limitation (comme l'a si bien montré HEGEL dans sa dialectique du maître et de l'esclave).

La difficulté pourrait assurément être levée en admettant que le sujet de droit est celui qui peut être à la fois sujet actif et sujet passif. Mais alors nous renonçons irrémédiablement à identifier sujet de droit et destinataire. Cette volte-face n'est-elle pas prématurée ? L'obstacle auquel nous nous heurtons a été clairement mis en évidence par la théorie dualiste de l'obligation. Il ne faut pas confondre comportement (*Schuld*) et responsabilité (*Haftung*).<sup>3</sup>

La norme de comportement ne s'adresse qu'à ceux qui peuvent ou doivent agir ou s'abstenir, sinon elle est inefficace, absurde. Certes, en apparence, la norme de comportement s'adresse indifféremment aux déments et aux hommes sains d'esprit, aux enfants et aux adultes. Ainsi le fou « doit » lui aussi payer ses impôts, et entretenir ses enfants ; il « peut » lui aussi percevoir ses revenus ou acheter des obligations d'emprunt. Dans la mesure toutefois où il ne peut agir lui-même, les normes s'adressent en réalité à ceux qui ont ou auront la charge d'agir pour le compte de l'incapable. Dire que ce dernier n'en est pas moins un sujet de droit, cela signifie simplement que c'est à partir de l'incapable que l'on pourra repérer ou désigner les hommes qui agiront pour lui, leur identité étant sans importance. Et s'il s'agit d'une obligation ayant un caractère strictement personnel (comme le devoir de fidélité au conjoint) ou d'un devoir général (s'abstenir de tout propos diffamatoire, par exemple) alors le « jugement de valorisation » perd son impact, devient une sorte de fiction dans la mesure où le destinataire est incapable de le comprendre, ou de s'y conformer. Il n'est plus que le fondement d'une éventuelle sanction, en cas de violation de la norme de comportement.

Cette remarque nous conduit tout naturellement à nous interroger sur la sanction. A cet égard, il faut observer que le terme « sanction » a deux sens, qui sont très souvent confondus.

<sup>2</sup> Nous ne perdons pas de vue, bien entendu, le fait que les animaux supérieurs sont capables de comprendre certains ordres et de s'y conformer. Etant incapables de lire, ils ne peuvent toutefois se conformer à l'ordre juridique comme tel, mais seulement à des ordres qui leur sont directement adressés. Il est impossible de leur imposer un comportement différé, à moins de créer chez eux des réflexes conditionnés.

<sup>3</sup> Comme on le sait, la distinction entre dette et responsabilité (*Schuld* et *Haftung*) fut essentiellement l'œuvre d'Otto von GIERKE qui l'exposa notamment dans sa fameuse étude *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910. (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, hrsg. v. O. von Gierke, Bd 100.) On trouvera une histoire de la doctrine dans Jean PELET, *La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse*, thèse, Lausanne, 1937.

Il peut désigner en effet :

- soit la norme actualisée par la violation de la norme de comportement ; nous l'appellerons la norme-sanction (par opposition à la norme de comportement) ;
- soit l'inconvénient prévu comme conséquence de la violation de la norme de comportement (sanction *stricto sensu*, *Rechtsfolge*). Pour éviter toute confusion, nous désignerons par le terme de « responsabilité » l'effet de la sanction, son impact sur un bien, un patrimoine ou même un corps humain.

Ainsi, l'obligation de payer des dommages-intérêts pour rupture de contrat est la norme-sanction, les dommages-intérêts la responsabilité instituée par la norme-sanction.

Comme nous l'avons montré précédemment,<sup>4</sup> la norme-sanction est en même temps norme de comportement par rapport à « l'étage suivant » de la hiérarchie des normes : la violation de la norme-sanction entraîne l'actualisation de la norme-sanction de niveau supérieur. Nous ferons toutefois abstraction ici des degrés ultérieurs de la hiérarchie des normes, car nous nous attacherons aux effets de la sanction.

A l'instar de la norme de comportement, la norme-sanction ne peut s'adresser qu'à des personnes physiques douées de volonté et de discernement, sinon elle est un coup d'épée dans l'eau.

La responsabilité peut affecter une ou des personnes, une ou des choses, ou encore le patrimoine envisagé globalement. Nous appellerons « assiette de la responsabilité » la personne ou la chose, ou encore le patrimoine, directement affectés par l'inconvénient. Ainsi le condamné est l'assiette de la responsabilité pénale, le patrimoine du débiteur est l'assiette de la responsabilité contractuelle, etc.

On peut parfaitement concevoir qu'un représenté soit frappé de sanctions pénales à raison du comportement de son représentant. Il est clair toutefois qu'une telle solution est inéquitable dans la mesure où le représenté se trouve ainsi répondre du comportement d'autrui, et non du sien propre (du fait qu'il a mal choisi ou mal surveillé son représentant, par exemple). S'il est capable de discernement, le représenté sera, dans cette hypothèse, le destinataire de la norme-sanction, et l'assiette de la responsabilité, tout à la fois. S'il est incapable de discernement, le représenté ne sera que l'assiette de la responsabilité.

Ainsi envisagé, le problème du sujet (passif) apparaît infiniment plus complexe qu'on ne l'admet communément. En effet, si l'on adopte comme nous une position strictement nominaliste, il s'agit de décider si l'on appellera « sujet de droit : »

- a) le destinataire de la norme ;
- b) la seule assiette de responsabilité ;
- c) le destinataire de la norme-sanction plus l'assiette de responsabilité ;
- d) l'ensemble des destinataires (de la norme de comportement et de la norme-sanction) plus l'assiette de responsabilité.

<sup>4</sup> Cf. *supra*, pp. 37-38.

La solution a) présente l'inconvénient majeur de faire totalement abstraction du problème de l'assiette de la responsabilité. Or il est clair que celle-ci joue un rôle fondamental dans la vie du Droit : en général, les justiciables sont moins intéressés par la personne du destinataire que par la perspective de la sanction. D'autre part, elle aboutit à cette conséquence que la norme-sanction pourra ne pas avoir le même sujet que la norme de comportement.

La solution b) présente deux inconvénients : celui de laisser de côté les destinataires, élément moteur de l'ordre juridique, et celui d'attacher trop d'importance aux conséquences purement matérielles de l'application du droit. Si l'ordre juridique ordonne la destruction d'un objet prohibé (des stupéfiants par exemple), il ne viendra à l'esprit d'aucun juriste de qualifier l'objet visé de « sujet de droit ».

La solution c) laisse totalement de côté la norme de comportement, ce qui est regrettable. La solution d) insiste au contraire sur la relation entre les deux normes. Elle saisit le problème dans toute sa complexité, mais présente assurément l'inconvénient d'être elle-même complexe. Il faut observer encore que, dans les cas c) et d), le sujet de droit n'est plus une personne (destinataire) ou une chose, mais une relation construite par l'ordre juridique entre destinataire et assiette, lorsque ces différents éléments ne sont pas identiques. *Le sujet de droit devient système à l'intérieur d'un système.*

L'étude du « sujet de droit » en tant que titulaire de droits (sujet actif) aboutit exactement à la même conclusion. Considérée à ce point de vue, la norme de comportement étend la liberté de comportement de son destinataire. Par exemple, le tuteur pourra, au nom de son pupille, porter plainte, se constituer partie civile, revendiquer une chose, passer un contrat, poursuivre un débiteur. Toute atteinte portée à cette liberté entraînera l'actualisation d'une norme-sanction, c'est-à-dire l'octroi d'une « liberté seconde », qui n'avantagera pas nécessairement le destinataire « actif » de la norme de comportement. Ainsi, les dommages-intérêts obtenus par le pupille pour inexécution d'un contrat seront affectés à la satisfaction des besoins du pupille, et non à ceux du tuteur : le patrimoine du pupille est l'« assiette de l'enrichissement ». D'autre part, l'usage effectif de certains droits peut être indépendant du discernement et n'exige donc pas, à ce niveau de la hiérarchie des normes, la présence d'un destinataire capable de discernement (le droit d'utiliser son propre nom, de se déplacer librement, de ne pas être victime d'une atteinte illicite, etc.). Nous faisons ici, sur le plan du sujet actif, la même constatation que celle que nous faisons sur le plan du sujet passif, lorsque nous relevons que certains « devoirs » sont indépendants du discernement, le dément ayant par exemple l'obligation de ne pas léser autrui, même s'il est incapable de saisir le sens de cette obligation ou de s'y conformer. Dans les deux cas, l'incapable est en quelque sorte un destinataire fictif, la fonction de la norme de comportement n'étant plus de pousser l'incapable à exécuter ses obligations, ni de l'engager à jouir de ses droits, mais simplement de servir de fondement à la norme-sanction (frappant l'incapable, s'il viole ses obligations, le tiers ou les tiers, si les droits de l'incapable sont méconnus).

Pour la simplicité de l'exposé, nous avons supposé l'existence d'une seule norme de comportement suivie d'une seule norme-sanction. Or il peut évidemment y avoir une succession hiérarchisée de normes de comportement et de

normes-sanctions. Mais de telles hypothèses, en dépit de leur complexité, ne modifient pas sensiblement la position du problème.

Nous avons montré ci-dessus comment et pourquoi le théoricien est amené, s'il désire marquer la relation entre les destinataires et l'assiette de responsabilité ou d'enrichissement, à tenir le sujet (actif ou passif) comme un système de relations, lorsque ses éléments (destinataire de la norme de comportement, destinataire de la norme-sanction, assiette de responsabilité ou d'enrichissement) ne sont pas identiques.<sup>5</sup> Il s'ensuit que l'ordre juridique apparaîtra alors comme composé de deux catégories de règles, à savoir les règles inter-subjectives et les règles intra-subjectives. Ressortiront par exemple au domaine extra-subjectif la fixation de l'impôt dû par une personne juridique, la protection de la raison sociale d'une société, la validité d'un legs fait à une fondation, etc. Ressortiront en revanche au domaine intra-subjectif les rapports entre le représentant et le représenté, l'actionnaire et la société anonyme, le bénéficiaire d'une fondation et la fondation elle-même, le mode de nomination des administrateurs d'une personne juridique, les règles fixant le mode de convocation de l'assemblée générale d'une association, etc. Or les règles intra-subjectives s'adressent aussi à des destinataires, elles posent aussi des sanctions, elles instituent aussi des assiettes de responsabilité et d'enrichissement. Ainsi surgit à nouveau le problème du sujet de droit, comme conséquence de l'« élucidation » du sujet de droit de niveau supérieur. On peut d'ailleurs concevoir un grand nombre de niveaux : a, b et c sont actionnaires de la société X, elle-même actionnaire de la société Y, elle-même actionnaire de la société Z.

Si on pousse l'« élucidation » jusqu'au bout, l'ordre juridique devient simplement un ensemble de règles s'adressant à des destinataires (individus humains doués de volonté et de discernement, seuls « moteurs » possibles de l'ordre juridique) et ayant pour objet de leur garantir une certaine liberté de comportement (droits, aspect positif du pouvoir-devoir) ou au contraire de paralyser leur liberté d'action (devoirs, aspect négatif du pouvoir-devoir). Les individus incapables de discernement ou privés, pour tout autre motif, de la qualité de destinataire, ne sont plus que les standards d'interprétation des pouvoirs-devoirs (le pouvoir-devoir devant être exercé « dans l'intérêt du bénéficiaire »).

Il faut observer enfin que les difficultés essentielles proviennent des normes-sanctions, à propos desquelles se posent les questions relatives à l'assiette de responsabilité et d'enrichissement. C'est précisément pour ce motif que nous allons maintenant examiner les incidences de la responsabilité patrimoniale sur la constitution du sujet de droit considéré comme système de relations, comme ensemble d'éléments.

<sup>5</sup> Par voie de conséquence, la responsabilité patrimoniale substitue inéluctablement au sujet-personne une relation entre deux termes au minimum (la personne physique et le patrimoine, ou plus précisément la règle de constitution du patrimoine, comme on le verra au chapitre suivant). Bien entendu il demeure loisible de désigner par « sujet de droit » non pas la relation, mais un des termes de celle-ci (la personne physique). Il ne faut pas confondre terminologie et question de fond, cette dernière étant de déterminer entre « quoi » et « quoi » s'établit le rapport juridique.



## CHAPITRE VII

### SUJET DE DROIT ET RESPONSABILITÉ PATRIMONIALE

#### Section 1 : *Introduction*

Le problème de la « nature juridique » des personnes morales est sans conteste un de ceux qui ont le plus préoccupé les théoriciens du Droit. Aucune des solutions proposées n'apparaît vraiment satisfaisante, en dépit de l'intérêt que présentent certaines d'entre elles. Cet échec nous paraît avoir deux causes. D'une part, les auteurs ont bien souvent mêlé allègrement philosophie (ou religion), dogmatique et droit positif. D'autre part, ils sont partis du cas le plus simple, celui de la personne physique, pour aboutir au cas le plus complexe. La personnalité morale devenait ainsi une anomalie qu'il fallait expliquer, ou mieux justifier. La méthode que nous adopterons ci-dessous sera exactement l'inverse : nous décrirons d'abord le phénomène « sujet de droit » sous sa forme la plus complexe, pour aboutir au cas le plus simple.

En effet, sur le plan purement technique, il n'y a aucun motif de tenir la personnalité morale pour un cas « anormal », nécessitant une justification particulière. Il suffit de décrire minutieusement le procédé. Loin de masquer les questions philosophiques, notre démarche les mettra au contraire en évidence, car il n'y a pas de réflexion philosophique possible sans une étude attentive du donné.

Nous nous sommes engagé à considérer d'abord l'hypothèse la plus délicate. Pour des motifs qui ne manqueront pas d'apparaître ci-dessous (ils sont d'ailleurs évidents), cette hypothèse est celle de la personne morale envisagée dans sa qualité de sujet de droit patrimonial. Nous nous proposons de démontrer que ce sujet de droit se décompose (au maximum) en six éléments, à savoir :

- le ou les opérateurs
- le ou les bénéficiaires
- le but
- la règle de constitution du patrimoine
- les critères de naissance, d'existence et de disparition
- le critère d'identification.

#### Section 2 : *Les opérateurs*

Tout sujet de droit doit avoir à son service une ou des volontés dont le rôle est d'exécuter ou de faire exécuter les obligations imposées par l'ordre

juridique au sujet de droit en cause ou assumées par ce dernier, d'en contracter de nouvelles, d'accomplir des actes de disposition (aliénations), et inversement d'assurer le respect des obligations dont le sujet de droit est créancier, d'acquérir des biens et des droits. Or, si l'animal peut être dressé à obéir ou à assurer la défense d'un bien, il est incapable d'user du langage parlé et de s'adapter à des situations sans cesse nouvelles. C'est pourquoi la volonté au service du sujet de droit doit être une volonté humaine.

BEKKER,<sup>1</sup> qui est de tous les théoriciens celui qui a le plus contribué — pensons-nous — à la solution des problèmes que nous abordons ici, appelait cet élément « volonté » le *Verfüger*. Ce terme a le défaut de mettre exclusivement en évidence l'activité de disposition ; « opérateur » est plus neutre, et nous l'avons choisi faute de mieux. Les problèmes suscités par les pluralités d'opérateurs ne présentent aucun intérêt philosophique, ils sont purement techniques. Il s'agit en effet d'établir une hiérarchie entre les organes, de poser des règles sur la manière dont ils doivent prendre leurs décisions (unanimité, majorité simple ou qualifiée, décisions individuelles avec veto possible), de fixer l'étendue de leurs pouvoirs et les modalités de leur exercice (signature individuelle ou collective, pouvoirs généraux ou limités à une succursale, etc.).

Il est intéressant, en revanche, d'observer que les sujets de droit n'ont pas toujours besoin en permanence d'opérateurs prêts à l'action. S'ils ne recherchent pas l'occasion d'acquérir de nouveaux droits, s'ils ne sont pas exposés à des atteintes nécessitant une prompt réaction, s'ils n'ont pas d'obligations positives à exécuter, il leur suffit de disposer périodiquement — voire occasionnellement — d'une volonté apte à les servir. En revanche, l'absence définitive d'opérateurs entraînerait inmanquablement la disparition ou l'inefficacité des droits appartenant au sujet, puisque les auteurs d'actes illicites et les débiteurs morosifs seraient assurés de l'impunité.

### Section 3 : Les bénéficiaires et le but

Dans sa théorie, BEKKER opposait à l'élément « volonté » un second élément qu'il appelait le *Geniesser*. Ainsi, pour lui, le tuteur était le *Verfüger*, le pupille le *Geniesser*. Mais ce grand auteur est malheureusement resté à mi-chemin et n'a pas analysé suffisamment les problèmes.

Certes, dans le cas du pupille, il n'y a aucune difficulté — du moins en droit moderne<sup>2</sup> : le pupille est tout à la fois le but et le bénéficiaire. Le tuteur doit agir dans l'intérêt du mineur ou de l'incapable. Celui-ci bénéficie en fait de l'activité déployée pour lui, et inversement pâtit des erreurs de gestion.<sup>3</sup> Il constitue aussi la « règle d'interprétation » des pouvoirs du tuteur, lequel doit agir en fonction des besoins du pupille (veiller par exemple à sa formation professionnelle, lui assurer les soins nécessités par son état, etc.). Cette

<sup>1</sup> E.J. BEKKER, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, dans les *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, t. 12 a. F., pp. 1 ss., Iena, 1873.

<sup>2</sup> L'histoire du droit fournit, on le sait, de nombreux exemples de tutelles destinées essentiellement à sauvegarder les biens du pupille dans l'intérêt de la famille, ou conçues davantage comme un droit du tuteur que comme une charge à remplir.

<sup>3</sup> Sous réserve d'éventuelles actions en responsabilité contre le tuteur ou les autorités tutélaires, bien entendu.

« règle d'interprétation » vaut aussi, dans une certaine mesure, pour les tiers : si ceux-ci se prêtent, de mauvaise foi, à des opérations destinées à spolier le pupille ou de nature à lui porter préjudice, ils peuvent encourir des sanctions dans les limites du droit positif (invalidité de l'acte, responsabilité contractuelle ou délictuelle, voire même des sanctions pénales).

Si nous considérons maintenant le cas de la société anonyme, le problème se complique. Les bénéficiaires sont évidemment les actionnaires, mais la société a un but défini par les statuts, but qui limite les pouvoirs des organes et dont la méconnaissance peut, là encore, être opposée aux tiers de mauvaise foi. Ce but restreint même les droits des actionnaires : ainsi, en droit suisse, la société anonyme peut avoir un but non économique<sup>4</sup> : dans ce cas, les actionnaires ne sauraient prétendre au paiement d'un dividende et doivent se contenter des autres satisfactions — parfois purement morales — que leur procure l'activité sociale. Notons aussi qu'une personne juridique peut être actionnaire : la personne juridique est alors un bénéficiaire médiate, apparent, derrière lequel se dissimulent les vrais bénéficiaires, par exemple ses propres actionnaires s'il s'agit d'une société anonyme. La chaîne peut naturellement comprendre un plus grand nombre de chaînons (la société anonyme A est actionnaire de la société B, elle-même actionnaire de la société C).

L'exemple de la fondation apparaît, de prime abord, infiniment plus délicat. En effet, elle a nécessairement un but, mais qui sont les bénéficiaires ? Si nous faisons abstraction des divergences que présentent les législations nationales et raisonnons dans l'abstrait, nous devons constater qu'il peut y avoir des fondations dont les bénéficiaires sont immédiatement visibles (ainsi une fondation destinée à entretenir les descendants d'une personne déterminée) et des fondations dont les bénéficiaires ne sont plus déterminables : si un patrimoine est affecté à la sauvegarde d'un étang dont la faune et la flore méritent protection, on sera tenté de dire que le bénéficiaire est l'étang lui-même. Mais celui-ci n'a pas d'individualité véritable, il n'est pas une créature, il n'a pas, comme tel, d'« intérêt ». Nous pouvons en revanche lui en prêter un, en le personnifiant. Mais le bénéficiaire n'est-il pas, alors, l'homme qui personnifie, plutôt que l'objet personnifié ? Il faut observer toutefois que le cercle des hommes qui attachent du prix à la faune ou à la flore est indéterminé. Dira-t-on que le bénéficiaire est « le public » ? Nous n'y voyons pas d'inconvénient, mais prenons garde de ne pas être victimes d'une illusion. Si au lieu d'avoir pour but la protection d'un étang intéressant, nous imaginons une fondation destinée à permettre l'exposition des œuvres d'un artiste défunt dénué de tout talent, quel peut bien être le bénéficiaire ? L'artiste défunt ? Il est imprudent de prêter aux défunts les sentiments et les ambitions des vivants. Les fondateurs ? A la rigueur, mais s'ils sont également décédés ? Le but lui-même, comme paraissait l'enseigner la théorie du *Zweckvermögen* ?<sup>5</sup> Mais le but n'est pas un bénéficiaire, il est la détermination de la manière dont les opérateurs (les administrateurs) doivent gérer la fondation.

Force est de considérer, ici, que la personne morale peut ne pas avoir de bénéficiaires. Pour employer une formulation dynamique, nous pouvons dire

<sup>4</sup> Art. 620 in fine, Code fédéral des obligations.

<sup>5</sup> Défendue par Alois BRINZ dans son *Lehrbuch der Pandekten*.

que, partant des cas où le bénéficiaire est nettement déterminé et où le but se confond avec l'intérêt du bénéficiaire (lequel sert de standard dans l'exercice des pouvoirs-devoirs de l'opérateur), on en arrive à des hypothèses où le but ne se confond plus avec l'ensemble des intérêts des bénéficiaires, parce qu'il est plus limité,<sup>6</sup> ou même s'oppose éventuellement à leur intérêt,<sup>7</sup> puis à des hypothèses où le cercle des bénéficiaires apparaît malaisé à délimiter, puis à des hypothèses où il n'y a plus de bénéficiaires, le but étant seul à « supporter » le sujet de droit.

Ce processus se caractérise donc comme un processus d'aliénation au sens philosophique du terme : le sujet de droit tend à devenir un mécanisme par lequel des biens cessent d'être au service de la communauté ou de certains de ses membres et se trouvent même en quelque sorte rejetés *extra commercium* : ainsi lorsqu'une fondation est destinée à venir en aide à des personnes dont le cercle est défini de manière si restrictive qu'il constitue un « ensemble vide ». On peut même concevoir que le sujet de droit n'ait plus pour but que la conservation de ses biens : c'est la mainmorte à l'état pur. L'ordre juridique est pris au piège de sa propre création. Ou bien encore le but sera la conservation d'un bien déterminé — un lieu sacré par exemple — placé désormais hors d'atteinte, protégé par une sorte de tabou.

On nous reprochera peut-être, comme naguère à BEKKER, de confondre la personnalité morale et la représentation de sujets personnes physiques (le couple tuteur-pupille, par exemple), crime abominable, passible des foudres de tout juriste digne de ce nom. Nous répondrons simplement que l'opposition personnes physiques - personnes morales, si elle est fort utile sur le plan pratique, dans le cadre d'un ordre juridique donné, n'a en revanche aucune valeur dogmatique et philosophique ; en présence de la gamme infinie des possibilités techniques, aucun critère de distinction ne s'impose.

D'ailleurs, et comme on le verra ci-dessous, les perfectionnements que nous avons apportés à la théorie de BEKKER nous mettent à l'abri de certains reproches que l'on pouvait légitimement faire à notre prédécesseur.

#### Section 4 : La règle de constitution du patrimoine

L'invention de la responsabilité patrimoniale a été, sans conteste, une des étapes les plus importantes du développement du Droit. Désormais, il s'agit moins de savoir quelle personne devait se comporter de telle ou telle manière, que de déterminer quel patrimoine serait affecté par la sanction. Dans la construction du « sujet de droit », la *Haftung* l'emportait sur la *Schuld*. Ensemble — effectif ou purement potentiel<sup>8</sup> — de droits appelés à répondre des mêmes obligations, le patrimoine est une création totalement artificielle.

<sup>6</sup> Ainsi en est-il d'une fondation ayant pour objet d'aider des étudiants à faire des séjours d'étude à l'étranger.

<sup>7</sup> Par exemple, l'activité d'une société anonyme peut être directement préjudiciable à ceux de ses actionnaires qui sont propriétaires d'une entreprise concurrente.

<sup>8</sup> En effet, un sujet de droit peut n'avoir aucun bien patrimonial. Pour ce motif, il serait erroné de faire du patrimoine (au sens d'ensemble de biens réalisables en argent) un élément du sujet du droit. Seule est déterminante l'existence de la règle de constitution, règle dont l'objet est d'ordonner que les biens patrimoniaux présents ou hypothétiques formeront un ensemble répondant des mêmes dettes.

Par voie de conséquence, les patrimoines peuvent être multipliés à volonté, dans les limites de l'ordre juridique positif.

Lorsque les opérateurs — ainsi les organes d'une personne morale — et les bénéficiaires — par exemple les actionnaires — se succèdent sans que, pour autant, le « sujet de droit » en soit affecté dans sa « personnalité », le patrimoine représente l'élément le plus stable, le seul qui compte vraiment aux yeux des tiers. Mieux encore : on peut imaginer deux sujets de droit qui aient les mêmes opérateurs, les mêmes bénéficiaires, le même but : c'est l'existence — effective ou purement potentielle — de deux patrimoines distincts qui sera déterminante.

On nous objectera sans doute que les ordres juridiques contemporains traitent presque constamment la relation « sujet de droit - patrimoine » sous la modalité de l'« avoir » : Jules Martin, la Société anonyme Bel-Abri, la Fondation Pro Quelque Chose ont un patrimoine, et ne sauraient donc être des patrimoines. La modalité de « l'être » exclurait celle de l'« avoir », et inversement. Même lorsqu'un droit positif fait, par exemple, de l'apport préalable d'un patrimoine la condition *sine qua non* de la création d'une fondation, on n'en dira pas moins que la fondation a un patrimoine, sitôt qu'elle aura été constituée. D'ailleurs, le patrimoine change constamment dans sa composition et dans sa valeur : la maison peut être vendue et remplacée par des titres, la dette est acquittée par le débiteur ou fait l'objet d'une remise, etc. Ces remarques sont en partie fondées et constituent la réfutation de la théorie du patrimoine affecté (*Zweckvermögen*). Mais la solution traditionnelle n'explique pas comment il est possible qu'un seul et unique « sujet de droit » puisse avoir plusieurs patrimoines<sup>9</sup> et que, dans cette hypothèse, des rapports juridiques puissent se former entre ces patrimoines, à tel point que l'on peut dire par exemple : « le patrimoine A est le débiteur du patrimoine B », etc. La seule manière de résoudre la difficulté serait — dans le cadre de la conception traditionnelle — d'admettre l'existence de deux niveaux de relations, un niveau inter-subjectif et un niveau intra-subjectif. La solution ne serait ni très heureuse, ni très claire.

Il nous paraît infiniment plus simple de nous attacher non pas au patrimoine (au sens d'ensemble de biens, de valeurs), mais à la *règle de constitution du patrimoine*, et d'en faire (dans les limites où s'applique la responsabilité patrimoniale), un des éléments du sujet de droit. Peu importe, selon cette théorie, que le patrimoine existe réellement (c'est-à-dire, pour nous exprimer de la manière traditionnelle, que le « sujet de droit » ait des biens patrimoniaux ou n'en ait pas). Il suffit (dans les limites, toujours, de la responsabilité patrimoniale), que l'on soit en présence de deux règles de constitution de patrimoine pour que l'on soit en présence de deux sujets de droit différents (étant entendu qu'il faudra deux critères d'identification pour marquer cette différence).

Soulignons, pour éviter tout malentendu, que nous appelons « règle de constitution du patrimoine » non pas le principe général en vertu duquel les biens et droits sont répartis entre les patrimoines selon certaines modalités et avec des conséquences en général identiques pour tous les sujets de droit,

<sup>9</sup> Par exemple, selon la loi fédérale sur les fonds de placement, du 1er juillet 1966, la direction a deux patrimoines, à savoir son patrimoine ordinaire et le fonds de placement, érigé en patrimoine distinct.

mais l'application concrète de ce principe à chaque sujet considéré isolément, principe en vertu duquel les biens et droits patrimoniaux acquis par ce sujet font partie de son patrimoine.

La solution que nous proposons évite les critiques adressées jadis à la théorie du *Zweckvermögen*, dans la mesure où elles étaient fondées. Il faut noter toutefois, en faveur de cette théorie — et nous l'avons déjà observé ci-dessus en passant — que le droit positif fait souvent de l'apport de certains biens ou valeurs, ou de leur conservation, la condition d'existence d'une personne morale.<sup>10</sup> On voit mal comment et pourquoi on contesterait, dans ces hypothèses, que ces biens ou valeurs sont des éléments du sujet de droit. Cette observation ne réfute pas notre propre solution. En effet, il est clair que l'ordre juridique peut parfaitement refuser de tenir pour suffisante la simple règle de constitution d'un patrimoine et exiger, pour la création ou l'existence du sujet de droit, la présence effective de biens ou de valeurs. Il substitue ainsi, à un élément immatériel, purement artificiel (la règle de constitution du patrimoine) un élément plus ou moins matériel. Dans cette mesure, il adopte la modalité de l'« être » en lieu et place de l'« avoir ». En d'autres termes, suivant les problèmes qu'il doit régler, il choisit celle des deux modalités qui convient. On ne saurait parler de contradiction, car le sujet de droit n'est pas un objet qu'il s'agit de décrire, mais une construction, un ensemble de relations que l'ordre juridique peut modeler à son gré, tant qu'il n'en résulte pas de contradiction sur le plan normatif.

Remarquons enfin que notre solution permet de distinguer clairement les relations intra-subjectives (c'est-à-dire les règles de constitution, d'existence et de disparition des sujets de droit) des règles inter-subjectives (rapports juridiques *stricto sensu*). En revanche, elle ne correspond nullement à la formulation et à la terminologie des droits positifs. On ne manquera pas de nous en faire grief. Nous répondons toutefois qu'il ne faut pas confondre les définitions et solutions techniques adoptées par un ordre juridique positif, avec les exigences et les résultats de la réflexion scientifique. Tout ordre juridique a finalement pour seul objet de poser des règles de comportement étendant ou restreignant la liberté d'action d'individus humains doués de volonté et de discernement. Ces « destinataires » sont les seuls vrais « sujets de droit », parce qu'eux seuls jouent au « jeu juridique », les autres n'étant que des pions, quelle que soit la valeur que la société leur reconnaît. Envisagée sous cet angle réaliste, la personnalité juridique n'est qu'un procédé technique dont l'utilité est tantôt de faciliter la détermination du ou des destinataires en cause (ces destinataires étant alors les opérateurs du sujet de droit), tantôt au contraire de rendre cette détermination superflue.<sup>11</sup> Les ordres juridiques positifs ne font pas tous le même usage de ce procédé technique, ils peuvent adopter des constructions différentes, reconnaître ou au contraire refuser la « personnalité juridique » dans des conditions qu'ils déterminent ; le problème

<sup>10</sup> Par exemple, l'ordre juridique exigera la réunion d'un certain capital pour la constitution d'une société anonyme, ordonnera la dissolution de la personne morale si la fortune ne suffit pas à couvrir les dettes, ou permettra la réinscription, au registre du commerce, d'une société radiée en cas de découverte d'éléments patrimoniaux n'ayant pas fait l'objet de la liquidation.

<sup>11</sup> Ainsi le locataire désireux de résilier son bail adressera la lettre « à la Société anonyme Bel Abri », au siège social.

dogmatique et philosophique ne s'en trouve nullement affecté. Cela est si vrai que, lorsqu'un ordre juridique permet à un « sujet de droit » unique d'avoir deux patrimoines — ou davantage — il se trouve nécessairement ou presque nécessairement contraint d'admettre que certains actes juridiques soient passés entre ces deux patrimoines, « comme s'il s'agissait de deux sujets différents », dirait un théoricien « classique », « parce que, dans les limites de la responsabilité patrimoniale, c'est le patrimoine qui devient la pièce maîtresse », dirons-nous.

### Section 5 : *Les critères de naissance, d'existence et de disparition*

Il appartient à l'ordre juridique positif de définir les conditions auxquelles sont subordonnées la naissance, l'existence et la disparition des « sujets de droit ». Cette liberté est toutefois limitée par les conséquences attachées au principe de la responsabilité patrimoniale, ainsi que par la nécessité de doter tôt ou tard le sujet d'opérateurs aptes à agir pour lui (le rôle des bénéficiaires et du but étant, comme nous l'avons montré, beaucoup moins important). Le critère de la constitution sera soit un événement purement naturel (la naissance d'un individu ou sa conception), soit un acte juridique (contrat, décision de l'autorité, inscription dans un registre, etc.). En général, la durée du sujet est liée à la persistance des conséquences de l'événement constitutif (vie de l'individu, maintien de l'inscription dans le registre, etc.). Quant à l'événement qui provoque la disparition, il peut, lui aussi, être naturel (la mort) ou artificiel. Bien entendu, l'ordre juridique peut prévoir plusieurs causes de disparition.

Les choses inanimées et les plantes se prêtent fort mal à servir de critères de naissance, d'existence et de disparition, parce que le début et la fin de leur existence sont difficilement déterminables. On comprend dès lors que les droits modernes interdisent en général de tels critères, idée que l'on exprime communément en disant que ni les plantes, ni les choses inanimées ne peuvent être « sujets de droit ». Les animaux (nous pensons essentiellement aux animaux supérieurs) ne posent pas le même problème et l'on peut se demander pour quelle raison il est également interdit, en règle générale, de les utiliser comme critères. Les obstacles résident sans doute dans la crainte de l'homme de devoir partager la qualité de « personne » avec ses « frères inférieurs », comme aussi dans la subordination de l'animal à l'homme (conçue comme incontestable, conforme à la Nature), et enfin dans le fait que l'identité d'un animal est moins aisément vérifiable que celle d'un être humain.

### Section 6 : *Le critère d'identification*

En raison même de la complexité de sa structure, le « sujet de droit » pose nécessairement un problème d'identification et de désignation. Il doit avoir un nom permettant tout à la fois de le distinguer des autres « sujets de droit » et de connaître, dans la mesure où cela est nécessaire, les différents éléments qui le composent. On dira par exemple que le « sujet de droit » est Jules Martin, la société anonyme Bel-Abri, etc.

Lorsque ce critère d'identification est le nom même de la personne physique qui a la qualité de destinataire unique, il est à la fois naturel et commode de tenir cette personne pour « le sujet de droit ». Le patrimoine est alors traité selon la modalité de l'« avoir » : Jules Martin a un patrimoine. Cette formulation se justifie aussi par le désir légitime d'adopter, pour le concept de sujet de droit, un « commun dénominateur », afin d'unifier autant que possible le régime applicable aux rapports patrimoniaux et le régime applicable aux rapports non patrimoniaux. Cette unification n'est évidemment réalisable que si l'on fait abstraction du rôle joué par le patrimoine. Il n'en résulte aucun inconvénient tant qu'à chaque « sujet » correspond un seul et unique patrimoine : le principe selon lequel les rapports patrimoniaux et non patrimoniaux ont les mêmes sujets — c'est-à-dire des sujets de même nature, semble parfaitement conforme à la « réalité » juridique. Seule la pluralité de patrimoines en démontre le caractère fallacieux.

Le choix du critère d'identification n'est d'ailleurs pas sans contribuer à créer des risques de confusion. Les personnes physiques sont toujours les bénéficiaires du sujet de droit qui porte leur nom ; elles en sont aussi normalement les opérateurs (sauf si elles sont mineures, incapables de discernement, etc.) ; elles en sont enfin les critères de naissance, d'existence et de disparition (la durée du sujet étant, en général, liée à leur propre vie). Il est donc tentant d'identifier le sujet non seulement *par*, mais aussi à la personne physique qui en est l'élément le plus frappant. Cette tendance va d'ailleurs dans le sens naïvement matérialiste qui caractérise en général les juristes. Que le sujet de droit soit une personne en chair et en os, voilà qui est rassurant, donc certainement vrai. On trouve exactement la même tendance à propos du patrimoine. Tant qu'il s'agit de considérer celui-ci comme un ensemble de droits (réalisables en argent) servant de gage commun aux créanciers, aucune difficulté ne surgit. Mais le juriste répugne à mettre l'accent sur la règle qui constitue ce patrimoine en tant qu'ensemble — effectif ou purement potentiel.

### Section 7 : Conclusion

Parti, comme nous l'avions annoncé, de la personne morale, nous aboutissons à constater que le « sujet de droit - personne physique » est en réalité au minimum un « couple » - personne physique patrimoine (dans le cadre des rapports patrimoniaux, bien entendu), couple dont l'ordre juridique régit la relation. On pourrait donc dire paradoxalement qu'il n'y a que des personnes morales et que l'apparition de la responsabilité patrimoniale a sonné le glas — dans les limites où joue cette responsabilité — du sujet de droit personne physique. Cela est si vrai que, parmi tous les éléments qui composent ou peuvent composer le « sujet de droit » complet, le patrimoine est devenu le seul (avec, bien sûr, le critère d'identification) qui soit vraiment distinctif. Entre deux « sujets de droit » il peut y avoir identité partielle (mêmes opérateurs, ou mêmes bénéficiaires, ou même but) : tant que leurs patrimoines sont distincts, des actes juridiques demeurent possibles entre eux, malgré cette identité partielle. Il ne s'ensuit pas, naturellement, que celle-ci soit sans aucune importance. L'identité du ou des opérateurs fait surgir le



problème du « contrat avec soi-même » ou de la « double représentation ». L'identité des bénéficiaires peut servir d'instrument pour frauder le fisc ou léser les héritiers réservataires (ainsi lorsqu'une personne crée une fondation dont le but est exclusivement ou essentiellement de l'entretenir, ou d'entretenir des tiers qui ne sont pas ses héritiers). Enfin l'identité de but peut être une source de conflits, lorsque le but en cause a un caractère monopolistique (par exemple deux associations prétendent chacune désigner « miss Suisse »).

Une telle conclusion peut assurément paraître choquante, si l'on n'en comprend pas la portée exacte. Notre propos n'était nullement de mettre en cause la dignité de la personne humaine, ni, à plus forte raison, de réfuter les philosophies personnalistes. Il ne faut pas confondre les solutions techniques — qui fournissent à l'ordre juridique le « matériau de construction », avec les choix éthiques, qui en déterminent l'emploi. Mais — et c'est là le point important — il peut arriver que la subtilité d'une solution technique devienne un piège dans lequel l'expérience juridique s'aliène. Le sujet de droit en fournit un exemple particulièrement significatif. Les rapports juridiques sont définis à la fois par les sujets qu'ils unissent, et par le contenu de ces rapports. Ils évoluent soit par l'action de ces sujets, soit par une modification extérieure (prescription, changement de législation, etc.). Mais si le « but », par lui-même inerte, se substitue aux bénéficiaires vivants et agissants, le dynamisme tend à disparaître, à tel point même que le sujet de droit peut ne plus servir qu'à la conservation ou à l'augmentation de son propre patrimoine, devenu sa seule raison d'être. Ainsi se trouve figé le moment dialectique de l'aliénation du collectif, de l'universel (pour employer la terminologie hégélienne) dans le particulier, dans une « personne » qui n'est plus personne, mais chose vide. La personnification de l'entité entraîne une « dépersonnalisation » du Droit. L'ordre juridique, s'il veut éviter que les hommes ne deviennent les serviteurs des choses, doit alors faire marche arrière, retrouver, dans l'affirmation de l'universel, la justification d'une destruction de ces sujets de droit ou d'une « opération chirurgicale » destinée à leur restituer leur dynamisme, leur capacité d'ouverture. Mais si l'expérience juridique peut bien affirmer la valeur des deux moments dialectiques (celui qui érige le sujet de droit en « personne » et celui qui la détruit ou la remodèle), elle est impuissante à en formuler la synthèse, c'est-à-dire à trouver un critère « de droit naturel » qui permettrait de définir les sujets de droit « abusifs ». Elle ne peut qu'en affirmer la possibilité et la nécessité.

## CHAPITRE VIII

### PROJECTION DES DROITS SUBJECTIFS - RULE OF LAW - RECHTSSTAAT

Les rapports juridiques sont définis, délimités, à la fois dans leur contenu et dans leurs sujets. Ceux-ci sont le mécanisme d'ouverture et de fermeture du rapport, dans la mesure où ils peuvent l'affecter par leur comportement, notamment par leurs actes juridiques. Il est clair toutefois qu'à cet égard les possibilités offertes au sujet actif sont beaucoup plus étendues que celles dont jouit le sujet passif.<sup>1</sup> Mais les rapports juridiques peuvent aussi évoluer par une intervention extérieure (revision de la loi, décision d'espèce d'une autorité, etc.), affectant soit les droits du sujet actif (nationalisation, moratoire, etc.), soit le sujet actif comme tel (dissolution d'une personne juridique, par exemple). Pour se mettre à l'abri de tels avatars, les intéressés cherchent tout naturellement à obtenir des garanties, portant soit sur la « survie » du sujet de droit en tant que tel, soit sur la sauvegarde du contenu des droits (devant ainsi des « droits subjectifs », ou mieux des « droits acquis », par opposition aux intérêts ne bénéficiant que d'une protection réflexe).

La protection accordée par l'ordre juridique est liée au maintien « tel quel » de cet ordre juridique. Une revision législative ou constitutionnelle suffit à la battre en brèche. Dans l'espoir de pallier le danger, le juriste songe alors à « projeter » le sujet ou le droit subjectif au-delà de toute atteinte. Ce moment dialectique de la « projection » peut revêtir deux formes. La première superpose au droit positif un « méta-droit » naturel qui l'emporterait, en autorité, sur le droit positif. L'autre affirme la possibilité, pour l'ordre juridique, de s'aliéner lui-même dans un « méta-droit » positif irrévocable. Les deux solutions, quelque différentes qu'elles soient, ont ceci de commun qu'elles asservissent l'expérience juridique, en la condamnant à reconnaître la validité de normes préexistantes, qui s'imposeraient à elle. C'est le moment dialectique du « déclaratif », de l'objet normatif. Or l'expérience juridique est prisonnière de sa propre liberté. Seule juge de la valeur de son résultat, elle peut constamment revenir sur les vérités qu'elle prétendait acquises. Pour nous servir d'une image, nous dirons que, quel que soit l'élan avec lequel elle projette des normes au-delà d'elle-même, ces normes n'échappent pas à son attraction et peuvent constamment être « récupérées ».

En d'autres termes, la liberté de l'expérience juridique va jusqu'à lui permettre de faire de la fixité une loi transcendant — dans une certaine mesure — l'ordre juridique en cause. Mais une telle loi ne saurait transcender l'expé-

<sup>1</sup> Celui-ci peut toutefois éteindre la dette par le paiement, offrir un gage au créancier, proposer une dation en paiement, refuser d'exécuter, etc., toutes attitudes qui ont ou peuvent avoir une influence sur le rapport de droit.

rience juridique elle-même. Elle appartient au système, non à la relation du sujet au système. C'est la grande différence qui existe entre un engagement personnel (notamment un serment) et la garantie des droits acquis. L'engagement personnel peut être tenu<sup>2</sup> pour l'extrême limite de la liberté du sujet, dont la liberté devient liberté de créer la nécessité, alors que la protection des droits acquis ne résulte que de l'ordre juridique, lequel ne peut aliéner sa liberté, parce qu'il est un discours-objet, non une personne. Mais plus l'ordre juridique s'identifie à la volonté d'une ou de plusieurs personnes déterminées, plus il revêt le caractère d'un engagement personnel. La protection des droits acquis participe alors de ce fondement existentiel, et de la relation entre les auteurs de la norme et le ou les bénéficiaires.

Faut-il alors se joindre aux positivistes et ironiser sur l'illusion « méta-juridique » ? Nous ne le pensons pas. Nous nous refusons en effet à soumettre l'expérience juridique aux mêmes exigences que l'expérience scientifique. Celle-ci est un effort de connaissance, celle-là une praxis régie par ses propres lois. L'oscillation entre le « déclaratif » et le « constitutif », entre le moment dialectique de l'aliénation dans l'objet normatif et celui de la créativité est de l'essence de l'expérience juridique. C'est pourquoi toute description « statique » — faisant abstraction de la tension dialectique — aboutit nécessairement à présenter le Droit comme une suite d'affirmations non seulement sans preuve, mais encore contradictoires.

Il en va ainsi notamment du droit subjectif, qu'un ouvrage collectif<sup>3</sup> prétendait « mettre en question ». Point n'est besoin, pour cela, des théoriciens. L'expérience juridique suscite nécessairement un moment dialectique de « récupération », où l'expérience juridique s'interroge sur la valeur de l'objet normatif qu'elle affirmait la transcender et qu'elle transcende à son tour.

Il est intéressant de noter que deux autres tentatives ont été faites, à l'époque moderne, pour protéger — au moins dans une certaine mesure — les particuliers contre les abus de l'Etat. L'une est fondée sur la notion de *Rule of Law*, lancée par DICEY en 1885.<sup>4</sup> Il s'agit au fond d'un effort pour dépasser le dualisme du droit positif et du Droit idéal dans une autolimitation du droit positif, lequel accueillerait des éléments du Droit naturel, par une sorte de réception. L'autre est celle du *Rechtsstaat* ; rejetant la conception totalitaire

<sup>2</sup> Cf. chap. XVI, *infra*, p. 114.

<sup>3</sup> *Le droit subjectif en question*, Paris, 1964 (Archives de philosophie du Droit, n° 9).

<sup>4</sup> Dans son ouvrage célèbre *The Law of the Constitution*. Les grandes lignes de la doctrine, sous sa forme ultime, sont clairement exposées par DICEY dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ninth ed., London, 1950, pp. 202-203 :

« That 'rule of law', then, which forms a fundamental principle of the constitution, has three meanings, or may be regarded from three different points of view.

» It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government...

» It means, again, equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts ; the 'rule of law' in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals...

» The 'rule of law', lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the courts... » Sur l'évolution de la pensée de DICEY, on pourra consulter l'introduction de E.C.S. WADE, pp. LXVII ss.

de l'Etat, elle prétend que le Pouvoir trouverait une limitation dans la nature même de l'Etat démocratique. Le Droit idéal prendrait ainsi un caractère ontologique et, dans cette mesure, positif.

Les deux doctrines ont un point commun : toutes deux prétendent aliéner l'expérience juridique dans un objet (la règle de droit, l'Etat) qui constituerait une médiation entre la transcendance du Droit idéal et l'immanence du droit positif. Cette démarche naïve les prive de toute valeur philosophique, puisque l'objet n'est — en tant qu'objet — que l'effet réflexe de l'aliénation du sujet, et qu'en se libérant de l'aliénation ce dernier fera disparaître l'objet.

Nous croyons au contraire que l'expérience juridique est expérience d'une certaine signification déontique de la présence d'autrui pour qui conduit, ou mieux vit cette expérience. Si celle-ci présuppose la connaissance de la représentation (d'autrui et du milieu où s'opère la rencontre avec autrui), elle ne se limite pas à cette connaissance (sinon elle aurait un caractère purement « scientifique ») : elle est aussi et surtout *Erlebnis*, événement vécu par le sujet, prise de conscience du sens existentiel que la présence d'autrui revêt pour le sujet. Cette relation est par essence subjective, c'est-à-dire inséparable de l'existence du sujet qui la vit. Elle se « colore » donc de tous les sentiments personnels du sujet, comme aussi de toutes les idées-forces qu'il partage avec le milieu social. Mais simultanément, cette présence d'autrui doit révéler au sujet sa propre subjectivité (sinon ce n'est pas une expérience « juridique »). L'expérience juridique devient ainsi quête d'objectivité. Le sujet va contester la substance même de l'expérience qu'il a conduite, et que sa subjectivité lui rend maintenant suspecte. Pour qu'elle satisfasse à sa propre exigence intrinsèque d'objectivité, l'expérience juridique entend dépasser l'*Erlebnis*, elle se présente (ou plus précisément est présentée) comme devant aboutir à une connaissance, à l'élucidation d'un objet normatif préexistant. La démarche constitutive fait place à un autre moment dialectique, celui du déclaratif.

On peut naturellement crier ici à la fiction : « plaisante vérité qu'une rivière borne ! » Dans le système que nous proposons, cette exclamation fameuse est vide de sens. Il ne s'agit pas, pour nous, d'appliquer au Droit les critères de vérité qui régissent les sciences de la nature, mais de montrer comment l'expérience juridique constitue son objet sous la modalité du déclaratif, c'est-à-dire d'expliquer pourquoi il peut y avoir une pensée juridique, des ordres juridiques, pourquoi aussi on a pu parler de « l'éternel retour du droit naturel ».<sup>5</sup> A nos yeux, ce n'est possible que parce que l'expérience juridique constitue son objet en tant qu'objet et pose simultanément les critères de sa vérité.

Mais le passage du constitutif au déclaratif a évidemment un caractère aliénant. Le sujet tend à s'aliéner dans l'objet normatif qu'il a constitué ou que d'autres ont constitué pour lui. S'il craint que le résultat de sa propre expérience ne soit affecté de subjectivité, il craint tout autant, ou plus encore, qu'il n'en aille ainsi des expériences juridiques conduites par d'autres que lui. Il leur présente dès lors les normes comme « valables », « existantes », indépendamment de leur opinion. On pourrait dire — en employant une formule imagée — que l'expérience juridique, à la limite, tend à son propre

<sup>5</sup> *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, titre d'un ouvrage de Hans ROMMEN (2. Aufl., Leipzig, 1947) qui a été traduit avec une introduction par Emile MARMY sous le titre *Le droit naturel* (Paris, 1945).

anéantissement, à sa propre suppression. Le mouvement est le même, il faut le noter, que l'on se place sur le terrain de l'expérience ouverte ou de l'expérience close. Dans le premier cas, il aboutit à l'affirmation de l'« existence du Droit naturel » ; dans le second, au concept de positivité, à l'affirmation selon laquelle il n'y a qu'un ordre juridique, celui qui est « positif », voulu par « l'État », « effectif », etc. Étrange Droit naturel, pourtant, puisqu'on doit le codifier à l'intention de ceux qui ne l'aperçoivent pas ; étrange droit positif, qui repose sur un état de fait dont l'existence dépend du comportement même de ceux à qui on l'impose en leur affirmant que leur adhésion ou leur refus ne saurait avoir la moindre incidence sur l'« existence » de cet ordre juridique !

Mais, s'il ne faut pas méconnaître ces paradoxes, il ne faut pas non plus, croyons-nous, en tirer argument pour contester fondamentalement la valeur de l'expérience juridique. Celle-ci a un statut propre, original, elle est régie par des lois qui ne sont pas celles de l'expérience scientifique.

## CHAPITRE IX

### LES SOURCES FORMELLES DU DROIT — LE MYTHE DE L'OBJET NORMATIF

Dès l'instant où le sujet pensant exprime — volontairement ou involontairement — sa pensée par des signes extérieurs, celle-ci acquiert ce qu'on pourrait appeler une « existence langagière ». Par la médiation des signes, elle devient un élément de la représentation, du donné. Plus le caractère « signifiant » des signes est manifeste pour autrui, plus ils apparaissent comme un appel de sens.

Certes, il arrive que l'observateur se dérobe à cet appel. Ainsi, un promeneur voit dans la montagne une lumière qui s'allume et s'éteint périodiquement, la durée et la périodicité des scintillements correspondant au signal morse SOS. Par mauvaise volonté ou par scepticisme, il se persuade toutefois que c'est une illusion et que la lumière disparaît simplement lorsque le porteur de la lampe passe derrière un arbre.<sup>1</sup> Mais l'importance que nous attachons à la présence d'autrui<sup>2</sup> est si grande que nous résistons rarement aux appels de sens qui se présentent à nous.

Appel de sens, le signifiant demande, par là-même, à être interprété. Or, du seul fait qu'il est incorporé à certains éléments de la représentation, il devient, dans une certaine mesure, indépendant de celui qui a émis les signes. D'une part en effet, l'auteur du signifiant peut s'exprimer d'une façon maladroite ou ambiguë, de telle sorte que l'interprète ne donnera pas au signifiant le sens désiré par l'auteur. D'autre part, l'interprète n'est pas, *a priori*, tenu d'interpréter le signifiant dans ce sens.

Si, faisant abstraction de l'auteur, nous considérons la relation qui s'établit directement entre l'interprète et le signifiant (le « texte »), nous devons admettre, assurément, que « le sens » du texte paraît souvent s'imposer d'une manière tellement évidente que le signifiant et ce signifié semblent constituer un tout indissoluble. L'automatisme du langage exerce sur l'interprète une pression si forte que l'interprète a le sentiment qu'il n'interprète pas, mais reçoit le sens comme un donné. Inversement, il arrive que tous les efforts de l'interprète pour transformer le signifiant en discours demeurent vains (lettres isolées, mots sans suite, etc.). Bien souvent, toutefois, l'interprète se trouve placé devant un choix d'interprétations possibles.

<sup>1</sup> Bien entendu, on peut aussi imaginer le cas inverse, où un promeneur prendrait pour un signal de détresse les lueurs d'une lampe qui apparaîtrait et disparaîtrait pour des raisons fortuites. Il y aurait alors un pseudo-appel de sens.

<sup>2</sup> Par curiosité, par sympathie, par crainte d'une réaction de l'auteur, par désir d'utiliser le signifiant comme « schème d'allévation », etc.

S'agissant d'un texte littéraire ou philosophique, par exemple, l'auteur est nécessairement, dans une large mesure, le critère de référence. La remarque reste vraie même lorsque l'interprète s'efforce de discerner, au-delà du sens voulu par l'auteur, des pulsions, des inhibitions dont l'auteur n'avait pas conscience ou qu'il entendait dissimuler. Si, pour l'interprète, il y a plusieurs niveaux de vérités, l'interprétation tend néanmoins à la découverte de vérités.

Parce que l'expérience juridique est une quête d'objectivité, elle aspire à élucider *le sens* des normes qui lui sont *données*. Mais les textes juridiques émanent rarement d'un auteur déterminé.<sup>3</sup> L'élaboration des lois, en particulier, résulte le plus souvent d'un processus lent et compliqué, auquel participent de nombreux individus (fonctionnaires de l'administration, commissions d'experts, dirigeants d'associations consultées, gouvernement, parlementaires, etc.), de telle sorte que la « volonté du législateur historique » devient impossible à établir.<sup>4</sup> La coutume est plus anonyme encore, puisqu'elle est l'œuvre d'un « on ».<sup>5</sup> Quant aux adages, brocards, principes, tenus pour une formulation du « Droit naturel », ils exprimeraient directement un « Il », un donné juridique transcendant.

D'ailleurs, la volonté de l'auteur n'est qu'un des critères possibles<sup>6</sup> dans le choix des interprétations soutenables. Il en est plusieurs autres : le sens objectif du texte,<sup>7</sup> le sens qui lui a été traditionnellement donné (notamment par les tribunaux), le sens qui correspond le mieux à l'esprit général du système, le sens qui permet de régler la question de la manière la plus judicieuse ou la plus équitable, etc.

Or, à la différence de l'interprète d'un texte littéraire ou philosophique, le juriste est condamné à donner au texte un seul et unique sens : la vérité normative ne saurait comporter plusieurs niveaux. Dans le cadre du texte, qui est la limite, le cadre des interprétations possibles, il doit choisir un sens et le présenter comme *le sens*.<sup>8</sup> Mais souvent, l'interprète commence par éla-

<sup>3</sup> Sauf lorsque le texte est l'œuvre d'une personne déterminée et que l'autorité du texte apparaît inséparable de la personnalité de son auteur. Tel est le cas, normalement, des ouvrages de doctrine.

<sup>4</sup> Il arrive souvent que l'interprète, constatant que le rapporteur ou un membre du gouvernement s'est exprimé de telle ou telle manière lors de l'élaboration de la loi, tienne cette explication pour l'expression de la volonté de tous ceux qui ont participé à l'élaboration du texte et à son adoption. Présomption ou fiction, le procédé permet d'utiliser les travaux préparatoires comme « schème supplémentaire d'aliénation ».

<sup>5</sup> Sauf lorsqu'un ouvrage de doctrine est tenu pour l'expression de la coutume.

<sup>6</sup> Observons que ce critère présente l'avantage de respecter pleinement la règle de compétence, la volonté de l'auteur (agissant dans les limites de ses compétences) déterminant à la fois l'« existence juridique » du signifiant (sa qualité de signifiant ayant une portée normative), et son contenu. Les autres critères aboutissent à dissocier la « compétence d'existence » et la « compétence de contenu » ; c'est par une fiction que le contenu (le signifié) non voulu par l'auteur est réputé émaner de ce dernier.

<sup>7</sup> Nous visons ici, notamment, l'interprétation objective des *Statutes* en droit anglais.

<sup>8</sup> KELSEN (II, pp. 453 ss.) a fort justement mis ce point en évidence. Il s'est en revanche gravement illusionné sur le caractère scientifique de l'interprétation. On lit ainsi à p. 462 : « L'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre ni de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques. En tant que connaissance de son objet, elle ne peut pas opter et décider entre les possibilités qu'elle a fait apparaître ; elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit. » Aucune interprétation n'est scientifique. En revanche, il est clair que l'interprète peut utiliser à titre auxiliaire des *méthodes scientifiques* (à l'instar de l'historien, du linguiste, du lexicolo-

borer sa propre solution normative, et la confronte ensuite avec le texte : si cette solution n'est pas incompatible avec les mots et la structure du texte, si donc elle peut être « accueillie » par le signifiant, il la présentera non seulement comme son interprétation du texte, mais comme le sens de ce dernier. Dans la mesure où son sens prête à discussion (de bonne ou de mauvaise foi), le signifiant tenu pour obligatoire<sup>9</sup> dans l'ordre juridique positif en cause se présente ainsi comme une possibilité de *Sollen*, un mécanisme de contrainte disponible, une forme obligatoire attendant un contenu.

Bien entendu, le cadre des interprétations possibles se trouvera réduit si le droit positif impose à l'interprète l'obligation d'adopter exclusivement ou de préférence une méthode déterminée.<sup>10</sup>

Nous sommes maintenant en mesure d'apercevoir exactement et dans toute son étendue le *mythe de l'objet normatif*, tel que l'élabore l'expérience close. Il peut se résumer dans les propositions suivantes :

I. La validité d'une norme (son existence) est fondée exclusivement sur la conformité de sa procédure d'élaboration et la compatibilité de son contenu avec les normes de degrés supérieurs à elle, ainsi que sur l'incorporation dans le donné de l'ordre juridique dont elle fait partie.

Corollaire 1 : Cette validité est une dimension du donné, de la représentation.

Corollaire 2 : Elle ne réside pas dans la relation du sujet de l'expérience juridique avec le donné.

Corollaire 3 : Il y a une science du Droit, dont l'objet est la connaissance du donné juridique.

II. Lorsque le signifiant est une « source formelle du Droit », la relation du signifié avec le signifiant est une relation nécessaire, univoque, la tâche de l'interprète étant de rechercher le sens du texte.

Corollaire 1 : Comme le signifiant, le signifié est objet (de connaissance).

Corollaire 2 : L'interprétation ne saurait être un dialogue entre l'interprète et le signifiant de la source formelle.

Corollaire 3 : Le signifiant n'est jamais une forme obligatoire attendant un contenu.

Si le mythe de l'objet normatif, sous sa forme la plus achevée et la plus rigoureuse, procède du mouvement d'aliénation qui caractérise l'expérience close, il serait faux de croire que l'expérience ouverte échappe totalement à cette tentation. En effet, les idées normatives déjà exprimées exercent néces-

gue, etc.). L'emploi de ces méthodes, ou encore l'automatisme du langage pourront donner à l'interprète le sentiment que le texte est univoque, ou que seul un petit nombre d'interprétations est « possible » (le signifiant apparaissant comme le cadre, la limite des interprétations « possibles »). Mais aucune relation scientifique ne saurait être établie entre un signifiant et un signifié. Cette relation procède toujours d'une décision de l'interprète, ou d'une aliénation de ce dernier.

<sup>9</sup> Il peut paraître absurde de qualifier un signifiant d'« obligatoire ». L'absurdité n'est toutefois qu'apparente. Le signifiant est obligatoire parce qu'il a une existence juridique ; il est présenté comme un appel de sens normatif et *doit recevoir un sens* qui sera tenu pour une norme juridique (obligatoire).

<sup>10</sup> Là encore, nous pensons, par exemple, à l'interprétation objective des *Statutes*.



sairement sur elle un certain attrait, elles ont un pouvoir de « contagion » parce qu'elles « sont ». Le sujet de l'expérience ouverte ne saurait se désintéresser de ce qui a déjà été dit ou paraît avoir été dit. Il a toujours lieu de craindre ses préjugés, son égoïsme, ses erreurs de jugement, et éprouve dès lors le besoin de contrôler le résultat de ses réflexions par la communication avec autrui, et d'enrichir sa pensée par des apports extérieurs (fussent-ils le résultat fortuit d'une interprétation historiquement fausse). Parce que l'autorité peut être une médiation entre le sujet et les valeurs,<sup>11</sup> l'objet normatif (c'est-à-dire le discours normatif incorporé dans le donné), véhicule indispensable à toute communication, devient lui-même médiation. Or toute médiation est l'amorce d'une aliénation. Par voie de conséquence, l'expérience juridique ouverte ne saurait être totalement insensible à la dimension « ontologique » des discours normatifs.

Cette dimension « ontologique » dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels nous citerons :

- le prestige dont jouit, à titre personnel, l'auteur même de la norme (y compris l'auteur de l'interprétation en cause) ;
- par opposition à l'hypothèse précédente, le caractère impersonnel du discours normatif (coutumes, usances, brocards, déontologie, morale courante, etc.) ;
- la force dont disposent les partisans de l'ordre juridique ou de l'interprétation en cause, ainsi que l'« apparence étatique » de leur autorité (ils occupent les bâtiments dits publics, ont été investis selon une procédure fixée à l'avance, etc.).

Comme les expériences juridiques sont affectées, dans leur résultat, par les passions, les idéologies, ou les intérêts égoïstes, même si les sujets de ces expériences s'efforcent de demeurer objectifs, il en résulte inévitablement des conflits. Ceux-ci peuvent revêtir la forme d'un heurt portant sur le Droit désirable (les adversaires raisonnant *de lege ferenda*) ou celle d'un dissentiment portant sur les normes présentées comme « existantes », applicables (soit au titre de droit positif, soit parce qu'elles seraient l'expression d'un Droit naturel s'imposant comme tel).

Nous laisserons ici de côté le problème du Droit désirable pour nous attacher uniquement aux conflits portant sur des normes présentées comme directement, immédiatement applicables. Ces conflits peuvent se situer

- soit sur le plan de l'« existence » juridique de la norme (la norme fait-elle partie du Droit « valable », directement applicable ?) ;
- soit sur le plan de l'interprétation du signifiant ;
- soit enfin sur le plan axiologique (recherche de la solution juste, équitable).

Parce que l'expérience juridique est une quête d'objectivité, son résultat exprime, sous la forme déontique, une certaine relation entre le sujet et la représentation (celle-ci comprenant, bien entendu, le signifiant). En d'autres termes, ce résultat n'est ni la description d'un objet (sinon le Droit serait

<sup>11</sup> Cf. chap. III, *supra*, pp. 23-24.

une science comme la biologie ou la botanique), ni une invention arbitraire du sujet (sinon l'expérience juridique cesserait d'être une quête d'objectivité). Telle est, à notre avis, l'originalité profonde de l'expérience juridique : elle ne tend pas simplement à une connaissance de l'objet, mais confronte les exigences de la Raison avec les éléments de la représentation pour en tirer une règle de conduite objectivement valable.

Or, nos catégories mentales ont été élaborées au contact de la représentation, de la « réalité ». Elles sont adaptées aux nécessités de notre vie quotidienne et même — dans une large mesure — aux sciences de la nature, mais sont totalement inadaptées à une réflexion portant sur la relation déontique. Celle-ci peut difficilement être appréhendée comme telle : nous ne l'exprimons qu'en risquant de la détruire, c'est-à-dire de privilégier le sujet ou de privilégier l'objet. En d'autres termes, nous sommes portés à présenter l'expérience juridique comme rigoureusement constitutive (la norme apparaissant comme une création du sujet) ou comme rigoureusement déclarative (la norme apparaissant comme un objet de connaissance, et l'expérience juridique comme une quête de vérité).

On nous reprochera peut-être d'avoir, nous aussi, méconnu la relation déontique, lorsque nous insistions sur le caractère créateur de l'expérience juridique.<sup>12</sup> Mais nous voulions simplement marquer par là que le passage du donné au normatif présuppose nécessairement et toujours une opération du sujet, et que le *Sollen* en soi et par soi est un mythe (un aspect du mythe de l'objet normatif). Il n'y a de *Sollen* que pour et par le sujet. Nous pouvons dire aussi, pour employer une autre formulation, que le *Sollen* est toujours *Erlebnis*, et non pas simplement connaissance d'un objet normatif.

Certes, ce caractère constitutif peut être évident, ouvertement affirmé, ou occulte, dissimulé, voire franchement contesté (par le sujet de l'expérience juridique ou par des tiers). Ainsi, lorsqu'une autorité fait usage de son pouvoir discrétionnaire, elle juge généralement inutile de justifier sa décision (autrement qu'en invoquant sa compétence). De même, un particulier qui passe un contrat<sup>13</sup> ne se réclame pas de préoccupations objectives. En revanche, les lois font généralement l'objet d'exposés des motifs, et le pouvoir exécutif indique souvent les considérations qui l'inspirent. Pleinement constitutive dans la mesure où elle insère des normes dans l'ordre juridique positif, l'action du Pouvoir est ainsi présentée (sincèrement ou non) comme actualisant un certain idéal préexistant, de telle sorte que cette actualisation apparaît mi-constitutive, mi-déclarative. Enfin, l'ordre juridique est toujours censé s'imposer aux justiciables sans égard à l'opinion qu'ils portent sur lui. Tout au plus les gouvernants invoqueront-ils, le cas échéant, un « consensus général » qui rendrait inefficaces et inadmissibles les oppositions individuelles. A la limite, il n'y aurait plus place pour une expérience juridique conduite par les

<sup>12</sup> Déjà au chap. I, p. 12.

<sup>13</sup> Celui qui, faisant usage de l'autonomie de sa volonté, assume des obligations ou acquiert des droits, modifie dans cette mesure et à son niveau l'ordre juridique positif ; il crée donc « du droit », comme KELSEN (II, pp. 342 ss.) l'admettait à juste titre. Cette création ne se présente normalement pas comme le résultat d'une expérience juridique, puisque les parties n'ont pas à conduire une quête d'objectivité : elles recherchent délibérément et légitimement la satisfaction de leurs propres intérêts. Dans la mesure toutefois où chaque contractant est tenu, par exemple, de ne pas commettre d'abus de droit, ou de ne pas porter atteinte à la personnalité de l'autre partie par des clauses léonines, l'ordre juridique impose une quête d'objectivité limitée.

justiciables, puisque le droit positif existerait en soi et par soi, puisqu'il serait pleinement « choséifié ». Cette propagande est d'ailleurs si efficace que la plupart des gouvernés ont le sentiment que le Droit « existe » sans eux : ils n'aperçoivent pas que leur passivité a précisément pour conséquence de « choséfier » l'ordre juridique.

Placé devant la nécessité de résoudre le problème du « fondement », de l'« existence » du Droit, le philosophe devrait reconnaître l'originalité irréductible de l'expérience juridique, qui crée la « juridicité » des normes (en les posant ou simplement en les tenant pour valables, obligatoires) sous la modalité de l'objectivité, c'est-à-dire *en contestant toujours — au moins dans une certaine mesure*<sup>14</sup> — *sa propre créativité*. Mais la tentation est forte — répétons-le — de privilégier systématiquement soit le sujet (thèse constitutive), soit l'objet (érigé en objet de connaissance — thèse déclarative). On aboutit ainsi aux quatre systèmes suivants (les deux premiers concernant l'expérience ouverte et les deux derniers l'expérience close) :

1. Toute position de normes est exclusivement constitutive, même si celui qui pose la norme s'imagine en puiser le contenu dans un donné (Droit naturel ou idéal). C'est la thèse défendue par KELSEN. Elle aboutit à contester purement et simplement l'expérience ouverte, ou du moins à lui contester tout caractère juridique pour la rejeter dans le « méta-juridique » (au sens péjoratif du terme). La quête d'objectivité conduite dans le cadre de l'expérience ouverte serait illusoire, parce que les « schèmes d'objectivité » de l'expérience ouverte procèdent de jugements de valeur et échappent dès lors à toute investigation scientifique.

2. L'expérience juridique ouverte est, pour une part au moins, déclarative. Dans cette mesure, elle n'a pas de caractère créateur et doit simplement découvrir la vérité normative, à savoir le Droit naturel (ou idéal) objet.

3. L'expérience juridique close est rigoureusement constitutive. La prétendue « existence » du droit positif est une illusion, comme le Droit naturel. Il n'y a pas d'ordre juridique, mais seulement un « phénomène juridique » résultant du fait que certains individus se conduisent conformément à des règles. Cette thèse est celle de l'hyper-positivisme.<sup>15</sup> Elle aboutit à contester toute valeur même à l'expérience close, puisque celle-ci perd son objet, le Droit positif.

4. L'expérience close est déclarative et son fondement ontologique. Cette thèse est celle du positivisme « scientiste » modéré, notamment de KELSEN. Mais le jusnaturalisme l'adopte volontiers, parce qu'il est toujours en proie à la « tentation déclarative » ; simplement, il subordonne la validité du Droit positif au respect des principes du Droit naturel. Ainsi surgit le mythe de

<sup>14</sup> Même lorsqu'une « autorité » invoque sa compétence, ou son charisme, elle se réfère à un élément qui la transcende. Il peut arriver, assurément, que le sujet de l'expérience juridique s'avoue incapable de justifier le choix qu'il fait entre plusieurs solutions (ainsi, le choix d'un barème fiscal implique toujours un certain arbitraire ; ou bien encore il s'avère impossible de justifier le choix entre plusieurs interprétations possibles d'une loi). Mais le choix apparaît alors limité. De plus, l'arbitraire se trouve en quelque sorte médiatement objectivé par la nécessité du choix.

<sup>15</sup> Nous pensons ici notamment à Jerome FRANK (cf. *infra*, p. 74).

l'objet normatif, qui assigne pour tâche à l'expérience close la connaissance d'un objet privilégié, l'ordre juridique positif.

Nous nous efforcerons, dans la suite de cet ouvrage, de ne pas tomber dans l'une ou l'autre des quatre erreurs que nous venons de dénoncer. Pour cela, nous commencerons par poser les thèses suivantes :

1. L'expérience juridique (aussi bien sous sa forme close que sous sa forme ouverte) est, par essence, quête d'objectivité.

2. Pour satisfaire à cette exigence, elle doit recourir à des « schèmes d'objectivité » ou, subsidiairement, à des « schèmes d'aliénation », ces derniers étant de loin les plus utilisés dans l'expérience close, alors qu'ils sont rejetés par la forme ouverte.<sup>16</sup>

3. Nous entendons par « schème d'objectivité » un principe, un élément, auquel l'expérience juridique reconnaît à tort ou à raison une valeur intrinsèque (tel l'adage *pacta sunt servanda*). En revanche, le « schème d'aliénation » n'a aucune valeur intrinsèque : il permet simplement au sujet de l'expérience de s'effacer devant une « solution-objet ». Ainsi, dans le système de la force obligatoire du précédent judiciaire, les précédents sont des « schèmes d'aliénation ».

4. Ni les « schèmes d'objectivité », ni les « schèmes d'aliénation » ne sont des vérités scientifiques. Il n'y a pas et ne peut y avoir de « science du Droit », au sens strict du mot « science ».

5. Les « schèmes d'objectivité » et les « schèmes d'aliénation » sont constitués par l'expérience juridique sous la modalité du déclaratif, du transcendant. En d'autres termes, ces « schèmes » permettent à l'expérience juridique (plus précisément au sujet qui la conduit) de contester sa propre créativité, de s'effacer devant le « schème » érigé en objet-critère préexistant. Ainsi, lorsque le positiviste « scientifique » tient pour « existant », valable, l'ordre juridique le plus incorporé au donné, il adopte un « schème d'aliénation ». Or, cette adoption procède d'un choix : le positiviste opte pour l'ordre juridique le plus « choséifié ». Certes, son choix est celui de l'« anti-valeur » (la « choséité »). Mais, du fait même du choix, l'« anti-valeur » se mue en valeur, ou, si l'on veut s'exprimer d'une manière plus précise, en « méta-valeur » ou « valeur au second degré ».

Il faut observer d'ailleurs que l'incorporation au donné n'est pas un critère sûr permettant de distinguer les normes « existantes » de leurs éventuelles concurrentes « non valables », « inexistantes ». Par surcroît, il est très important d'assurer l'unité de l'ordre juridique. Le juriste sera ainsi amené à poser des « règles d'existence », qui peuvent être classées en deux catégories, à savoir :

<sup>16</sup> L'affirmation du texte ne signifie pas que nous méconnaissions l'importance, pour l'expérience ouverte, de ces « recettes » que sont les adages, brocards, etc. Mais ce sont souvent des oreillers de paresse pour le juriste, qui croit raisonner « scientifiquement » alors qu'il en fait une application mécanique. Dans l'expérience juridique existentielle, les deux formes, close et ouverte, sont parfois si étroitement mêlées qu'elles se confondent.

1° *Les règles de compétence.* Elles consistent à faire participer les normes générales ou spéciales (lois, règlements, jugements, décisions administratives, etc.) posées par une autorité de rang inférieur de la légitimité d'une norme de degré supérieur. La compétence devient ainsi la condition nécessaire de validité des normes de degré inférieur. Nécessaire, mais pas toujours suffisante : il se peut en effet qu'un recours soit ouvert auprès d'une autorité supérieure, et que les moyens de recours ne soient pas limités au seul grief d'incompétence *ratione materiae* ou *loci*. Il se peut aussi que l'ordre juridique pose expressément ou accueille des principes limitant non pas directement la compétence, mais la liberté d'action (la manière d'exercer la compétence) de l'autorité en cause : ainsi une garantie de la propriété, ou l'adage *audiatur et altera pars*, etc. En l'absence de tels principes, ou dans le cadre de tels principes, les règles de compétence substituent l'expérience close à l'expérience ouverte : il s'agit uniquement de savoir si l'autorité a ou non agi dans le cadre de ses compétences, et non comment elle a exercé celles-ci.

Bien entendu, l'institution des règles de compétence ne résout nullement le problème de l'« existence » juridique des lois, règlements, jugements, décisions en cause. Elle présente le double avantage d'assurer en général<sup>17</sup> l'unité formelle de l'ordre juridique et de ramener tous les problèmes de fondement qui se poseraient pour chaque norme, pour chaque décision d'espèce, à un seul problème : celui du fondement de la constitution. Mais, comme l'a si bien montré KELSEN, la difficulté n'est que déplacée. Bien pis, le principe de compétence substitue l'expérience close à l'expérience ouverte en interdisant aux justiciables de s'interroger sur la valeur intrinsèque des normes ou décisions émanant de l'autorité compétente.

2° *Les règles d'incorporation des normes au donné.* Elles définissent les conditions qui doivent être remplies pour qu'une norme puisse être considérée comme coutumière, ou comme l'expression de l'usage local, des usances, etc. Ainsi l'exigence de *l'opinio necessitatis*, de la non-contestation ou de l'application constante pendant un laps de temps déterminé. Elles régissent aussi, le cas échéant, la force obligatoire des précédents judiciaires.

Précisément parce qu'elles concernent l'insertion des normes dans le « donné », le juriste a tendance à les considérer comme non-juridiques ou comme méta-juridiques. Il s'agit toutefois là d'une fiction, qui traduit un moment d'aliénation de l'expérience juridique. Si l'application effective des normes ne permet pas de prouver l'« existence juridique » de celles-ci (elle n'est qu'un critère possible, un « schème d'aliénation » que l'expérience juridique peut utiliser ou rejeter), à plus forte raison en va-t-il ainsi des règles d'incorporation, dont le caractère juridique est beaucoup plus apparent. D'ailleurs, ces règles ont en réalité pour objet de prescrire un certain comportement : se conformer aux normes remplissant les conditions posées par ces règles d'insertion dans le donné, et tenir pour juridiquement inexistantes les normes ne remplissant pas ces conditions.

<sup>17</sup> En général, mais pas toujours. L'histoire donne des exemples de sociétés régies par un ordre juridique bi- ou polycéphale, c'est-à-dire par deux ou plusieurs systèmes indépendants, ou relativement indépendants, qui se répartissaient la réglementation des comportements sociaux, sans contester réciproquement leur légitimité. Ainsi, au moyen âge, le droit laïque et le droit canon. Sur les problèmes que pose l'unité de l'ordre juridique, cf. chap. XI, *infra*, pp. 79 ss.

Traditionnellement, on oppose les « sources matérielles » aux « sources formelles ». Il faut toutefois observer que même les sources matérielles ont une certaine modalité d'existence, sont incorporées au donné : *suum cuique tribuere* figure au Digeste,<sup>18</sup> le brocard « en fait de meubles la possession vaut titre » se rencontre chez plusieurs auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle, etc. On ne saurait donc trouver le critère de la distinction entre « sources formelles » et « sources matérielles » dans la présence (pour les premières) et l'absence (pour les secondes) d'une modalité d'existence. On pourrait en trouver un meilleur dans le poids attaché par l'expérience juridique à la dimension ontologique (modalité et intensité d'existence) ; on présenterait ainsi les « sources matérielles » comme tirant leur autorité de leur seul contenu, et les « sources formelles » comme tirant leur autorité de leur seule modalité d'existence. Un tel critère aurait le mérite de mettre en évidence les deux directions opposées que peut prendre l'expérience juridique. Mais on méconnaîtrait ainsi l'importance que le juriste attache aux modalités d'existence, même lorsqu'il s'agit des sources prétendument « matérielles ». S'il se réfère volontiers à ces dernières, au lieu d'invoquer directement la valeur intrinsèque de la solution qu'il adopte ou propose, c'est précisément parce qu'elles ont une formulation traditionnelle, qu'elles sont connues, préconstituées.

Force est donc, si l'on veut maintenir la distinction, d'adopter comme critère les *règles d'existence* (et non pas simplement les modalités d'existence). Seraient « formelles » les sources régies par des règles d'existence, « matérielles » celles qui ne seraient pas régies par de telles règles. Mais, bien que préférable au précédent, le critère prête encore à la critique.<sup>19</sup> En effet, il n'est pas toujours aisé de déterminer si une « source » est ou n'est pas régie par des règles d'existence. Ainsi le fameux art. 1 al. 3 du Code civil suisse ordonne au juge de « s'inspirer des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».<sup>20</sup> Cette « règle d'existence » est si vague que la doctrine suisse<sup>21</sup> se refuse en général à considérer la doctrine et la jurisprudence comme des « sources formelles » du Droit. De même, lorsqu'un ordre juridique<sup>22</sup> se borne à reconnaître l'autorité de la coutume sans en définir les conditions d'existence (durée et fréquence d'application de la règle coutumière), le critère devient singulièrement flou, car le juge jouit nécessairement d'une grande liberté pour décider de l'« existence » ou de l'« inexistence » de la coutume.

À côté des règles d'existence, l'ordre juridique pose aussi, en général, des *règles d'inexistence* et des *règles de hiérarchisation*. Les règles de compétence sont également des règles d'inexistence dans la mesure où elles confèrent un monopole. Mais on rencontre aussi des règles d'inexistence qui déniaient direc-

<sup>18</sup> D. I.1.10, pr. Nous reviendrons sur ce principe au chap. XIII, p. 95.

<sup>19</sup> Nous nous sommes étendu plus longuement sur ce point dans notre article *La jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du Droit ?* dans *Recueil des travaux suisses présentés au IX<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Basel, 1976, pp. 3-19.

<sup>20</sup> Les trois versions (française, allemande et italienne) de cette disposition présentent entre elles certaines divergences qu'il n'y a pas lieu d'exposer ici. Cf. Henri DESCHENAUX, *Der Einleitungstitel*, dans *Schweizerisches Privatrecht*, Bd II, Basel, 1967, pp. 118 ss.

<sup>21</sup> Cf. DESCHENAUX, *ibidem*.

<sup>22</sup> Tel l'art. premier al. 2 du Code civil suisse : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. »

tement toute valeur juridique à une modalité d'existence, interdisant par exemple d'invoquer la coutume ou les précédents. Quant aux règles de hiérarchisation, elles ont pour effet de donner à certaines « sources formelles » un caractère subsidiaire, complémentaire, une source de rang inférieur ne pouvant être utilisée qu'à défaut de source de rang supérieur.<sup>23</sup>

Bien qu'elles soient parfois présentées comme « méta-systématiques », c'est-à-dire comme fondant la légitimité, la validité de l'ordre juridique considéré, les règles d'existence, d'inexistence et de hiérarchisation sont, de toute évidence, incapables de « fonder » la validité de l'ordre juridique en cause par rapport à ses rivaux éventuels. Sur ce point, la démonstration de KELSEN est sans appel. Mais le sujet de l'expérience se sent contraint de projeter ces normes « endosystématiques » dans le « méta-système ». C'est cette démarche qu'exprime en définitive la conception kelséniste de la *Grundnorm*.

Quelque cinquante ans avant nous, Jerome FRANK s'était déjà élevé avec force contre ce que nous appelons le mythe de l'objet normatif et avait affirmé que le Droit est soit une décision d'espèce passée (déjà rendue), soit une spéculation sur le contenu d'une décision d'espèce future.<sup>24</sup> Cette vue amère de la « réalité juridique » est parfaitement exacte si l'on applique au Droit une méthode scientifique rigoureuse. Mais l'expérience juridique n'est pas simplement connaissance d'un objet. Comme il n'y a pas et ne peut y avoir d'objet normatif préexistant, c'est-à-dire antérieur à l'expérience juridique elle-même, celle-ci constitue son objet en tant que normatif (en tant que discours obligatoire, ayant un contenu déterminé et une valeur déontique nécessaire), cette activité constitutive, créatrice, étant toutefois niée par elle et présentée comme un acte de connaissance. En d'autres termes, ce n'est pas l'objet qui, dans le premier temps, sert de critère de « vérité », d'objectivité, mais l'exigence d'objectivité qui fait surgir un objet normatif plus ou moins propre à satisfaire cette quête d'objectivité, en devenant un « schème d'aliénation ». L'objet normatif étant constitué, l'expérience juridique se reconnaît, dans un second temps, transcendée par sa propre création, érigée ainsi en critère de la « vérité juridique ». Commandée par les exigences propres de l'expérience juridique (close), une telle démarche est aux antipodes de la démarche scientifique. C'est pourquoi le positivisme « scientiste » est aussi indéfendable que le jusnaturalisme naïf, lui aussi victime du mythe de l'objet normatif lorsqu'il prétend décrire un Droit naturel préexistant.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> L'art. premier al. 2 précité du Code civil suisse en est un exemple.

<sup>24</sup> *Law and the Modern Mind*, New York, 1963 (1ère éd. 1930), pp. 50-51 : « Law, then, as to any given situation is either (a) actual law, i.e. a specific past decision, as to that situation (3), or (b) probable law, i.e. a guess as to a specific future decision. » Note 3 : « That is, a past decision in a case which has arisen between the specific persons in question as to the specific facts in question. Even a past decision fixes the rights of the parties to the suit only to a limited extent. In other words, what a court has actually decided as between the parties may in part still be open to question by other courts and therefore may continue to be the subject of guesses. »

<sup>25</sup> Dans une certaine mesure on pourrait dire que la position que nous adoptons réalise une sorte de synthèse entre les *Anerkennungstheorien* (de Rudolf BIERLING, Rudolf LAUN, Hans NAWIASKY, etc.) et le positivisme strictement objectif, « scientiste ». Mais les partisans des théories de la reconnaissance ne se sont jamais réellement libérés du mythe de l'objet normatif. Pour eux, l'ordre juridique positif « existe » comme tel : la reconnaissance est un critère d'existence. Sur les *Anerkennungstheorien*, on pourra consulter Felix SOMLO, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917, pp. 138 ss. et Walter OTT, *Der Rechtspositivismus*, Berlin, 1976, (Erfahrung und Denken, Bd 45), pp. 57 ss.

## CHAPITRE X

### LES LACUNES DE L'ORDRE JURIDIQUE

L'étude du « mythe de l'objet normatif » et des sources du Droit nous conduit tout naturellement à examiner les problèmes que posent les lacunes de l'ordre juridique. Celles-ci peuvent être « verticales » ou « horizontales ». La lacune est « verticale » lorsqu'un comportement contraire à l'ordre juridique (*rechtswidrig*) se trouve privé de sanction, faute de norme supérieure sanctionnant cette « *Rechtswidrigkeit* ». Comme nous l'avons montré précédemment,<sup>1</sup> de telles lacunes sont inéluctables, la chaîne des normes ne pouvant être infinie. Il est évident toutefois que l'absence d'une norme de degré supérieur est d'autant plus fâcheuse que la chaîne est plus courte, parce que le risque d'une violation de la norme initiale en est aggravé. Toutes choses étant égales, le risque atteint son intensité maximum lorsque c'est la norme de comportement initiale qui est dénuée de toute sanction (*unvollkommenes Gesetz*). L'expérience close est naturellement incapable de combler une telle lacune : le sujet ne peut que la constater.

Quant aux lacunes « horizontales », elles résultent de l'absence de toute réglementation régissant la situation en cause, le droit positif négligeant même de poser l'alternative *rechtmässig-rechtswidrig*, de telle sorte qu'il est impossible de régler le conflit dans le cadre de l'ordre juridique considéré. Soulignons qu'il ne faut pas confondre de telles lacunes formelles avec le problème des lacunes matérielles.

Imaginons ainsi une loi fiscale qui prévoit que les personnes dont le revenu annuel est compris entre Fr. 1.— et Fr. 5.000.— ne doivent pas d'impôt, que celles dont le revenu est compris entre Fr. 5.001.— et Fr. 100.000.— paient l'impôt au taux de 10 % (les premiers Fr. 5.000.— étant exonérés) et enfin que les personnes dont le revenu est supérieur à Fr. 150.000.— paieront l'impôt à raison de 10 % pour la tranche comprise entre Fr. 5.000.— et Fr. 100.000.—, de 20 % pour la tranche comprise entre Fr. 100.001.— et Fr. 150.000.—, et de 30 % pour le montant excédant Fr. 150.000.—. De toute évidence, le législateur a commis une inadvertance en oubliant les personnes dont le revenu est compris entre Fr. 100.001.— et Fr. 150.000.—. Quelle va être la conséquence de cet oubli ?

Si, par hypothèse, l'ordre juridique auquel appartient cette loi fiscale subordonne la perception de l'impôt à l'existence d'un fondement légal incontestable et impose en outre une interprétation littérale de la loi, les « oubliés » seront purement et simplement libérés de l'obligation de payer l'impôt. Sous l'angle de l'équité fiscale, qui ressortit à l'expérience ouverte, la solution est

<sup>1</sup> Cf. chap. V, *supra*, p. 37.



évidemment scandaleuse : on se trouve en présence d'une lacune qui devrait être comblée et pourrait l'être aisément, puisque la suite de la disposition mentionne le taux de 20 %. Mais, si l'on s'en tient strictement aux principes de l'expérience close, il n'y a là aucune lacune : l'ordre juridique libère les intéressés du paiement de l'impôt.

Si au contraire l'ordre juridique en cause permet de battre en brèche le principe de la légalité de l'impôt par une interprétation téléologique, alors l'expérience ouverte, dans le cadre de laquelle s'est révélée la lacune, permettra aussi de la combler : il y aura donc « réception », dans une mesure limitée, de l'expérience ouverte (en tant que libre recherche), par l'ordre juridique positif. Nous disons « dans une mesure limitée », parce que l'interprète ne pourra, évidemment, porter atteinte au système fiscal prévu, son interprétation devra respecter celui-ci et s'en tenir au cadre constitué par la loi.

Nous avons envisagé une interprétation téléologique, et non une interprétation fondée sur l'intention historique (c'est-à-dire attestée dans des sources<sup>2</sup>) du législateur. Le recours à l'intention historique du législateur ne fait en effet qu'ajouter au signifiant légal les sources appelées en renfort. Si donc nous supposons que, dans le cas qui nous occupe, les travaux préparatoires attestent que l'intention du législateur était de frapper les contribuables « oubliés » d'un impôt de 10 % pour la première tranche (Fr. 5.001.— à Fr. 100.000.— et de 20 % pour la seconde tranche (de Fr. 100.001.— à Fr. 150.000.—), il y a bien « lacune » du texte de la loi, mais non de l'ensemble constitué par la loi et les travaux préparatoires. Le plus souvent, de telles lacunes du texte de la loi sont mises en évidence par l'expérience ouverte (c'est-à-dire par le caractère choquant de la solution légale, dégagée dans une première interprétation purement linguistique). Mais elles peuvent aussi résulter de la confrontation du signifiant légal et des travaux préparatoires, confrontation à laquelle le juriste aura procédé sans idée préconçue.

En lieu et place d'une interprétation purement historique, on peut évidemment envisager aussi une interprétation fondée sur l'intention supposée du législateur. Nous serons alors à la frontière entre l'expérience close et l'expérience ouverte. Plus cette intention est « établie » sur la base des sources historiques, plus grande est la part de l'expérience close. Inversement, plus cette « intention » est constituée (prétendument reconstituée) sur la base de considérations de justice, d'équité, plus la part de l'expérience ouverte est grande.

On s'étonnera sans doute de cette relation entre expérience close et expérience ouverte et d'aucuns y verront peut-être la réfutation de cette distinction, à laquelle nous attachons tant de prix. Il ne faut pas perdre de vue toutefois que l'expérience ouverte n'est pas, pour nous, connaissance d'un contenu normatif idéal et intangible (d'un Droit naturel), mais ouverture à la libre recherche du juste, rejet de l'aliénation. Or une aliénation partielle (par l'effet de l'ordre juridique positif) laisse subsister une liberté partielle. Les deux formes de l'expérience juridique sont alors complémentaires, et non plus antagonistes.

Mais revenons à notre exemple fiscal, et imaginons maintenant que l'ordre

<sup>2</sup> Bien entendu, nous employons ici le mot « source » dans le sens que lui donne l'historien.

juridique ne pose pas le principe de la légalité de l'impôt, mais ne permette pas non plus de faire appel à d'autres voies ou à d'autres méthodes pour compléter la loi. Dans cette hypothèse, il y a alors véritablement lacune pour l'expérience close. On ne peut en effet tirer de l'ordre juridique en cause ni la libération des citoyens oubliés, ni l'obligation, pour eux, de payer l'impôt malgré le silence de la loi.

L'intérêt de cette dernière hypothèse est de mettre indirectement en évidence un principe dont nous n'avons pas parlé jusqu'ici et que nous appelons le principe de « complétude » de l'ordre juridique. Nous voulons dire par là que l'ordre juridique doit nécessairement régler les conséquences de tout comportement et de toute situation possibles. Cela ne signifie pas — il convient d'insister sur ce point — que l'ordre juridique soit tenu d'approuver ou au contraire de désapprouver tous les comportements en portant sur eux soit un jugement de conformité (*Rechtmässigkeit*) soit un jugement de violation (*Rechtswidrigkeit*). Nous avons en effet montré précédemment<sup>3</sup> que de tels jugements sont au contraire très souvent sous-entendus (impliqués dans la nature de la conséquence juridique prévue) et qu'au surplus il arrive fréquemment que l'ordre juridique entende laisser au justiciable la pleine liberté d'adopter le comportement *a* ou *-a*, tout en fixant les conséquences de l'un et de l'autre des comportements envisagés. Le principe de « complétude » oblige simplement l'ordre juridique à ne pas laisser une « question juridique » sans possibilité de réponse. Mais il faut faire ici une importante distinction. Il arrive très souvent que deux individus — ou plusieurs — aient un conflit d'intérêt sans que l'ordre juridique y mette un terme. Ainsi, lorsque deux épiciers sont établis dans la même rue, leurs intérêts se heurtent sans que l'ordre juridique vienne mettre fin à leur concurrence (dans la mesure où celle-ci n'est pas déloyale). Ici l'absence de solution — même si elle est peut-être regrettable — n'est pas une lacune, puisque l'ordre juridique résout la « question juridique » en laissant les concurrents libres de se concurrencer. Pour qu'il y ait « lacune », il faut que l'ordre juridique laisse une question ouverte en n'optant ni pour la liberté, ni pour la contrainte.

Il appartient naturellement à l'ordre juridique de décider s'il entend exclure toute lacune en posant le principe qu'en l'absence de disposition contraire la question juridique est résolue dans le sens de la liberté (*in dubio pro libertate*). Ce principe, si utile qu'il puisse être, ne saurait toutefois être considéré comme un principe transcendant, qui s'imposerait à l'expérience close. Celle-ci tend en effet à l'aliénation dans la « choseité », non à « reconnaître » ou à poser des principes qui transcenderaient l'ordre juridique « existant ». En revanche, il est clair que si une « question juridique » demeure sans réponse, la nécessité de trouver malgré tout une solution provoque un retour à l'expérience ouverte. Ce retour est si naturel, si instinctif, que le principe *in dubio pro libertate* est volontiers présenté comme inhérent à tout ordre juridique, voire même comme une règle ressortissant à la logique déontique.<sup>4</sup> Tel n'est évidemment pas le cas : en effet ce principe est simple-

<sup>3</sup> Cf. chap. V, *supra*, pp. 43 ss.

<sup>4</sup> KELSEN (II, p. 330) affirmait que « lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire ». Comme le montrent Carlos E. ALCHOURRÓN et Eugenio BULYGIN, *Normative Systems*, Wien — New York, 1971, (Library of Exact Philosophy, 5), pp. 160 ss., cette affirmation est insoutenable dans la

ment le corollaire de l'exigence de prévisibilité (ou si l'on préfère l'appeler ainsi, du principe de non-rétroactivité). Cette exigence revêt assurément une importance capitale puisque, comme nous l'avons relevé au début de notre étude,<sup>5</sup> les normes juridiques sont projetées dans l'avenir pour servir de principe d'action, de règle de comportement. Moins une sanction est prévisible, plus elle apparaît arbitraire. Mais il incombe à l'expérience ouverte de peser le risque que comporte une violation du principe de non-rétroactivité, par rapport au risque inverse de voir un comportement scandaleux privé de sanction.

Cette remarque nous conduit tout naturellement à examiner, sous l'angle de l'expérience ouverte, les différents problèmes que nous avons examinés ci-dessus sous l'angle de l'expérience close. Le principe de « complétude » est inhérent au caractère dynamique de l'expérience ouverte. Si l'on fait abstraction de la question de la non-rétroactivité que nous venons d'évoquer, son application se heurte uniquement aux obstacles qui entravent cette forme d'expérience, à savoir aux hésitations dans le choix de la solution (lorsque plusieurs solutions semblent également justes), à la méconnaissance du donné naturel, et à la difficulté de prévoir les conséquences de la réglementation envisagée.

S'il s'agit de compléter l'ordre juridique positif, l'expérience ouverte doit en outre tenir compte du système existant ; le sujet s'efforcera alors de raisonner par analogie. Le raisonnement par analogie représente ainsi une sorte de *no man's land* entre l'expérience close et l'expérience ouverte : la solution bénéficie à la fois, dans une mesure variable, de « l'existence » de l'ordre positif dont elle s'inspire, et de la recherche de justice qui caractérise l'expérience ouverte. Il serait donc faux d'opposer radicalement les deux formes de l'expérience juridique ; nous l'avons déjà relevé à plusieurs reprises, mais on ne saurait trop insister sur ce point.

Le problème du raisonnement par analogie met en évidence un autre principe de l'expérience ouverte, que l'on pourrait appeler le principe de la cohérence systématique. Ce principe commande que les solutions ne soient pas recherchées isolément, mais constituent au contraire un système aussi cohérent que possible. C'est ce principe qui rapproche l'expérience ouverte de l'expérience close, lorsqu'il s'agit de compléter un ordre juridique.

mesure où KELSEN prétendait la fonder sur le principe de non-contradiction. Sur le plan de la Raison pratique, il faut admettre qu'un ordre juridique sensé ne peut ni se passer totalement de ce principe, ni l'appliquer rigoureusement : les systèmes les plus hostiles à l'interprétation analogique (tel le droit anglais) se voient contraints d'admettre des procédés permettant de combler certaines lacunes (même s'ils rejettent le concept de lacune). Dans la mesure où la jurisprudence impose de nouvelles obligations, elle comble des lacunes de l'ordre juridique préexistant mais rejette le principe *in dubio pro libertate*. On pourrait dire que chaque degré de l'ordre juridique est lacunaire par rapport aux degrés inférieurs (la constitution par rapport à la loi, la loi par rapport au règlement ou à la jurisprudence). Les auteurs qui admettent la validité inconditionnelle du principe *in dubio pro libertate* substituent consciemment ou inconsciemment deux images statiques au mouvement de l'ordre juridique : une de ces images présente l'ordre juridique avant la décision qui comble la lacune (l'ordre juridique n'apparaît pas encore incomplet), l'autre l'ordre juridique après la décision (l'ordre juridique est complet) !

<sup>5</sup> Cf. chap. II, *supra*, p. 16.

## CHAPITRE XI

### L'UNITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE POSITIF

L'expérience juridique tend nécessairement à la constitution d'un ordre juridique unique, complet et exempt de contradictions, dans le cadre d'une communauté humaine déterminée. Sous sa forme ouverte, elle ne parvient toutefois que dans une faible mesure à promouvoir cet idéal d'unité. D'une part en effet les hommes sont souvent victimes de leur ignorance du « monde des choses », de leurs préjugés, de leur égoïsme : ils en viennent alors, souvent de bonne foi, à présenter comme justes les solutions les plus indéfendables. D'autre part — et nous y reviendrons,<sup>1</sup> la nature n'est pas « juridique » ; la représentation ne se laisse pas organiser sans résistance et il est sans doute impossible de construire un système dont toutes les solutions apparaîtraient les meilleures, les autres solutions — concevables, mais rejetées — étant manifestement inférieures. En revanche, la forme close assure — sinon infailliblement, du moins dans une large mesure — l'unité de l'ordre juridique grâce à une série de mythes dont les plus importants sont :

I. — Le mythe de l'« existence de l'ordre juridique », selon lequel l'ordre juridique existerait indépendamment de tout jugement de valeur.

II. — Le mythe des sources formelles du Droit, qui lie l'« existence » des normes à des processus génétiques déterminés.

III. — Le mythe de l'objet normatif, qui découle des deux précédents.

IV. — Le mythe du fondement par conformité.

V. — Le mythe du fondement par délégation.

VI. — Le mythe de l'Etat, conçu comme un pouvoir juridique par essence, face aux autres pouvoirs, réputés non juridiques.

VII. — Le mythe de la souveraineté.

Comme nous avons parlé jusqu'ici surtout des trois premiers et des deux derniers, il convient d'examiner un peu plus longuement le sens et la portée du mythe du fondement par conformité et du fondement par délégation.

Le mythe du fondement par conformité consiste à affirmer la validité d'une norme de degré inférieur (dans la hiérarchie constitutionnelle des normes) lorsque celle-ci peut être présentée comme l'élucidation, le développement, l'application, d'une norme de degré supérieur, à condition, bien entendu, que la norme de degré inférieur soit posée par l'autorité compétente. Ainsi une loi organisant la liberté de la presse sera tenue pour fondée sur la

<sup>1</sup> Cf. chap. XII, *infra*, pp. 85 ss.

disposition constitutionnelle garantissant cette liberté. Le fondement par conformité a une double fonction :

1° Il exclut la légitimité de toute norme de degré inférieur dont le contenu serait en contradiction avec le contenu de la norme de degré supérieur.

2° Inversement, il fait participer la norme de degré inférieur au fondement de la norme de degré supérieur, comme si le contenu développé, élargi, de la norme de degré inférieur, était compris dans le contenu plus vague de la norme supérieure. A la limite, il suffira même d'une certaine analogie de contenu pour que la norme de degré inférieur soit réputée fondée. Le mythe consiste donc à assimiler le cadre plus ou moins vague constitué par la norme de degré supérieur à la détermination positive d'un contenu, de telle sorte que la norme de niveau inférieur se trouve en quelque sorte intégrée dans la norme de niveau supérieur : la condition négative (le fait que la norme de degré inférieur ne sort pas du cadre constitué par la norme de degré supérieur) devient condition positive, fondement. Si par exemple une disposition constitutionnelle affirme le droit de tous les citoyens à l'instruction, un juriste n'hésitera pas à affirmer que la loi prévoyant la gratuité de l'enseignement supérieur est « fondée » sur cette disposition constitutionnelle.

Quant au mythe du fondement par délégation, il a un triple effet :

1° Il dépouille l'autorité délégante de sa propre compétence, soit d'une manière absolue (ainsi lorsque les citoyens confient à un parlement la tâche de faire les lois sans se réserver les droits d'initiative et de referendum), soit dans la mesure où l'autorité bénéficiaire de la délégation exercera effectivement cette compétence. Dans cette seconde hypothèse, l'autorité délégante conserve sa compétence, mais la partage désormais avec l'autorité bénéficiaire de la délégation : par exemple lorsqu'un parlement confère au pouvoir exécutif la faculté de faire des décrets-lois, sans renoncer pour autant à légiférer lui-même.

2° Il exclut la validité de toute norme émanant d'une autre autorité que celle ayant bénéficié de la délégation.

3° Inversement il affirme l'appartenance au système considéré de toute norme posée par l'autorité bénéficiaire de la délégation dans les limites de cette dernière. En d'autres termes, l'autorité bénéficiaire de la délégation est réputée aussi légitime que l'autorité délégante. Cette « loi de légitimation par délégation » est un des principaux schèmes d'aliénation ; elle repose en effet sur une aliénation de l'expérience juridique, puisqu'il n'est jamais certain que l'autorité bénéficiaire de la délégation fera de celle-ci l'usage désiré par l'autorité délégante.

En droit constitutionnel moderne le fondement par conformité et le fondement par délégation sont souvent utilisés cumulativement : ainsi lorsque le pouvoir exécutif reçoit du pouvoir législatif une délégation de compétence lui permettant de compléter la loi par un règlement.

Ces « fondements » permettent d'affirmer l'*unité formelle* des normes, leur appartenance à *un* ordre juridique. Le fondement par conformité assure aussi — dans la mesure où il y a réellement conformité — l'*unité matérielle* de l'ordre juridique. Le fondement par délégation remplit, quoique indirectement, la même fonction, puisqu'il empêche — ou du moins tend à empêcher — l'apparition de pouvoirs concurrents, autonomes, qui pourraient ordonner des comportements antinomiques ou difficilement conciliables. Il arrive toutefois que l'ordre juridique n'institue aucune sanction en cas de non-conformité ou de violation des règles de compétence.<sup>2</sup>

D'ailleurs, ces deux « fondements » sont impuissants à imposer l'unicité d'ordre juridique au sein de la communauté en cause, puisque le sommet de la pyramide des normes ou des autorités se trouve privé de fondement « endosystématique » ; l'ordre juridique ressemble à une bulle de savon : il est privé d'appui, parce que sa « validité » ne peut être prouvée. Force est donc, pour l'expérience close, de recourir à des schèmes « inter-systématiques » de légitimité, tels l'efficacité, l'application effective de l'ordre considéré, par opposition à l'inefficacité des ordres juridiques concurrents (absence d'une force suffisante à leur service), ou encore la relation entre l'ordre juridique considéré et certains éléments du donné chargés « d'affectivité juridique », telle l'occupation (par les partisans de cet ordre juridique) des bâtiments traditionnellement occupés par le « gouvernement ». Il faut d'ailleurs souligner l'ambiguïté de cette démarche : l'ordre juridique « appelle » un fondement (pour établir sa « validité » et rejeter les ordres juridiques concurrents). Cet appel de fondement provoque l'adoption du schème d'objectivité ou d'aliénation (en tant que pur critère de validité). Mais, inversement, la réalisation du schème d'objectivité choisi peut constituer un avantage, une qualité de l'ordre juridique en cause face à ses concurrents : ainsi il est clair que, toutes choses étant égales, un ordre juridique ayant la force à son service est une plus sûre garantie de paix sociale qu'un ordre juridique dont l'application apparaît incertaine.

Il ne faut pas confondre l'hypothèse que nous venons d'examiner, où des ordres juridiques concurrents s'affrontent et s'excluent réciproquement, avec celle où l'ordre juridique, quoique unique, est bicéphale<sup>3</sup> ou polycéphale. Il peut arriver en effet que l'autorité suprême, la « souveraineté », soit divisée, conférée à deux ou plusieurs pouvoirs autonomes, non hiérarchisés, ayant chacun sa compétence propre, son rayon d'action. Dans cette hypothèse, le danger existe naturellement que les pouvoirs juxtaposés deviennent rivaux, et empiètent sur les compétences réservées aux autres ou à l'autre. Faute d'autorité suprême pouvant arbitrer le différend, le conflit sera alors sans solution dans le cadre de l'ordre juridique considéré. Mais, en l'absence d'un tel conflit, chaque pouvoir sera « légitime », et l'ordre juridique aura, à son faite, une *Grundnorm* reconnaissant cette bi- ou polylégitimité « endosystématique ».

Nous rencontrons ici ce qu'on pourrait appeler le principe de l'« homogénéité » de la légitimité. Au regard de l'expérience close, il ne peut y avoir

<sup>2</sup> Ainsi en Suisse le Tribunal fédéral ne peut examiner la constitutionnalité d'une loi fédérale.

<sup>3</sup> Cf. chap. IX, *supra*, p. 72, note 17.

qu'une légitimité et un critère unique de la légitimité, la conformité au système positif. Si donc deux ou plusieurs pouvoirs autonomes se trouvent juxtaposés (sans se concurrencer), force est de considérer qu'ils sont englobés dans un ordre juridique unique, dont la *Grundnorm* institue le caractère bi- ou polycéphale.

Le mythe de l'Etat est naturellement dirigé contre le danger que présentent les ordres juridiques bi- ou polycéphales. Il enseigne en effet que le pouvoir est endogène, qu'il appartient à la communauté et doit être exercé « par elle » ; il impose à toutes les autorités un commun dénominateur : leur caractère « étatique ». Mais il n'assure ni directement, ni indirectement, comme tel, l'unité de l'ordre juridique, c'est-à-dire qu'il n'empêche pas les différentes autorités d'excéder leurs compétences et de violer les principes du fondement par délégation ou par conformité, en l'absence d'un pouvoir suprême pouvant arbitrer les conflits. C'est pourquoi il doit être complété par le mythe de la souveraineté selon lequel il « existe » dans l'Etat un pouvoir suprême, d'où procéderaient tous les autres, par délégation.

TRAVAUX DE DROIT, D'ÉCONOMIE,  
DE SOCIOLOGIE ET DE SCIENCES POLITIQUES

No 119

*COLLECTION DIRIGÉE PAR GIOVANNI BUSINO*