- THEME N° 1 -

DEFINITION ET UTILISATION DES STANDARDS DANS LES DIVERS SYSTEMES DE DROIT

DEFINITION AND USE OF "STANDARDS" IN THE DIFFERENT LEGAL SYSTEMS

Présidents de Séance

Chairmen

Matin : *M. le Professeur Paul DELNOY*

Après-Midi : *M. le Professeur M'hamed EL HATIMI*

LES DIMENSIONS ETHIQUES DE LA NOTION DE STANDARD JURIDIQUE

****

THE ETHICAL VALUES OF THE CONCEPT OF STANDARD

Par
Enrico PATTARO
Professeur à l'Université de Bologne (Italie)

Mon exposé se divise en deux parties : une partie générale, où le standard juridique est situé dans une perspective, -ou plus exactement, dans une tradition- de discours éthique ; une partie spécifique, où, dans le cadre de la distinction entre standard juridique et règle de droit, je mets en évidence d'autres dimensions éthiques du standard juridique.

- I -

L'histoire de la pensée occidentale a été marquée par une continuité conceptuelle et thématique significative par rapport à la pensée grecque ancienne. Cela s'est vérifié jusqu'au XVIIe siècle dans le domaine proprement scientifique, et jusqu'au XIXe siècle dans le domaine des sciences humaines et sociales. Au XVIIe siècle, la révolution scientifique, en ce qui concerne le domaine de la nature, et au XIXe siècle le positivisme philosophique, en ce qui concerne le domaine des sciences humaines et sociales, dévalorisèrent et bannirent le paradigme aristotélicien déjà dominant.

Dans les sciences naturelles, le dépassement de l'ancien paradigme fut définitif et complet grâce à la venue d'objets de recherche réellement nouveaux, ainsi que d'ensembles théoriques-conceptuels nettement plus puissants, et non moins compréhensifs que ceux qui étaient en vogue précédemment. Dans le domaine des sciences humaines et sociales, au contraire, il resta, est resté ou est réapparu, même longtemps après, et parfois aussi sans qu'il y eût conscience de la part de ceux qui les avaient proposés, des concepts et des thèmes anciens parce que les nouveaux paradigmes, dans le domaine des sciences humaines, n'ont pas toujours produit des résultats meilleurs, des thèmes nouveaux, des théories et des concepts plus puissants, et plus exhaustifs que ceux qui étaient en vogue précédemment.

Le standard juridique, dont je vais parler, est justement un exemple significatif dans le domaine moral et juridique de reviviscence -sous un mot relativement récent, puisqu'il semble que le terme "legal standard" ne remonte pas au-delà de la deuxième moitié du XIXe siècle- d'anciens thèmes et d'élaborations conceptuelles, déjà aristotéliciennes, romaines, médiévales, et puis, en particulier, baroques.

Les thèmes auxquels je me réfère et auxquels l'idée de standard se réfère, sont ceux de la prudence ou de la sagesse du jugement et de l'esprit, entendus, à partir d'Aristote, comme des thèmes typiques du discours moral, politique et esthétique. Prudence, jugement et esprit sont des facultés intuitives par excellence, capables de s'adapter aux circonstances du cas concret

et à ce qui est individuel, comme, justement, la vie morale et politique ainsi que l'expérience esthétique l'exigent, et comme, au contraire, la science, générale et abstraite, n'est pas à même de le faire.

Les penseurs baroques, en particulier par les traités moraux, politiques et esthétiques-littéraires (qu'on se rappelle, par exemple, des oeuvres sur la raison d'état, de la poétique de Baltasar Gracian, d'Emmanuel Tesauro, ou bien encore de John Lyly), déployèrent de grands efforts afin de réduire l'esprit à l'art, comme l'écrivait Matteo Pellegrino : pour rendre explicite et fixer les règles de la prudence, pour exposer à grands traits l'art de la politique entendue comme acquisition et conservation du pouvoir, pour établir les canons du bon goût littéraire (il faut rappeler les oeuvres du marquis Bonhours, de Mme Dacier, de Lodovico Antonio Muratori).

Le droit est imprégné de prudence, d'esprit et du jugement. A partir d'Aristote, avec *l'epieicheia*, équité, qui fait partie du jugement et de la prudence, pour arriver au droit romain, aux *jurisprudentes* du droit commun, et jusqu'aux codifications au moins, en particulier au Code Civil, les grands thèmes de la pensée intuitive et concrète se développent continuellement aussi dans les oeuvres des juristes ; dans ce cas-là aussi ils demandent -en particulier, au cours du XVIIe siècle, à l'époque baroque- que le *jus* soit *in artem redactum*, que les règles (ou standards, pour employer un terme de nos jours) de la prudence, de l'esprit, du jugement, de l'équité soient données avec le but de poser des limitations et des critères de guide, dans cette matière fluide, au subjectivisme excessif et à l'arbitraire : autant en droit qu'en esthétique, en morale ou en politique.

De nos jours, la nouvelle rhétorique de Perelman (1958) s'est attachée à nouveau à ces thèmes et à ces concepts en proposant de récupérer la rhétorique ou le raisonnable dans le discours qui a pour objet les valeurs. D'ailleurs, Théodor Viehweg, dans un livre (1953) qui a eu du succès, avait déjà relancé le discours topique, dialectique, "prudentiel" comme typique du raisonnement juridique et moral.

Même Jürgen Habermas, dans ce remaniement radical du rapport entre théorie et pratique qui constitue le fil conducteur de sa recherche, remet amplement en valeur la conception rhétorique-humaniste des disciplines concernant le comportement social, en opposant, par exemple, dans ce sens la *prudentia* de Giambattista Vico au volontarisme de Hobbes. Enfin, dans le cercle juridique-analytique international, dans un livre tout récent (1987), Aulis Aarnio traite du raisonnable et de l'acceptabilité dans le discours éthique et juridique en des termes qui, qu'il en soit conscient ou non, en passant par Perelman et Habermas, le

reconduisent à des thèmes et à des analyses déjà présents chez Aristote.

Or, si l'on prend la caractérisation classique que Roscoe Pound donna du standard juridique, on n'aura pas de mal à y reconnaître l'idée de prudence et de raisonnement "prudentiel" ; cette idée et ce raisonnement constituent l'une des principales dimensions morales du standard juridique, dimensions sur lesquelles est focalisé mon exposé.

Cela rendra plus clair, peut-être, la raison pour laquelle je suis parti de si loin, dans cet exposé : de la pensée grecque et de la division entre les deux cultures, l'humaniste et la scientifique.

Roscoe Pound donc écrit :

"Les juristes romains élaborèrent certains standards ou modèles de conduite comme celui du bon père de famille, qui mène son ménage d'une façon attentive et diligente, ou celle du fermier prudent et diligent dans l'exploitation de son domaine. D'une manière analogue, l'*equity* anglaise élabora le standard de "fair conduct" du fiduciaire, et le droit anglo-américain élabora, en ce qui concerne les dommages, le standard de la conduite qu'une personne raisonnable et prudente aurait dans des circonstances données. De la même manière, dans le droit des services publics, furent élaborés les standards de "reasonable service", "reasonable facilities", "reasonable incident of service"." "Ce qui est intéressant n'est pas tellement la règle qui est fixée par le standard ; ce qui est intéressant c'est la marge de discrétion que le standard entraîne et le fait qu'il se réfère aux circonstances du cas concret."

Selon Pound, il y a trois caractéristiques du standard juridique :

1) Il entraîne "un certain jugement moral sur la conduite, qui doit être "fair", ou "consciencieuse" ou "raisonnable", ou "prudente", ou "diligente"."

2) Le standard, en outre, ce n'est pas une question "de connaissance juridique précise ou appliquée avec précision". Le standard, au contraire, demande "common sense" sur les "common things", ou encore de "l'intuition bien exercée à propos des choses qui sont au-delà de l'expérience de l'homme moyen".

3) Le standard, enfin, "n'est pas formulé d'une façon absolue, n'a pas de contenu exact" ; au contraire, "il est relatif au temps, au lieu et aux circonstances" ; il doit être appliqué en tenant compte des faits ; dans une certaine mesure il implique la reconnaissance "que chaque cas est d'une certaine manière unique". (R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, revised edition, New Haven : Yale University Press, 1955, pp. 57-58).

Il serait facile de citer maintenant des passages d'Aristote, St Thomas, Vico, ou par exemple, de Pascal, où il oppose l'esprit

de finesse à l'esprit de géométrie et où il identifie dans l'esprit de justesse le moment de l'application de l'esprit de finesse, application -comme il dit- qui se fait "naturellement et sans art", non pas par raisonnement mais d'une manière intuitive.

Dans ces passages, on retrouverait les idées synthétisées par R. Pound dans les trois caractéristiques qu'il attribue au standard juridique : l'idée d'un jugement moral sur la conduite prudente, diligente, attentive, etc... ; l'idée du *common sense* et de l'intuition exercée ; l'idée de l'unicité de chaque cas à juger.

Toute autre analyse mise à part, que ces idées suggèrent, elles comprennent l'essence de ce courant de la pensée éthique qui, à partir de l'*Ethique à Nichomaque* jusqu'à quelques thèses récentes de Ronald Dworkin, tourne autour de la prudence, en tant que vertu intellectuelle pratique, capable de saisir, par un procédé particulier mêlé de rationalité (ou, mieux dit, de raisonnable) et d'intuition, ce qui est uniquement correct (*right : the only right answer*) dans un cas déterminé.

Celle que je viens d'esquisser de cette manière est peut-être la dimension éthique principale du standard juridique.

Elle nous dit que le standard juridique, non seulement tient de la morale, mais en particulier tient de la morale critique : c'est-à-dire de la morale qui découle non seulement de la conduite et de la coutume (ce qui constitue la morale positive), mais aussi de la réflexion, de l'analyse, de l'élaboration éthique théorique. En effet, la tradition de la pensée que j'ai rappelée jusqu'ici, afin d'y reconduire, comme à sa propre matrice, le standard juridique, est, avec ses différentes manifestations qui reviennent dans l'histoire et ses diverses variantes, l'une des deux grandes traditions de la pensée éthique occidentale, l'autre étant celle qui est représentée par la doctrine rationaliste du droit naturel.

L'éthique de la conduite raisonnable dans le cas concret ainsi que l'éthique abstraite de la doctrine rationaliste du droit naturel ont représenté et représentent de grands efforts cherchant à fonder de manière critique les choix moraux de l'homme en lui fournissant les critères "objectifs" pour faire ces choix.

- II -

Dans cette partie de mon exposé, je vais signaler d'autres dimensions éthiques spécifiques du standard juridique dans le cadre de quelques mises au point concernant la distinction entre règle de droit et standard juridique.

Il m'est arrivé de remarquer dans la littérature courante que lorsqu'il est question de distinguer la règle de droit du

standard juridique, on ne précise presque jamais si la distinction dont il s'agit est une distinction entre règle de droit et prescription d'appliquer un standard ou bien entre règle de droit et standard proprement dit, c'est-à-dire standard en tant que modèle effectif de conduite, existant dans la pratique sociale, standard en tant qu'objet de la prescription.

Moi, au contraire, je crois qu'il faut distinguer entre prescription d'un standard et standard prescrit. Il faut, en outre, distinguer la prescription d'un standard juridique des autres prescriptions qui prescrivent quelque chose de différent d'un standard. Il faut enfin distinguer le standard juridique des autres modèles de conduite existant dans la pratique sociale et qui sont différents du standard juridique.

Comme cela est évident, la prescription d'appliquer un standard est, elle-même, une règle de droit, un énoncé linguistique, émané d'un législateur ou d'un juge, tandis qu'un standard est un modèle de conduite effectivement pratiqué dans la vie sociale.

Autrement dit, la prescription d'un standard n'est pas de nature coutumière. Ce qu'il y a de coutumier se trouve dans le standard lui-même qui fait l'objet de la prescription, dans le standard en tant que tel.

A ce propos, il me semble utile de remarquer ce qui suit.

Premièrement, l'une des différences les plus intéressantes et évidentes entre règle de droit et standard juridique est une différence de *genre*, c'est une différence qui tient de la différence entre loi et coutume. La règle de droit est une prescription qui appartient au genre de la loi ; le standard juridique, au contraire, est un modèle de conduite qui existe dans la réalité sociale, qui appartient au genre de la coutume.

Celui-ci est d'ailleurs -il faut bien le souligner- un important profil qui relève pour l'individualisation des dimensions morales du standard juridique.

Deuxièmement, la différence entre règle de droit et prescription d'appliquer un standard est tout autre chose. Un standard, en effet, est normalement lui-même l'objet d'une règle de droit qui prescrit de l'appliquer, d'y avoir recours. A cet égard, alors, il s'agit de distinguer parmi de différentes *espèces* de règles de droit : il ne s'agit plus de différence entre règle de droit et standard proprement dit (différence de genre), mais de la distinction entre la règle de droit qui prescrit d'appliquer un standard juridique et les règles de droit qui prescrivent autre chose (différence d'espèce).

Je vais alors montrer quelques différences entre la règle de droit qui prescrit un standard et les règles de droit qui ne prescrivent pas un standard mais quelque chose d'autre.

Tout d'abord, la prescription d'un standard n'est pas une règle qui prescrit une conduite déterminée comme l'est, au contraire, par exemple, la règle de conduite qui défend le vol ou le meurtre.

La prescription d'un standard n'est d'ailleurs même pas une règle de compétence, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une règle qui attribue un pouvoir de produire du droit, comme classiquement le fait la règle qui attribue un pouvoir réglementaire à un organe administratif ou la règle qui attribue aux juges le pouvoir (et le devoir) de décider comme s'ils étaient les législateurs (comme cela est prévu par l'article 1 du Code suisse de 1907) ou encore la règle qui attribue le pouvoir de résoudre une question selon l'équité ou selon la nature des choses.

Finalement, encore, la prescription d'un standard n'est même pas simplement une règle à contenu indéterminé ou vague, comme le sont des règles qui établissent certaines conséquences juridiques, lorsqu'on cause "un grave dommage à quelqu'un", ou qui établissent des conséquences juridiques particulières, lorsque "la non-exécution du contrat a peu d'importance", en laissant à la pratique jurisprudentielle le soin de déterminer ce qui est grave comme dommage et ce qui a peu d'importance comme inexécution d'un contrat.

En réalité, à mon avis, il faut compter la prescription d'un standard parmi les règles de renvoi, à savoir parmi les règles qui prescrivent de se tenir à une ligne de conduite qui existe déjà, qui est déjà déterminée hors de la règle même. Telles sont les règles qui renvoient au droit romain ou au droit canonique ou aux traités internationaux, les règles qui renvoient à d'autres lois du système juridique qui doivent être appliquées directement ou par analogie, les règles qui renvoient aux principes généraux du droit, aux coutumes, aux traditions locales. Et telle est la règle qui renvoie à un standard.

En outre, la prescription d'un standard discipline, en particulier par renvoi, non pas une conduite, mais plutôt la façon de tenir une conduite. La prescription d'un standard n'est pas la prescription de quoi faire, mais plutôt la prescription de comment faire.

La prescription d'un standard prescrit, par exemple, de se comporter comme le bon père de famille lorsqu'on a l'administration des biens d'autrui ; ou elle prescrit de se comporter selon la bonne foi dans la préparation, la conclusion et l'exécution d'un contrat ; ou elle prescrit de se comporter d'une façon diligente, prudente, raisonnable dans l'exercice d'un devoir ou d'une fonction.

La prescription d'un standard prescrit -je pourrais dire- des vertus. Elle prescrit des vertus civiles (la prudence, la

diligence, la bonne foi, le bon sens) en renvoyant aux modèles relatifs, tels qu'ils sont pratiqués dans la société. Comme c'est évident, cette dimension aussi -la prescription de pratiquer des vertus- est une dimension morale du standard juridique.

Le standard, auquel la règle renvoie, se situe, comme je viens de le dire, parmi les modèles de conduite existants dans la pratique sociale. Il se situe à côté de la coutume et, en tant que participant d'une nature factuelle, sociale, psychologique, il se distingue comme genre de tous les modèles de conduite formulés d'une façon abstraite dans les prescriptions, c'est-à-dire par des énoncés linguistiques. On pourrait dire que le standard juridique est *law in action*, qu'il n'est pas *law in books*, ou, mieux encore, qu'il est *morality in action* à laquelle on renvoie par des *laws in books*.

Cela établi, il faut maintenant distinguer le standard sous un profil spécifique, c'est-à-dire qu'il faut distinguer le standard des autres espèces de modèles de conduite qui existent dans la pratique sociale. En effet, le standard se distingue soit de l'habitude, soit de la coutume.

L'habitude, entendue au sens strict, n'a pas un caractère obligatoire. C'est une uniformité de conduite qui ne constitue pas un paramètre, un étalon d'action correcte.

De plus, l'habitude n'est pas nécessairement l'expression d'une aptitude critique et consciente à l'égard du comportement : au contraire on pourrait dire, peut-être, qu'elle ne l'est jamais, ou qu'il est très rare qu'elle le soit.

Le standard, par contre, est un modèle de conduite qui entraîne l'idée d'action correcte, et, de plus, comme on l'a déjà vu, d'une action correcte mise au point par l'apport de la réflexion critique. Tout cela manque à l'habitude.

L'idée d'action correcte propre au standard est bien remarquée par Pound lorsqu'il écrit qu'un standard "est une mesure moyenne de conduite sociale correcte" (R. Pound, *Administrative Application of Legal Standard*, p. 12).

L'idée d'action correcte, de "rightness" est, à son tour, typiquement morale.

L'idée d'action correcte, en effet, est commune au standard juridique et à la coutume. Mais le standard se distingue de la coutume par d'autres caractéristiques : a) parce que le standard -comme je viens de le dire- tient de la morale critique tandis que la coutume appartient à la morale positive ; b) parce que le standard garde un caractère de flexibilité et de souplesse, tandis que la coutume est rigide et fixe.

Si l'on voulait établir une hiérarchie, on pourrait suggérer la suivante.

L'habitude appartient à la pratique sociale non obligatoire et acritique ; ce n'est pas de la morale : ni morale positive, parce qu'il lui manque l'idée d'action correcte, ni morale critique, parce qu'il lui manque en plus l'élaboration critique. En outre, l'habitude est fondamentalement rigide.

La coutume appartient à la morale positive : à la différence de l'habitude, elle entraîne l'idée d'action correcte, mais elle n'est pas élaborée de manière critique non plus. Enfin, elle n'est ni souple ni flexible : elle est rigide.

Le standard, au contraire, appartient à la morale critique. En tant que moralité, il entraîne l'idée de devoir et de droiture ; en tant que critique, il est sophistiqué, c'est le fruit de l'élaboration. Enfin, il est flexible, élastique et non rigide.

En faisant le point de ce que j'ai dit jusqu'ici, il me semble que l'on peut distinguer au moins les dimensions éthiques du standard juridique suivantes, en les entendant comme des perspectives ou des points de vue selon lesquels le standard semble pouvoir être ramené à l'éthique dans quelques acceptions de ce terme.

a) Le standard juridique *s'adresse à la pratique* ; c'est un modèle de conduite. Comme tel, le standard entre dans "l'éthique" dans l'acception traditionnelle plus large de ce mot qui comprend la morale (ou éthique au sens strict), le droit, la politique, l'économie et qui exclut, par exemple, l'art, la religion et la science.

Il faut remarquer que, de ce point de vue, la règle de droit qui prescrit un standard (aussi bien que les autres règles de droit) entre dans l'éthique, ainsi que le standard prescrit.

b) Le standard juridique est aussi un modèle de conduite qui *appartient à la pratique* : il existe dans la pratique sociale ; ce n'est pas une règle écrite, énoncée, promulguée ; il a ce type d'existence, propre aussi à l'habitude et à la coutume, consistant en des attitudes psychiques et des conduites présentes au niveau intersubjectif à l'intérieur d'un groupe, d'une classe, ou d'un milieu social. De ce point de vue, le standard juridique fait partie de l'éthique, entendue dans une autre acception du mot "éthique" : celle selon laquelle *ethos* s'oppose à *eidos*, pratique à théorie, action à pensée. Le standard non seulement *s'adresse* à la conduite (ce qui est typique aussi des lois écrites), mais aussi *c'est* un type de conduite.

Qui admet qu'il n'existe pas d'éthique en dehors de la conduite réelle ne situera pas la simple règle de droit dans l'éthique, mais pourra y inclure le standard juridique. De ce point de vue, la règle de droit même qui prescrit le standard n'entre pas

dans l'éthique, tandis que le standard juridique prescrit, lui, y entre, tout cela se représentant en tant que renvoi du droit (de la règle de droit) à la morale (ou standard juridique).

c) Le standard juridique, en outre, est un modèle de conduite qui *appartient à une pratique qualifiée*. Aussi bien que la coutume, et contrairement à l'habitude, le standard juridique est un modèle réel de conduite dans lequel intervient l'idée de devoir : l'idée d'une conduite correcte, qu'il faut avoir simplement parce que c'est la conduite correcte, indépendamment de tout but (par exemple, indépendamment de l'obtention de quelque chose d'utile) ou motif (par exemple, indépendamment de la crainte d'une sanction).

Qui pense (comme moi, par exemple) que l'idée de devoir et de conduite correcte est une donnée essentielle de la morale aura de bonnes raisons pour inclure le standard juridique dans le domaine de l'éthique.

d) Le standard juridique est aussi *un modèle d'exercice de vertus*. La règle de droit qui prescrit un standard juridique (qui prescrit, par exemple, la diligence du bon père de famille) prescrit une vertu civique, en renvoyant, en ce qui concerne son application, au standard, reconnu comme propre à l'exercice correct de la vertu prescrite. On connaît très bien l'acception du mot "éthique" qui comprend la référence à la vertu. Ce point de vue éthique touche la règle de droit (qui prescrit la vertu et par renvoi le standard qui y est relatif) ainsi que le standard prescrit, qui est en fait la façon correcte d'exercer la vertu en question.

e) Le standard juridique vise à la réalisation de la justice du cas concret : il faut rappeler la définition aristotélicienne de l'*epieicheia* (équité), justement comme justice du cas concret. Aristote comparait l'équité au réglet utilisé par les maçons de Lesbos qui, puisqu'il était fait en matériel ductile, pouvait s'adapter aux sinuosités et aux aspérités du terrain. Le jugement, d'ailleurs, l'*eusinesia* et la *gnome* aristotéliciennes sont des capacités de juger ce qui est équitable.

Il y a des conceptions de l'éthique qui caractérisent l'éthique -par opposition, par exemple, au caractère abstrait du droit- non seulement ou pas tellement par son appartenance à la pratique (cf. b)), mais aussi ou surtout par son caractère concret en ce sens qu'elle adhère aux circonstances concrètes. L'éthique, dite de la situation, par exemple, est l'une des éthiques admises par ces conceptions de l'éthique. Je n'entends pas dire par là que le standard juridique peut être ramené à l'éthique de la situation. J'entends plus simplement observer que quelques éthiques, parmi

lesquelles l'éthique de la situation, présupposent une conception de l'éthique comme adhérence aux particularités spécifiques, parfois uniques, du cas concret, et que le standard juridique -il faut rappeler la troisième des trois caractérisations que Pound en donne- présente certainement une dimension éthique, même dans la conception de l'éthique que je viens d'indiquer.

f) Enfin, le standard juridique appartient à une des deux traditions les plus importantes de la pensée occidentale sur l'éthique. Voilà donc le thème que j'ai traité dans la première partie de mon exposé. Parmi les grandes orientations de la pensée éthique occidentale, il en est deux qui se détachent sans doute des autres par leur vétusté et leur richesse : la tradition rationaliste du droit naturel, productrice d'éthiques *more geometrico demonstratae*, et la tradition du raisonnable, tournant autour des idées de prudence (*phronesis*) et de jugement (*sunesis, eusinesia, gnome*), productrice de méthodes et de procédés pour bien délibérer sur les cas concrets (aussi sur les *hard cases*). Le standard juridique appartient à cette tradition éthique.

STANDARDS ET PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

***

STANDARDS AND GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Par
Valentin PETEV
Professeur à l'Université de Münster (R. F. A.)

I - UTILISATIONS DE LA CATEGORIE DES STANDARDS

Les législations modernes font d'abondants usages des standards dans les textes qu'elles produisent. Une vue d'ensemble montre que les standards se présentent comme des formules générales, par lesquelles le législateur exprime une idée normative et ouverte, qui est nécessaire à l'application d'une règle ou d'un principe de droit. Diverses formules y sont utilisées, par exemple, l'intérêt social, les bonnes moeurs, les intérêts des consommateurs, l'action nuisible à la société, la concurrence déloyale, l'avantage déraisonnable, la diligence des professionnels. Cette énumération, en quelque sorte arbitraire, fait allusion à la diversité des domaines sociaux, où les standards peuvent être utilisés. Elle donne aussi une idée sommaire de la nature des standards comme critères normatifs.

Dans une acception large, les standards sont des conventions, des principes ou des règles qui s'établissent en société et donnent aux actes sociaux un fondement moral (1). Pour certains auteurs, les standards servent de base à toute réglementation juridique (2) ; pour d'autres, ils se présentent comme des principes et même des règles de droit.

De telles analyses n'expliquent pas de manière satisfaisante le rôle des standards dans l'ordre juridique. Ils ne précisent pas suffisamment l'usage spécifique que l'on pourrait faire de la catégorie du standard. L'intérêt actuel est orienté, me semble-t-il, non seulement vers une synthèse des vues et des résultats déjà obtenus dans de diverses branches de la science juridique (3), mais aussi et surtout vers une analyse catégorielle au niveau de la théorie générale du droit (4). Celle-ci permettrait de mieux utiliser les standards dans la pratique législative et judiciaire.

(1) H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford, 1961, p. 163 : "It is... necessary to characterize, in general terms, those principles, rules and standards relating to the conduct of individuals which belong to morality and make conduct morally obligatory".
(2) N. MacCormick, H.L.A. Hart, London, 1981, p. 40 passim.
(3) K.H. Strache, Das Denken in Standards, Berlin 1968 ; G. Teubner, Standards und Direktivent in Generalklauseln, Francfort s. M. 1971.
(4) Cf. l'ouvrage de Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3 éd., Tubingen 1974, qui a enrichi les vues méthodiques dans la jurisprudence par les aboutissements de l'herméneutique et de l'épistémologie juridique. Les recherches en France ont été poussées, déjà dans les années trente. L'ouvrage de Stéfan Rials (Le juge administratif français et la technique du standard, Paris, 1978), donne beaucoup de références sur ces recherches ; il offre une analyse théorique très approfondie en la matière qui englobe aussi la dimension de la politique législative et jurisprudentielle.

II - APPROCHE SOCIO-AXIOLOGIQUE DE LA PROBLEMATIQUE DES STANDARDS

1. Une première approche sociologique nous montre que le législateur, quand il formule des textes normatifs, se propose d'intervenir et intervient en effet dans la réalité sociale par des règles de conduite qu'il crée. Ces règles donnent aux rapports sociaux un nouveau profil ou bien confirment les rapports sociaux, tels qu'ils existent en réalité, en leurs accordant un caractère obligatoire général. Ce faisant, le législateur ne se réfère qu'à des rapports sociaux typiques qui revêtent à ses yeux une valeur générale et qui, par conséquent, doivent être réglés et protégés. Des comportements jugés particuliers sont dans ce contexte négligeables. Ils ne suscitent pas l'action du législateur. Le mode de pensée en catégories de situations typiques, "standardisées", est donc propre au législateur ; il est dû à sa fonction régulatrice. Il faut, toutefois, mentionner que le recours du législateur à des comportements standardisés des sujets, auxquels le texte législatif s'adresse, révèle une problématique plus complexe.

2. Le législateur s'efforce de donner aux rapports sociaux qu'il vise dans ses actes une réglementation qui est précise et suffisamment détaillée. Mais, dans certaines situations, le législateur se voit obligé, pour mieux répondre aux exigences d'une dynamique sociale, de rendre les textes normatifs qu'il produit plus souples, en utilisant de notions ouvertes, des termes d'une plus haute généralité. A cette fin, il "ouvre" la réglementation à une réalité sociale abondante et complexe d'où il puise certains critères.

Ainsi, par exemple, quand le législateur règle les conséquences juridiques de la concurrence déloyale dans le domaine économique il ne s'applique pas à décrire les traits caractéristiques de comportements déloyaux et à les fixer en termes précis, dans les textes normatifs. Il se contente de dire que la concurrence déloyale est interdite. Ou bien, quand il s'agit de déterminer la responsabilité délictuelle des professionnels, le critère de leur diligence sera emprunté aux actes des spécialistes dans un domaine donné, qui représentent le bon usage de la profession au niveau des connaissances actuellement acquises. La norme correspondante ne peut être formulée qu'en termes généraux, en utilisant des standards.

Ici, l'on n'est pas en présence d'une réglementation juridique incomplète ou de contenu indéterminé. Les éléments "ouverts" du texte normatif, c'est-à-dire, ceux qui sont exprimés par des formules de standards, peuvent et doivent être remplis en

partant des idées correspondantes qui se modifient selon les circonstances et qui dominent dans la société à un moment donné. Ainsi conçu, le mode de réglementation juridique des rapports sociaux, en utilisant des standards, n'est pas une "fuite" du législateur dans des clauses générales, mais répond plutôt aux exigences d'une société ouverte et pluraliste, soucieuse de régler ses affaires par un droit moderne.

Si l'on suit cette ligne d'argumentation, on est conduit à se demander d'où les critères normatifs obtenus à travers des comportements standardisés, reçoivent leur caractère obligatoire.

3. La thèse selon laquelle les standards se situent dans les "faits" reflète une expérience première du législateur : celui-ci est toujours tenu d'observer et d'analyser les comportements sociaux, tels qu'ils se présentent au cours de l'interaction sociale. Cependant, le législateur ne les considère pas comme des faits "bruts". Il les approuve seulement dans la mesure où de tels comportements correspondent aux idées, convictions et conceptions socio-éthiques et politiques, qui, à une certaine époque, dominent en société. C'est ainsi que les comportements typiques (standardisés) s'inscrivent dans les institutions sociales. Une vue institutionaliste permettrait, en effet, de mieux saisir la nature des standards, situés dans le contexte social.

Les institutions (5) se présentent comme un ensemble de rapports sociaux, orientés vers un but déterminé, qui sont régis essentiellement par des principes et des règles juridiques aussi bien qu'éthiques et qui procurent aux acteurs sociaux, par l'uniformité des comportements qu'elles englobent, la certitude nécessaire à la poursuite de leurs buts personnels (6). Les comportements sociaux en cause établissent une régularité stable et adéquate aux attentes des sujets qui s'engagent dans l'interaction sociale (p. ex. l'exercice d'une profession, les activités économiques, le mariage, la propriété).

Les conduites-standards appartiennent à ce type d'actes sociaux. Elles se caractérisent, de surcroît, par la densité de leur régularité continue. Cependant, il serait erroné d'admettre que le législateur, en considérant de tels comportements typiques, de telles pratiques sociales répandues, se "soumet" à leur régularité factuelle. Aucune conduite en société ne possède une force telle qu'elle s'impose immédiatement comme norme générale et obligatoire pour tous. Pour que les standards de conduite sociale

(5) D.N. MacCormick / O. Weinberger, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, Berlin, 1985 ; W. Krawietz, Rechtssystem als Institution ?, dans Rechtstheorie, Beiheft 6, 1984, p. 209 s. ; N. MacCormick, Institutions, Arrangements and Pratical Information, Ratio Juris, 1988, p. 73 s.

(6) V. Petev, Recht als Existenzbedingung, dans Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Supplementa, vol. IV, 1988, p. 25 s.

obtiennent un tel caractère obligatoire, il faut qu'ils soient consacrés au préalable dans le cadre d'institutions sociales. L'exemple des "bonnes moeurs" illustre assez bien cette pensée. Dans sa généralité originaire, ce standard est inopérant. Les bonnes moeurs n'existent pas en tant que telles, en dehors des conceptions éthiques et politiques des groupes sociaux. Seulement, en faisant partie de telles conceptions, les bonnes moeurs entrent dans diverses institutions sociales où elles se concrétisent et reçoivent leur qualité de critère normatif.

III - STATUT DES STANDARDS DANS LE SYSTEME JURIDIQUE

1. Si l'on admet que le système (l'ordre) juridique (7) est, pour de multiples raisons, toujours incomplet et que, d'autre part, il doit rester ouvert à l'interaction sociale, on est conduit à accepter qu'au système juridique appartiennent deux catégories de normes : les règles de droit et les principes généraux du droit (8).

Les principes généraux du droit sont des idées majeures et directrices qui constituent la base et assurent le fonctionnement d'un ordre juridique en lui procurant une justification éthique et politique. Or, ces principes (9) déterminent le caractère du système juridique et donnent à l'interprétation et à l'application de ses règles un sens commun. La jurisprudence, en créant des règles nouvelles en cas de lacune, y trouve appui (10).

Ainsi convient-il de se demander où si situent les standards parmi les normes (règles et principes) que comprend le système juridique. Plusieurs auteurs considèrent les standards comme des normes juridiques, tout simplement. Les standards sont pour eux une sorte de normes "souples", fondées sur un critère indéterminé, qui doit être précisé. Je ne partage pas cette vue.

Les standards sont dépourvus des structures nécessaires à une norme juridique ; ils sont, en ce sens, des catégories normatives incomplètes. Néanmoins, quand une norme contient des formules qui se réfèrent à des standards, on en tire des critères normatifs pour rendre la norme applicable. Le standard des bonnes moeurs ne constitue pas, à cause de sa structure, une norme juridique mais traduit seulement un critère normatif qui permet de préciser le contenu d'une norme complète portant, par

(7) V. "Ordre juridique", dans Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, sous la direction de A.J. Arnaud, Paris, Bruxelles, 1988.

(8) N. MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford, 1978, p. 152 s.

(9) J. Wroblewski, Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, dans Archivum Juridicum Gracoviense, vol. XVII, 1984, p. 5 s.

(10) R. David, La doctrine, la raison, l'équité, R.R.J., 1986, p. 130.

exemple, sur la validité des contrats. Cette problématique surgit d'une manière nette quand il s'agit de manier les principes généraux du droit.

2. Les principes généraux du droit s'établissent à chaque niveau de l'ordre juridique, aussi bien au niveau constitutionnel qu'au niveau des lois simples, comme des normes juridiques de pleine puissance ; cela veut dire que tous les agents de la mise en oeuvre du droit peuvent appuyer leurs décisions sur ces principes en cas d'absence de règle explicite. Ce qui caractérise les principes généraux, quant à leur structure, c'est qu'ils ne contiennent pas de références concrètes et explicites aux faits sociaux auxquels ils sont applicables. Or, les principes généraux ne peuvent être construits qu'en utilisant des catégories d'une haute généralité. C'est là qu'entrent en jeu les standards.

Le contenu des principes généraux n'est pas, de ce fait, indéterminé. Il ne serait pas concevable parce que le système juridique abandonnerait alors ses fondements, à savoir ses principes, qu'ils soient flous. Au contraire, il semble évident que les principes généraux du droit expriment des idées politiques et éthiques bien précises, en particulier celles qui dominent une société à une certaine époque, et cela dans le dessein d'organiser les rapports sociaux conformément à ces idées. Ce qui doit être déterminé de plus près, à un moment donné de l'application d'un principe général, c'est le contenu des circonstances sociales typiques dans lesquelles le principe prend forme et où il se réalise.

Ces circonstances, c'est-à-dire les comportements sociaux qui y sont concernés, sont, on l'a déjà vu, exprimés dans le texte, normatifs par une formule de standard. Ici, le rôle du standard devient clair : il est le médiateur entre une réalité sociale complexe qui doit être saisie de manière institutionnelle et le principe de droit. La tâche du juge consiste en une analyse des comportements visés par le principe pour en déterminer l'extension ; en même temps le juge fait ressortir le contenu du principe dans sa plénitude variable.

Ce résultat est à retenir. Il nous permet de voir la logique spécifique de l'application des principes généraux du droit (11) qui est due à leur structure et à leur nature. Cette logique conduit le juge inéluctablement à des réflexions en termes de standards. Le principe de la liberté contractuelle, par exemple, explicite bien cette pensée.

(11) D'après Ronald Dworkin, cette logique se traduit par l'idée que "principles provide reasons for taking a decision in one direction or another", tandis que les règles de droit ne connaissent qu'une "all-or-nothing fashion" d'application.

Quand le juge apprécie la liberté contractuelle des parties à un contrat de consommateurs, il est obligé d'analyser les pratiques des contrats qui se sont établies dans le domaine des rapports sociaux en cause. Il procède à cette analyse pour pouvoir décider si les intérêts de la partie contractante la plus "faible" ont été en fait respectés. De cette manière, le juge détermine le contenu du principe : ce que signifie vraiment la liberté contractuelle dans certaines conditions sociales.

La fonction du standard devient, me semble-t-il, manifeste quand deux ou plusieurs principes généraux du droit interfèrent. Je prends par exemple le cas d'expériences dans les sciences biomédicales et des responsabilités qui en découlent. Ici, le juge aura à analyser la pratique sociale de telles expériences qui est un indicateur sensible du développement des sciences et qui est bien sûr protégée par le principe fondamental de la liberté scientifique. Mais, d'autre part, le juge aura à observer le principe de la dignité de l'homme et les droits subjectifs des personnes, atteintes par de telles expériences. Le mode de pensée qui procure au juge la souplesse nécessaire à la réflexion, en délimitant l'extension des deux principes, c'est celui des standards.

Les développements qui précèdent permettent de voir que le juge remplit une fonction profondément créatrice en décidant des espèces à partir des principes généraux du droit. Le juge fait sortir les effets implicites des principes et formule lui-même la norme juridique qui sert de base à la décision d'espèce. Mais il n'y arrive que par une analyse socio-axiologique (12) des circonstances sociales typiques qui encadrent le cas concret. Cette analyse ne consiste pas en de simples constatations de fait ou une pure opération logique. Une telle tâche ne dépasse ni la compétence ni les possibilités factuelles du juge. Au contraire, le juge qui opère dans le cadre d'un système politique et juridique, censé pluraliste et ouvert, est tenu d'apprécier toutes les conditions sociales dans lesquelles se situe le cas à traiter ; et le juge effectue les opérations requises sur le plan des valeurs éthiques et des conceptions politiques prédominantes à une époque donnée.

Pour remplir sa fonction, il est nécessaire au juge, en ce sens politique, d'avoir un appareil conceptuel suffisamment différencié. La catégorie du standard en fait partie intégrante.

(12) V. Petev, Structures rationnelles et implications sociologiques de la jurisprudence, A.P.D., t. 30, 1985, p. 187 s.

STANDARDS ET REGLES DE DROIT

****

STANDARDS AND LEGAL RULES

Par

Juan-Santos NAVARRO
Chargé d'Enseignement

INTRODUCTION

1. Le droit n'est pas le seul système normatif de la compétence duquel relève la régulation des "rapports entre les hommes groupés dans des liens "sociétaires"" (1). Ce particularisme du droit est souligné par la "Théorie du pluralisme normatif" (2) ; il explique l'existence de "phénomènes d'internormativité" (3).

Mais si "le droit n'est pas seul à régler, à réguler la vie de l'homme en société" (4), la vie de l'homme en société n'évolue que dans un domaine que le droit lui assigne : la juridicité ou le non-droit (5).

Le droit positif, en effet, régit l'ensemble des activités humaines à caractère sociétaire : de façon positive, par la juridicité ; de façon négative, par le non-droit. Le domaine respectif du droit et du non-droit est une délimitation à l'origine de laquelle se trouve le droit positif lui-même. Dès lors, parler d'"autonomie" de la morale, du droit religieux, du droit naturel, du droit international, etc., par rapport au droit positif (interne), est un non-sens, sauf à considérer, ce qui est le cas, que cette autonomie est concédée par celui-ci.

2 - L'origine juridique de la juridicité et du non-droit est d'une grande conséquence.

En effet, face à une manifestation quelconque de l'activité sociale, le droit positif réagit et selon que sa volonté est de la situer dans la juridicité ou dans le non-droit, il adopte une "réaction d'intégration" ou une "réaction de répulsion". Ces deux

(1) J. Dabin, Théorie générale du droit, Nouvelle édition, Coll. Philosophie du droit, t. 11, Paris, Dalloz, 1969, n° 15, p 19 s., spéc. p. 20.
(2) V. sur cette théorie, V. Carbonnier, Sociologie juridique, 1re éd., Coll. Thémis - Droit, Paris, P.U.F., 1978, p. 183 s. Elle est à distinguer de la "Théorie du pluralisme juridique" V. sur cette dernière, J. Carbonnier, op. cit., p. 183 et p. 208 s.
(3) "Entre le droit et les autres systèmes normatifs des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent. Ce sont là des phénomènes autonomes (un peu comme le droit international privé est autonome à l'égard des droits nationaux) : les phénomènes d'internormativité". J. Carbonnier, op. cit., p. 185. V. pour un conflit entre l'art. 1141 du Nouveau Code de droit canonique (principe de l'indissolubilité du lien matrimonial) et l'art. 237 C. civ. (faculté pour un époux de demander le divorce pour rupture de la vie commune) avec demande d'application de l'art. 240 C. civ. (Clause de dureté) : T.G.I. de Perpignan, 29 fév. 1984, D. 1984, 520, note A. Sériaux et J. Villacèque. V. sur les phénomènes d'internormativité J. Carbonnier, op. cit., p. 185 s.
(4) J. Carbonnier, op. cit., p. 183.
(5) Sur le domaine respectif du juridique et du non-juridique, v. notamment : J. Carbonnier, op. cit., p. 174 s. ; J. Dabin, op. cit., n° 93 s, p. 109 s. ; K. Stoyanovitch, Le domaine du droit, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 21 s.. V. aussi (l'auteur analyse des "situations intermédiaires" entre le droit et le non-droit) R. Demogue, Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 9 s.

attitudes du droit trouvent leur fondement dans les "buts suprêmes" (6) qu'il poursuit. Ceux-ci ne sont autres que des valeurs. C'est en effet par référence aux valeurs que les faits emportent des conséquences juridiques ou non juridiques. Ainsi par exemple, c'est par référence à la "sécurité juridique" ("sécurité contre des modifications" (7) que "l'apparence" est créatrice de droits au profit des tiers. Cette référence aux valeurs n'est en définitive que la mise en oeuvre par le droit positif de sa dimension axiologique. Car "le droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs : c'est en fonction même de sa valeur que telle règle pourra être une règle juridique, entraînant des obligations pour l'activité humaine" (8).

3 - L'axiologie est ainsi intimement liée à la téléologie, au "but" ; ce qui pour notre sujet est d'une importance capitale. D'une manière générale, le "*but* ou, en langage philosophique, la *fin* (...) implique l'idée d'un résultat désirable parce que bon, donc un jugement de valeur ; il comporte aussi la différenciation du but et du moyen" (9). Pour le droit positif, il en résulte que ce jugement "doit tout naturellement conduire à un impératif juridique" et que le "résultat de ce jugement est nécessairement qu'une préférence doit être accordée à la règle qui se révèlera appropriée aux fins poursuivies" (10) par lui. Et à cet égard, les règles contenant des standards sont particulièrement appropriées. A telle enseigne que les standards constituent l'une des catégories d'instruments juridiques, à côté des règles de droit, des principes et des concepts. De ces quatre catégories, relevées en 1919 par le Doyen R. Pound lors d'un Congrès de l'*American Bar Association*, nous n'en retiendrons que deux : celle des standards et celle des règles de droit (11).

(6) G. Radbruch, Le but du droit, in Annuaire de l'Institut International de Philosophie du droit et de Sociologie, 1937, p. 48 s., spéc. p. 48 (Ces buts sont pour l'auteur : le bien commun, la justice, la sécurité).
(7) G. Radbruch, op. cit., p. 54.
(8) P. Roubier, Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1951, p. 317.
(9) C. du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 3e éd., Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, Paris, 1948, p. 309.
(10) P. Roubier, op. cit., p. 318.
(11) R. Pound parlait de "rule" lequel n'est pas à proprement parler l'équivalent de règle de droit. Le rule comme Lambert l'a relevé "ce sont les solutions jurisprudentielles". Sur R. Pound, et d'une manière générale sur le "mouvement du standard", V. : S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (Thèse dactylo., Paris II, 1978), Paris, L.G.D.J., 1980. V. pour une bibliographie sur la notion de standard : S. Rials, op. cit. V. pour les différentes définitions "classiques" du standard, S. Rials, op. cit., p. 11 s., n° 10 s.

4 - Comme le Doyen de Harvard le relève, les standards et les règles de droit sont deux techniques juridiques qui coexistent sans s'identifier l'une à l'autre. Cette coexistence semble être l'une des constantes du phénomène juridique. Déjà le droit romain la consacrait. Des systèmes juridiques aussi différents que le droit musulman (par exemple, la "*Maslaha*" dont l'équivalent français est l'"intérêt") et le droit anglais la connaissent. Elle dépasse même les frontières : on la relève dans le droit communautaire, notamment.

5 - Mais ce n'est guère qu'avec les auteurs tels R. Pound, A.A. Al-Sanhoury, M.O. Stati, et bien entendu E. Lambert, que prend naissance un intérêt réel porté au phénomène des standards, et par conséquent au rapport entre les standards et les règles de droit, et ce, bien qu'en fait on puisse remonter jusqu'à F. Gény (12).

6 - C'est à un tel rapport que nous consacrerons la première partie de cette étude. A cet occasion, il sera montré que bien que les standards soient inclus dans *certaines règles de droit*, ils sont distincts de celles-ci (par "règles de droit", il convient d'entendre les diverses catégories de règle de droit y compris les règles d'origine jurisprudentielle) (I). Dès lors, dans la deuxième partie, il sera fait état de certains effets, de certains résultats auxquels aboutissent les standards, résultats qui, par principe, s'opposent à ceux des règles de droit (II).

I - RAPPORT ENTRE LES STANDARDS ET LES REGLES DE DROIT

7 - Il nous faut d'abord examiner le rapport qui existe entre la notion de standard et la notion de règle de droit. Existe-t-il une différence entre ces deux notions ? Dans l'affirmative, quelle est-elle ? Parler d'équité, d'intérêt général, d'ordre public, d'urgence, de bonnes moeurs, de bonne foi, de bon père de famille, de faute, de négligence (13), etc., ne revient-il pas à désigner, d'une manière synthétique un type particulier de règle de droit ?

(12) V. S. Rials, Thèse dactylo. précit., p. 13 s., n° 13 s.
(13) Cet énoncé de standards est emprunté à M. le Professeur J.-L. Bergel, V. J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 1985, p. 214.

8 - On a pu relever que les règles de droit et les standards sont deux modes d'expression du droit positif (14). Faut-il en conclure que les standards sont des règles de droit ? La négative semble s'imposer. Car, outre le fait que les standards ne sont pas à titre exclusif des modes d'expression du droit objectif puisqu'ils se rencontrent aussi dans les actes juridiques et principalement les contrats (15), "le standard n'est aucunement une alternative à la règle, c'est-à-dire un procédé de régulation juridique utilisable au lieu et place d'une norme. Il s'agit au contraire d'une technique particulière d'expression de la règle (...), l'autorité posant ou consacrant une norme choisissant d'utiliser un standard dans sa formulation" (16) (règle et norme sont à considérer ici comme des synonymes).

9 - Le rapport entre les standards et les règles de droit peut en effet s'énoncer en ces termes : les standards sont des notions juridiques incluses dans *des* règles de droit (A) ; les standards sont des notions juridiques distinctes des règles de droit (B).

Il convient d'envisager successivement les deux termes du rapport.

A - Les standards, notions juridiques incluses dans des règles de droit

10 - Les standards sont des notions juridiques incluses dans *des* règles de droit en ce sens qu'ils apparaissent dans l'énoncé juridique normatif même ; ils constituent l'un des éléments formels de la structure d'une proposition juridique ; ce qui les distingue des autres éléments c'est leur nature éminemment axiologique : l'inclusion n'est donc pas une inclusion exclusivement formelle ; l'inclusion formelle n'a pour fonction que de formuler l'inclusion substantielle d'une donnée axiologique (une valeur : équité, intérêt du malade, etc.). L'inclusion substantielle est capitale. Mais elle n'est décelable qu'autant que l'on s'attache au contenu formel de l'énoncé normatif. L'inclusion juridique est une inclusion dans *des* règles de droit que l'on qualifie parfois de règles à standard.

(14) J. Maury, Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, 1938, t. 1, p. 421 s., spéc. p. 422, n° 4.
(15) V. S. Rials, Thèse dactylo. précit., p. 46, n° 43.
(16) Groupe stéphanois de recherches critiques sur le droit, Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit, Procès, 1982, p. 5 s., spéc. p. 19. V. aussi A. Jeammaud, Des oppositions de normes en droit privé interne, Thèse, Lyon III, 1975, n° 68 ; S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 31 s., p. 120.

11 - Ainsi par exemple, le standard de "faute" se rencontre (notamment) dans le libellé de l'article 1382 du Code civil : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer". Il en est de même pour "l'ordre public" ainsi que pour les "bonnes moeurs" à l'article 6 du même Code : "On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs".

12 - Nous pourrions encore illustrer notre proposition (laquelle n'est autre qu'un simple constat) en faisant appel à des règles tirées de textes d'origine interne ou internationale. Nous aboutirions au même résultat par le biais de la jurisprudence judiciaire, administrative, ou autre (celle du Conseil Constitutionnel, notamment). La jurisprudence internationale nous serait aussi d'une grande utilité. Il en serait pareillement si nous nous attachions au contenu des actes juridiques et principalement à celui des contrats (17) lesquels seraient envisagés en tenant compte de l'article 1134 du Code civil.

13 - Mais la multiplication des exemples ne s'impose nullement. Toutefois prenons en quelques uns au moins pour mentionner que la formulation des standards dans *des* règles de droit est effectuée au moyen de termes ou d'expressions tirés généralement du langage courant et auxquels les juristes donnent un sens particulier.

14 - Dans l'Index du Code civil de J. Ray, on relève notamment les standards législatifs suivants : "grave", "gravité", "abus", "grand", "gros", "important", "inhabitable", "raisonnable" (18). Parmi les standards constitutionnels citons : "juste ... indemnité" (article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789) et "menacées d'une manière grave...", "fonctionnement régulier", "pouvoirs exceptionnels" (article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958).

15 - Dans la mesure où les standards relèvent généralement du langage courant faut-il en conclure qu'ils peuvent être décelés à la simple lecture de l'énoncé normatif qui les recèle ? La réponse

(17) Sur l'ensemble, v. notamment : S. Rials, Thèse dactylo., précit., notamment p. 36 s., n° 34 s. ; A. Tunc, Standards juridiques et unification du droit, Rev. Intern. Dr. Comp. 1970, p. 247 s. ; F. Sudre, La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, D. 1988, Chr., p. 71 s.

(18) J. Ray, Index du Code civil contenant tous les mots qui figurent dans le texte du Code, accompagnés des références à tous les articles où ils se trouvent et illustrés de citations qui peuvent en éclairer le sens ou l'emploi, Th. Lettre Paris, 1926.

est loin d'être évidente (sauf bien entendu pour les standards traditionnels : la faute, l'urgence, le bon père de famille, etc.).

16 - Certes, on a pu relever qu'il existe des "formes privilégiées de la notion de standard" que sont certains mots (tels normal, immoral, manifeste et sérieux, raisonnable ou exceptionnel, abusif ou notable, prévisible ou exorbitant) ainsi que l'adjectif qualificatif et l'adverbe (19). Mais on a pu également relever que les "formes privilégiées de la notion de standard" sont parfois utilisées pour désigner une notion autre que celle de standard. Ainsi le terme "normal" remplace parfois l'expression "de droit commun" laquelle n'est pas un standard ("règles de procédure normale", "règles normales de recrutement", "règles normales de compétence", etc.) (20).

17 - Ainsi, malgré leur inclusion formelle dans *des* règles de droit et l'utilisation (en principe) du langage courant, il semble impossible d'établir une typologie exhaustive des standards (en tout cas une typologie formelle par opposition à une typologie substantielle laquelle serait fondée sur la notion de valeur).

18 - L'inclusion des standards dans *des* règles de droit est d'une grande conséquence quant à leur nature juridique. Elle a en effet pour conséquence de leur attribuer la nature de notion de droit. Boland a très justement relevé que "Toute notion citée dans une loi devient juridique parce qu'elle constitue un des éléments de la règle et participe donc, qu'on le veuille ou non, à son caractère normatif" (21). Marty aboutit à la même conclusion : "Du moment qu'un mot, même usuel, est employé par la loi, la notion correspondante, quoique tirée de la vie courante, devient notion légale" (22). Il convient d'étendre ces considérations à toutes les catégories de règle de droit, selon nous. Les standards sont des notions de droit. Certes, tous les auteurs ne partagent pas cette opinion. Certains, par exemple, considèrent l'"urgence" comme une notion de fait. Le législateur lui-même considère expressément (parfois) que tel standard est une notion de fait. Ainsi, lors des débats à l'Assemblée Nationale, le Garde des Sceaux qui défendait le projet de réforme des régimes matrimoniaux (1965) disait que l'intérêt de la famille est une

(19) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 47 s., n° 45 s.

(20) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 48, n° 49.

(21) Boland, La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belique, in "Le fait et le droit", Bruxelles, 1961, p. 187, Cité par Ph. Jestaz, L'urgence et les principes classiques du droit civil (Thèse, Paris, 1966), L.G.D.J., 1968, n° 298, p. 254 s., spéc. p. 254.

(22) G. Marty, La distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation, Thèse, Toulouse, 1929, n° 115, Cité par Ph. Jestaz, op. et loc. cit.

"formule nécessairement large qui ne sera jamais une notion de droit, mais qui devra être appréciée dans chaque cas particulier" (23). L'avenir lui prouvera le contraire : en 1976, par l'arrêt Epoux Alessandri (24).

19 - Mais si les standards sont des notions de droit, il ne s'ensuit pas toujours un contrôle exercé par les juridictions de cassation et principalement par la Cour de cassation, juge du droit. Par exemple, la Cour de cassation, en principe, ne contrôle pas l'"urgence" (25). On relève une situation similaire s'agissant du standard d'"intérêt" : alors que les "intérêts en présence" (des articles 915, 832, 832-1 du Code civil) relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation contrôle l'"intérêt légitime" (de l'article 57 du Code civil) ainsi que l'"intérêt collectif" invoqué par les groupements (26) (cette liste de standards n'est qu'indicative).

20 - Cet état de chose prête à réflexion, assurément. Il tend déjà à souligner l'existence d'une différence entre les standards et les règles de droit.

B - LES STANDARDS, NOTIONS JURIDIQUES DISTINCTES DES REGLES DE DROIT

21 - Les standards sont distincts des règles de droit à plusieurs points de vue. Mais s'ils sont distincts, ils ne s'opposent pas à elles. Certes, Al-Sanhoury conçoit-il la distinction en termes d'opposition (27). Mais sa position, comme d'ailleurs celle du "mouvement du standard" (en général), procède d'une donnée fondamentale : il n'est nullement certain que les standards soient des notions de droit (28) ; ce qui justifie amplement son idée d'opposer les standards aux règles de droit. Mais dans la mesure où (comme nous l'avons indiqué) les standards sont des notions de droit (bien qu'ils ne soient pas toujours des "questions de droit"), les standards sont à distinguer et non pas à opposer aux règles de

(23) V. R. Théry, L'intérêt de la famille, J.C.P. 1972.II.2485, n° 3.
(24) Civ. 1re, 6 janv. 1976, Bull. civ. 1976, I, n° 4, p. 5 ; D. 1976, 253 s., note A. Ponsard ; Rép. du Not. Defrénois, 1976, I, p. 787 s., note A. Ponsard ; Journ. des Not. 1976, art. 53105, pp. 1118 et 1119, note J. V. ; Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 537 s., obs. R. Nerson ; M. Henry, L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux, D. 1979, Chron., p. 179 s.
(25) V. Ph. Jestaz, op. cit., p. 254 s., n° 298 s.
(26) V. A. Tribes, Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, Thèse, Paris II, 1975, p. 408.
(27) V. A.A. Al-Sanhoury, Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jursiprudence anglaise, (Thèse, Lyon), Paris, M. Giard, 1925, p. 38 s.
(28) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 26 s., n° 22.

droit. A cet égard "M. le Professeur Zajtay souligne qu'il ne saurait être question de prendre parti pour ou contre les standards, ni même d'opposer les règles juridiques aux concepts, aux principes et aux standards. En réalité, les concepts sont des éléments de la règle juridique, et certaines règles n'existent pas sans principes ni standards" (29). Par ailleurs, il convient aussi de ne pas considérer que "Tout en réalité est standards" sous prétexte que l'on ne peut "éviter les concepts de faute, d'urgence, de circonstances atténuantes, de droit même, etc." (30). Cette prise de position de M. le Professeur R. David nous semble excessive, bien qu'elle contienne une grande part de vérité. Car il existe des règles de droit qui ne comportent pas de standards comme celle de l'article 144 du Code civil : "L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage".

22 - Les standards sont distincts des règles de droit. En quoi cette distinction consiste-t-elle ? Fondamentalement, et au-delà d'une différence tenant (notamment) à leurs effets que nous abordons dans la deuxième partie, il s'agit d'une différence de nature (a) et d'une différence de domaine (b).

a) Distinction par leur nature

23 - Point n'est besoin d'être long pour montrer que les standards et les règles de droit sont par nature des notions distinctes. Tous les auteurs en conviennent.

24 - D'une manière générale, les auteurs définissent les règles de droit par leur précision et leur fixité (leur rigidité). Al-Sanhoury en donne la définition suivante : "Il y a règle juridique toutes les fois que le droit (soit écrit, soit non écrit), prévoit une hypothèse déterminée et lui donne une solution fixe. La règle juridique se distingue donc par un trait caractéristique : la fixité, soit quant aux faits prévus, soit quant à la solution applicable à ces faits. Grâce à cette précision, celui qui est chargé d'appliquer une règle juridique, fait un travail presque mécanique. Il n'a qu'à vérifier si les faits prévus se sont produits ; si oui, il doit y appliquer la solution toute prête, donnée par la règle" (31).

(29) Zajtay, in A. Tunc, op. cit., p. 260.
(30) R. David, in A. Tunc, op. cit., p. 259.
(31) A.A. Al-Sanhoury, op. cit., p. 38.

25 - Dès lors, d'une manière générale, c'est l'imprécision (le vague), la "maléabilité" (32), la "flexibilité", "l'appréciation subjective et évolutive" (33), qui caractérisent les standards. Par suite, il n'est pas étonnant que les standards relèvent des "notions à contenu variable" (34) et ressortissent au problème général des définitions en droit (35). Tous ces caractères se trouvent (nous semble-t-il) systématisés dans la définition donnée du standard par R. Pound : "mesure moyenne de conduite sociale correcte" (36). Laquelle définition souligne l'une des fonctions des standards : la définition d'un comportement juridique en faisant appel à un comportement non juridique (comportement d'un père à l'égard de ses enfants, usages commerciaux, etc.) (37).

26 - La différence de nature conduit à une différence de domaine.

b) Distinction par leur domaine

27 - Entre les standards et les règles de droit, il existe assurément une différence de dómaine d'application. Mais est-il possible de délimiter leur domaine respectif ?

28 - Al-Sanhoury (38) et à sa suite Stati (39) distinguent deux domaines qu'ils tentent de délimiter approximativement. Les règles de droit régiraient les institutions dans le cadre desquelles domine le besoin de sécurité et de stabilité (telles les questions d'incrimination, les questions de procédure, la réglementation de la lettre de change ou du billet à ordre, le régime de la propriété et des droits réels, les statuts familial et successoral). A l'inverse,

(32) J. Dabin, op. cit., p. 281 s., n° 245.
(33) J.-L. Bergel, op. cit., p. 213 s., n° 185.
(34) V. Travaux du Centre National de Recherches de Logique (section juridique), Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, E. Bruylant, 1984.
(35) A cet égard, il est révélateur que J. Dabin les analyse, à titre principal, dans un paragraphe portant sur la définition mais aussi sur le conceptualisme. V. J. Dabin, op. cit., p. 267 s., n° 232 s.
Les standards ressortissent aussi au problème général des "lacunes" (V. sur les "lacunes" : Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, E. Bruylant, 1968). D'une manière générale, en effet, le législateur s'abstient volontairement de définir certaines notions, lesquelles sont souvent des standards. Il en a été ainsi pour l'"intérêt social" (V. J.O. Déb. Ass. Nat., 12 juin 1965, p. 2031). Mais si les standards ne sont pas définis (au moins dans le texte, et s'agissant des standards législatifs au sens large), cela ne signifie pas qu'ils ne soient pas définissables (contra : V. Groupe stéphanois de recherches critiques sur le droit, op. cit., p. 18).
(36) V. supra note 11.
(37) V. Panchaud, in A. Tunc, op. cit., p. 255.
(38) A.A. Al-Sanhoury, op. cit., p. 56 s.
(39) M. O. Stati, Le standard juridique, (Thèse Paris, 1927), Paris, L.G.D.J., 1927, n° 80 s.

les standards auraient pour domaine (d'une manière générale) les institutions en constante évolution et qui seraient de nature économique et de nature sociale (40). Or le droit positif (contemporain) connaît de nombreux standards relevant (notamment) tant des régimes matrimoniaux ("intérêt de la famille") que du contrat de travail ("cause réelle et sérieuse"). Sans doute est-il possible de considérer que le domaine des règles de droit est celui de la sécurité juridique (aspect statique du droit) et que le domaine des standards est celui de l'adaptabilité du droit positif aux faits (aspect dynamique du droit). Mais il ne s'agit là, semble-t-il, que d'une distinction de principe.

29 - Dès lors, ne conviendrait-il pas de rechercher les domaines où la précision est nécessaire et possible et ceux qui devraient être régis par des standards (41) ?

30 - Etant différent par leur nature et par leur domaine, il s'ensuit aussi une différence quant à leurs effets.

II - RESULTATS DES STANDARDS OPPOSES AUX RESULTATS DES REGLES DE DROIT

31 - Parmi les résultats auxquels conduisent les standards et qui s'opposent à ceux auxquels aboutissent les règles de droit, il est généralement fait état de l'arbitraire du juge et de l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Ces résultats sont toujours présentés comme des inconvénients des standards. Mais si les standards présentent des inconvénients, ils présentent aussi des avantages. M. le Professeur Keeton les a analysés dans son ouvrage *Venturing to do justice* (42). Sans aucune référence faite à cet ouvrage, l'avantage majeur des standards semble être de permettre une adaptabilité des règles de droit aux faits (43) (A), l'inconvénient majeur étant (semble-t-il) d'être des facteurs d'insécurité juridique (B).

(40) V. J. Maury, op. cit., n° 12.
(41) Comme le suggère M. le Professeur Hamson, V. in A. Tunc, op. cit., p. 258.
(42) Cité par A. Tunc, op. cit., p. 250.
(43) V. J.-L. Bergel, op. cit., p. 290 s., n° 252.

A - ADAPTABILITE DES REGLES DE DROIT AUX FAITS

32 - Les règles de droit sont souvent en décalage par rapport aux faits. De par leur nature de notions souples, de notions à contenu variable, les standards sont des "facteurs d'adaptabilité de la règle de droit aux faits" (44). Ils font en effet échec à la raison logique laquelle ne saurait présider à elle seule à l'édification du droit positif. "La règle de droit positif ne procède pas de la seule raison logique. Elle dérive de choix philosophiques, moraux, techniques", écrit très justement M. le Professeur J.-L. Bergel (45).

33 - Cette adaptabilité est non seulement une adaptabilité dans le temps (a), mais encore une adaptabilité dans l'espace (b).

a) Adaptabilité dans le temps

34 - L'adaptabilité dans le temps peut être illustrée par deux phénomènes : "l'individualisation judiciaire" et "l'adaptation des qualifications juridiques".

35 - Les standards sont en effet des facteurs d'"individualisation judiciaire" (46), des facteurs de justice concrète. L'article 311, al. 2 du Code civil (Loi du 3 janvier 1972 sur la filiation) dispose que "La conception est présumée avoir lieu à un moment quelconque de cette période (période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement avant la date de naissance), suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant". En appréciant "l'intérêt de l'enfant", le juge passe de l'abstraction légale à une application concrète, "personnalisée".

36 - Les standards sont aussi des facteurs d'"adaptation des qualifications juridiques" (47). A cet égard, il suffit de mentionner les "bonnes moeurs".

(44) J.-L. Bergel, op. et loc. cit.
(45) Ibidem.
(46) V. A.A. Al-Sanhoury, op. cit., p. 50 s. ; G. Cornu, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Cours de Doctorat (D.E.S. Droit privé, sciences criminelles), 1970-1971, Paris, Les cours de droit, p. 224 s. ; A. Tribes, op. cit., p. 347 s.
(47) V. J.-L. Bergel, op. cit., p. 321 s., n° 277.

b) Adaptabilité dans l'espace

37 - L'adaptabilité dans l'espace peut être illustrée par la présence de standards dans des dispositions à caractère international. Il en est ainsi de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par exemple, les standards de "mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique", etc., se rencontrent dans divers articles.

38 - Mais l'adaptabilité des règles de droit dans l'espace (international) est limitée par un obstacle : l'absence d'interprétation uniforme de lois uniformes. La Convention de Varsovie en est un exemple. Elle réalisait en 1929 une unification du droit en posant un standard : l'exclusion de la limitation de responsabilité en cas de dol, ou de faute qui, dans la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol. Mais ce standard avait donné lieu à des difficultés et surtout à des divergences d'interprétation. Aussi le protocole de La Haye de 1955 remplace-t-il le standard par une règle : "Les limites de responsabilité prévues à l'article 22 seront écartées si le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ses préposés, fait soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement" (48).

39 - Sur le plan international ou sur le plan interne, l'absence d'interprétation uniforme des règles contenant un standard (et donc du standard) est un facteur d'insécurité juridique.

B - INSECURITE JURIDIQUE

40 - G. Radbruch propose trois définitions de la notion de sécurité juridique : la sécurité comme "sécurité par le droit" (sécurité contre le vol, par exemple), la sécurité comme "certitude du droit" et la "sécurité contre des modifications" (qualifiée dans le cadre du droit subjectif de "principe des droits acquis") (49). Les standards remettent en question la sécurité comme "certitude du droit". Puisqu'en effet les standards ne permettent pas "la perception certaine de la norme de droit, la preuve certaine des faits dont dépend son application et l'exécution certaine de ce qui a été reconnu comme droit" (50). En témoigne (notamment)

(48) V. A. Tunc, op. cit., p. 252.
(49) V. G. Radbruch, op. cit., p. 53 s.
(50) G. Radbruch, op. cit., p. 54.

l'absence d'interprétation uniforme et constante des standards d'"erreur légitime" (apparence), de "dommage anormal" (pollution), de "cause réelle et sérieuse" (licenciement), notamment.

41 - Toutefois, cette insécurité est tempérée. Car les standards (comme tous les auteurs le soulignent) sont non seulement utiles mais également indispensables, non seulement en tant qu'expression de la dimension axiologique du droit mais encore en tant que technique juridique. Le recours inflationniste au standard d'"intérêt" peut en témoigner : alors que dans le Code civil de 1804 on n'y trouve que six utilisations (semble-t-il), leur nombre est aujourd'hui considérable (51).

CONCLUSION

42 - En guise de conclusion, nous nous interrogerons. Dans la mesure où les standards expriment la dimension axiologique du droit d'une part, et d'autre part, puisque le recours aux standards (par préférence aux règles de droit "rigides") présente de nos jours un caractère inflationniste, quelle est la signification profonde de l'appel aux standards ? Crise des valeurs et donc crise du droit ? Mutation de la forme du droit et donc pouvoirs accrus des juges ? Répondre aux exigences sans cesse renouvelées de la vie sociétaire de l'homme ? Ces questions conduisent à F. Gény (notamment) dont l'oeuvre fut déterminante pour "le mouvement du standard" (52).

(51) V. A. Tribes, op. cit., p. II.
(52) V. S. Rials, Thèse dactylo., précit., p. 13 s., n° 13. Sur l'environnement idéologique du "mouvement du standard", V. Rials, op. et loc. cit.

LES STANDARDS JURIDIQUES : PROBLEMES THEORIQUES DE LA LEGISLATION ET DE L'APPLICATION DU DROIT

****

LEGAL STANDARDS : THEORETICAL PROBLEMS OF LEGISLATION AND ENFORCEMENT OF LAW

Par

Jerzy WRÓBLEWSKI
Professeur à l'Université de Lodz - Pologne

INTRODUCTION

1 - Le standard juridique est une notion plutôt vague. Dans les langages liés au droit, cette notion n'a pas de contenu précis, et ce terme semble avoir un "air de famille" dans sa sémantique.

En fait, comme "standard juridique" on traite : (a) les règles de droit ("on doit agir de bonne foi") ; (b) les fragments de règles ("bonne foi") ; (c) les règles extra-juridiques ("les principes de la morale") ; (d) les principes, qui ne sont pas des règles ("le bon père de famille") ; (e) chaque prétendu principe (général) du droit ; (f) les expressions évaluatives contenues dans les règles du droit ("intérêt justifié") ; (g) clauses générales ; (h) les standards technologiques de normalisation (standardisation).

Alors, le terme "standard juridique" semble flou et ambivalent. Or, pour notre analyse, nous choisissons cinq usages de ce terme qui paraissent les plus importants, à savoir : (SJ-1) la règle juridique ayant des caractéristiques définies ; (SJ-2) la clause générale ; (SJ-3) l'expression évaluative (estimation) ; (SJ-4) le principe général du droit ; (SJ-5) le "standard technologique".

2 - Malgré cette multiplicité des notions du standard juridique, il n'y a pas de controverses sur les fonctions des standards juridiques. Cela semble être un paradoxe, mais c'est un fait bien connu : les conceptions théoriques du standard sont très controversées mais on le traite comme le moyen de l'élasticité des décisions juridiques qui les ouvre aux évaluations. C'est vrai aussi bien pour les décisions législatives que pour celles de l'application du droit.

Ces caractéristiques fonctionnelles des standards juridiques sont liées à leurs constructions théoriques. En effet, on oppose la règle juridique conçue comme standard à une règle juridique "ordinaire" (SJ-1) ; cette élasticité et cette ouverture son liées aux standards traités comme clauses générales (SJ-2) et aux principes (SJ-4), surtout quand les unes et les autres sont traitées comme évaluations (SJ-3).

3 - Notre rapport vise aussi bien la notion du standard juridique que ses fonctions. Or, dans la première partie, nous présenterons les quatre constructions théoriques fondamentales du standard juridique. Dans la seconde et la troisième partie nous parlerons des fonctions des standards juridiques dans la technique législative et dans l'application du droit.

I. - LA NOTION DU STANDARD JURIDIQUE

4 - La notion de standard juridique dépend de sa construction théorique. Nous avons choisi comme les plus importantes cinq constructions (n° 1). Or, entre les constructions SJ-1 règle juridique, SJ-2 clause générale, SJ-3 expression évaluative, et SJ-4 principe général du droit, il y a un air de famille : les clauses générales sont traitées comme des expressions évaluatives ; toutes les deux font certainement partie des règles de droit et, de même, certains principes généraux du droit sont traités comme des règles ou comme leurs prémisses ou leurs conclusions. En revanche, le standard technologique n'appartient pas à cette famille car il est descriptif.

5 - Le standard juridique règle juridique SJ-1 est traité comme une espèce de règles du droit. Or, pour le traiter ainsi, il est nécessaire de préciser la notion de règle, sans quoi on définit *ignotum per ignotum*. Dans ce contexte, il suffit de préciser que la règle de droit est traitée comme une partie du texte de l'acte normatif ayant un sens dans le langage du droit, ou comme une directive construite avec des éléments contenus dans ce texte (1). La règle est juridique quand les conditions déterminées au niveau de la théorie du droit ou de la dogmatique juridique sont remplies ; une partie de ces conditions est d'ailleurs déterminée par le droit en vigueur lui-même. Cette constatation métathéorique suffit pour notre analyse, sans faire une description des conceptions des règles juridiques dans les diverses théories qui font leur typologie.

Mais on doit souligner qu'il n'y a pas d'identité entre les règles juridiques et les standards juridiques. Les SJ-1 sont traités comme les règles qui contiennent les clauses générales (SJ-2-) et/ou les expressions évaluatives (SJ-3), ou comme un genre de principes généraux du droit (SJ-4).

Il n'est pas possible de présenter ici toutes les constructions des SJ-1. Par exemple, selon l'analyse de N. MacCormick, H.L.A. Hart énumère parfois *"the principles, rules and standards"*, et parfois les *"standards"* couvrent toutes les catégories (2). Dans la littérature, on discute plus sur les relations entre règles et principes du droit, que sur les standards juridiques (cf. parag. 8). En tous cas, si les standards juridiques sont traités comme des sortes de règles, ils sont plus vagues, généraux, moins

(1) Les titres et références des ouvrages des auteurs cités figurent dans la bibliographie publiée à la fin de ce rapport).
J. Wróblewski 1986 C.
(2) H.L.A. Hart 1961, p. 161 ; N. MacCormick 1981, p. 40-41 ; Or, on propose aussi les "mid-level principles" entre les règles et principes, M.D. Bayles 1986.

concrets que les autres règles, et, dans ce sens, sont plus proches des principes généraux que des autres règles (3).

6 - Le standard juridique SJ-2 est traité en tant que clause générale. Or, comme dans le cas SJ-1, on doit faire référence à la notion controversée de "clause générale". Il y a beaucoup de conceptions de ces clauses (4) mais les plus importantes, à mon avis, sont au nombre de trois : la clause comme (a) règle du droit, qui contient des expressions très générales, vagues, floues à contenu variable (5) et/ou évaluatives ; (b) les fragments de règles (a), à savoir les expressions qui rendent la règle générale ou évaluative, ou vague en demandant, pratiquement dans chaque cas d'application, une interprétation, ou (c) les références de la règle de droit aux règles et/ou aux évaluations extra-systémiques. On voit clairement les relations de ces trois constructions : (a) peut être traitée comme définie par (b) et (c), et (b) peut être interprété comme (c).

Or, il y a deux versions du SJ-2.

Dans la version forte, le standard juridique correspond à chaque type de clause générale, et se présente (a) comme une clause étant une règle (et alors c'est aussi une SJ-1), soit (b) comme clause constituant une expression évaluative ou (c) comme référence extra-systémique (et alors SJ-2 et aussi SJ-3) ou, encore selon la conception du principe général, ce peut être SJ-4.

Dans la version faible, SJ-2 est une sous-catégorie des clauses générales, à savoir la clause générale qui définit la façon d'agir par la qualification de cette action (par exemple : la "diligence", la "bonne foi", le *"due process of law"*), ou par la qualification du sujet de l'action (par exemple ; "le bon père de famille", l'"arbitre impartial", l'"homme raisonnable") ou la clause qui définit le but (par exemple : "justice", "égalité", "équilibre réciproque").

Dans chaque version, le standard juridique sert de critère de qualification de l'acteur ou de l'action par le contenu de la clause générale. La qualification en règle générale est évaluative à cause du contenu caractéristique de la clause. Mais elle est problématique si, dans le cas de la clause générale construite comme référence extra-systémique, on doit chaque fois évaluer et s'il n'est pas possible de faire une comparaison descriptive (par exemple une opposition entre l'observation des bonnes moeurs et les règles d'une technique professionnelle de l'ingénieur). C'est le

(3) Mais il y a aussi des différences dans la plus ou moins stricte conception des règles entre les pays de common law P.S. Atiyah, R.S. Summers 1987, chap. 3.
(4) L. Leszczyński 1986.
(5) Cf. J.L. Bergel 1985, n° 185, 277 ; ch. Perelman 1980, ch. 10 ; Ch. Perelman R. van der Elst éd., 1984 passim ; sur le langage flou, J. Wróblewski, 1983 B 1985 B.

problème que l'on va aborder à propos des standards juridiques et des principes généraux du droit (n° 8).

Il y a deux façons de traiter les clauses générales selon la distinction de la méta-éthique. Or il y a une morale situationnelle et une morale supra-situationnelle. Selon la première, le jugement moral est seulement concret, adapté à une situation donnée sans aucune possibilité de généralisation. Selon la seconde, la morale est composée de règles générales et on les applique aux situations concrètes. Dans la science juridique, il y a aussi deux types de conceptions de clauses générales : les unes les traitent comme des estimations concrètes ; les autres comme des règles. C'est par exemple le cas avec la clause générale d'équité ou son corollaire dans les systèmes socialistes du droit, les principes de la coexistence sociale (6).

7 - Le standard juridique SJ-3 est défini comme une expression évaluative. Or, il y a les problèmes bien connus des expressions de ce genre qui sont liés aux controverses philosophiques de l'axiologie et la sémiotique (7). Dans notre essai, nous ne pouvons qu'effleurer ces controverses dans la mesure où cela est nécessaire pour notre analyse. En effet, il y a deux perspectives de base des valeurs. On peut les présenter par l'opposition de non cognitivisme et du cognitivisme (8).

Selon l'optique non cognitiviste, les valeurs comme objets idéaux n'existent pas au sens de l'ontologie acceptée. On peut utiliser des termes tels que "valeur", "savoir ou accepter une valeur", etc., mais seulement comme des métaphores ou comme des expressions abrégées que l'on transpose à la rigueur dans les expressions qui se réfèrent aux personnes et à leurs évaluations (9) ou aux faits sociaux et aux opinions des groupes (10).

Dans cette optique, il y a deux façons de concevoir les valeurs : émotivisme (subjectivisme) qui les traite comme des expressions des états mentaux émotionnels de l'individu et intersubjectivisme (sociologisme) qui les traite comme des phénomènes sociaux. Dans chaque cas, le jugement de valeur n'est nullement une description de l'objet évalué ou de l'état psychique d'évaluation. Ainsi, ces jugements ne sont ni vrais ni faux dans le discours, sauf quant à leur propre relativisation quand les conditions de leur caractère propositionnel sont remplies (11).

(6) J. Wróblewski 1970 B ; 1982 C, p. 362-363.
(7) G. Kalinowski 1985 ; J. Wróblewski 1981 A, 1987 A, p. 52-53 ; N. MacCormick, O. Weinberger 1981, chap. VII.3.
(8) J. Wróblewski 1981 A.
(9) M. Rokeach 1973, p. 25.
(10) K. Grzegorczyk 1982.
(11) J. Wróblewski 1981 A.

Dans l'optique cognitiviste, les valeurs sont les objets idéaux qui existent au sens de l'ontologie acceptée ; elles peuvent être connues ; les jugements de valeur sont vrais ou faux dans le langage du discours déterminé. A côté des valeurs objectives, il existe aussi des valeurs subjectives résultant des goûts et/ou des préférences personnels, que l'on traite à la manière du subjectivisme ou de l'intersubjectivisme.

Pour notre analyse des valeurs en droit, nous acceptions la position de non cognitivisme, intersubjective et historique, et pour les valeurs acceptées par le législateur ou par l'organe appliquant le droit, nous admettons soit l'intersubjectivisme, soit le subjectivisme, selon le champ de l'analyse.

Alors, pour le standard juridique expression évaluative (SJ-3), il n'y a pas de différence avec le standard clause générale (SJ-2) quand les clauses générales sont traitées comme des évaluations. La fonction de l'expression évaluative SJ-3 correspond à celle de la clause générale (12).

La situation du standard évaluation SJ-3 est plus complexe quand l'évaluation est conçue comme une comparaison avec une règle. Selon Kelsen, chaque norme en vigueur fonctionne comme "le standard de valeur appliqué à un comportement actuel" (13). Ici, "la valeur" est traitée comme l'expression de la qualification descriptive, et chaque norme est un standard. Cette terminologie n'est pas heureuse, car elle traite le standard en fonction de chaque règle et en même temps le conçoit comme une "valeur". Il semble pourtant que l'expression "X est conforme avec la règle en vigueur R" peut être soit une description, soit une évaluation, ce qui dépend des caractères de la règle R et de la façon dont elle détermine X (14). C'est aussi le cas du standard juridique (SJ-3) conçu comme général et non comme une clause générale situationnelle SJ-2 (n° 6).

8 - Le standard juridique (SJ-4) est traité comme principe général de droit. La polysémie du terme "principe (général) du droit" est bien connue. La relation entre "principe général du droit" et "règle de droit" a été analysée dans plusieurs contextes comme la construction et la structure du système juridique (15) ou comme leur caractéristiques au niveau sémantique et pragmatique qu'impliquent les diverses constructions théoriques (16).

(12) K Larenz 1983, p. 447 ; M. Rokeach 1973, p. 13.
(13) H. Kelsen 1973, p. 275.
(14) J. Wróblewski 1970.
(15) J. Wróblewski 1983 B ; 1985 C.
(16) R. Alexy 1979 ; T. Benditt 1978 ; M.T. Bayles 1987 ; J. Raz 1984 ; J. Wróblewski 1984 A.

Le terme "principe du droit" est utilisé dans tous les langages sur le droit, à savoir dans le langage du droit, le langage juridique (jurisprudentiel), le langage juridique scientifique et le langage juridique commun (17). On y trouve des formules standardisées comme "le principe de l'article N ..." ou "le principe du droit", en précisant le contenu de ce principe. L'analyse théorique montre que les principes appartiennent aux trois catégories de base, que sont : (a) les règles (ou dispositions légales) en vigueur ; (b) les règles qui sont leurs conséquences ou leurs prémisses, et (c) les autres règles ou constructions n'appartenant pas aux catégories précédentes. Cette typologie très générale doit être développée pour une analyse plus détaillée.

Pour simplifier notre analyse, nous éviterons la relativisation d'usage du terme "principe" selon les types de langages liés au droit, en traitant de manière abrégé de "langages juridiques" tout court. La justification de cette simplification est fondée par les assertions suivantes : (a) les langages liés au droit sont interdépendants en ce sens que le langage juridique jurisprudentiel suit le langage légal dans lequel les textes du droit sont formulés, et le langage juridique scientifique les prend tous deux pour point de départ ; (b) le langage juridique scientifique ne propose pas de conventions linguistiques qui soient contraires à l'usage du langage légal et du langage juridique jurisprudentiel ; (c) les décisions d'application du droit sont prises dans le régime déterminé par l'idéologie de la décision légale et rationnelle (18), ce qui a des conséquences pour le langage juridique jurisprudentiel ; (d) prenant comme base le langage légal comme langage - objet, chacun des langages juridiques est plus riche que le précédent qui constitue son meta-langage.

Avec cette simplification, nous énumérons cinq concepts de principes du droit dans "le langage juridique" dont nous proposons les noms conventionnels (19) :

PJD - "principe positif du droit", à savoir règle qui est explicitement formulée dans le texte de droit, c'est-à-dire, une disposition légale, ou, qui est construite avec des éléments contenus dans ces dispositions ;

PJI - "principe implicite du droit", à savoir une règle qui est traitée comme prémisse ou conséquence des dispositions légales ou des normes ;

PJE - "principe extrasystémique du droit", c'est-à-dire une règle qui n'est ni PJD ni PJI ;

PJN - "principe - nom du droit", à savoir un nom caractérisant les traits essentiels des institutions juridiques ;

(17) J. Wróblewski 1988 B.
(18) J. Wróblewski 1984 B.
(19) J. Wróblewski 1984 A.

PJC - "principe - construction du droit", à savoir construction du législateur rationnel ou parfait, présupposée dans l'interprétation juridique.

Dans le langage juridique, on trouve le concept du "principe positif du droit" (PJD). Ce principe, c'est une norme du droit en vigueur, c'est-à-dire ou une disposition légale ou une règle construite, selon un modèle, avec les éléments contenus dans les dispositions légales. On ne peut pas s'arrêter ici sur les controverses à propos des relations entre les dispositions légales et les normes. Il suffit d'admettre que, dans le langage juridique, se trouvent les règles de la construction qui garantissent que l'on peut transformer les dispositions légales en vigueur en normes sans changer leur validité, en d'autres termes, sans changer la réglementation du droit en vigueur. D'ores et déjà, je veux parler des normes du droit au sens large de ce mot, sans faire la distinction entre les dispositions légales et les normes *sensu proprio*.

Les principes positifs du droit, ce sont les normes du droit en vigueur. On peut se demander pourquoi une partie des normes est qualifiée de "principes". L'analyse de la pratique judiciaire montre que cette qualification sert pour traiter quelques normes comme plus importantes que les autres. L'analyse théorique montre, que les critères utilisés dans cette classification des normes sont strictement analogues dans la jurisprudence et dans la science du droit. On qualifie de principes les normes qui jouent un rôle décisif dans l'institution juridique, ou dans l'acte normatif (par exemple dans une loi) ou dans un système de droit tout entier (20). Leur importance réside dans la structure de l'ensemble de normes ou dans les estimations de leur importance du point de vue des valeurs non-relativisées ("pures", "primaires") ou relativisées ("systémiques", "instrumentales", "conditionnelles") (21).

Dans le langage juridique, on utilise aussi le concept de "principe implicite du droit" (PJI). Ce principe, c'est une règle qui est traité comme prémisse ou conséquence des normes. Dans le premier cas, c'est un raisonnement réductif qui donne les prémisses des normes. Cependant dans le second, c'est une déduction. Mais dans chaque cas, le principe est formulé selon les règles de raisonnement admises dans le langage juridique (22).

Or, le problème de la caractéristique logique de ce raisonnement est très discutable. On sait très bien quels dilemmes on rencontre si on veut appliquer une logique formelle alétique

(20) CF. P.S. Atiyah and R.S. Summrs 1987 ch. 3/5/.
(21) J. Wróblewski 1981 A.
(22) Une conséquence est soit formelle, soit interprétative, selon la conception de la structure du système du droit (J. Wróblewski 1983 B). Les prémisses et les conséquences font implicitement partie du droit : J. Wróblewski 1988 C. Cf. aussi L.L. Fuller 1968 cité par R.S. Summers 1984, p. 12, 51.

ou non-alétique aux normes. On se pose la question de savoir si la logique formelle en tant que telle peut résoudre les questions des prémisses ou des conséquences des normes de droit et si ce n'est pas plutôt du domaine de la rhétorique ou de l'argumentation non formalisée et non formalisable. Or, nous ne pouvons pas traiter ce problème dans notre essai (23). Je me borne donc à souligner que pour accepter le concept du PJI on doit admettre que : (a) il y ait des règles de raisonnement d'après lesquelles on peut formuler les prémisses ou conséquences des normes en vigueur et contrôler si elles sont justifiées ou non ; (b) le concept du système du droit contienne les prémisses et les conséquences découlant des normes et les considère comme valides (24).

L'hypothèse (a) pose le problème de la justification des raisonnements et des PJI : ce sont les normes du droit ou les règles extrasystémiques. La première situation se présente quand le raisonnement est correct ; la seconde, quand il ne l'est pas ; dans la première, on a un principe implicite du droit (PJI) ; dans la seconde, un principe extrasystémique (PJE). Mais cette qualification exige une analyse extrinsèque de l'activité judiciaire dans laquelle on formule le principe.

L'hypothèse (b) suppose un système dans lequel non seulement les dispositions légales sont valides, mais quelques règles construites par la pratique ou par la science peuvent aussi être valides quand elles remplissent les conditions déterminées.

Dans le langage juridique, on trouve aussi le concept de "principe extrasystémique du droit" (PJE). C'est une règle qui n'est ni un PJD ni un PJI. Par définition, cette règle n'est pas contenue dans le système du droit si bien qu'à vrai dire, le nom de "principe extrasystémique du droit" est paradoxal. Mais, en dépit des contingences linguistiques, on emploie parfois dans la langue juridique les "principes" de ce genre, bien qu'on puisse plutôt les qualifier de "postulats du droit".

Sans proposer une convention terminologique, on doit souligner que ces "principes extrasystémiques" proviennent ou du droit comparé ou des règles sociales acceptées par la pratique judiciaire. Dans le premier cas, on formule, dans la macrocomparatistique, les principes propres aux types ou familles de droit ("principes extrasystémiques du droit comparatifs") ; dans

(23) En général, J. Brkic 1885. Pour le langage formel, I. Tammelo 1978 ; O. Weinberger 1970 ; Pour la logique de l'argumentation, Ch. Perelman 1979 ; Th. Viehweg 1974. A propos de la différence entre la logique heuristique et justificatoire, J. Wróblewski 1982 B, p. 30-35 ; 1979 réimprimé J. Wróblewski 1983 A, p. 49-70 ; 1986 B. En dehors de la dichotomie entre la logique formelle et non-formelle se trouve la théorie du raisonnement juridique, basée sur la notion de la rationalité pratique et les transformations en droit : A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik 1981 ; A. Peczenik 1983 ; J. Wróblewski 1983 C ; A. Peczenik et J. Wróblewski 1985.
(24) Mais on critique aussi la pratique qui ne démontre pas si et comment les PIJ sont inférés. K. Larenz 1983, p. 407.

le second, ce sont "les principes du droit extrasystémiques simples", puisés dans la morale, les moeurs, le droit naturel, la politique etc.

Pour parler de ce type de principes, le concept de système de droit est naturellement nécessaire, car il détermine quelles règles appartiennent au système comme normes en vigueur (25).

Dans le langage juridique, on connaît aussi les principes qui ne sont pas des règles. Le premier type de tels principes correspond aux "principes - noms du droit" (PJN). Ce sont les noms caractérisant les traits essentiels des institutions juridiques ou la ligne générale de régulation du droit. Par exemple, on évoque le principe de la liberté contractuelle, de la vérité objective, de la bonne foi etc. Ce sont les noms qui caractérisent les ensembles de normes ; mais ce ne sont pas les règles du comportement, même si, parfois, on les traite comme des "sources" dans l'interprétation juridique d'où provient leur signification normative. Comme noms, ce sont, au premier chef, les instruments de description du droit en vigueur mais dotés d'une importance normative.

Dans le langage juridique, on rencontre aussi les "principes - construction du droit" (PJC). L'illustration paradogmatique en est la conception du législateur rationnel ou parfait. Cette construction sert de source à plusieurs procédés de la pratique et de la science du droit. Les caractéristiques du législateur, comme la cohérence, la compétence linguistique, la création des normes pariologiquement justifiées etc., influent sur l'interprétation juridique.

Comme dans le cas des PJN, les "principes - constructions" ne sont pas des règles, ce sont les constructions qui déterminent l'argumentation juridique d'une façon parfois décisive. La formule traditionnelle de l'interprétation juridique, qui évoque "la volonté du législateur" comme principe de réduction des ambiguïtés est le meilleur exemple du PJC. On peut le critiquer du point de vue de la théorie du droit ou de telle idéologie de l'interprétation, mais on ne peut négliger son influence, ni dans la pratique judiciaire, ni dans la dogmatique juridique.

La notion de principes du droit est déterminée par plusieurs facteurs. Les lois en vigueur peuvent les traiter comme partie du droit (par ex. France). la pratique juridique, et surtout celle de l'application judiciaire du droit, les détermine et les place soit comme arguments ayant une validité, soit comme raisons supportant leurs décisions. Mais c'est surtout la science juridique

(25) Or, la limite entre le droit et le non droit est floue et dépend de la conception théorique. Cf. A.J. Arnaud 1981, ch. 3, 2 ; V. Ferrari 1987, p. 47-48 et la conception de L.L. Fuller analysée par R.S. Summers 1984, ch. 4.

qui s'occupe de leurs caractéristiques et donne leur formulation définissant les concepts dans la langue juridique scientifique.

Le standard juridique, conçu comme principe général du droit (SJ-4) implique ainsi un choix entre plusieurs notions différentes de principe du droit. Enumérons en les possibilités, selon notre typologie.

SJ-4 comme PJP (principe positif du droit) est une version de la construction de SJ-1, à savoir du standard juridique comme règle du droit. Le standard juridique, en tant que clause générale (SJ-2) correspond seulement à telle conception du PJI (principe implicite du droit) quand le principe est une directive qui fonde les règles du droit et cette directive est en même temps une clause générale selon la conception admise (cf. n° 6). Le standard expression évaluative (SJ-3) correspond au PJE (principe extra-systémique), ou clause générale traitée aussi comme référence extrasystémique.

Pourtant il ne semble pas que le standard principe général soit traité comme PJN (principe - nom), sauf dans le cas où ce principe formule un modèle de comportements et/ou d'attitudes ; ainsi par exemple, "le bon père de famille" classique est traité comme un standard juridique et comme PJN. La même observation peut être faite pour le PJC (principe - construction) : le "législateur rationnel" est un standard de ce genre.

On voit alors clairement que les notions de standard juridique et de principe du droit sont utilisées de la même façon et, dans certains contextes, fonctionnement comme synonymes.

9 - Parmi les notions de base du standard juridique, nous avons retenu le "standard technologique" comme mesure descriptive qui détermine un modèle ou étalon de comportement (SJ-3) donnent comme exemple la "standardisation" technique précisant les "normes" d'un produit par ses caractéristiques quantitatives, technologiques (26) ou, de manière plus discutable, le "standard" de la compétence scientifique ou technique adéquate.

Dans ce cas, "le standard" est formulé de manière descriptive et son application n'exige pas une évaluation mais seulement une comparaison descriptive. En ce sens, la "qualification comparative" avec un "standard descriptif" n'est pas une évaluation (27).

Il nous semble que SJ-5 est différent de tous les autres standards traités ici comme fondamentaux (SJ-1, SJ-2, SJ-3, SJ-4). En fait le standard technologique (SJ-3) n'appartient pas à la même famille de concepts ; son rôle est totalement différent du rôle des autres standards analysés. Le standard technologique SJ-5

(26) A. Michalska 1968.
(27) T. Gizbert-Studnicki 1981 ; U. Scarpelli 1985, ch. 5.

sert la standardisation technique, limite la liberté technologique et c'est seulement dans les cas exceptionnels qu'il peut être utilisé parallèlement aux autres standards. C'est pour cette raison qu'il faut le traiter comme une exception en soulignant pourtant que le terme "standard" désigne aussi les standards technologiques dans les langages liés avec le droit.

10 - Dans notre présentation, nous traitons les standards juridiques comme ayant un caractère normatif. C'est dire qu'il nous semble que, dans sa structure profonde, chaque standard vise à établir un modèle de ce qui doit être.

Il y a pourtant des conceptions théoriques du standard selon lesquelles il correspond à un fait comme la normalité, la régularité, la façon normale d'agir (la pratique), la coutume etc. (28). Mais, dans ce cas aussi, le standard implique que l'on doit suivre les faits, à savoir la normalité, la régularité etc. Dès lors, le recours au fait F dans les standards juridiques dans SJ-1, SJ-2, SJ-3 ou SJ-4, signifie qu'on doit se comporter d'une manière indiquée par le standard. Même le standard technologique est utilisé pour "standardiser" la pratique technologique.

Les "faits" invoqués comme standards sont souvent des constructions normatives ("l'homme raisonnable") cachées sous l'apparence d'une description, mais parfois, il n'ont même pas cette prétention (" les bonnes moeurs", "le bon père de famille").

11 - La définition postulative (29) du terme "standard juridique" est certainement possible. Il y a des raisons pratiques et/ou théoriques pour ne pas utiliser des termes polysémiques, ambivalents et flous dans le discours pratique et théorique, au moins quand leur utilisation entrave la communication et l'entendement ou mène à des controverses verbales.

Une définition stipulative précisant le sens du terme "standard juridique", toujours possible dans le langage scientifique, ne semble pourtant pas efficace, si elle ne peut influencer la pratique législative et celle de l'application du droit. Et c'est, comme on le sait très bien, un aspect très complexe de la science juridique. Or, proposer une définition seulement pour des raisons théoriques sans tenir compte du langage du droit et de la pratique juridique, ne peut conduire qu'à une satisfaction limitée.

A propos des standards juridiques, la formulation d'une définition stipulative est surtout difficile à cause des relations entre les standards juridiques et les règles, clauses générales, évaluations et principes, qui compliquent la situation. On peut

(28) par ex. S. Rials 1980 ;1984.
(29) O. Weinberger 1970, p. 255 ; Ch. et O. Weinberger 1979, ch. 11.3.2 ; U. Scarpellio 1985, ch. 1.

toujours se demander si on ne doit pas se contenter du terme "standard juridique". On peut le faire avec chaque terme qui est défini quand on réduit le *definiendum* aux termes du *definiens*. Mais c'est seulement un argument logique qui vaut pour une espèce de définitions et qui ne prend pas en considération les traditions linguistiques de l'intérêt d'utiliser les termes imprécis mais qui, dans le contexte de leur emploi, pour le cas des standards, par exemple, n'empêchent pas la communication effective. L'exemple le plus connu c'est le terme "source du droit" (30).

Dans cette perspective, nous ne proposerons aucune définition stipulative du terme "standard juridique" et nous poursuivrons notre analyse en tenant compte de l'ambiguïté de ce terme exprimée par les constructions présentées dans cette première partie de cet exposé. Or, comme nous l'avons souligné, les controverses concernant la notion de "juridique" ne touchent pas les opinions sur leur rôle dans la législation et l'application du droit. Au niveau fonctionnel, le standard a une place mieux définie qu'au niveau des constructions théoriques.

II - LES STANDARDS JURIDIQUES ET LA TECHNIQUE LEGISLATIVE

12 - La technique législative a pour objet de définir les directives nécessaires à la formulation optimale des textes de droit en général, et des règles juridiques en particulier (31). Elle formule surtout des directives techniques, c'est-à-dire des directives indépendantes du contenu de la régulation juridique. La présomption que le législateur vise l'efficacité des règles qu'il édicte est une condition évidente de sa rationalité. Les buts sont différents suivant les différentes axiologies (ou idéologies) de la législation (32) ; les formes de l'efficacité sont aussi différenciées (33). Mais, laissant de côté les cas de pathologie législative (34), le législateur veut que ses buts soient réalisés et traite la technique législative comme un moyen de cette effectivité.

D'ailleurs, en choisissant la technique législative, le législateur a un dilemme à résoudre (35). Dans une formulation radicale, ce dilemme peut être présenté de la manière suivante : ou déterminer l'objet de la régulation juridique aussi strictement que possible, ou déléguer cette détermination aux personnes appliquant le droit ou se servant du droit.

(30) J. Wróblewski 1974.
(31) J. Wróblewski 1984 C, ch. 5.
(32) J. Wróblewski 1984 C, ch. 2 ; 1985 D. ch. 12.
(33) J. Wróbleswki 1980.
(34) L.L. Fuller 1969, ch. 2.
(35) J. Wróblewski 1985 D, ch. 11.2.

Le choix de la première solution vise une séparation stricte entre les compétences du législateur et de celui qui applique la loi. Il y a, dans cette position, une idéologie politique sous-jacente liée aux institutions juridiques et à l'organisation de l'Etat. Dans cette perspective, on recherche, une formulation aussi précise que possible des textes de droit. Or, cette option conduit à la création d'un langage artificiel, parce que la langue naturelle ne peut pas assurer cette précision.

Le choix de la seconde solution aboutit à un partage du travail entre le législateur et les organes qui appliquent le droit. Le législateur délègue une partie de ses compétences car il ne voit pas la nécessité ni la possibilité de régler de manière stricte tous les cas *a priori*, en détail, alors qu'on peut mieux le faire cas par cas qu'*a priori*. Or, le législateur ne cède pas ses compétences à la décision arbitraire des autres, il veut en quelque sorte guider le processus de l'application du droit. Alors, il utilise dans les textes qu'il édicte des expressions non strictement définies, générales, évaluatives et floues, des références aux règles et aux évaluations extra-systémiques (et extra-juridiques). C'est le cas des notions dont nous avons parlé en faisant la description des constructions théoriques du standard juridique. Cette option vise l'emploi de la langue naturelle dans les textes de droit ; elle utilise d'une manière consciente l'indétermination juridique. Le législateur se réfugie dans les clauses générales (36) pour ne pas prendre la décision lui-même et la laisser aux décisions d'application du droit. Il y a au fond dans cette démarche aussi bien une connaissance des caractéristiques du langage du droit et de la langue naturelle, qu'une conscience des limites opérationnelles du législateur par rapport aux décisions d'application du droit, qu'une idéologie des rôles respectifs de la législation et de l'application du droit.

Ces deux options ne correspondent pas seulement à des problèmes de technique "pure" mais aussi à des choix axiologiques liés à des ensembles d'idées pratiques et théoriques très complexes. Elles sont liées à l'idéologie de la création du droit (37), de l'application du droit (38) et, au niveau de l'idéologie politique, à la relation entre la législation et l'application du droit présupposée par les institutions constitutionnelles et les pratiques du fonctionnement de l'Etat, ou encore à un niveau plus élevé, aux grandes "visions du droit" formalistes ou "substantives" (39).

(36) J.W. Hedemann 1933.
(37) J. Wróblewski 1985 D, ch. 11.1 ; 14 ; 1987 B.
(38) J. Wróblewski 1974 B ; 1988 A, ch. XI-XIV.
(39) P.S. Atiyah et R.S. Summers 1987, ch. 15/2/.

13 - Il nous semble que la technique législative ne peut pas être indifférente au choix de solution qu'implique ce dilemme. Cette technique doit présupposer la rationalité du législateur (encore un principe ou un standard juridique (cf., n°8)). Le législateur, faisant un choix qui détermine sa propre place dans le fonctionnement du droit en général, et dans l'application du droit en particulier, connaît les caractéristiques de ses propres connaissances et de son langage et celles de l'application du droit. Sa connaissance de la réalité est limitée, surtout en ce qui concerne le futur. Il sait que, dans le processus d'application de la loi qu'il édicte il y a toujours des choix à faire et qu'il ne peut pas forcer la loi sans un minimum d'acceptation des organes d'application du droit qui sinon, pourraient, grâce aux "trucs du métier", "l'appliquer" de manière contraire à ses intentions réelles, si elles sont à reconstruire comme une fiction. Il sait qu'il ne peut pas construire un langage artificiel, à savoir bien précis, de manière à éliminer tout besoin d'interprétation et il sait qu'il doit prendre comme base de formulation la langue naturelle, avec sa sémantique contextuelle et floue. Il sait, enfin, qu'il y a des raisons pour individualiser les décisions d'application du droit, non seulement à cause du manque de prédictibilité du futur, mais encore à cause de l'existence de situations très complexes et indéfinissables, qu'on ne peut pas régler d'avance que par une référence à l'application des critères de la raison aux cas concrets (40).

Ce sont ces facteurs qui influencent le choix de la technique législative par le législateur rationnel qui connaît les facteurs déterminants du processus juridique. Il doit bien connaître ces facteurs en choisissant sa propre position qui ne peut être qu'un compromis établi selon ses préférences axiologiques.

14 - La fonction des standards juridiques dans la technique législative ne semble pas controversée. l'emploi des standards est clairement opposé à une réglementation casuistique et stricte de son objet. Le standard juridique soit comme règle (SJ-1), soit comme clause générale (SJ-2) ou expression évaluative (SJ-3), soit comme principe général (SJ-4) implique une individualisation de la décision d'application du droit : le législateur par le standard juridique délègue la compétence d'individualisation au cas concret à l'organe d'application du droit.

Cette délégation par standard juridique exige des choix de la part de l'organe appliquant la loi. Il y a au moins trois espèces

(40) H.L. Hart 1961, p. 127-128.

de choix : (a) le choix entre les standards juridiques quand ils ne sont pas déterminés par le texte, ou quand ils sont déterminés de manière vague, flou ou ambivalente ; (b) la détermination du contenu du standard quand il n'est pas déterminé de manière assez précise ; (c) le choix de la façon d'appliquer le standard quand cela implique des évaluations et des choix évaluatifs.

Alors, la technique législative qui use des standards juridiques laisse toujours en fin de compte à l'organe appliquant le droit une marge de manoeuvre supplémentaire par rapport à celle qui ne recourt pas aux standards. C'est le trait commun aux règles contenant des clauses générales, des expressions évaluatives et à la mise en oeuvre de plusieurs sortes de principes du droit. Ce fait fonctionnel explique les relations conceptuelles entre les standards juridiques et certaines règles de droit (SJ-1), les clauses générales (SJ-2), les expressions évaluatives (SJ-3), et les principes de droit (SJ-4). Fonctionnellement, ce sont parfois les mêmes phénomènes et des phénomènes semblables ou analogues et, en ce sens, malgré les différences terminologiques, ils forment une "famille des concepts" dans le contexte de la technique législative.

Une fonction différente et même opposée est dévolue aux "standards technologiques" (SJ-5) conçus comme des standards descriptifs (n° 9) ; c'est pourquoi nous les avons éliminés de la famille à laquelle appartiennent les autres standards.

III. - LES STANDARDS JURIDIQUES ET L'APPLICATION DU DROIT

15 - L'application du droit est ici conçue comme l'activité des organes de l'Etat (ou des autres agents autorisés par le droit en vigueur) qui déterminent les droits, les devoirs et/ou le statut des destinataires de la décision (et parfois des tiers), qui est justifiée par les règles appliquées ou les autres raisons d'autorité acceptées comme fondement normatif de la décision (41).

Le contexte du concept de l'application du droit est le système de droit écrit (*statutory law*), car les décisions dans le système de common law ont d'autres caractéristiques, malgré les différences qui existent entre le droit en Angleterre et aux Etats-Unis (42).

L'application du droit n'est pas seulement la fonction des tribunaux comme institutions de l'administration de la justice. Or, l'activité d'application du droit est différenciée. Nous en identifions trois modèles, à savoir celui de l'application judiciaire du droit, celui de l'application administrative du droit et celui de

(41) J. Wróblewski 1988 A, p. 7-10.
(42) C.K. Allen 1988, ch. III-IV ; P.S. Atiyah et R.S. Summers 1987, passim.

l'application directrice (magnagerial) du droit. Chacun de ces modèles a ses particularités théoriques, institutionnelles et idéologiques (43).

Nous limiterons notre essai à l'application judiciaire du droit, considérée comme la plus sophistiquée et la plus institutionnalisée de toutes.

16 - Pour déterminer le rôle des standards juridiques dans l'application du droit, selon le modèle judiciaire, on doit présenter ce modèle d'une manière qui les fait ressortir comme des arguments justifiant la décision. Nous analyserons la justification de la décision en laissant de côté son opportunité.

Nous allons utiliser le modèle substantif décisionnel de la décision d'application du droit. Dans ce modèle, on présente les problèmes qui doivent être résolus de manière justifiée pour que la décision puisse être présentée comme rationnelle (44). Ce sont les problèmes de la validité et de l'applicabilité de la règle, de son sens, des faits de l'espèce, et de leurs conséquences. Chacun de ces problèmes fait l'objet de "décisions fragmentaires" l'application du droit, à savoir la décision sur la validité celle sur l'interprétation, celle sur la preuve, celle sur le choix des conséquences. Toutes ces décisions fragmentaires justifient la décision finale, c'est-à-dire "la décision", selon le langage de la procédure qui met fin au procès devant l'instance concernée de l'administration judiciaire.

Pour l'analyse du rôle des standards juridiques, nous présenterons les formules normales des décisions fragmentaires qui font ressortir les arguments justifiants. Nous présenterons leurs versions simplifiées, laissant de côté la description de leurs éléments et les raisons de leur construction théorique (45).

La décision sur la validité : "la règle R est en vigueur dans les dimensions spatio-temporelles ST selon les règles de reconnaissance RC_1, RC_2, ... RC_n et les évaluations $V^v{}_1$, $V^v{}_2$ ... $V^v{}_n$".

La décision sur l'interprétation : "La règle R a le sens M dans le langage du droit LL et/ou dans la situation S selon les directives de l'interprétation DI_1, DI_2 ...DI_n et les évaluations $V^i{}_1$, $V^i{}_2$ ... $V^i{}_n$".

La décision sur la preuve : "Les faits du cas F existent dans les dimensions spatio-temporelles ST selon les preuves P_1, P_2 ... P_n et les règles empiriques de la preuve REP_1, REP_2 ... REP_n et/ou selon les règles légales de la preuve RLP_1, RLP_2 ... RLP_n et/ou selon les valeurs $V^p{}_1$, $V^p{}_2$ ... $V^p{}_n$".

(43) W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki 1986, ch. 22.1.
(44) J. Wróblewski 1988 A, p. 7-10.
(45) J. Wróblewski 1986 A.

La décision sur le choix des conséquences : "Les faits du cas F ayant les caractéristiques C_1, C_2 ... C_n ont les conséquences CQ_1, CQ_2 ... CQ_n, selon la règle appliquée R et/ou les directives du choix des conséquences DC_1, DC_2 ... DC_n et/ou les évaluations $V^c{}_1$, $V^c{}_2$ ... $V^c{}_n$".

La formule normale de la décision finale dans sa structure profonde est la conjonction des formules normales des décisions fragmentaires, tandis que "superficiellement" elle n'apparaît que comme une décision sur le choix des conséquences.

Les formules normales montrent les arguments justifiants, nécessaires dans les cas les plus compliqués. Dans les cas de routine, tous ces éléments ne sont pas réunis.

17 - Les standards juridiques peuvent figurer parmi les règles de droit, directives et valeurs indiquées dans les formules normales des décisions fragmentaires.

Les standards juridiques peuvent intervenir dans la décision de validité. Dans le cas où le concept systémique de validité est accepté (46) -et c'est la majorité des cas dans les systèmes contemporains de droit écrit- les standards apparaissent dans les situations suivantes : (a) quand la règle dont la validité est mise en cause est le standard lui-même (SJ-1) ; (b) quand il y a une contradiction entre les règles qu'on élimine par interprétation et quand pour cette opération précise on a recours au contenu des standards utilisés dans la règle interprétée (SJ-2 ou SJ-3) ou aux principes qui y sont inhérents (SJ-4) ; (c) quand, malgré l'absence de (b), on utilise des standards dans l'interprétation car les directives de l'interprétation sont formulées avec des standards à la manière des clauses générales (SJ-2), des expressions évaluatives (SJ-3) et/ou des principes (SJ-4).

La décision sur l'interprétation à opérer est prise quand le texte de la règle en vigueur et applicable est douteux (47). Les standards entrent ici en jeu quand la règle interprétée (a) est un standard - règle (SJ-1) c'est-à-dire quand cette règle est formulée avec des standards juridiques au sens de clauses générales (SJ-2), d'expressions évaluatives (SJ-3) ou de principes (SJ-4) ; (b) quand les directives d'interprétation sont formulées avec des standards (SJ-2, SJ-3, SJ-4) ; (c) et quand les valeurs inhérentes à l'interprétation sont formulées directement comme standards évaluatifs (SJ-3) ou comme principes (SJ-4).

Dans la décision sur la preuve (48), les standards peuvent aussi être utilisés : (a) dans les règles empiriques de preuve (REP) quand elles se réfèrent aux standards descriptifs, par exemple aux

(46) J. Wróblewski 1982 A ; 1985 C ; A. Aarnio 1983, ch. 7.
(47) J. Wróblewski 1985 A, p. 288 ; 1985 B ; 1987 D, p. 42-62.
(48) J. Wróblewski 1981 A ; 1983 A, p. 104-126.

standards technologiques ou scientifiques, si cette construction est admise (SJ-5) (cf. n° 9) ; (b) les règles légales de la preuve (RLE) peuvent être formulée comme des standards (SJ-1) ou contenir des clauses générales (SJ-2), des expressions évaluatives (SJ-3) ou des principes (SJ-4) ; (c) des évaluations sont nécessaires quand les faits prouvés sont déterminés par la règle appliquée de manière évaluative (par exemple : "le motif bas") et cette détermination est faite grâce au standard ("action dans la mauvaise foi" (SJ-2) ; "le motif bas" (SJ-3) ; "le comportement contraire aux bonnes moeurs" (SJ-4).

Dans la décision sur le choix des conséquences (49), le standard juridique peut être (a) la règle appliquée (SJ-1), ou ses éléments (SJ-2, SJ-3, SJ-4) ; (b) les directives de choix des conséquences aussi bien que (c) les valeurs intervenant dans cette décision peuvent être formulées avec des standards (SJ-2, SJ-3, SJ-4).

En résumé, on peut dire que les standards juridiques interviennent dans les décisions d'application du droit quand les règles appliquées sont des standards ou contiennent des standards et/ou quand les directives d'application du droit (règles de reconnaissance, directives de l'interprétation, directives de la preuve, directives sur le choix des conséquences) sont des standards ou contiennent des standards, et/ou, enfin, quand les évaluations nécessaires pour justifier la décision sont formulées avec des standards juridiques.

18 - Ayant démontré par l'analyse théorique la place des standards juridiques dans l'application du droit, on peut présenter d'une manière générale le rôle des standards dans l'application du droit.

Il y a deux facteurs qui déterminent ce rôle, à savoir la formulation des règles appliquées et l'idéologie de l'application en droit.

Le premier facteur, la formulation du texte, dépend de la technique législative. Nous avons présenté le dilemme de cette technique et le rôle du choix législatif qui détermine l'emploi des standards juridiques (n° 12).

Or, on peut être très bref en indiquant les conséquences évidentes de la technique législative qui utilise les standards juridiques. Le recours aux standards, comme aux clauses générales, sert de délégation à l'organe d'application du droit du pouvoir de détermination du contenu des règles et de la façon de les appliquer dans les cas concrets. Le résultat, c'est l'élasticité de la décision d'application du droit, l'adaptation de la décision aux

(49) J. Wróblewski 1988 A ; 1986 1, p. 212.

caractéristiques de l'espèce, et, peut-être, liée au degré de sa liberté de choix. La technique législative utilisant les standards juridiques est liée d'une façon évidente à leur rôle dans l'application du droit.

Le second facteur, à savoir l'idéologie de l'application judiciaire du droit, joue un rôle plus complexe.

L'analyse théorique de l'application du droit, et surtout de l'application judiciaire, démontre le rôle des évaluations dans cette activité qui se manifeste dans la justification des décisions (cf. n° 16). Or, l'ensemble de ces évaluations et de ces directives, y compris des buts et des valeurs directrices de l'application du droit, forment l'idéologie de cette activité.

L'idéologie de l'application du droit est dans une certaine mesure liée à son contenu et à sa technique législative. mais cela n'est pas complètement déterminant car, dans la pratique, des idéologies différentes coexistent et les conflits entre les diverses décisions démontrent d'une manière évidente que le même cas, gouverné par les mêmes règles, peut être tranché de diverses manières par les tribunaux ; l'un des facteur qui explique cette diversité, c'est la diversité des directives et des évaluations de l'application du droit. Parmi eux, comme nous l'avons démontré, figurent aussi les standards juridiques.

Il y a trois types de base de l'idéologie de l'application judiciaire du droit, à savoir l'idéologie de la décision déterminée, de la libre décision, et de la décision légale et rationnelle (50). Nous ne pouvons pas les caractériser dans cet essai, sauf par référence au rôle des standards juridiques.

Plutôt positiviste, l'idéologie de la décision déterminée ne favorise pas les standards, ni dans la technique législative, ni comme élément des directives de l'application du droit, car, en principe, ils sont dirigés contre la détermination de la décision judiciaire. L'idéologie de la libre décision, au contraire, favorise les standards juridiques dans la technique législative et dans les directives de l'application du droit, car ils servent d'instrument commode pour donner explicitement une liberté de choix et d'adaptation des décisions aux évaluations courantes. Enfin, l'idéologie de la décision légale et rationnelle, qui semble dominer aujourd'hui dans les pays du droit écrit, c'est la position de compromis. La législation peut utiliser la technique des standards pour les raisons déjà expliquées (cf. n° 12, 13) et déterminer aussi *ex lege* certaines limites, quoique floues, des choix dans le cadre de la légalité. Mais le rôle des choix et des évaluations dans l'application du droit est inévitable, et il faut les justifier pour rendre la décision rationnelle (51). D'où le postulat de la décision

(50) Cf. note 35.
(51) J. Wróblewski 1979 ; 1983 A ; 1986 A, p. 214-216 ; cf. R. Alexy 1978, partie C,

rationnelle prise dans les cadres de la légalité. La soupape théorique de cette idéologie est donnée dans notre analyse des formules normales des décisions fragmentaires (n° 16).

OBSERVATIONS FINALES

19 - Le terme "standard juridique" figure dans les textes de loi (le langage du droit) aussi bien que dans des décisions d'application du droit (langage juridique jurisprudentiel) et dans la science du droit (langage juridique scientifique). C'est un terme polysémique, ambigu, vague, et flou. Il ne semble pourtant pas justifié de l'éliminer ou de le définir par postulat, car ce ne serait pas pratiquement efficace. C'est pourquoi nous avons fait une analyse descriptive de l'emploi du terme de "standard juridique", démontrant ses usages de base, à savoir comme règle du droit, comme clause générale, comme expression évaluative, comme principe et comme "standard technologique", en tenant compte de la polysémie de ces termes de référence. Malgré la diversité des constructions théoriques du standard juridique, son rôle n'est controversé ni dans la technique législative, ni dans l'application du droit. Mais le choix de la technique favorisant les standards juridiques aussi bien que l'évaluation de leur rôle dans l'application du droit est liée aussi bien aux conceptions théoriques du langage du droit et des particularités effectives de la régulation juridique et de l'application du droit, qu'aux choix axiologiques.

ch. II 1, 2 ; A. Aarnio 1987, ch. III 4.4 ; Voir conception analogue N. Holmstrom 1986, p. 10.

BIBLIOGRAPHIE

A. AARNIO :
- 1983, Philosophical, Perspectives in Jurisprudence, Helsinki, Societas Filosofica Fennica 1983.
- 1987, Rational as Reasonable. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, D. Reidel 19.

A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK : 1981, The Fundation of Legal Reasoning Rechtstheorie 2, 1981, 3 ; 1981 ; 4, 1981.

R. ALEXY :
- 1978, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- 1979, Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie Beiheft 1.

C.K. ALLEN : 1958 : Law in the Making, Oxford, Clarendon Press 6 ed.

A.J. ARNAUD : 1981, Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ? Paris, LGDJ.

P.S.ATIYAH et R.S. SUMMER : 1987, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford, Clarendon Press.

M.D. BAYLES :
- 1986, Mid-Level Principles and Justification, Nomos XXVIII.
- 1987, Principles of Law. A normative Analysis. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, D.Reidel.

T. BENDITT : 1978 : Law as Rule and Principle, Stanford, Stanford University Press.

J.L. BERGEL : 1985, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1985.

J. BRKIC : Legal Reasoning. Semantic and Legal Analysis, New-York-Basel-Frankfurt am Main, P. Lang.

V. FERRARI : 1987, Funzioni del diritto. Saggio critico costruttivo, Rome-Bari, Laterza.

L.L. FULLER :
- 1969, The Morality of Law, New Haven, Yale University Press, 2 ed.
- 1976, Anatomy of the Law, Westport, Greenwood Press.

T. GIZBERT-STUDNICKI : 1981, Znamiona porównawcze w kodeksie karnym (Les traits comparatifs dans le code pénal) Ruch prawniczy, ekonomiczny y socjoloczny XLIII, 1.

K. GRZEGORCZYK : 1982, La théorie générale des valeurs et le droit, Paris, LGDJ.

H.L.A. HART : 1961, The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press.

J.W. HEDMAN : 1933, Die Flucht in di Generalklauseln, Tübingen, Mohr.

N. HOLMSTROM : 1986, Rationality and Moral / Political Decision (in) M. Tanny, R.D. Irani, Rationality in Thought and Action, New-York-Westport-London, Greenwood Press.

G. KALINOWSKI : 1985, Sémiotique et philosophie, Paris-Amsterdam, Hades-Benjamin.

H. KELSEN : 1973, Essays in Legal and Moral Philosophy, Dordrecht-Boston, D. Reidel.

W. LANG, J. WRÓBLEWSKI, S. ZAWADZKI : 1986, Teoria państwo i prawa (La théorie de l'Etat et du droit), Warszawa, PWN, 3 ed.

K. LARENZ : 1983, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Heidelberg-New-York-tokyo, Springer, 5 éd.

L. LESZCZYŃSKI : 1986, Klauzule generalne w stosowaniu prawa (Les clauses générales dans l'application du droit), Lublin, UMCS.

N. MacCORMICK : 1981, H.L.A. Hart, London, T. Arnold.

N. Mac CORMICK, O. WEINBERGER : 1987, An instiuttional Theory of Law, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, D. Reidel.

A. MICKALSKA : 1968, Prawo a nomy techniczne w państwie socjalistycznym (Le droit et les normes techniques dans l'Etat socialiste), Poznań, UAM.

A. PECZENIK : 1983, The Basis of Legal Justification, Lund, Univ. of Lund.

A. PECZENIK, J. WRÓBLEWSKI : 1985, Fuzziness and Transformation : Towards Explaining Legal Reasoning, Theoria LI, 1.

Ch. PERELMAN :
- 1979, Logique juridique, Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz.
- 1980, Justice, Law, and Argument, Dordrecht, Reidel.

Ch. PERELMAN, R. von der Elst éd. : 1984, Les notions au contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant.

J. RAZ : 1984, Legal Principles and the Rules of Law (dans) M. Cohen éd., Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, London 1984 Duckworths.

S. RIALS : 1980, Le juge administratif français et la technituqe du standard, Paris, LGDJ.
- 1984, Les standards, notions critiques du droit (dans) Ch. Perelman, R. van der Elst, 1984.

M. ROKESCH : 1973, The Nature of Human Values, New-York, Free Press, London Colllier-MacMillan.

U. SCARPELLI : 1985, Contributo alla semantica del linguaggio normativo, Milano, Giuffrè.

R.S. SUMMERS : 1984, Lon L. Fuller, Stanford, Stanford University Press.

L. TAMMELO : 1978, Modern Logic in the Service of Law. Wien-New-York, Springer.

Th. VIEHWEG : 1974, Topik un Jurisprudenz, Muenchen, Mohr.

Ch. et O. WEINBERGER : 1979, Logik, Semantik, Hermeneutik, München, Beck.

J. WRÓBLEWSKI :
- 1970 A, Statements on the Relation of Conduct and Norm. Logique et Analyse 49/50.
- 1970 B, L'Equité dans le droit polonais, Rapports polonais présentés au VIIIe congrès international de droit comparé, Wroclaw.

- 1974 A, La jurisprudence et la doctrine juridique en tant que sources du droit, Rapports polonais présentés au IXe Congrès international en droit comparé, Varsovie, Osselineum.
- 1974 B, Idéologie de l'application judiciaire du droit, Oesterreichische Zeitschrift f. oeffentliches Recht und Voelkerrecht 25.
- 1978, Systemically relazivized statements, Logique et analyse 81.
- 1979, Justification of Legal Decision, Revue internationale de philosophie 127-128.
- 1980, Skuteczność prawa i problemy jej badania (Efficacité de droit et les problèmes de son analyse), Studia prawnicze 1-2.
- 1981 A, Evaluative in law. An analytical approach to legal axiology, Rivista internazionale di filosofia del diritto.
- 1981 B, La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation (dans) Ch. Perelman et P. Foriers éd., La preuve en droit, Bruxelles, E. Bruylant.
- 1982 A, Three Concepts of the Validity of Law, Tidskrift utgiven av Juridiska Foreningen i Finland 5-6.
- 1982 B, Logic and Judicial Activity, Rapports polonais présentés au XIe congrès international de droit comparé, Wroclaw, Osselineum.
- 1982 C, Morality of Progress Social Philosophy of Leo Petrazycki, ARSP LXVIII/3.
- 1983 A, Meaning and Truth in Judicial Decision, Helsinki, Juridica 2 ed.
- 1983 B, Fuzziness of Legal System (dans) Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen, XVI Oikeustiede Jurisprudentia.
- 1983 C, Towards Foundation of Legal Reasoning (dans) W. Krawietz et R. Alexy éd., Matatheorie der juristischen Argumentation, Berlin, Duncker et Humbolt.
- 1984 A, Le rôle des principes du droit dans la théorie et l'idéologie de l'interprétation juridique, Archivum Iuridicum Cracoviense XVII.
- 1984 B, Paradigms of Justifuing Legal Decision (dans) A. Peczenik et all, eds, Theory of Legal Science, Dordrecht-Boston-London, D. Reidel.
- 1984 C, Einfuehrung in die Gesetzgebungstheorie, Wien, Manz.
- 1985 A, Presuppositions of Legal Reasoning (dans) E. Bulygin et all, eds. Mon.Law and Modern Forms of Life, Dordrecht-Boston, D. Reidel.
- 1985 B, Legal Language and Legal Philosophy. Law and Philosophy 4.
- 1985 C, Systemic Validity and Limits of the Dogmatic Approach to a Legal System, Studies in the Theory and Philosophy of Law, 1.
- 1985 D, Teoria racjonalnego tworzenia prawa (La théorie de la création rationnelle du droit), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łodź, Ossolineum.
- 1986 A, Livelli di guistificazione delle decisioni giuridiche (dans) L. Gianformagio et E. Lecaldano eds. Etica e diritto, Roma-Bari, Laterza.
- 1986 B, Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman (dans) G. Haarscher et L. Ingber, Justice et argumentation, Bruxelles.
- 1986 C, Legal Rules in the Analytical Theory of Law, Studies in the Theory and phylosophy of Law 2.
- 1987 A, The Rational Law-maker General Theory and Socialistic Experience (dans) A. Guiliani et N. Picardi eds, l'educazione giuridica. V. Modelli di legislatore e scienza delle legislazione, t. III, Le discussione contemporane, Napoli Edizioni scientifiche italiane.
- 1987 B, Legal Culture and Axiology of Law-Making (dans) H. Schaeffer ed., Gesetzgebung und Rechtskultur, Wien.
- 1987 C, Justification through Principles and Justification through Consequences (dans) C. Faralli, E. Pattaro ed. Reason in Law, vol. 1, Bologna.
- 1987 D, An outline of a General Theory of legal Interpretation and Constitutional Interpretation, Acta Universitatis Lodziensi. Folia Juridica 32.
- 1988 A, Sadowe et stosowanie prawa (L'application judiciaire du droit), Warszawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe 2 ed.
- 1988 B, Les langages juridiques : une typologie, Droit et société 8.
- 1988 C, Le non-dit dans le droit, présuppositions et conventions implicites, Rapport colloque "Controverses autour de l'ontologie du droit", (Paris 26-27 mai 1988).

LES STANDARDS DANS LES DROITS ROMANO-GERMANIQUES

****

STANDARDS IN CIVIL LAW SYSTEMS

Par

Philippe DELEBECQUE
Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

1. - "N'ayez crainte, c'est standard !" Combien de fois n'a-t-on pas entendu l'expression dans la bouche du commerçant qui vient de nous vendre tel ou tel appareil ? Mais, combien de fois n'a-t-on pas déchanté devant l'inadaptation du produit dit standard qui n'avait pas tenu ses promesses ? Dans d'autres lieux, chez les juristes, le même mot fleurit sur les lèvres, mais sans que l'on sache toujours exactement -au-delà de l'unification qu'il suggère- ce qu'il recouvre. Rien d'étonnant pour un néologisme qui plus est d'origine anglaise. Il faut dire que les standards doivent leur essor au droit anglais.

2. - **Les élèves du comparatisme.** Un temps, les standards n'étaient rattachés qu'au système de la common law. Opposé à la règle -abstraite et générale-, le standard était la marque du régime britannique fait d'appréciations concrètes et reposant entièrement sur le juge. Roscoe Pound (doyen d'Harvard) n'avait-il pas découvert le concept, ne l'avait-il pas défini comme "ce procédé donnant la mesure moyenne de conduite sociale servant à juger une série d'actes", n'avait-il pas montré que l'on demandait au juge, dans un système de common law, essentiellement une méthode, une orientation, un standard ? Un peu plus tard, dans les années 20, l'Ecole de Lyon et son chef de file, Edouard Lambert, poussèrent plus loin les recherches et rendirent le mot plus familier aux juristes des pays latins. Jacques Maury essaya même de systématiser les idées de l'époque (1) et opposa, de cette manière, à la règle donnant la solution une fois réunies ses conditions d'application, le standard, plus vague, indiquant de quelle façon doit se faire l'appréciation juridique des faits, tout en dénonçant les risques du standard, risques -d'incertitude, de désordre ou d'injustice - du moins dans les systèmes ne connaissant pas la règle du précédent ou encore dans les systèmes totalitaires où n'existe qu'une seule façon de penser.

On vécut longtemps sur ces idées, dont les dictionnaires se faisaient l'écho (2), jusqu'au jour où la Société de Législation comparée fêtant son centenaire, des auteurs considérables se mirent à chanter les louanges des standards appelés à "réintroduire la vie et la morale dans le droit" (3), et sans doute, à les suivre, dans le droit romano-germanique. Dix ans plus tard, un autre auteur -il faut citer M. Rials, et son oeuvre colossale (4)-

(1) J. Maury, Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, Mélanges Lambert, t. 2, 421 s.
(2) Le Black's Law Dictionary contient un mot "Standard", mais non le Vocabulaire juridique de Capitant - En revanche, le Vocabulaire de G. Cornu donne une définition du "standard" : "Terme anglais, signifiant, niveau, modèle, moyenne".
(3) R. David, Droit comparé et systèmes socio-politiques, Rev. int. dr. comp. 1970, 263.
(4) S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard, L.G.D.J. 1980.

entreprit de chasser les approximations et de définir clairement les standards.

Pour M. Rials, le standard est une "technique de formulation de la règle de droit". Le standard ne s'oppose donc pas à la règle de droit ; il en est simplement une expression. Plus exactement, selon M. Rials, le standard "vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité". Et, M. Rials, de donner toute une série d'exemples tirés de la jurisprudence administrative française : "le suffisant, le défectueux, le courant, le notoire, le convenable, le proportionné, l'irrésistible, la faute, le besoin, l'urgence ...". Les analyses de M. Rials mettent en relief la richesse des standards, mais aussi ,et d'une manière moins directe, leur appartenance à tous les systèmes de droit. L'idée de normalité n'est-elle pas partagée par tous les pays ? N'a-t-elle pas eu un rôle déterminant dans l'évolution du droit de la responsabilité du fait des choses (5) ? N'est-elle pas inhérente, en tout cas, aux droits de la famille romano-germanique fondés sur le droit romain concevant le droit comme la discipline du bien et de l'équitable (6) ?

3. - **Les héritiers de l'histoire.** Si l'on retient la conception de M. Rials, force est de constater que le droit romain lui-même utilisait des standards. Ainsi, le bon père de famille, ce vocable "venu du fond des âges", était l'un des critères d'appréciation du prêteur. La loi Aquilia en créant le *damnum injuria datum*, avait institué un système très rigide de responsabilité. Pour assouplir les règles, le prêteur eut recours au standard du bon père de famille et finit par dire que la responsabilité était engagée chaque fois qu'un homme raisonnable et diligent n'aurait pas commis le *damnum* en cause. On connaît la suite, l'extraordinaire expansion du standard du bon père de famille, vanté par Portalis et retenu dans la plupart des codes européens (7). Mais on sait, aussi, que le bon père de famille n'a plus les faveurs du droit contemporain plus enclin à faire appel au bon professionnel et surtout à mettre au point des textes précis, mais compliqués, évacuant les problèmes d'appréciation de la faute (8). Et, ce qui est vrai du bon père de famille, l'est encore des bonnes moeurs, des *bona mores* (9). Il ne faudrait pas croire, pour autant, que les standards ne jouent plus qu'un rôle résiduel. Au contraire, l'époque actuelle

(5) V. Ch. Blavoet, Normalité, sécurité et garde, D. 1955, Chron. 37 - V. également du même auteur, De l'anormal devant les juridictions civiles et administratives, J.C.P. 1946, I, 560.
(6) Cf. R. David, Grands systèmes de droit, précis Dalloz, 8e éd., par C. Jauffret-Spinosi, n° 17 ; V. également, n° 279.
(7) V. S. David-Constant, Le bon père de famille et l'an 2000, textes choisis, Université de Liège, 1984, p. 213 s.
(8) V. A. Tunc, La responsabilité civile, économica, 1981, passim.
(9) V. I. de Koschembahr-Lyskowski, Le rôle du droit romain pour le droit comparé, Mélanges Lambert, t. 1, 256 s.

s'est fait fort de régénérer les standards sous l'influence de multiples facteurs n'exprimant pas forcément la voix de l'étranger, mais plutôt celle de la société occidentale développée.

4. - **Les "fans des sixties".** L'époque actuelle favorise l'éclosion et la multiplication des standards. Les standards accompagnent les réformes -nombreuses- du droit de la famille ou du droit des obligations. Ils sont un véhicule du "changement". Les réformes contemporaines visent, en effet, un résultat. On veut protéger l'enfant, le consommateur, un groupe de pression. Ce qui compte, c'est le résultat et non la cohérence (10). De plus, les "mesures" qui sont prises, le sont pour faire "passer" une politique. Ce sont des mesures douces qui ne veulent pas contraindre, mais convaincre. Il n'est pas étonnant que dans un tel contexte, les standards s'épanouissent. Les standards sont ainsi les enfants de ce que les internationalistes qualifient de "soft law" (11), de ce droit fragile fait d'une langue diplomatique et multipliant les dispositions indicatives où les parties "s'engagent à promouvoir", "à faire des efforts pour", "à prendre toutes les mesures en vue de", bref à contracter des obligations de moyens atténuées. Il faut ajouter que la "juridicisation" de la société crée un humus favorable pour le développement des standards. Mais, comme il est impossible de tout prévoir, le législateur ou ses émanations posent des procédés d'attente, fixent des standards (12), laissant à l'avenir, à l'expérience le soin d'apporter les précisions nécessaires.

Au total, les standards font florès. Les codes socialistes, qui ont un substratum de droit romain (13), y recourent. Les "exigences socialement justifiées", "les règles de la coexistence socialiste" en sont de dignes représentants (14). Aucune matière n'y échappe : le droit constitutionnel et sa théorie -triste- des circonstances exceptionnelles, le droit international public (15), le droit international privé lorsqu'il renouvelle ses méthodes (16) ou

(10) V. C. Labrusse-Riou, Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et du droit de la famille, Mélanges Rodière, 151, spéc. p. 161.
(11) V. A.J.P. Tammes, in Essays on international and comparative law in honour of judge Erades, Netherlands international law review, 1983. P. Weil, Vers une normativité relative en droit international ?, Rev. gén. dr. int. public, 1982, 5 s.
(12) V. P. Roubier, Théorie générale du droit, 2e éd., S. 1951, p. 113.
(13) V. R. Sacco, The romanist substratum in the civil law of the socialist countries, Review of Socialist Law, 1988, 65 s.
(14) V. Y. Eminescu et T. Popescu, Les codes civils des pays socialistes ; étude comparative, LGDJ 1980, spéc. p. 356.
(15) V. Vellas, Logique juridique et méthodologie juridique en droit international public, in Logique juridique, 2e colloque de philosophie du droit comparé, Pédone 1967, p. 225.
(16) Cf. le certain engouement pour la méthode de la "proper law", notamment en matière contractuelle, V. H. Batiffol, La loi appropriée au contrat, Mélanges Goldman, 1 s. - Plus généralement, V. Y. Loussouarn, Les tendances récentes du droit international privé français, in Journées de la Société de législation comparée, 1979, 681 s.

ses solutions, la procédure civile (17), le droit civil réduisant les clauses pénales manifestement excessives, le droit commercial légitimant, dans l'article 102 de la loi du 24 juillet 1966, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. Toutes les relations juridiques les éprouvent, qu'il s'agisse d'apprécier les comportements en termes de diligence, de prudence ou de faute, ou les situations en termes encore une fois de normalité, normalité, au demeurant, difficilement saisissable.

C'est que la normalité est fuyante. Est-ce celle de la loi ? Est-ce celle de la pratique généralement suivie ? Il est difficile de répondre. Là est l'incertitude. Les standards créent des difficultés par leur imprécision volontaire. Ils ne sont pas les seuls à nourrir l'équivoque. C'est le lot aussi des notions à contenu variable (18) ou des concepts mous (19). Mais, les standards accusent sans doute ces difficultés parce qu'ils sont non la règle, mais son mode d'expression. De plus, le standard renforce le rôle du juge à un moment où, trop occupé, débordé, on ne peut plus lui faire une confiance aveugle. Il y a plus. Il y va de la liberté du juge. On a justement remarqué qu'avec ces notions générales qu'il devait appliquer, "le juge était asservi par la loi à la création du droit" (20). La justice, ou une certaine justice, y gagne peut-être, mais au détriment de la sécurité et de la prévisibilité qui ont pourtant marqué les droits romano-germaniques. Et l'unification contenue dans le standard reste, un peu, illusoire. Ainsi, au coeur de l'évolution, les standards constituent des modes privilégiés d'expression du droit contemporain (I), mais entretiennent en même temps une certaine ambiguïté dans les droits contemporains (II).

(17) Cf. N. c. proc. civ., art. 524 disposant que l'exécution provisoire peut être arrêtée si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Cf. également, dans le droit de la concurrence où la cour de Paris peut prononcer un sursis à l'exécution d'une décision du conseil de la concurrence lorsque l'exécution est "susceptible d'entraîner des conséquences excessives ou d'une exceptionnelle gravité, V. Paris, 11 sept. 1987, Rev. jurisp. com. 1988, 58.
(18) V. Les notions à contenu variable en droit, ouvrage collectif, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles 1984.
(19) V. M. A. Hermitte, Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation, Archives de philosophie du droit, 1985, 331.
(20) C. Labrusse-Riou, art. préc. spéc. p. 167.

I. - LES STANDARDS, MODES PRIVILEGIES D'EXPRESSION DU DROIT CONTEMPORAIN

Qui exprime le droit contemporain ? Quand ce n'est pas le législateur, c'est le juge. L'un comme l'autre aiment les standards.

A - Le standard, technique d'expression du législateur

A plusieurs reprises, pour exposer ses idées, M. Rials oppose les standards dogmatiques, dotés d'une certaine transcendance par rapport à ce qui se fait, aux standards descriptifs, destinés à rendre compte de ce qui est. De fait, la distinction se retrouve dans la législation contemporaine. Mais comme toujours, avec des plus ou des moins ; tout est relatif.

5. - **Les standards dogmatiques.** L'une des valeurs les plus facilement partagées aujourd'hui, réside dans la protection de l'enfant. Toutes les législations qui ont réformé leur droit de la famille ont pris comme critère, l'intérêt de l'enfant. C'est vrai pour le droit polonais (21) ou pour le droit hongrois (22). C'est vrai pour le droit international privé suisse (23). C'est vrai encore pour le droit substantiel allemand (24), italien (25) ou français. Notre législation contemporaine, écrit le Doyen Carbonnier (26), est "très pédocentrique". "Elle fait pulluler les applications" du critère tiré de l'intérêt de l'enfant. "L'article 287 du code civil, ajoute cet auteur, à titre d'exemple, est relatif à l'attribution de la garde après divorce ; il fait de l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire d'une notion en recherche, la source unique de la décision, alors que l'ancien article 302, sur le même sujet, ne mentionnait "le plus grand avantage des enfants" que comme un critère collatéral, la nette position de conjoint innocent représentant le critère de principe". A travers ce critère, c'est incontestablement une philosophie individualiste qui est défendue ou plutôt que le

(21) V. W. Stojanowski, Le divorce et l'intérêt de l'enfant en droit polonais, in Droit polonais contemporain, Ossolineum, 1981, p. 33.
(22) V. F. Petrik, The major items of the amendment of the act on family, Hungarian Law Review, 1986, 1.
(23) V. A.E. Von Overbeck, L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international de la filiation, Mélanges Schwitzer, Genève 1979, p. 369. V. également Rev. crit. dr. inter. privé, 1988, 237 s.
(24) Loi du 19 août 1969, C. Mariage et famille en question, Institut de droit comparé de Lyon III, sous la direction de H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, spéc. p. 171 à 177.
(25) Loi du 19 mai 1975 portant réforme du droit de la famille, V. G. Brulliard, Travaux de la société de législation comparée, 1975. V. également, Mariage et famille en question, op. cit., p. 205 et 215.
(26) J. Carbonnier, les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in Les notions à contenu variable, op. cit., 99 s., spéc. p. 104.

législateur demande au juge de défendre. Celui-ci y perdra sa neutralité (27).

6. - **Les standards descriptifs.** Les standards qui prennent appui sur la pratique sociologique sont peut-être encore plus répandus que les standards dogmatiques. Ainsi, l'ordonnance du 1er décembre 1986 en incriminant le refus de vente dans les rapports entre les professionnels et les consommateurs, laisse la possibilité au vendeur de se justifier s'il prouve que la demande du consommateur est "anormale" (28). De même, la directive du conseil des communautés relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux, indique (art. 6) que l'agent commercial a droit à une "rémunération raisonnable" tenant compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération. De même encore, un mineur peut accomplir tous les actes de la vie courante, c'est-à-dire tous les actes admis par l'usage (C. civ. art. 389-3) (29). On pourrait multiplier les exemples, tout en relevant que les standards s'inspirent peut-être plus souvent à la fois de considérations philosophiques et d'observations sociologiques.

7. - **Les standards intermédiaires.** Il est intéressant de remarquer que la Convention de Paris du 20 mars 1883, plusieurs fois modifiée, dispose (art. 10 bis al. 2) que "tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale constitue un acte de concurrence déloyale". Ces "usages honnêtes", selon l'interprétation communément admise à la suite des apports de la jurisprudence belge et italienne - "correttezza professionale"-, s'apprécient aussi bien au regard de critères moraux qu'au regard des pratiques effectives de l'industrie et du commerce (30). De la même façon, la directive communautaire du 25 juillet 1985 (devenue de droit positif) sur la responsabilité du fait des produits, fait appel à un standard mi-philosophique mi-sociologique, lorsqu'elle définit le produit défectueux comme le produit qui "n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre". L'exposé des motifs indique, en effet, que "pour protéger l'intégrité physique et les biens du consommateur, la détermination du caractère défectueux d'un produit doit se faire en fonction non pas de l'inaptitude du produit à l'usage, mais du défaut de sécurité à laquelle le grand

(27) Cf. Ph. Malaurie, Droit civil, La famille, 1988, n° 17.
(28) Ce caractère anormal résulte des circonstances de la commande ou encore de l'usage que l'acquéreur peut faire du produit, v. Y. Guyon, Droit des affaires, t. 1, n° 868.
(29) V. J.C. Montanier, Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, J.C.P. 1982, I, 3076.
(30) V. La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la C.E.E., t. 1, droit comparé, Dalloz, 1967, spéc. n° 33.

public peut légitimement s'attendre" (31). L'inspiration philosophique n'est certes pas très élevée, mais elle est bien celle de notre société soucieuse de bien-être et de jouissance.

8. - **Contrôle de la Cour suprême ?** Plus juridiquement, on peut se demander si la ligne de partage entre ces standards dogmatiques et ces standards descriptifs, n'est pas faite à l'occasion du contrôle de la Cour suprême. La question est, semble-t-il, essentielle, mais appelle des recherches approfondies. On se bornera ici à constater que certains standards sont contrôlés par la Cour de cassation française, tandis que d'autres sont laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, en 1976, la Cour de cassation a considéré que l'intérêt légitime d'un membre du groupe familial, en l'espèce le conjoint, pouvait représenter à lui seul l'intérêt de la famille, à l'encontre des intérêts d'autres membres, en l'espèce les enfants issus de l'union (32). A l'inverse, il a été décidé que les juges du fond appréciaient souverainement, en fonction des circonstances de temps et de lieu, la limite de la normalité des troubles de voisinage (33). Quoiqu'il en soit, le rôle du juge est déterminant, d'autant plus que le juge affectionne lui aussi les standards.

B - Le standard, technique d'expression du juge

9. - **Précision.** Les standards reposent sur le juge, ou plus exactement sont appliqués par le juge. Ce sont les "standards de la jurisprudence" (34). Mais, il y a plus, car les juges eux-mêmes peuvent s'exprimer et dire le droit au travers de standards, en utilisant des "standards jurisprudentiels" (35). D'ailleurs, la plupart des standards que l'on trouve en droit administratif sont des standards jurisprudentiels, tels "le délai raisonnable", "l'erreur manifeste", "la clause exorbitante". Plus généralement, on peut observer que le juge utilise ses propres standards de plusieurs façons. Tantôt, il améliore et assouplit les règles légales, tantôt,il se sert de la terminologie même du législateur, tantôt, enfin il faut oeuvre créatrice, il innove.

10. - **Le juge améliore.** A de nombreuses reprises, le juge, devant les difficultés d'appliquer une notion lui apparaissant trop rigide, n'a pas hésité à introduire des standards. Ainsi, la force majeure n'est-elle pas l'événement imprévisible, irrésistible et

(31) V. J. Ghestin, La directive ..., D. 1986, chron. 135 - V. également, du même auteur, L'avant-projet de loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux : une réforme partielle du code civil, Rev. jurisp. com. 1988, 201.
(32) Civ. 1ère, 6 jan. 1976, D. 1976, 253 ; V. les observations très fines du doyen Carbonnier, art. préc., p. 205.
(33) Civ. 3e, 3 nov. 1977, D. 1978, 434.
(34) Cf. S. Rials, op. cit., n° 33.
(35) S. Rials, op. cit., ibid.

insurmontable. C'est l'événement "normalement imprévisible" (36). Le juge ne raisonne pas dans l'absolu. Il prend en compte les circonstances, la nature des choses, et, ne retient que le fait "normalement" imprévisible. Le phénomène s'observe dans la jurisprudence française, italienne ou néerlandaise (37). Ainsi, encore, si d'après les textes de droit contractuel, seul le dommage prévisible doit être réparé, le juge exclut le seul dommage "raisonnablement imprévisible". Il se détermine d'après la nature du contrat et envisage les risques qu'un débiteur moyen placé dans les mêmes circonstances pouvait mesurer (38). Et, là aussi, le juge italien ou allemand suit la même ligne (39). On notera également que l'appréciation de la causalité se fait dans des termes équivalents : la chose, instrument du dommage, doit avoir eu un comportement normal ... (40). Les directives sont connues.

11. - **Le juge copie.** N'accusons pas le juge de plagiat. Constatons simplement que le juge reprend à son compte certains standards législatifs. C'est le cas en droit international privé, qu'il soit français, italien ou allemand, lorsque le juge refuse d'appliquer la loi étrangère parce qu'elle lui paraît contraire à l'ordre public, c'est-à-dire contraire à "l'opinion qui prévaut à chaque moment" dans un pays donné (41). Si l'ordre public au sens du droit international privé ne recouvre pas l'ordre public interne, il n'en reste pas moins qu'il "procède d'une projection dans le domaine international, de certaines conceptions qui fondent l'ordre public interne" (42). La reprise de concepts légaux s'observe également en droit purement national : l'exemple suivant en atteste. La société Danone vend des yaourts. Un jour, elle croit bon de vendre des yaourts et des collants, ou plutôt d'offrir en prime à chaque acheteur de yaourts, des collants. Poursuivie pour pratiquer des ventes avec primes, Danone tente de se justifier en plaidant que l'infraction n'est pas caractérisée, puisque les bas, de faible valeur, sont frappés, dans le haut, d'une marque publicitaire et indélébile. L'excuse n'est pas retenue ; "attendu, souligne la cour d'appel de Paris, que les collants comportent bien une inscription publicitaire, mais qui n'est pas visible en position

(36) Cf. G. Viney, La responsabilité, les conditions, L.G.D.J. 1982, n° 399.
(37) V. Les effets du contrat dans les pays du marché commun, Institut de droit comparé de Paris, 1985.
(38) Cf. G. Viney, La responsabilité, les conditions, op. cit., n° 538.
(39) V. Treitel, in Encyclopedia of comparative law, vol. VII, contracts, chap. 16, p. 57 s.
(40) V. G. Viney, La responsabilité, les conditions, op. cit., n° 358.
(41) Civ. 22 mars 1944, D.C. 1944, 145 - V. aussi, J. Ghestin, L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français, in Les notions ..., 77, spéc. p. 95 - V. également, B. Dutoit, L'ordre public, caméléon du droit international privé ? Un survol de la jurisprudence suisse, Mélanges Flattet, 455.
(42) Holleaux, Foyer et Geouffre de la Pradelle, Droit international privé, Masson 1988, n° 60.

normale d'utilisation, car les consommatrices du produit concerné ne sont pas forcément des désossées ou des adeptes du yoga" (43). La "position normale d'utilisation" a décidément les faveurs du droit contemporain (44).

12. - **Le juge innove.** Le juge, enfin, se permet certaines libertés en créant toutes pièces des standards. La jurisprudence interne et la jurisprudence communautaire offrent de bon exemples de ce genre d'innovations. Prenons la matière du droit des sociétés. N'est-elle pas flexible ? (45). Il est vrai que les juges ont de plus tendance à apprécier les faits et les comportements qui s'y manifestent en fonction de l'intérêt social. La cour d'appel de Bruxelles (46), dans un contentieux connu, vient de déclarer que l'achat systématique d'actions n'a rien d'illicite dès lors que l'auteur de ces achats répétés n'a pas pris dans la société une "position déterminante", mais seulement gagné une "position significative" ; l'arrêt ajoute que l'augmentation du capital peut être une arme efficace pour lutter contre ces acquisitions et contre le changement consécutif de structure si celui-ci est contraire à l'intérêt social. En France, le critère de l'intérêt social permet aux tribunaux d'opposer les "bonnes" conventions de vote, indispensables à la bonne marche de la société, aux mauvaises conventions, génératrices d'abus (47). La convention de vote, *a priori* hérétique, est sauvée lorsqu'elle est utile et conforme aux intérêts bien compris des associés. La cour de justice des communautés, de son côté, n'est pas en reste dans cette création constante de standards. Ainsi, l'article 40 du traité de Rome fixe certains objectifs en matière de politique agricole : accroître la productivité, assurer un niveau de vie équitable, ... Il appartient aux institutions communautaires de mettre en oeuvre ces objectifs. Et, la cour de justice veille à ce que les mesures qui sont prises, s'inscrivent dans le cadre fixé, ce qui la conduit à censurer les actes de la politique agricole qui restreignent la liberté de comportement des opérateurs économiques au-delà de ce qu'exige la poursuite des objectifs arrêtés (48). Pour ce faire, pour contrôler les dérogations et pour limiter les atteintes au droit commun, la cour raisonne en se fondant sur l'un de ses principes, en l'occurrence, le principe de proportionnalité. Elle a ainsi jugé que l'exigence d'un cautionnement requis de la part d'un

(43) Paris, 6 déc. 1976, J.C.P. 1978, II, 18902, note D. Andrei et P.F. Divier.
(44) Rappr. art. 1er L. 21 juil. 1983 sur la sécurité des consommateurs se référant aux "conditions normales d'utilisation".
(45) B. Saintourens, La flexibilité du droit des sociétés, Rev. trim. dr. com. 1987, 457 s.
(46) Bruxelles, 1er mars 1988, Rev. sociétés, 1988, 245.
(47) Cf. Y. Chartier et J. Mestre, Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés, PUF, 1988, n° 22.
(48) V. H. Bauer-Bernet, Notions indéterminées en droit communautaire, in Les notions ..., 269, spéc. p. 276.

opérateur en quête d'un certificat d'exportation, n'était pas disproportionnée au regard des objectifs poursuivis : "la caution est un moyen nécessaire pour atteindre un objectif d'intérêt public, mais qui ne saurait compromettre un autre objectif d'intérêt public qui est la liberté du commerce entre Etats membres" (49). Ce recours au principe de proportionnalité permet bien de mesurer une situation en termes de normalité (économique).

Bien entendu, ces exemples ne sont pas isolés. D'autres tirés du droit fiscal -l'acte anormal de gestion (50)- ou du droit civil -l'erreur commune ou l'erreur légitime- seraient peut-être plus patents. Précisément, lorsqu'il s'agit d'apparence, on peut se demander s'il faut prendre comme critère l'erreur commune ou l'erreur légitime. Ce n'est pas la même chose et sans doute faut-il distinguer selon que l'on veut assurer la sécurité des transactions, comme en matière de sûretés, ou privilégier la rapidité des actes, comme en matière de mandat (51). On le voit, les standards sont une source de difficultés, pire, d'ambiguïtés.

II - LES STANDARDS, SOURCE D'AMBIGUITES DANS LES DROITS CONTEMPORAINS

Le pouvoir d'unification dont les standards sont porteurs est-il factice ? Leur souplesse et leur indétermination favorisent certainement une unification quant à la forme. Quant au fond, la situation est moins évidente compte tenu des ambiguïtés que les standards entretiennent aussi bien au sein des droits de la famille romano-germaniques qu'entre les droits romano-germaniques et la common law.

A - Les ambiguïtés au sein des droits romano-germaniques

13. - **Constatations.** Les standards débouchent souvent sur des interprétations divergentes. Le "motif légitime", cher au droit des sociétés, est ainsi utilisé différemment selon les domaines. S'il s'agit de prononcer une dissolution pour justes motifs, le juge ne retiendra que la mésintelligence entre les associés dans la mesure où, de surcroît, elle conduit à une paralysie du fonctionnement de la société. En revanche, lorsqu'il faut juger de la demande de retrait d'un associé, le juste motif peut intégrer des éléments touchant à la vie personnelle de l'associé (52). Le juste motif

(49) H. Bauer-Bernet, art. préc., p. 278.
(50) On sait que l'administration fiscale peut redresser des actes de gestion anormaux en matière d'impôts sur les bénéfices.
(51) V. en matière de mandat, Ass. plén. 13 déc. 1967, D. 1963, 277 et en matière d'hypothèque, Civ. 26 janv. 1897, D.P. 1900, 1, 33.
(52) V. B. Saintourains, art. préc., n° 66.

fléchit au gré des situations ou des comportements. Si l'on compare maintenant les solutions auxquelles aboutit l'utilisation des standards dans les droits romano-germaniques, on constate, de la même façon, bien des divergences.

Les clauses pénales sont aujourd'hui et dans la plupart des pays réductibles lorsqu'elles sont manifestement excessives ou démesurément élevées (53). Toutefois, les méthodes de modération sont différentes et donnent des solutions concrètes souvent hétérogènes. Le juge français s'efforce de comparer le montant de la clause avec l'importance du préjudice -méthode objective- (54), tandis que le juge allemand préfère prendre en considération tous les éléments et notamment des éléments subjectifs tirés des intérêts du débiteur (55).

De même, le droit français et le droit allemand du divorce connaissent la "clause de dureté". Mais si pour l'apprécier, le juge français retient les éléments plus divers et s'appuie même sur des facteurs extra-juridiques (56), le juge allemand semble s'en tenir uniquement aux conséquences du divorce en négligeant la conduite des parties (57).

Enfin, dans le domaine des sûretés, il peut arriver qu'un créancier abuse de ses droits et s'expose à des sanctions. Tous les juges l'admettent, ne serait-ce qu'en se fondant sur la théorie de l'abus de droit. Seulement, en droit français les appréciations qui en sont faites sont plus que souples et l'on n'a jamais vu, du moins si l'on s'en tient aux arrêts publiés, un créancier se faire condamner sur ce terrain. Au contraire, en droit allemand, les exemples ne manquent pas, puisque l'on considère que les sûretés sont excessives dès lors qu'elles dépassent de 25 % le montant de la créance (58). Nouvelle divergence, et peut-être plus gênante que les autres au moment de la construction européenne.

14. - **Solutions.** Les promoteurs des standards sont eux-mêmes conscients des ambiguïtés suscitées par leurs méthodes. Aussi, s'efforcent-ils de guider les interprètes en leur proposant des sous-standards. L'article 6 de la directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits indique à cet égard que "la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre" s'apprécie,

(53) V. J. Thilmany, Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, Rev. int. dr. comp. 1980, 17 s. - V. également, les divers articles publiés in Dr. et prat. com. int. 1982, 397 s.
(54) Com. 23 janv. 1979, Bull. civ. IV, n° 30 ; 2 oct. 1979, Bull. civ. IV, n° 242.
(55) V. M. Strauch et C.W. Neumann, Les clauses pénales en droit allemand, Dr. et prat. com. int. 1982, 499.
(56) V. Ph. Malaurie, op. cit., n° 385.
(57) V. O. Guillod, La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce, Rev. int. dr. comp. 1983, 787, spéc. p. 806.
(58) V. C. Witz, Les sûretés réelles mobilières en R.F.A., Rev. int. dr. comp. 1985, 27 s. ; Comp. J. Mestre, Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance, Mélanges Raynaud, 439 s.

notamment, en tenant compte de "la présentation du produit", de "son usage raisonnable" et de "l'époque de la commercialisation". La loi allemande du 9 décembre 1976 sur les conditions générales dans les contrats dispose (art. 9) que les clauses qui, "contrairement aux impératifs de la bonne foi, désavantagent le partenaire contractuel du stipulant d'une manière déraisonnable", sont nulles. Mais, le même texte prend le soin (art. 9, al. 2) de préciser, compte tenu de l'incertitude de l'expression "désavantage déraisonnable" (59), compte tenu des "doutes" que l'on peut avoir, qu'il y a lieu d'admettre un tel désavantage lorsqu'une disposition "n'est pas compatible avec les idées fondamentales de la réglementation légale dont elle s'écarte" ou "limite des droits et obligations essentiels résultant de la nature du contrat de telle sorte que la réalisation du but contractuel est menacé". Le système français de réglementation des clauses abusives est différent, car il repose, du moins dans sa conception originaire, sur le pouvoir exécutif à qui il appartient de prendre des décrets pour rendre inefficace une clause imposée à un consommateur par un abus de la puissance économique et conférant à son bénéficiaire un avantage excessif (60).

Précisément, une autre solution pour limiter l'ambiguïté créée par les standards est de faire intervenir le législateur ; les textes, dans ce cas, apportent la précision attendue. M. Tunc avait donné comme exemple le droit de l'usure, un temps soumis à une réglementation élastique, et depuis la loi du 28 décembre 1966, enfermé dans des dispositions strictes (61). Ce n'est pas le seul exemple. Lorsqu'il s'agit de déterminer les modes anormaux de paiement tombant sous le coup des inopposabilités ou des nullités de la période suspecte, et de se prononcer spécialement sur le sort d'une cession de créance, les juges italiens se demandent si la cession correspond ou non à une pratique généralisée et stipulée en même temps que le financement que l'on entend acquitter grâce à elle. Leur solution est donc compréhensive pour la pratique (62). A l'inverse, les juges français ont une position plus dure puisqu'ils annulent toutes les cessions de créances intervenues pendant la période suspecte. Et, cette attitude a provoqué l'intervention du législateur qui a dû prendre une disposition particulière pour valider les cessions reposant sur un bordereau Dailly. Un dernier exemple d'intervention du législateur mérite d'être donné : la protection des minoritaires face aux cessions de contrôle en fournit la matière. En droit

(59) Cf. A. Rieg, Rev. int. dr. comp. 1982, 905, spéc. p. 928.
(60) Comp. Civ. 1ère, 16 juil. 1987, D. 1988, 49, note J. Calais-Auloy.
(61) A. Tunc, Standards juridiques et unification du droit, Rev. int. dr. comp. 1970, 247.
(62) V. B. Cassandro-Sulpesso, La cession de créance comme mode normal de paiement, comparaison entre l'Italie et la France, Rev. trim. dr. comp. 1986, 49 S.

français, on conçoit que la cession puisse être attaquée lorsqu'elle entraîne une discrimination (63). Le droit italien, pour l'instant, laisse faire (64). Le droit allemand est plus précis : l'Aktiengesetz du 5 septembre 1965 donne, en effet, une option aux actionnaires minoritaires qui sont restés en dehors des accords de contrôle ; ils peuvent soit rester dans la société dominée en recevant une compensation adéquate, soit décider d'entrer dans la société dominante à la suite d'un échange d'actions. Cette loi est venue apporter la précision qu'il manquait et d'une manière très heureuse. D'ailleurs tous les projets de réforme en cours s'en inspirent. La vie des affaires a besoin de souplesse, mais aussi de sécurité. Les standards ne parviennent pas toujours à concilier les deux objectifs, du moins dans les droits romano-germaniques, car dans la common law, la règle du précédent évite les débordements. C'est sans doute pour cette raison que les standards créent aussi des ambiguïtés entre les deux familles de droit.

B - Les ambiguïtés entre les droits romano-germaniques et la common law

15. - **L'intégration des standards dans les droits romano-germaniques.** On ne peut nier aujourd'hui qu'un rapprochement s'opère entre les droits latins et la common law. Ici, les règles de fond commencent à prendre de l'importance et les textes de lois se multiplient. Là, la norme se fait plus ronde et les pouvoirs du juge se développent. Il n'est pas improbable qu'à terme et dans certains domaines, notamment économiques, ce rapprochement débouche sur "*un jus commune européen*" (65). Dans cette perspective, le rôle des standards n'est pas négligeable. Les standards anglais peuvent parfaitement se greffer sur le *corpus* juridique romano-germanique. Ainsi, les juristes de common law ont-ils imposé -et avec succès- leur concept de "true and fair view" (par le biais d'une directive communautaire) qui est devenu chez nous la notion "d'image fidèle" chère aux comptables. La greffe a prise parce que les comptes, quels qu'ils soient, ne peuvent être exacts ; ils ne peuvent qu'être réguliers, sincères et donner une image fidèle de la situation financière de l'entreprise (66). Plus profondément, le concept du "raisonnable" peut

(63) Cf. Com. 21 janv. 1970, J.C.P. 1970, II, 16540, note B. Oppetit.
(64) V. G. Cassoni, Le droit international privé des groupes de sociétés. L'exemple italien pourrait-il devenir un modèle ? Rev. crit. dr. internat. privé, 1986, 633.
(65) R. David, Le droit continental, la common law et les perspectives d'un droit commun de l'Europe, in Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, 1978, 113, spéc. 1. 123.
(66) V. J. Lacombe, Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise, la quadrature du cercle ?, Mélanges Roblot, 311 s. - V. E. de Pontavice, La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises, Mélanges Flattet, Lausanne 1985, 85 s.

parfaitement s'intégrer dans le système romano-germanique. Il suffit de s'entendre sur les mots. Comme le démontre très bien un auteur (67), le raisonnable n'est pas fait de subjectivisme ni d'un vague appel au sentiment de justice, mais de raison et de tradition. Dans ces conditions, son intégration est parfaitement acceptable, ce qui est important au moment de l'entrée en vigueur de la convention de Vienne (sur les ventes internationales de marchandises) bourrée de références à l'homme raisonnable. Toutefois, il ne faut pas se leurrer, car les faux-amis restent très présents. On s'en aperçoit notamment en matière économique.

16. - **Les limites.** Une divergence sérieuse d'appréciation créée par les standards se manifeste dans le droit de la concurrence. Aujourd'hui, tous les droits interdisent les ententes, mais tous les droits admettent des exceptions ou introduisent des tolérances. On est conduit, ainsi, et très schématiquement, à opposer les bonnes ententes et les mauvaises ententes. Un standard, la règle de raison, sert de critère. Mais, celle-ci n'est pas comprise de la même façon selon les pays. Dans le droit français, allemand, italien ou même communautaire, les ententes sont validées dès l'instant qu'elles contribuent au progrès économique. Si l'entente favorise les exportations, permet une amélioration de la qualité, voire assure le maintien de l'emploi, elle sera validée. En revanche, en droit américain, l'accord n'est légitimé que s'il renforce la concurrence. Les juridictions américaines refusent de s'engager, avec la règle de raison, dans une évaluation du progrès économique : les objectifs de politique économique sont étrangers à la démarche du juge américain, alors qu'ils sont décisifs pour le juge continental (68).

Gardons nous donc de toute conclusion hâtive. L'unification contenue dans le concept même de standard ne doit pas faire illusion. La bonne traduction (69) est un point capital. Il faut savoir éviter les faux-sens, et dévier les contre-sens. C'est à ce prix que les standards pourront redonner aux droits-romano-germaniques la valeur de standard.

(67) G. Khairallah, Le "raisonnable" en droit privé français, Rev. trim. dr. civ. 1984, 439 s.
(68) V. R. Kovar, Le droit de la concurrence et la règle de raison, Rev. trim. dr. europ. n° 2, 1987 - V. également, P. Bonassies, Les fondements du droit communautaire de la concurrence, Mélanges Weill, 51 s. - A. Frignani, L'utilisation des preuves économiques dans les litiges anti-trust, in 12° Congrès int. dr. comparé, Sydney 1986, p. 247 s.
(69) V. R. Sacco, Les problèmes de traduction juridique, in Rapports nationaux italiens au 12° Congrès int. dr. comp. p. 1 s.

THE USE OF STANDARDS IN THE ENGLISH LEGAL SYSTEM

****

L'UTILISATION DES STANDARDS DANS LE SYSTEME JURIDIQUE ANGLAIS

Par

Sir William DALE
K. C. M. G. University of London (G.-B.)

Professor Bergel, in kindly inviting me to this Conference to contribute a paper on this subject, has conferred a double honour : on me personally, and on my country, because many would doubt whether the English *have* a legal system. Withoout a precise Constitution, and without systematic Codes of law, we have not so much a legal system as the slow deposit of centuries of legal growth. We tend to feel our way, rather than to plan it. Perhaps as a consequence, our great jurists, with one or two notable exceptions, have been historians rather than theorists, or analysts. But it is splendid to be made to think. The idea of "standards" appeared to be novel as a basic factor in our jurisprudence, and I had to ask Professor Bergel what exactly he meant. That matter cleared up, you can imagine my mortification when I recollected that in 1976 the "International and Comparative Law Quarterly" had contained an article by me entitled "Human Rights in the United Kingdom - International Standards".

I recollected something else as well : that the international instruments had themselves "internationalised" - or so we English say - many existing rules of English law upholding the rights of the individual. In other words, the "international standards" were already present in the English common law and a few statutes beginning with Magna Carta - and we never knew it !

So, if I turned the table round again, I had the cue for this paper. I propose to give you a survey - it will be telescopic, there is no time for more - of six factors, or concepts, that have strongly influenced the development of our law, and which have been the sources of certain standards deviving from outside it. In support I shall cite a few judicial decisions, some of them recent. When I have made this survey, I shall put down my telescope, and give you a near view of a few standards set up by modern statutes.

I take my initial stand on the foundations of the whole structure, the common law. I mean the early common law, the common customs of the country, declared in the judgments of the courts and the writings of the jurists. As time went on, and the judges began to find the customs of a feudal society inadequate for a country turning to commerce, they began to look to the law of nature for inspiration. This meant the divine law to begin with, but later, with the influence of Grotius, it meant reason. The concepts of *Natural Justice*, based on reason, have been, and remain to this day, a potent influence on English law. They are especially to be seen in matters of procedure, where fairness is the governing standard. Any issue of a judicial of quasi-judicial character must be settled in accordance with such classic maxims as *nemo judex in parte sua*, and *audi alteram partem*. The Chief Constable of Brighton, for instance, had been tried and acquitted

by a criminal court, but his conduct as chief of police had been strongly criticised by the judge. The Brighton Borough Council dismissed him. There had been a hearing ; but precise charges had not been communicated to the Chief Constable, nor had he been summoned to answer. The dismissal was held invalid on this account (1). Up to date is a case arising out of the miners' strike two years ago, in which the court emphasised that the "standards of fairness are immutable", and must be upheld "despite the heat of industrial warfare" (2).

My first set of standards, then, supplementing the common law, are those of Natural Justice. My second source of standards, which not so much added to the common law as upset it, is *Equity*, following the dictates of conscience. The conscience was supposed to be the royal conscience, the keeper of which was the Lord Chancellor, at first an ecclesiastic. But the Lord Chancellor kept something else, more concrete than the king's conscience, the king's seal, which he could affix to a royal command. By this means he was able to provide a remedy for injustice in circumstances in which the common law courts were unable to do so. There thus evolved many important concepts of English law, especially the trust. Thomas would give or sell land to Edward for the "use" of his nephew Robert. The common law courts knew nothing of a "use" - according to them the land was Edward's. But it was unconscionable that he should keep the benefit of it, and the Lord Chancellor compelled him to hold the land in trust for the nephew. Equity, increasingly intervening in many areas, was administered in its own courts. Naturally a battle developed with the common law courts, and Equity was the victor. The standards of Equity prevailed from Coke's time, but the courts were not themselves unified until 1873. Conscience was, it must be admitted, an elastic standard. John Selden, writing towards the end of the seveteenth century, declared in effect that Equity varied with the length of the Canhcellor's foot (*Table Talk*). But it evolved into well-settled rules, and its standard has recently been stated to be that of "a conscience slightly more sensitive than the average". That may possibly be true of the royal conscience today. What the great Lord Chancellors of the past would have said - and what the one of the immediate past would say - to that "slightly" I hesitate to suggest to an international gathering.

My third source of standards is the customs followed by merchants and seamen in the course of international trade. These went to form what we call the *Law Merchant*. It fell to the lot of Lord Mansfield, Chief Justice of the King's Bench from 1756, to

(1) Ridge v. Baldwin (1964) AC 40.
(2) McLaren v. National Coal Board, Times, Feb. 29, 1988.

adjudicate on legal disputes arising out of our increasing foreign trade. To help him he would summon a special jury of merchants from the City of London to tell him what the practice of the traders was. He adopted the unusual course of at times inviting them to dinner for the purpose, at his house near Lincoln's Inn. One could hardly have a more vivid example of the influence of outside standards on the law. Based on usage, expectancy, common sense and straight dealing, the Law Merchant wholely met the requirements. Our Commercial Court remains a highly successful court, acceptable alike to British and foreign litigants.

Fourth, *Necessity*, as justifying action otherwise against the law, or for which the law does not provide. The standard is objective, an invisible, incalculable force compelling the law to its will. But the judge will say when it is so strong as to do that. When the court had before it two shipwrecked men and a youth, adrift in a boat 1000 miles from land, no food, no reasonable prospect of help, and the men killed and ate the youth, it refused to say that they were excused by necessity (3). As against that, a motorist accused of reckless driving was this year allowed to justify himself on the ground that he was avoiding a threat of death or serious uinjury to his passenger (4). In the political field, necessity will enable the filling of a vacuum, on the ground that *salus populi suprema lex*. There has been more than one instance of this in recent years before Commonwealth courts. On the island of Grenada there was no government, *de jure* or *de facto* ; but there was, luckily, the Queen's representative, the Governor-General, but with no constitutional powers. He legislated by proclamation, setting up various institutions. He was held to be entitled to do so by necessity (5).

Fifth, *Public Policy*, characterised by a judge in 1824 as a "very unruly horse, when once you get astride it you never know where it will carry you" (6). The modern judge has learned to manage it better. Public Policy prohibits a man from benefiting from his own crime, as where the representative of a suicide suing on a life policy which expressly covered death by suicide did not succeed (7). But where a widow sued for compensation on account of the suicide of her husband following an accident for which the company sued was responsible, public policy did not prevent her from succeeding (8). The "public good" (a cognate expression) was defined for the purposes of the Obsence

(3) R. v. Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273.
(4) R. v. Conway, Times, July 29, 1988.
(5) Mitchell v. DPP (1986) LRC (Const.) 35.
(6) Burrough J. in Richardson, v. Mellish 2 Bing. 229.
(7) Beresford v. Royal Insurance Co Ltd (1938) AC 586. Suicide is no longer criminal.
(8) Pigney v. Pointers Transport Services Ltd (1957) 2 AER 807.

Publications Act 1959 as the "interests of science, literature, art or learning, or other objects of general concern". The standard has lately been said to be "what the right-thinking member of the community" thinks. The issue of public policy was raised this year in a case presenting "fundamental difficulties as between, on the one hand, the privacy which every individual (is) entitled to expect, and the freedom of information on the other hand" (9).

I have kept until my sixth and last what is perhaps the English legal standard *par excellence*, that of the *Reasonable Man*, the man "on the Clapham omnibus", so designated by Lord Bowen (10). He is the man "sound of judgment", and by what are taken to be his standards are decided disputes depending on the taking of care. Although to the reasonable man there has occasionally been attrituted (it is said) the agility of an acrobat and the foresight of a Hebrew prophet, he is not expected to have the courage of Achilles, the wisdom of Ulysses, or the strength of Hercules. But he is not the same thing as the average man, for conduct that is customary, normal, may not always be adequate. In the case of the cross-channel ferry disaster the court said that the "fact that the behaviour of the master (of the ferry boat) conformed to standards which were regarded as safe by most, if not all, of his fellow captains, did not preclude his behaviour falling short of the standard of care required of the reasonably prudent cross-channel ferry master" (11). The concept imposes an objective test, not that of the personal disposition of the man in the case. I shall return to the reasonable man in my conclusions.

Here then are six leading influences on the general English law acting by reference to certain standards. We must now take what is in contrast a myopic look at some English statutes.

Now our statute book, as many will know, is to be measured by the yard - or, these days, by the metre. Since the First World War the number of Acts our Parliament has passed year by year has increased in an almost geometrical progression. I cannot deal with all of them. If I were to try to do that, I should no doubt find myself in the situation of the elderly peer who dreamed that he was speaking in the House of Lords,and woke up to find that he was. The subject does not, it seems to me, lend itself to a fruitful, much less a stimulating, study. One can say that, with the growth of the duties legislation has imposed on public authorities and private persons, there can be discerned some increase in the use of exterior tests of quality or quantity, or standards. Some of these of course answer to international

(9) Stephens v. Avery, Times, March 1, 1988.
(10) See McQuire v. Western Morning News Co Ltd (1903), 2 KB 100.
(11) In re The Herald of Free Enterprise, Times, Dec. 17, 1987.

obligations, such as those imposed by the Hours of Employment (Conventions) Act 1936, the Sex Discrimination Acts 1975 and 1986, and the Race Relations Act 1976. Schools are to be "sufficient in number, character and equipment to afford ... such variety of instruction and training as may be desirable in view of different ages abilities and aptitudes" (Education Act 1944 s. 8) ; housing is to be "fit for human habitation" (Landlord and Tenant Act 1985 s. 8), and must contain "standard amenities" as prescribed (Housing Act 1985 s. 209) ; dismissal from employment must be "fair" (Trade Union and Labour Relations Act 1974 Sch. 1 para. 6) ; the "transport needs ... of Greater London" are to be fulfilled having regard to "efficiency, economy and safety of operation" (London Regional Transport Act 1984 s. 2). The Data Protection Act 1984 uses the conception of reasonableness a number of times (e.g. s.9, s. 32). As to social behaviour, a person must not be "drunk on a vehicle" (Sporting Events (Control of Alcohol etc) Act 1985 s.1). "Drunk" is left undefined. The standard can hardly be that of the reasonable man. It must be something between that of Dr Johnson's bookseller, who "got a large fortune by trade", but "was so habitually and equably drunk, that his most intimate friends never perceived that he was more sober at one time than another", and that of the man described by our only Lord Chancellor to have been canonised, Thomas More, who (More said) was "so dowsy drunk that he could neither stand nor reel, but fell down sow-drunk in the mire".

And that reminds me that as a nation we love animals, especially dogs and horses, ruly or unruly, and we have standards for their accommodation, food and so forth (Breeding of Dogs Act 1973, Riding Establishments Act 1964).

By way of conclusion to an exposition which I am aware does not match in learning those already given, and no doubt to come, I return to the "reasonable". The Clapham omnibus still runs - a 19 - and indeed shows signs of running amok. The standard of reasonableness seems to be taking over large areas of English law. Without trying to be in the least exhaustive, I give you the following :

1) Wherever the law imposes a duty of care, the standard of care required is that which should be shown by the reasonably careful person, company, bank (12), ferry master etc. This imposes a standard external to the party involved. It has long been the standard in tort.

2) It can now be found in contract. The Unfair Contract Terms Act 1977 is shot through with requirements of reasonableness. In

(12) Barclays Bank plc v. Quincecare Ltd, Times, March 2, 1988.

particular, liability for negligence for loss or damage cannot be excluded by a contract term or notice unless it "satisfies the requirement of reasonableness" (s. 2). More widely, in a case from Scotland this year it has been held that where a contract has been made requiring a condition to be fulfilled "to the satisfaction" of one of the parties, that party must, in determining whether he is satisfied, act reasonably (13).

3) In the administrative field, a public authority with power to decide any question, or take other action, must act reasonably (14). It has recently been held that it is reasonable for an electricity board to impose on a householder a requirement that, his house having been burgled, he should bear the loss of the money stolen from his meter, and be responsible for repairing it (15).

4) In the quasi-judicial field similarly, where the rules of natural justice, requiring fairness, must be observed.

5) In the legislative field also, where the bye-laws of a local authority will be annulled if not reasonable (16).

6) I have given you instances from the statutes. I will give you a further - lethal - example, from the Trade Union and Labour Relations Act 1974 Sch.1. para (8) : "... the determination of the question whether the dismissal was fair or unfair, having regard to the reason shown by the employer, shall depend on whether the employer can satisfy the tribunal that in the circumstances (having regard to equity and the substantial merits of the case) he acted reasonably in treating it as a sufficient reason for dismissing the employee".

The effect of all this is to increase the control by the courts, which is no doubt a good thing - or would be if litigation in our courts were not so ruinously expensive. All routes lead to the judicial forum, often by way of our new remedy of "judicial review", by means of which we have, after all these years, caught up with the Conseil d'Etat and similar institutions in the civil law countries. The truth is that the man on the Clapham omnibus has been displaced by the judge on the Holborn Underground. One cannot, can one, think of a man - or a woman, let us not forget them - being more reasonable than a judge ? Yet judges may differ about what is reasonable - though not, we may hope, by the length of their feet. And, as Lord Coleridge once pointed out, if a case depending on the reasonable man is decided one way by a judge of first instance, and the opposite way by the Court of

(13) Gordon District Council v. Wimpey Homes Holdings Ltd, Times, June 24, 1988.
(14) Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation (1948) 1 KB 223.
(15) R. v. Midlands Electricity Board, Ex parte Busby; Times, Oct. 29, 1987.
(16) Kruse v. Johnson (1889) 2 QB 91.

Appeal, the first judge has been put "out of the pale of reasonable men", he is not a man "sound of judgment".

The way out of that dilemma I leave to the judges themselves. But if I may intrude my own view for a moment, I do feel a little unhappy about our increasing reliance on the concept of reasonableness, especially in a statute. If the rule imposed by a statute is no more precise than that a piece of conduct must be reasonable, or fair, is the legislation worth very much ? The civil law countries, I believe, get on well without using the term "reasonable". I may add that my misgivings about our use of the term, on the ground of its vagueness, are shared by two distinguished English lawyers who have recently suggested that "reasonableness" should in part be replaced, in the field of administrative action, by three substantive principles : proportionality, legal certainty and consistency (17).

To go into that would take me too far : but one can sense some new standards appearing.

(17) "Beyond Wednesbury : substantive principles of administrative law", by Prof. Jeffrey Jowell and Anthony Lester QC, (1988) Public Law 365, reprinted in (1988) 14 CLB 858.

LES REGLES DE LA VIE EN SOCIETE EN TANT QUE STANDARD DES DROITS SOCIALISTES

(L'exemple polonais)

****

THE PRINCIPLES OF "LIFE IN SOCIETY" AS SOCIALIST LAWS STANDARD

Par

Zygmunt ZIEMBIŃSKI
Professeur à l'Université de Poznan (Pologne)

Je dois commencer par quelques remarques préliminaires concernant le sujet de mon rapport. Du point de vue des Occidentaux, le droit socialiste représente une famille homogène de systèmes juridiques et on ne s'attache pas à l'origine tout à fait différente des systèmes des divers pays de l'Europe centrale et orientale. Or, les systèmes socio-économiques de ces pays sont bien différenciés : par ex., dans plusieurs pays de l'Est, les exploitations agricoles individuelles n'existent pas, tandis qu'en Pologne la surface totale, aussi bien que le nombre de ces exploitations, est relativement plus grand qu'avant l'année 1944 - et elles fournissent plus de 70 % du produit agricole. Les systèmes juridiques de ces pays, avant la deuxième guerre mondiale, s'étaient formés non seulement sous l'influence de leur tradition nationale, mais aussi des droits allemand, autrichien et français. Par exemple, la partie centrale de la Pologne était régie par le Code civil du Royaume polonais (modification du Code Napoléon), la partie occidentale -par le B.G.B., la partie méridionale - par le Code civil autrichien, sans mentionner les enclaves du droit hongrois et du droit russe dans les frontières de 1945. Donc la doctrine juridique, concernant le rôle des standards dans le droit polonais contemporain (en particulier -selon le Code des obligations de 1933 et puis le Code civil de 1964) était influencée par différents éléments doctrinaux.

- I -

Le terme franglais "le standard" (1) est peu usité dans la doctrine juridique des pays socialistes : ce mot est employé surtout pour dénoter les marchandises d'une qualité moyenne. Pour déterminer les cas dans lesquels les dispositions légales renvoient à des appréciations individuelles d'une situation donnée ou à des critères généraux d'évaluation (par ex. à des règles de comportement ayant une justification morale), on emploie surtout le terme de la "clause générale". Dans un sens plus large, on emploie ce terme pour dénoter tous les cas de renvoi par les dispositions légales à des règles extra-légales de toute sorte, donc à des directives praxéologiques, des moeurs, des règles concernant la destination socio-économique de certains objets, etc.

Le rôle des standards dans les systèmes juridiques des pays socialistes a connu une curieuse évolution. Au début, le système juridique soviétique était, en quelque sorte, antiformaliste. Il admettait le critère de "conscience juridique socialiste" en tant que critère essentiel de la validité des règles du droit. La doctrine

(1) Conf. J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Paris, 1985, p. 213.

juridique n'était pas cristallisée et on essayait (Pasukanis, Stucka, Rejsner) de construire une théorie générale du droit sur la base de divers éléments, incompatibles avec les principales thèses du marxisme, par ex. les éléments du psychologisme de L. Petrazycki. C'est A.J. Vyšinski qui, ayant la confiance de J. Staline, a formulé une théorie générale de l'Etat et du droit, dite socialiste mais qui, en réalité, représentait une espèce de positivisme simplifié, avec quelques idées concernant la fonction du droit en tant que moyen de la lutte des classes, ce qui a eu des effets sociaux bien connus dans l'histoire de l'U.R.S.S. à cette époque. Cette théorie éliminait toutes les sources du droit indépendantes de la volonté de l'Etat -et en même temps la doctrine admettait de larges possibilités de décisions arbitraires des organes de l'Etat ; donc, la sécurité juridique, en partie à cause des standards ayant un caractère politique, était réduite au minimum. Ce danger a diminué après les changements liés au XXe Congrès de PCUS.

En ce temps là, en Pologne, à part des standards traditionnels tels que par ex. les bonnes moeurs, les usages du commerce loyal, etc., après les changements du régime social, quelques standards ayant un caractère évidemment politique, tels que par ex. "les principes du système socio-économique et les buts de la R.P.P." en tant que fondement de l'interprétation des dispositions légales (art. 1 des Règles du droit civil de 1950), ont été introduits, sans bouleverser le système des dispositions écrites.

On pouvait observer le phénomène d'unification de la terminologie des divers systèmes socialistes concernant les formes verbales qui exprimait les clauses générales (standards) - surtout pendant la période 1945-1955, quand on construisait les systèmes juridiques des pays de démocratie populaire en copiant les institutions soviétiques. Durant cette période, on a introduit, par ex. dans le système juridique polonais, les deux principales clauses générales connues dans le système soviétique : "la destination socio-économique du droit" et "les règles de la vie en société". Pourtant, la réception de la terminologie n'est pas équivalente avec la réception de la doctrine. La notion des règles ou principes de la vie en société dans le système juridique de l'U.R.S.S. (principy obszczezitia) diffère de la notion de morale : selon l'art. 5 des Principes de droit civil de l'U.R.S.S. de 1961, on différencie les "principes de la vie en société" et les "règles morales de la société en train de construire le communisme". En Pologne, il n'existe pas une définition légale des "règles de la vie en société en R.P.P.", mais selon l'opinion dominante, dans la doctrine, ce sont surtout les règles de la morale de la société socialiste ou les moeurs acceptées du point de vue de cette morale.

En Pologne, les standards tels que par ex. "les règles de la vie en société" introduits en 1950, ont joué le rôle essentiel, surtout dans la période qui a précédé la codification du droit civil polonais en 1964. Les codifications partielles du droit civil polonais (2) promulguées en 1945-1947 étaient basées sur les travaux préparatoires d'avant 1939 ; donc, il y avait plusieurs divergences entre ces actes et les changements politiques et économiques réalisés dans les vingt premières années après la guerre. Les clauses générales exigeaient la concordance des comportements admis par le droit écrit avec les règles de la vie en société et elles rendaient ainsi impossible la poursuite de certaines prestations estimées incompatibles avec la morale socialiste. Par ex. le "pretium doloris" pour la mort de personnes proches était réduit ainsi au minimum - et actuellement il est très limité par le Code civil de 1964.

A défaut d'une définition légale, l'expression "les règles de la vie en société de l'Etat populaire", introduite dans la loi de 1950, avait un sens assez énigmatique, de même que la déclaration de la Constitution de R.P.P. de 1952 ordonnant aux citoyens de respecter les règles de la vie en société. Ces règles établissaient le critère de l'abus d'un droit subjectif (art. 3 des Règles générales du Droit civil), causaient la nullité de l'acte juridique discordant avec ces règles (art. 41), indiquaient la façon d'interpréter des déclarations de volonté (art. 47, parag. 1), influençaient les effets juridiques des conditions du contrat (art. 82) ; donc elles jouaient le rôle typique d'un standard du droit civil, mais d'un standard à vrai dire indéterminé.

Cette situation a entraîné la désorientation de la jurisprudence pendant les quelques premières années en ce qui concerne le caractère des règles de la vie en société, et des controverses dans la littérature juridique de notre pays. On déclarait par exemple que les règles en question étaient surtout des coutumes de la société socialiste, ou bien des règles de la morale socialiste, ou bien des règles de toute sorte acceptées dans la société socialiste, surtout les règles du droit, suppléées par les autres règles. En général, on insistait sur le fait qu'il s'agissait de règles de la vie dans la société nationale polonaise, donc de règles liées en particulier avec cette société.

Peu à peu, les controverses se sont apaisées (peut-être chaque nouveau standard a une telle histoire), et c'est surtout en effet la jurisprudence prépondérante de la Cour suprême qui a présenté d'une façon implicite l'idée qu'il s'agissait de règles de la morale concernant les relations humaines dans la société socialiste. Cependant cette idée n'a jamais été exprimée de façon

(2) Voir, E. Łętowska, J.S. Piatowski, Code civil de la République populaire de Pologne, Introduction, Warszawa 1980, p. 6.

suffisamment claire. La plupart des jugements de la Cour suprême déclaraient seulement que tel ou tel comportement était "contraire aux règles de la vie en société", sans préciser la règle en question et sans justifier une telle thèse. C'est surtout par voie de rationalisation des décisions de la Cour suprême qu'on pouvait constater que, chaque fois, il s'agissait d'un comportement qui pouvait être considéré comme immoral.

Outre ces controverses concernant la caractéristique essentielle des "règles de la vie en société", on peut observer, pendant la période 1950-1956, un malentendu bien spécifique qui semble être intéressant du point de vue de la théorie des standards. La Cour suprême, malgré son aversion pour formuler les thèses théoriques, inventa durant cette période une idée qui permettait de réaliser une politique d'application du droit assez arbitraire en admettant de se référer aux "règles formulées" ou aux "règles proclamées". Selon la Cour suprême, les premières étaient les règles acceptées déjà par les classes sociales progressistes ; donc elles pouvaient avoir les effets sociaux ex nunc. Les secondes étaient des règles qui, selon la Cour suprême, devaient être déjà acceptées par les meilleurs citoyens, et devaient donc être censées en vigueur ex nunc. Cette sophistique, permettant de "proclamer" les règles les plus opportunes du point de vue de la politique gouvernementale, a été fort critiquée après 1956, mais ce phénomène (bien que les décisions "proclamant" que les règles avaient un caractère exceptionnel) a donné l'occasion de discuter le problème particulier du fonctionnement des standards dans un système juridique.

En admettant que les standards, en particulier - "les clauses générales", dénotent les cas de renvoi par les dispositions légales à des règles extralégales ou à des évaluations acceptées dans un certain cercle social, on doit donc, pour sauvegarder la sécurité juridique, fixer avec une clarté et une netteté suffisante les critères pour distinguer les règles et les évaluations en question, aussi bien que la méthode plus ou moins précise pour constater le fait que telles règles ou évaluations sont acceptées dans un cercle social donné. Evidemment, on ne peut pas organiser par la Cour suprême des sondages de l'opinion publique, mais en même temps on ne peut pas admettre les décisions arbitraires (3).

Bien sûr, la Cour suprême est compétente pour déclarer quelles sont les évaluations des juges du tribunal de la plus haute instance, ou bien quelles sont les évaluations officiellement

(3) Par ex. les sondages préliminaires de l'opinion publique organisés par les participants de mon séminaire en 1964 ont constaté que l'acceptation des diverses règles de la vie en société admises par la Cour suprême changeait de 98 % à 18 % des réponses selon le cas.

admises ; mais il faut distinguer soigneusement les évaluations officielles ou les évaluations admises par une certaine doctrine morale et les évaluations acceptées par la plupart de la société ou même par ceux qui forment l'avant-garde de la société. En plus, surgit le problème de l'évolution des évaluations.

Les codifications polonaises publiées pendant la période 1964-1974 ont augmenté le nombre des dispositions légales renvoyant à des règles de la vie en société, mais ces dispositions, dans le contexte de ces codifications, ont été dotées d'un caractère plus exceptionnel et moins radical. On essaya d'introduire la notion des règles de la vie en société même dans les dispositions de nouveau code pénal mais, après de longues discussions, ce terme est employé dans le code pénal d'une façon marginale (par ex. dans la définition de l'acte de houliganisme, art. 120 C. pénal). Le standard essentiel du droit pénal polonais c'est la notion de danger social en tant qu'élément de la définition d'une infraction.

Le Code civil polonais de 1964 unifia en grande partie la terminologie des clauses générale, du droit civil en éliminant les termes tels que par ex. "les bonnes moeurs", "la justesse", "les coutumes d'honnête commerce", etc., et introduisit surtout la clause de concordance de certains comportements avec "les règles de la vie en société" ou parfois aussi "la destination socio-économique du droit". Cela a provoqué de nouveau une discussion chez les juristes polonais concernant la signification de ces termes et leur rôle dans le système de droit polonais, ainsi qu'une discussion plus générale concernant le rôle des clauses générales dans notre système juridique (4). Je crois qu'il peut être intéressant de présenter les problèmes des standards dans le droit socialiste en analysant l'exemple du rôle des règles de la vie en société dans le droit polonais.

Evidemment, ce n'est pas l'unique façon d'introduire des standards dans le système juridique polonais, j'ajouterai donc quelques remarques supplémentaires concernant cette matière à la fin de mon rapport.

Le Code civil et le Code de la famille et de la tutelle de 1964, ainsi que le Code du travail de 1974, ont introduit la notion en question non seulement dans leur partie générale (le Code de

(4) S. Grzybowski, Struktura i treść przepisów odsyłajacych do zasad wspołzycia społecznego (La structure et le contenu des dispositions renvoyant aux règles de la vie en société), Studia Cywilistyczne, vol. IV, Kraków 1965, p. 78 ; A. Stelmachowski, Wstep do teorii prawa cywilnego (Introduction à une théorie du droit civil), Warszàwa 1969 (I édit.). Récemment il faut noter surtout les monographies de L. Leszczyński, Klauzule generalne w stosowaniu prawa (Les clauses générales en application du droit), Lublin 1986, et de T. Zieliński : Klauzule generalne w prawie pracy (Les clauses générales du droit du travail), Warszawa 1988.

la famille et de la tutelle et le Code du travail sont, selon la doctrine, subordonnés à la partie générale du Code civil), mais aussi dans leurs parties spéciales. En même temps, dans le Code civil, le renvoi aux "règles de la vie en société" est plusieurs fois complété par le renvoi à la "destination socio-économique du droit", ce qui permet d'admettre que les règles en questions ne sont pas immédiatement liées avec des critères économiques. Il faut mentionner aussi plusieurs dispositions du Code de procédure civile de 1964 et d'autres lois publiées en cette période, renvoyant aux règles de la vie en société. L'unification de la terminologie des clauses générales en droit civil et dans les domaines apparentés de ce droit n'est pourtant pas complète : il y a encore plusieurs dispositions qui formulent des standards tels que par ex. "due dilligence", "motifs importants" et les standards socio-politiques, par ex. "les buts de la R.P.P.".

Depuis plus de vingt ans, on peut observer une certaine stabilisation du nombre des dispositions renvoyant aux règles de la vie en société, ce qui permet d'espérer une stabilisation de la doctrine concernant les standards en question. Mais cette stabilisation est seulement partielle. Les points de controverse concernent le caractère et les critères de distinction de ces règles, le besoin et la possibilité de formuler le catalogue de ces règles, leur validité juridique et leur rôle dans le système. Ces controverses ont lieu non seulement dans la littérature juridique, mais elles se manifestent parfois dans la jurisprudence de la Cour suprême.

- II -

Quant au caractère des règles de la vie en société, il existe communis opinio doctorum qu'elles n'ont pas le caractère de normes de droit, malgré la déclaration ambiguë de la Constitution de la R.P.P. (le devoir d'observer les droits, art. 8, et le devoir de respecter les règles de la vie en société, art. 90, sont formulés d'une façon différente). L'opinion prédominante accepte la thèse que ce sont les règles de la morale concernant les relations avec les autres membres de la société, ou bien que ce sont tout au moins les coutumes acceptables au point de vue de la morale socialiste. Les auteurs qui déclarent qu'il s'agit de règles ayant un caractère spécifique ne sont pas capables de formuler la caractéristique positive de ces règles. On rejette, de nos jours, l'idée selon laquelle "les règles de la vie en société" sont une dénomination de toutes règles en vigueur dans notre société et que ce sont surtout des règles juridiques, complétées par les autres règles de la vie sociale.

Malgré cette presque unanimité, le caractère essentiel des règles dè la vie en société n'est pas clair. Le renvoi à la morale de la société polonaise contemporaine ne donne pas de critère net. On peut prendre en considération la morale postulée par la doctrine officielle, c'est-à-dire par la doctrine morale du marxisme. On peut cependant ramener ce renvoi à des règles de la morale acceptées en fait par telles ou telles couches de la société. Ces deux solutions, l'une comme l'autre, présentent cependant des points faibles.

La notion de morale elle-même n'est pas incontestable. En général, on se sert d'une notion assez vague qui combine les éléments de la morale perfectionniste et de la morale solidariste avec les règles acceptées par les coutumes. Du point de vue de la jurisprudence, c'est surtout la morale qui s'appuie sur la bienveillance envers les autres membres de la société qui doit être prise en considération dans le processus d'application du droit. Cependant, même si on accepte un tel concept de la morale, plusieurs controverses peuvent surgir entre les partisans du concept holiste ou du concept réductionniste de bonheur de la société, entre les partisans de la morale limitée à un cercle d'hommes ou à un autre et de la morale humaine sans restriction, les partisans de telle ou telle formule de justice, de telles ou telles autres préférences concernant les biens fondamentaux, de l'admission de tels ou tels moyens d'assurer ces biens à nos prochains, etc. (5).

Les doctrines morales ayant une longue tradition et un système d'organisations surveillant la solution des controverses morales peuvent parfois formuler des catéchismes plus ou moins minutieux concernant les situations particulières. Néanmoins, les cas provoquant les conflits du point de vue de la morale dans la pratique judiciaire sont parfois beaucoup plus compliqués que ceux mentionnés par les catéchismes. Il faut être conscient que les règles morales formulées dans les catéchismes ont d'habitude un caractère assez général et que, pour les appliquer, il faut trouver des solutions plus détaillées par des raisonnements qui n'ont pas de caractère d'algorithme.

Pour des raisons historiques, la doctrine morale du marxisme n'est ni capable ni disposée à formuler des catéchismes. Dans tout le système de la philosophie marxiste l'éthique est l'élément le moins développé. K. Marx et F. Engels dédaignaient la morale bourgeoise, mais ils n'avaient pas formulé les règles de la morale socialiste d'une façon explicite et systématisée. Pour W.I. Lénine (au moins dans la version vulgarisée de sa pensée morale) toute la morale communiste se ramène à la lutte pour la

(5) Conf. Z. Ziembiński, Etyczne problemy prawoznawstwa (Les problèmes éthiques de la science du droit), Wroclaw 1972, p. 51 et s.

victoire de la révolution prolétarienne. C'est à peine depuis les changements de 1956 que l'on a intensifié, dans les pays socialistes, le programme de recherches concernant la doctrine morale du marxisme. Les controverses étaient fondamentales surtout pendant une dizaine d'années après 1956. En conséquence, de nos jours, on ne peut pas présenter de catalogue des règles de la morale socialiste dans sa version marxiste. A vrai dire, du point de vue de la jurisprudence, la nécessité de construire un tel catalogue est contestable.

Il est aussi difficile de reconstruire le catalogue des règles de la vie en société par la voie de l'observation des opinions et de la pratique des habitants de notre pays. L'endoctrinalisation marxiste, la tradition chrétienne, les expériences nationales de la dernière centaine d'années, l'urbanisation rapide et les changements de la vie économique ont désintégré les anciens systèmes de valeurs et de règles de comportement généralement acceptés par les divers cercles de la société, sans créer un nouveau système homogène. Tous ces changements ont aussi causé une discordance entre les opinions déclarées et la pratique sociale.

Il reste donc une voie intermédiaire pour reconstruire les principales règles de la vie en société sur la base des éléments de la doctrine morale acceptés par les partisans de différentes idéologies fondées sur le postulat de la bienveillance et de la justice sociale, et prenant en considération non seulement les idéaux déclarés solennellement, mais le point de vue d'un simple honnête membre de la société. Evidemment ce sont des critères assez vagues, mais ils permettent de diminuer la possibilité de décisions arbitraires par les organes de l'Etat.

Il faut distinguer tout au moins deux types de renvoi dans les dispositions légales aux critères évaluatifs extra-légaux de solution des problèmes juridiques. Les clauses générales de type I autorisent les organes de justice à des décisions formulées selon les évaluations concernant les cas particuliers en question : par ex. la Cour qui règle les problèmes de la famille concernant les enfants mineurs doit prendre en considération surtout les intérêts de ces enfants dans une situation concrète. Evidemment, les juges doivent prendre en considération certaines évaluations générales concernant le bien des enfants, mais leurs décisions doivent être fondées sur une évaluation individuelle d'une situation concrète (6). Peut-être la dénomination de "clause générale" est-elle inconvenante pour cette façon de rédiger les dispositions légales. Les clauses générales de type II ordonnent, au contraire, de tenir compte surtout des évaluations générales et des règles générales extra-légales concernant les situations d'un certain genre et, de ce

(6) Conf. Ch. Grzegorczyk, La théorie générale des valeurs et le droit, Paris, 1982, p. 147 s.

point de vue, elles méritent sans aucun doute d'être appelées clauses générales.

Il semble évident que les clauses générales, renvoyant aux règles de la vie en société, en tant que règles générales, représentent la deuxième catégorie. Elles doivent être prises en considération dans les cas dans lesquels l'application stricte des normes légales peut causer des décisions inacceptables du point de vue de la morale ou des coutumes (moeurs) de la société. La décision judiciaire doit donc indiquer la règle juridique stricti iuris et la règle de la vie en société qui sont en question et puis présenter des raisons pour corriger le résultat de l'application formelle du droit. Cependant, on peut rencontrer, même de nos jours, des cas isolés de décisions judiciaires qui, dans leurs motifs, présentent une idée de caractère non-général des règles de la vie en société, en essayant de leur attribuer le caractère de clause générale de type I.

- III -

Quels sont les rôles et les fonctions des règles de la vie en société dans le système juridique polonais ? Ces règles concernent parfois les devoirs des citoyens ou la liberté d'activité dans certains domaines. Leur intervention peut avoir un caractère très général (par ex. art. 56 C.c. : "Un acte juridique ne produit pas seulement les effets qui y sont exprimés, mais aussi ceux, qui résultent de la loi, des règles de la vie en société et des usages établis"), ou un caractère tout à fait particulier (par ex. selon l'art. 826, parag. 3 C. c. en cas de grosse négligence de l'assuré en ce qui concerne la réduction du dommage des biens assurés l'indemnité ne doit pas être payée, à moins que "le payement de l'indemnité de la totalité ou d'une partie ne soit conforme, dans la situation donnée, aux règles de la vie en société ou aux intérêts de l'économie nationale"). Les règles en question déterminent aussi la validité d'un acte juridique (art. 58, parag. 1 C. c. : "L'acte juridique contraire aux règles de la vie en société est nul") et les limites de jouissance des droits du propriétaire (art. 140 C. c.). Elles limitent aussi la dissolution du mariage par le divorce, et cela d'une façon doublement déterminée (art. 56, parag. 2 et 3 du Code de la famille et de la tutelle). Elles influencent aussi le procès civil (par ex. selon art. 185 du Code de procédure civile, le compromis ne peut être accepté par la cour si ce compromis est contraire aux règles de la vie en société : cela concerne aussi le retrait de la demande en justice (art. 203, parag. 4) ou l'exécution de la sentence de la cour d'arbitrage (art. 711, parag. 3).

Le plus souvent des règles de la vie en société diminuent les droits d'un titulaire, mais parfois elles conditionnent les obligations positives formulées par la loi en vigueur. Par exemple, selon l'art. 144 du Code de la famille et de tutelle, l'enfant peut demander à être alimenté par son beau-père "si cela est conforme aux règles de la vie en société" - ce qui est lié à des obligations réciproques formulées d'une même façon (conf. art. 419, parag. 2 C. c.). Il faut aussi mentionner les dispositions du Code du travail (art. 94, art. 100, parag. 2), qui créent l'obligation générale d'observer les règles de la vie en société dans la relation réciproque des sujets d'un rapport de travail.

Mais, du point de vue de la théorie des standards, le plus intéressant est le rôle des règles de la vie en société dans la construction de l'abus d'un droit subjectif. Selon art. 5 C. c. "Nul ne peut faire usage de son droit d'une manière contraire au but social et économique de ce droit ou contraire aux règles de la vie en société en vigueur dans la République Populaire de Pologne. Une action ou une abstention abusive du droit n'est pas considérée comme un exercice de ce droit et ne jouit pas de la protection légale". Cette disposition a une importance particulière dans le système du droit civil polonais. Elle est répétée mot pour mot au titre de l'art. 8 du Code du travail et elle est aussi valable pour tous les domaines de système juridique polonais qui s'inscrivent dans la filiation du droit civil.

L'application de l'art. 5 C. c. est un point crucial où plusieurs problèmes difficiles du droit civil et de la théorie générale du droit se croisent, en particulier ceux qui concernent la notion du droit subjectif, le rôle des standards et -cette fois-ci- les problèmes des règles morales, ainsi que ceux qui concernent la destination socio-économique d'un droit subjectif.

La notion de droit subjectif, dans la littérature juridique polonaise, provoque des controverses semblables à celles de la littérature juridique des pays occidentaux (7). Peu à peu, on accepte l'idée que le "droit subjectif" n'est pas une notion simple et homogène, mais que c'est la dénomination d'un ensemble d'éléments divers de la situation juridique d'un sujet : en particulier c'est l'ensemble des "droits-libertés", "droits-créances" et "droits-pouvoirs" (autorisations, compétences). Il s'agit d'un ensemble de libertés, créances et autorisations liées par une fonction commune qui est d'assurer à un sujet une situation juridique généralement estimée comme avantageuse. Par ex., selon l'art. 140 C. c. polonais concernant le droit de propriété, le propriétaire ("selon les règles de la vie en société" et "conformément à la destination socio-économique de son droit") a

(7) Conf. S. Wronkowska, Analiza pojecia prawa podmiotowego (Analyse de la notion de droit subjectif), Poznań, 1973.

la liberté de jouir de la chose en question "à l'exclusion de toute autre personne" (c'est-à-dire avec l'obligation négative pour les autres sujets de ne pas s'ingérer) comme certains autres sujets, par ex. sur la base d'un contrat avec le propriétaire, sont obligés aux prestations ayant le caractère de fruits civils de cette chose (droits-créances). Le propriétaire est autorisé à disposer de cette chose (droits-pouvoirs), ce qui crée pour lui une situation en général avantageuse. Les controverses traditionnelles entre la "théorie de la volonté" et la "théorie de l'intérêt" résultent du fait de souligner d'une façon particulière un de ces éléments : "l'intérêt" d'un sujet - si on accentue la relation de l'obligation-créance, ou "la volonté" - si on accentue l'élément de l'autorisation d'un sujet à accomplir des actes juridiques, c'est-à-dire des actes conventionnels, ayant des effets juridiques (8).

Le caractère non-homogène du droit subjectif provoque des controverses en ce qui concerne la notion d'exercice de son droit. On fait usage de son droit de créancier en recevant une prestation de la part d'un sujet obligé (tout au moins obligé à tolérer certaines activités du titulaire d'un droit). On fait usage de son droit-liberté en réalisant ou en ne réalisant pas une activité indifférente du point de vue du système des normes juridiques. On exerce son droit-autorisation en accomplissant tel ou tel acte juridique (largo sensu) qui, lorsqu'il est accompli par un sujet autorisé et d'une façon déterminée par les dispositions légales, cause les effets prévus par les normes juridiques.

Le problème de la concordance (c'est-à-dire de la "non-contradiction") du fait de "faire usage de son droit" avec les règles de la vie en société, etc., doit donc être analysé sous trois différents aspects :

1° Est-ce qu'un sujet peut jouir de la liberté de faire ou de ne pas faire quelque chose sans porter préjudice aux autres membres de la société ?

2° Est-ce que la prestation de la part des autres sujets n'est pas injuste du point de vue de la morale de la société en question ?

3° Est-ce que la demande en justice ou l'autre acte juridique (largo sensu) ne provoquent pas des effets injustes dans une situation donnée ?

Ces trois aspects de l'usage de "son droit" sont souvent embrouillés dans la jurisprudence polonaise, mais peu à peu les questions sont posées d'une manière plus claire.

Il faut mentionner qu'avant la codification de 1964, il n'était pas évident de savoir si "l'usage de son droit" d'une façon

(8) Conf. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, Conventional Acts in Law/ en :/ Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law, Amsterdam 1987, p. 115 s.

contraire aux règles en question était seulement interdit, en gardant son caractère ("théorie externe de l'abus de son droit"), ou si cette activité (ou abstention) perdait le caractère de l'exercice de son droit, c'est-à-dire si le contenu du droit subjectif était réduit ("théorie interne"). Il y avait donc des controverses concernant les conséquences juridiques de l'abus du droit subjectif, qui sont éliminées actuellement par la seconde phrase de l'art. 5 C. c. Malgré cela plusieurs problèmes concernant l'application de l'art. 5 C. c. restent obscurs et la jurisprudence présente parfois des points de vue opposés. Cela peut expliquer la ligne générale de la jurisprudence de la Cour suprême visant à limiter l'application de cet article à des situations dans lesquelles la violation des règles morales ou des bonnes moeurs est évidente.

Dans plusieurs cas, la modification de l'application des règles du code civil polonais par des règles de la vie en société a un double caractère : les dispositions particulières, comme par ex. l'art. 140 C. c. et bien d'autres, attribuent des droits subjectifs à contenu limité par les clauses générales telles que la condition de concordance avec les règles de la vie en société ou la destination socio-économique de ce droit ; en même temps, l'art. 5 C. c. élimine, d'une façon générale, la possibilité d'abus des droits subjectifs.

On peut reconstruire sur la base de la jurisprudence de la Cour suprême polonaise une doctrine, parfois assez détaillée, de l'application des dispositions légales renvoyant aux règles de la vie en société. Par ex. on accepte un "principe des moins purs" : un sujet peut opposer à la demande formellement justifiée par les règles juridiques une clause renvoyant aux règles de la vie en société seulement dans les cas où son propre comportement est irréprochable du point de vue de la morale.

La littérature juridique polonaise réserve la dénomination de "clause générale" (standard) pour les cas dans lesquels une disposition légale renvoie, d'une manière explicite, à des évaluations ou à des règles ayant une justification axiologique. On exige aussi un fondement explicite de la clause générale dans la formulation d'une loi, en tant que condition de la légalité d'application du droit et on rejette la possibilité de création d'une clause générale par la doctrine ou par les usages seulement. Cependant ce rigorisme est peut-être exagéré, parce que, à côté des formes classiques des clauses générales, il y a aussi plusieurs formes de dispositions légales qui contiennent un élément évaluatif latent (par ex. art. 355, parag. 1 C. c. "Le débiteur est tenu à la diligence généralement requise dans les rapports d'un genre donné : /la due diligence/" ; de cette façon il crée le standard de l'administration de la justice).

Il faut ajouter que -malgré une certaine analogie- l'application de l'art. 5 C. c., selon la doctrine des civilistes polonais, ne crée pas un système juridique alternatif par rapport aux normes établies dans les dispositions légales, un système de "equity law" spécifique. On déclare aussi que le renvoi aux règles de la vie en société ne provoque pas une abrogation des dispositions légales, mais seulement qu'il "corrige" d'une certaine façon l'application de la loi. Ces déclarations sont évidemment peu précises : il s'agit en fait de certaines modifications du contenu des normes légales par l'introduction d'un élément supplémentaire.

- IV -

On voit donc que l'admission dans un système juridique de standards spécifiques pour le droit socialiste, par ex. le renvoi aux règles de la vie en société ou bien au but social et économique du droit subjectif, entraîne plusieurs problèmes spécifiques, en partie incomparables à ceux qui sont liés aux standards des systèmes juridiques de l'Europe occidentale. Ces différences persistent de nos jours, après la période des changements révolutionnaires des anciens systèmes juridiques des pays subissant les changements de leur système socio-politique.

Ces changements ne se limitent pas à l'introduction dans la technique législative de nouveaux standards, en particulier de clauses générales au sens classique, c'est-à-dire renvoyant d'une manière explicite au système des valeurs, dit socialiste, ou à des standards politiques ou économiques correspondants. Il faut accentuer le rôle analogique des termes ayant un contenu variable ou vague, employés à dessein dans le langage des lois pour donner une certaine liberté d'action aux organes de l'Etat lorsqu'ils appliquent les dispositions légales (9). Ces termes, bien que privés de caractère évaluatif explicite, fonctionnent parfois en tant que standards, modifiant suivant les circonstances le contenu formel des lois. Il faut ajouter que les textes légaux en liaison avec la doctrine juridique permettent de distinguer "les principes du droit", conçus de telle ou telle façon, qui parfois peuvent jouer le rôle de standard en modifiant d'une certaine manière l'application des dispositions particulières (10).

(9) Voir J.-L. Bergel, op. cit., p. 321-322, Les notions à contenu variable en droit, éd. Ch. Perelman, R. Vander Elst, Bruxelles, 1984, p. 363 s.
(10) Conf. J.-L. Bergel, op. cit., p. 104 s. ; S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziembiński, Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe (Principes du droit. Problèmes généraux), Warszawa 1974, p. 69 s.

LES STANDARDS JURIDIQUES AU JAPON

En particulier quant à la liberté d'opinion selon la Cour Suprême

****

THE PLACE OF STANDARDS IN JAPANESE LAW

Par
Mamiko UENO
Professeur adjoint à l'Université CHUO (Japon)

Avant-Propos

I - Le système juridictionnel japonais

1 - La Cour Suprême

2 - Les normes juridiques

II - Les standards juridiques à la Cour Suprême

1. Le principe du standard double

2. Les standards juridiques sur la liberté d'opinion

Conclusion

AVANT PROPOS

Il est évident qu'on a le droit de jouir d'une qualité de vie agréable. Au Japon, on interprète le droit à l'environnement comme celui de jouir naturellement de l'air, de l'eau et de l'ensoleillement. Avec le développement économique et technologique, beaucoup de problèmes de pollution sont apparus. Aujourd'hui, on peut dire que les mesures préventives contre les nuisances prises par les entreprises au Japon sont en progrès par rapport aux autres pays. Mais, c'est parce que les japonais ont beaucoup souffert des nuisances comme Minamata (hydrargyrisme) ou Kanemi (nuisance alimentaire) (1).

De plus, dans le cas des recours contre les nuisances, il est très important de faire cesser les activités de telle entreprise ou telle administration qui cause des pollutions. Cependant, au Japon, du point de vue procédural, on doit démontrer les intérêts concrets mis en jeu par les personnes intéressées. Pour cette raison, parfois, on ne peut pas mettre en cause les responsabilités de l'entreprise ou de l'administration. Il est facile d'intenter une action en justice après avoir subi quelque dommage concret. Mais avant la constatation de la pollution, les intérêts concrets sont insuffisants pour justifier les recours au juge.

Au Japon, au fond, on n'admet le droit de l'environnement que dans les textes. C'est dire que les constitutionnalistes reconnaissent l'existence de ce droit en s'appuyant sur l'art. 13 (le droit à la vie, à la liberté et à la recherche du bonheur) et l'art. 25 (le droit de jouir d'un minimum d'hygiène et de culture) de la Constitution. Au contraire, les juges ne reconnaissent pas en général ce droit de façon systématique.

Par exemple, dans l'affaire du Shinkansen ("Shinkansen" qui signifie mot à mot "nouvelle ligne principale" est le T.G.V. des japonais), on a réclamé des dommages-intérêts pour la nuisance causée par le bruit, et demandé l'interruption de la circulation pendant quelques heures chaque jour. Le Tribunal de la région de Nagoya a refusé d'admettre l'existence du droit à l'environnement. Il a considéré que la portée de ce droit n'était pas claire, qu'on ne pouvait pas définir les types de violations, ni limiter les plaignants. Il a donc jugé qu'il était difficile d'appliquer ce droit pour bloquer la circulation de Shinkansen (2).

(1) Dans le cas de la maladie de Minamata, la Cour Suprême vient de rejeter l'appel des anciens dirigeants de la firme Chisso. Ils ont été reconnus définitivement responsables et leur condamnation a été confirmée (Cour Suprême, 1er mars 1988).
(2) Dans l'affaire de l'aéroport d'Osaka, on a réclamé des dommages et intérêts passés et futurs pour la nuisance causée par le bruit, la vibration et le gaz d'échappement de la circulation à partir de 21h jusqu'à 7h. La Cour Suprême a admis seulement des dommages et intérêts passés.

Pourquoi les juges ont-ils pris la décision de refuser ce droit, alors que la notion de ce droit a déjà été reconnue ? Il nous faut ici vérifier l'écart entre la réalité et la discipline.

En fait, les juges ont recours aux standards juridiques pour éviter d'admettre l'existence des droits de l'homme ou des libertés publiques au Japon. Mais, curieusement, les standards juridiques sont utilisés pour mettre en oeuvre des droits ou des libertés.

Nous examinerons donc le fonctionnement concret des standards juridiques au Japon. Toutefois, avant de les aborder, nous présenterons le système juridictionnel et les sources du droit japonais.

I - LE SYSTEME JURIDICTIONNEL JAPONAIS

1 - La Cour Suprême

L'art. 76 al. 1 de la Constitution japonaise affirme que le pouvoir judiciaire appartient à la Cour Suprême et aux autres cours et tribunaux inférieurs que fixe la loi. L'art. 76 al. 2 dispose qu'aucune juridiction d'exception ne devra être créée, et qu'aucun organe de l'administration ne pourra avoir de pouvoir juridictionnel en dernier ressort. L'art. 76 al. 3 édicte que tous les juges exercent leur fonction en toute indépendance. "Tous les juges seront indépendants dans l'exercice de leur conscience, et ne seront liés que par la Constitution et les lois". Cette indépendance joue à l'intérieur du pouvoir judiciaire et se superpose à l'indépendance même de ce pouvoir judiciaire à l'égard des autres pouvoirs.

Tout d'abord, au Japon, selon le principe de séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire appartient à la justice. Et selon la fonction, il y a quatre espèces de juges : juges civils, juges administratifs, juges pénaux, juges non-contentieux. Il y a en principe une hiérarchie des instances à trois degrés : Cour Suprême, 8 Cours d'appel, et Tribunaux de la région au niveau des départements. En outre, il existe des tribunaux de famille et des tribunaux sommaires.

La Cour Suprême est l'institution très importante qui est placée au sommet de la hiérarchie judiciaire. L'art. 81 énonce que "La Cour Suprême est une cour de dernier ressort qui a la compétence de décider de la constitutionnalité de toutes les lois, de tous les règlements, de toutes les règles ou tous les actes".

Le but de ce système est de réaliser strictement la suprématie de la Constitution, en se basant surtout sur les dispositions des droits fondamentaux exposés dans le plus grand détail, toutes les lois, tous les règlements, toutes les règles et tous

les actes. C'est-à-dire que tombent sous sa suprématie toutes les mesures prises par des organes exécutifs, administratifs aussi bien que les actes des organes législatifs qui représentent la souveraineté nationale. Les lois font l'objet de ce contrôle, ainsi que les règlements de police municipale et les arrêtés municipaux.

L'art. 81 ne confie pas le monopole de la compétence du contrôle à la Cour Suprême, et n'interdit nullement aux instances inférieures de l'exercer. Cet article affirme que l'on peut toujours aller jusque devant la Cour Suprême pour faire apprécier la constitutionnalité selon la procédure des recours ordinaires.

On trouve deux modalités dans le contrôle de la constitutionnalité au Japon.

1) Le contrôle par voie d'exception

Le système du contrôle de la constitutionnalité au Japon n'a pas pour but de donner une opinion abstraite sur la constitutionnalité d'une loi, mais de procéder à cette recherche concrètement à propos d'un litige précis. Donc, il est indispensable que des intérêts concrets soient mis en jeu par les personnes intéressées.

2) Le contrôle a posteriori

Quant à l'effet juridique de l'arrêt définitif rendu par la Cour Suprême, une loi déclarée inconstitutionnelle n'est pas annulée ipso facto ; la déclaration d'inconstitutionnalité ne vaut que pour l'affaire en cause. Mais moralement, en général, la norme en cause n'est plus appliquée par les organes étatiques. Parlement ou Cabinet ministériel peuvent alors choisir soit de modifier, soit d'abroger la loi déclarée inconstitutionnelle ; sinon, dans le cas contraire, la voie de la révision constitutionnelle est ouverte. Dans tous les cas, le justiciable s'attend à ce que soient prises des mesures rapides. Mais il n'en est pas toujours ainsi.

Jusqu'à présent (juillet 1988), la Cour Suprême n'a rendu que 6 arrêts d'inconstitutionnalité.

(1) - L'arrêt du 28 novembre 1962 sur la loi de la taxe douanière.

L'art. 118 alinéa 1 de cette loi a prévu la sanction de la confiscation. La Cour Suprême a estimé inconstitutionnelle cette confiscation en raison de l'absence de procédure légitime. Elle a considéré que cet article ne donne pas le droit de défense au propriétaire de la chose confisquée. Par là, il viole le droit de propriété (l'art 29 de la Constitution) et la procédure légitime (l'art. 31 de la Constitution).

(2) - L'arrêt du 4 avril 1973 sur l'art. 200 du Code Pénal.

L'art. 200 du Code Pénal, qui dispose que la peine sera aggravée dans le cas du parricide, a été déclaré inconstitutionnel comme violant le principe d'égalité (l'art. 14 de la Constitution). La Cour Suprême a considéré qu'il est très important de protéger le respect envers les ascendants, qu'il est donc légal qu'un parricide soit puni beaucoup plus sévèrement qu'un meurtre ordinaire. Mais, finalement, elle a décidé que la punition prévue par l'art. 200 (peine de mort ou travaux forcés à perpétuité) était trop sévère, et ne respectait pas le principe de proportionnalité.

(3) - L'arrêt du 30 avril 1975 sur un article de la loi pharmaceutique, qui soumet l'ouverture d'une pharmacie au système d'autorisation.

La Cour Suprême a estimé cette disposition inconstitutionnelle, considérant que ce système ne peut se fonder sur le but de cette législation qui est de protéger la santé publique.

(4) - L'arrêt du 14 avril 1976
et (5) - L'arrêt du 17 juillet 1985
sur le découpage des circonscriptions dans l'élection à la Chambre des Députés.

La Cour Suprême a affirmé l'inconstitutionnalité d'un découpage des circonscriptions entraînant un écart de vote de 1 à 4.99 (4) et un écart de vote de 1 à 4.40 (5) dans l'élection à la Chambre des Députés.

Mais la Cour Suprême n'a pas considéré comme inconstitutionnel un écart de 1 à 5.26 pour l'élection des sénateurs, en reconnaissant en la matière une plus large liberté à la politique législative, justifiée par le particularisme de la deuxième chambre (Cour Suprême, 27 avril 1983).

(6) - L'arrêt du 22 avril 1987 sur l'art. 186 de la loi des forêts.

Cet article a limité le droit de demander le partage des forêts communales. Pour la Cour Suprême, le partage de la chose communale est légitime comme un passage à la propriété privée. Certes, l'objectif de l'art. 186 est aussi légitime pour assurer la stabilité de la gestion forestière et la continuité de la culture et l'accroissement de la productivité des forêts, en prévenant les divisions des forêts. Mais la Cour Suprême a conclu que, bien que l'objectif de la loi se justifiait, la manière adoptée pour atteindre son but, trop brutale et mécanique, ne comportait ni nécessité ni

rationalité. Elle a donc estimé cet article inconstitutionnel, et il a été supprimé immédiatement après cette décision (3).

* - * - * - *

La doctrine japonaise critique de temps en temps l'attitude conservatrice et timide de la Cour Suprême. Cela est expliqué par des considérations politiques.

La nomination des juges de la Cour Suprême dépend uniquement du Cabinet. A cause de la stabilité du pouvoir politique, ce sont toujours des juges de la même tendance qui sont nommés. Ces juges sont donc enclins à rendre des jugements qui conviennent au pouvoir politique actuel. L'indifférence de la nation pour le droit et la justice augmente alors d'autant plus que les juges sont passifs.

2 - Les normes juridiques au Japon

On voit que dans le système judiciaire au Japon, le contrôle de la constitutionnalité est très important. Ce contrôle devient indispensable pour assurer la suprématie de la Constitution. C'est dire qu'au Japon, la Constitution apparaît comme la norme juridique la plus fondamentale. Mais ce n'est pas la seule norme juridique.

L'art. 41 de la Constitution japonaise définit la fonction fondamentale du Parlement en ces termes : "Le Parlement est l'organe suprême des pouvoirs de l'Etat et exerce seul le pouvoir législatif". Ce texte affirme la supériorité du Parlement sur d'autres organes, parce que le Parlement est le seul organe reflétant immédiatement l'opinion publique du fait de son élection. Les règles de droit établies par le Parlement sont donc très importantes en tant que sources de droit, en ce sens que le juge est appelé à les appliquer par préférence à toutes les autres sources de droit pour trancher les litiges dont il est saisi.

Les juristes japonais gardent toujours "Roppou" à portée de la main. Roppou, c'est-à-dire les six Codes indispensables pour juger les litiges, regroupe la Constitution, le Code civil, le Code du commerce, le Code de procédure civile, le Code pénal et le Code de procédure pénale. Bien sûr, on trouve d'autres lois spéciales mais ces six Codes constituent les lois principales.

En outre, comme sources écrites de droit, on peut mentionner les règlements. Les règlements sont tous d'une validité

(3) On peut préciser ici les standards juridiques des décisions d'inconstitutionnalité. Dans les affaires (2), (3) et (6), le juge a utilisé le standard d'appropriation de la mesure, prévu au but de la loi. Dans l'affaire (3), surtout, il a cherché le moyen le plus approprié à la situation donnée.

inférieure à la loi. On peut diviser les règlements grosso modo en trois espèces.

La plus importante catégorie de règlements émane du pouvoir local et s'appelle les "Jorei". L'art. 94 de la Constitution, fondé sur la décentralisation, affirme : "Les autorités locales auront la compétence de gérer leurs biens, leurs affaires et leur administration et d'édicter leurs propres règlements dans le cadre des lois que la Diète pourra promulguer". Les règlements "Jorei" ne deviennent exécutoires qu'après avoir été soumis au vote du Conseil représentatif (Parlement local) de chaque région. Il y a donc entre la loi et les "Jorei" une affinité de caractère, en ce sens que non seulement la loi mais encore les "Jorei" n'expriment que la volonté générale. La Cour Suprême a estimé en 1963 qu'un "Jorei" qui restreint le droit de propriété n'est pas inconstitutionnel, alors que l'art. 29 de la Constitution affirme que le droit de propriété sera défini par la loi conformément à l'intérêt public. On en conclut que l'efficacité des Jorei est la même que celle de la loi, parce qu'il n'y a aucune différence quant à leur formation comme expression de la volonté générale.

Il y a d'autres catégories de règlements d'origine gouvernementale. Ils s'appellent les "Meirei". Dans cette catégorie, il y a plusieurs sortes de règlements, par exemple, les règlements issus du pouvoir réglementaire du premier ministre, les règlements issus du "Cabinet", les règlements promulgués par un ministre, etc... Pour appliquer et exécuter une loi, chaque administration peut édicter des règlements.

Et il y a aussi des règlements d'origine parlementaire ou judiciaire. Ils s'appellent les "Kisoku". Selon l'art. 58 de la Constitution, chacune des assemblées du Parlement peut édicter un règlement pour déterminer la procédure de ses réunions, sa discipline intérieure, etc... De même, l'art. 77 affirme : "La Cour Suprême est investie de l'autorité nécessaire pour fixer les règles de procédure et de pratique et pour traiter des questions relatives au Parquet, à la discipline intérieure des tribunaux et à la gestion des affaires judiciaires.

Les Procureurs généraux devront observer les règles édictées par la Cour Suprême.

Les tribunaux inférieurs peuvent se voir déléguer par la Cour Suprême, le droit d'établir leurs propres règles de procédures".

La valeur juridique des "Meirei" et des "Kisoku" est inférieure à celle de la loi.

Donc, au Japon, on trouve une hiérarchie des normes juridiques dont la Constitution occupe le sommet.

On peut encore mentionner ici l'existence de la jurisprudence comme source de droit. Mais cette source juridique

est peu appréciée parce qu'au Japon, à la différence de l'Angleterre, la stabilité de la jurisprudence est faible. La Cour Suprême peut modifier sa position relativement facilement. Par exemple, la Cour Suprême a modifié en 1973 sa décision de 1950 où elle avait estimé constitutionnel l'art. 200 du Code Pénal, prévoyant une peine aggravée dans le cas du parricide. Cette modification rejette le changement des conceptions sociales.

En réalité, les japonais trouvent en majeure partie les solutions des conflits sociaux en dehors des tribunaux. Mais ce n'est pas dire que les solutions judiciaires aient peu d'importance pour connaître le droit de notre pays. Parce que les lois, formulées en termes généraux et abstraits, sont concrétisées dans chaque espèce par la voie de l'interprétation, on ne peut pas négliger l'existence de la jurisprudence malgré son instabilité.

Dans le domaine du droit civil ou commercial, l'existence de la coutume aussi est très importante.

Selon l'art. 2 de la loi dite "Horei", "Les coutumes qui ne sont pas contraires à l'ordre public, ni aux bonnes moeurs, ont même valeur que la loi, dans la mesure où elles sont admises dans les lois et règlements et où elles concernent des matières qui ne sont pas prévues par les lois et règlements". Il en résulte que la coutume est d'ordinaire une source subsidiaire du droit et que le juge ne peut en principe l'appliquer qu'en l'absence de règles législatives. Mais le Code civil pose une règle un peu différente. Son article 92 affirme : "S'il existe des coutumes contraires aux dispositions législatives qui ne concernent pas l'ordre public, la solution sera donnée selon ces coutumes, si les parties veulent les suivre". Cela veut dire que les règles législatives qui ne concernent pas l'ordre public peuvent être exclues par les parties pour leur substituer des règles coutumières contraires. Il y a quelques oppositions autour de l'interprétation de l'art. 2 de Horei et de l'art. 92 du Code civil.

II - LES STANDARDS JURIDIQUES A LA COUR SUPREME JAPONAISE

Ici, nous examinerons comment les juges utilisent en réalité les standards juridiques. Le standard désigne un critère que les juges tirent de normes juridiques. Les juges se prononcent sur les questions s'appuyant sur les normes juridiques, et, en même temps, ils généralisent et structuralisent les standards plus concrets dans le cadre de la décision. Nous vérifirons surtout l'écart entre les théories des standards que les juristes établissent aux Etats-Unis et la réalité au Japon, sur la liberté d'opinion. Cette liberté est très importante dans la société démocratique, et

on peut connaître immédiatement le niveau de la démocratisation en sachant comment cette liberté est protégée.

1 - Le principe du standard double

La vie quotidienne se base sur la liberté d'opinion. Cette liberté comporte deux libertés : la liberté de pensée, celle pour tout individu de penser ce qu'il veut, et la liberté d'expression, celle d'exprimer sa pensée.

L'art. 19 de la Constitution japonaise affirme que la liberté de pensée et de conscience est inviolable. Originairement, il n'est pas nécessaire d'exprimer le droit à la liberté de pensée, parce que chaque individu a cette liberté en lui-même, indépendamment de toute affirmation de la loi. Cependant, au Japon on n'a pas eu cette liberté pendant la guerre. Le gouvernement militaire, en ce temps-là, a dominé même la pensée de chaque personne. C'est la raison pour laquelle les japonais ont voulu affirmer la liberté de pensée dans la Constitution.

L'art. 21 affirme la liberté d'expression. L'alinéa 1 de cet article déclare que les libertés de réunion et d'association, aussi bien que de parole, de presse et de toutes autres formes d'expression sont garanties. C'est dire que cette liberté d'expression, englobant toutes ses modalités, individuelle et collective, passive et active, culturelle et politique, classique et moderne, assure le fonctionnement dynamique d'une démocratie libérale, pluraliste et ouverte à toutes les critiques. La liberté de parole et de la presse ne peut être limitée que dans la mesure où elle lèserait l'honneur, la vie privée, les bonnes moeurs, ou un intérêt social très important ; ses limitations doivent être réduites au strict minimum, selon des critères raisonnables. Quant à la liberté d'information, la Constitution Japonaise ne la prévoit pas expressément, mais on considère que cette liberté est à l'évidence impliquée par l'article 21.

L'alinéa 2 de cet article affirme que nulle censure ne pourra demeurer et que le secret de tous les moyens de communication ne pourra être violé. De ce texte résulte l'interdiction de l'opération de contrôle qui peut avoir un caractère préventif ou s'exercer a posteriori.

On connaît bien la primauté de la liberté d'opinion dans la société démocratique. Aujourd'hui, les juges pensent que la liberté d'opinion est plus importante que la liberté économique. Alors, ils ont confirmé le principe de "la place prépondérante (preferred position)" de la liberté d'opinion, et établi "le standard double" entre cette liberté et la liberté économique. Cela implique que la liberté d'opinion est beaucoup plus fortement protégée que

la liberté économique et que toute restriction en est beaucoup moins facilement admise.

Or, quant à la restriction des libertés, la Constitution japonaise a recours aux termes de "bien-être public". L'article 12 de la Constitution japonaise dispose que : "Les libertés et les droits garantis au peuple par la présente Constitution doivent être maintenus par les efforts constants du peuple lui-même, qui doit s'abstenir d'abuser de ces libertés et de ces droits, et a toujours la responsabilité de les utiliser au service du bien-être public". L'article 13 énonce aussi les rapports entre les droits fondamentaux de l'homme et le bien-être public. Ces droits doivent être la considération suprême du législateur et de l'administration et ne peuvent être restreints que dans la mesure où ils porteraient atteinte au bien-être public.

Toute restriction à ces droits suppose une nécessité fondée, un degré minimum et une modalité raisonnable, suivant d'une manière concrète, l'esprit et la lettre de la Constitution. En fait, quant au contenu de l'expression "bien-être public", il faut indiquer qu'elle se présente sous deux aspects. Considérant l'importance de la liberté d'opinion, on pense que les limitations apportées à ces droits doivent être les plus étroites possibles et strictement entendues. Au contraire, en ce qui concerne les libertés économiques, comme le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie, on sera moins sévère pour la limitation de ces droits. Cela s'appelle "le standard double".

En général, l'exercice des droits individuels est restreint dans le souci du maintien de l'ordre social. L'ordre social concerne la sécurité publique, la salubrité publique, la tranquillité publique, les bonnes moeurs, etc...

Les libertés économiques, elles, sont limitées non seulement du point de vue du maintien de l'ordre social, mais encore en vue de mesures d'actions positives. Autrement dit, dans ce deuxième cas, il s'agit soit de régler des conflits avec d'autres droits, soit du contrôle du marché. L'article 22 qui pose le principe de la liberté de la profession et de la liberté de déplacement, et l'article 29 qui pose le principe du droit de propriété, affirment ainsi expressément l'existence de limitations de ces droits, l'intérêt du bien public.

Dans la jurisprudence de la Cour Suprême, "le standard double" a été confirmé. Le jugement rendu sur le commerce de détail (Cour Suprême, 22 novembre 1972) et le jugement rendu sur les pratiques pharmaceutiques (Cour Suprême, 30 avril 1975) en sont des exemples (voir l'affaire (3) dans I).

Dans le premier cas, la Cour Suprême a affirmé : "En ce qui concerne la liberté de l'activité économique individuelle, différente de la liberté d'opinion individuelle, la Constitution

prévoit et permet certaines mesures de restriction". Dans le deuxième cas, elle a affirmé : "La liberté des professions, par rapport à la liberté d'opinion, est plus restreinte par la puissance publique".

D'ailleurs, même quant à la liberté économique, la Cour a distingué deux sortes de restrictions : d'une part, les mesures ayant un but positif comme les politiques socio-économiques, d'autre part, les mesures ayant un but négatif et préventif, en vue d'assurer, de maintenir ou de rétablir l'ordre public. Dans le cas des mesures ayant un but négatif et préventif, on exige strictement une proportionnalité entre le but de la restriction et la mesure, comme dans le cas de la liberté d'opinion.

Dans la décision de 1975, il s'agissait de la loi qui soumet l'ouverture d'une pharmacie au système d'autorisation afin de protéger la santé publique de produits pharmaceutiques inadéquats et dangereux. La Cour Suprême a estimé cette loi inconstitutionnelle. Elle a considéré que l'élaboration d'une telle législation avait pour but de rationaliser par des mesures de police adéquates un domaine du secteur public où le bien-être public était insuffisamment garanti. Cependant, la Cour Suprême a pensé que le moyen adopté par le législateur pour un arrangement convenable de la répartition des établissements pharmaceutiques n'était pas adapté au but de protection de la santé publique.

2 - Les standards juridiques sur la liberté d'opinion

La Cour Suprême japonaise, bien qu'elle ait confirmé expressément le principe du "standard double", prend de temps en temps une attitude très conservatrice en ce qui concerne la liberté d'opinion.

Originairement, toutefois, le but de l'établissement du principe du "standard double" était de protéger la liberté d'opinion.

Les juges américains sont très attentifs à protéger la liberté d'opinion. En plus des principes, "place prépondérante de la liberté d'opinion", et "standard double", ils ont établi d'autres principes variés : 1) le principe de la restriction dans le cas de danger clair et actuel ("clear and present danger" rule), 2) le principe de l'interdiction du contrôle préalable (doctrine of "prior restraint"), 3) le principe de la nécessité de la précision des éléments constitutifs, 4) le principe de l'alternative moins restrictive (less restrictive alternatives), 5) le bilan comparant les valeurs....

Les constitutionnalistes japonais ont repris ces principes et affirment la nécessité de les reconnaître en droit japonais.

Cependant, les juges ont une attitude nuancée, comme le montrent les arrêts suivants de la Cour Suprême japonaise.

(1) L'arrêt du 24 novembre 1954
(2) L'arrêt du 20 juillet 1960

Au Japon, chaque assemblée départementale et municipale adopte un règlement sur l'ordre public où, en général, un système d'autorisation des manifestations est prévu, et le Comité départemental ou municipal de la sécurité publique décide de cette autorisation.

Beaucoup de constitutionnalistes critiquent ces règlements qui soumettent la liberté de manifestation au système d'autorisation, en considérant que la Constitution affirme expressément la liberté d'opinion sans aucune réserve. Ils pensent que ces règlements sont illégitimes, surtout si le Comité apprécie le contenu des opinions que la manifestation veut exprimer, parce que cette appréciation correspond exactement à ce qui est interdit par l'art. 21, alinéa 2 de la Constitution (interdiction de censure).

Dans le premier cas, de 1954, qui s'appelle l'affaire du règlement sur l'ordre public du département Niigata, la Cour Suprême a affirmé quelques-uns des principes mentionnés ci-dessus quant aux règles contre la manifestation. Malgré tout, elle a estimé ledit règlement constitutionnel.

La Cour Suprême a raisonné ainsi : 1) on ne peut pas admettre constitutionnellement de restreindre préalablement la manifestation par un système d'autorisation générale, 2) cependant, un système d'autorisation dans un cadre rationnel et clair quant à l'endroit et à la tenue des manifestations n'est pas inconstitutionnel, 3) de plus, on peut prévoir d'interdire ou de ne pas autoriser la manifestation, quand on prévoit expressément que cette manifestation entraînera un danger certain et actuel.

Dans le deuxième cas, en 1960, qui s'appelle l'affaire du règlement sur l'ordre public de Tokyo, la Cour Suprême a estimé ce règlement constitutionnel pour des raisons différentes de l'affaire de 1954. Il s'agissait d'une manifestation de masse. La Cour Suprême a considéré comme une caractéristique particulière des activités de masse d'être le moteur potentiel de troubles. Elle a pensé qu'une telle manifestation était différente de l'expression de l'opinion par la parole ou la publication -ce qu'on peut appeler l'expression pure.

Elle a donc conclu : "On ne peut empêcher que le règlement sur la manifestation prévoit les mesures préalables nécessaires au minimum, pour maintenir l'ordre et le droit en cas d'imprévu, en considération de circonstances régionales ou variées". Elle a aussi mentionné que le système de l'autorisation

n'est pas, en fait, différent du système de la déclaration, parce que les cas où l'autorisation peut être refusée sont très limités.

Bien sûr, beaucoup de constitutionnalistes ont critiqué cette décision, surtout pour avoir tiré trop facilement une jurisprudence des restrictions de la définition des caractéristiques de la masse (4).

(3) L'arrêt du 10 septembre 1975 qu'on appelle l'affaire du règlement municipal de Tokushima.

On peut dire, quand la disposition qui est contestée restreint une liberté reconnue par la Constitution, quand elle restreint plus encore la liberté d'expression que d'autres libertés, quand elle impose une sanction pénale comme moyen de la restriction, qu'il est demandé beaucoup plus de précision au texte. Si la disposition qui restreint la liberté ou le droit est obscure, imprécise ou ambiguë, si cette disposition peut s'appliquer à un champ très large, on peut dire que cette disposition est inconstitutionnelle à cause de son ambiguïté ou de son ampleur excessive. Dans ce cas, au Japon, elle est aussi contraire à l'art. 31 de la Constitution qui affirme le principe de "la procédure établie par la loi (due process of law"), parce que la disposition ambiguë sur la peine ne précise pas expressément au peuple les actes faisant l'objet de la peine.

Dans cette affaire, la Cour Suprême a estimé la disposition du règlement municipal de Tokushima constitutionnelle, tandis que le prévenu a insisté sur l'ambiguïté de la disposition en cause. Alors que le règlement municipal de Tokushima a adopté le système de la déclaration, ce qui est rare, l'art. 3 de ce règlement affirmait sans autre précision, que devait être maintenu l'ordre de la circulation et l'art. 5 prévoyait une sanction pénale. Cependant, la Cour Suprême a considéré que ces dispositions ne soulevaient pas de difficulté d'interprétation parce qu'un "homme ordinaire" qui a capacité pour juger normalement des affaires, pouvait imaginer ce que cette disposition voulait dire.

(4) Au contraire, le Tribunal de la région de Tokyo a estimé la modification du projet d'une manifestation par le Comité de la sécurité publique de Tokyo illégal (Tribunal de la région de Tokyo, 9 juin 1967). Dans cette affaire, un commissaire d'une association de la protection de la Constitution (Gokenrengo) a demandé l'autorisation de manifester pour le jour anniversaire des vingt ans de la Constitution à ce Comité. Le Comité l'a autorisé, à condition de modifier le parcours de la manifestation, c'est-à-dire qu'il a modifié le chemin de la manifestation autour de la Diète, à cause du maintien de l'ordre public. Le Tribunal a considéré que le Comité devait donner l'autorisation sauf au cas où l'exercice de la manifestation entrainerait manifestement un danger immédiat pour l'ordre public, et que, cela va sans dire, le Comité ne devait pas abuser de son autorité. Il a pensé finalement que la manifestation prévue n'entraverait pas l'exercice normal des délibérations de la Diète.

Beaucoup de constitutionnalistes ont critiqué le critère abstrait que la Cour Suprême a adopté : "l'homme ordinaire". Après cette décision, on a dit : puisque la disposition la plus ambiguë, comme en ce cas, n'a pas été estimée inconstitutionnelle par la Cour Suprême d'aujourd'hui, il n'y a plus d'affaire où l'on puisse parler d'inconstitutionnalité.

Aux Etats-Unis, récemment, on a établi "la théorie des deux degrés (two levels theory)" ; dans la liberté d'expression, qui a une place prééminente, le standard de protection de l'action des masses est inférieur au standard de protection de la parole pure. Mais si on reconnaît cette théorie, on ne peut pas admettre de ne pas sanctionner l'imprécision de la disposition critiquée.

(4) L'arrêt du 26 novembre 1969 qu'on appelle l'affaire T.V. Films.

Dans cette affaire, la Cour Suprême a affirmé expressément que le peuple a le droit d'être informé, considérant que l'information des mass-médias fournit les renseignements nécessaires à sa participation à la politique d'Etat dans une société démocratique. Et elle réaffirme que la liberté d'information est bien garantie par l'art. 21 de la Constitution japonaise.

Dans cette affaire, pendant une manifestation d'étudiants au cours de laquelle la police était intervenue, quatre chaînes de télévision avaient enregistré un reportage de ces événements violents. Le Tribunal de la région de Fukuoka ayant demandé la communication de ces reportages aux quatre chaînes afin de les produire comme preuves dans le procès intenté par les étudiants, au titre de la violation de la liberté d'information. Le Tribunal ayant donné l'ordre formel de les présenter, les entreprises firent appel contre cet ordre.

La Cour Suprême estima finalement constitutionnel l'ordre du Tribunal tandis qu'elle reconnaissait l'importance de la liberté d'information des mass-média, considérant que la nécessité de réaliser une justice pénale équitable (ces films de télévision étant en l'espèce presque indispensables pour préciser le fait et les circonstances) doit être considérée comme plus importante que le risque d'attenter à la liberté d'information. Elle a adopté comme standard de cette décision le bilan comparant la valeur de la réalisation d'une justice pénale équitable avec celle de la liberté d'obtenir l'information des mass-médias.

(5) L'arrêt du 11 juin 1986 qu'on appelle l'affaire Journal Hoppou.

Dans cette affaire, il s'agissait de la décision d'un tribunal interdisant de publier un numéro du Journal Hoppou à la demande d'un candidat à une élection préfectorale calomnié dans

ce journal. La Cour Suprême a estimé conforme à la Constitution la décision du Tribunal, considérant que cette décision ne constituait pas un acte de censure, mais ressortissait de la défense des droits en conflit entre personnes privées. Le candidat avait été gravement atteint par le contenu incorrect du journal, et l'interdiction de publication ne dérogeait pas à la liberté d'expression, les censures ou interdictions préalables restant interdites.

* - * - * - * - *

Dans des affaires sur la liberté d'expression, la Cour Suprême a ainsi oublié de temps en temps le principe fondamental du "standard double". Par exemple, l'affaire concernant l'affichage et la liberté d'expression indique bien l'attitude de la Cour Suprême (Cour Suprême, 17 juin 1970).

Dans cette affaire, deux personnes qui avaient placardé quatre-vingt quatre affiches souhaitant le succès de la grande réunion pour l'interdiction des bombes atomiques sur des poteaux électriques, ont été accusées d'infraction à l'art. 1, n° 33 de la loi du délit. Cette disposition déclare : "Il est interdit de placarder des affiches déraisonnablement" au point de vue de l'ordre public. Depuis longtemps, on discute beaucoup de l'interprétation du mot "déraisonnablement". Ce terme signifiait-il "sans autorisation ou autre chose". Quelques-uns pensaient que cette disposition violait l'art. 31 de la Constitution qui énonce le principe général de légalité des délits et des peines, c'est-à-dire le principe "nulla poena nullum crimen sine lege" et le due process of law.

D'autres critiques ont été faites : l'article 1, n° 33 de la loi du délit violerait l'art. 21 de la Constitution, parce que la disposition susmentionnée entrave l'affichage qui est une expression de la liberté d'opinion aussi bien que du droit légitime des travailleurs.

La Cour Suprême estima cependant constitutionnelle cette disposition de la loi du délit. Elle a considéré que l'objet de ladite disposition était de restreindre l'affichage déraisonnable, pour protéger le droit de propriété et la compétence de gestion du propriétaire sur sa maison. Elle a aussi considéré que, même si l'affichage est une manière d'exprimer la pensée à l'extérieur, on ne peut pas admettre un procédé qui viole illégitimement le droit de propriété et la compétence de gestion du propriétaire. Elle a donc jugé que la restriction inscrite dans cette mesure contre la liberté d'opinion était nécessaire et rationnelle pour maintenir l'ordre public. Finalement, la Cour Suprême a donné la priorité au droit de propriété sur la liberté d'opinion.

On doit ajouter à cette affaire que cette disposition vise, en fait, non l'affichage de la publicité mais l'affichage politique.

CONCLUSION

On reconnaît que la liberté d'opinion constitue la base de la société démocratique. On connaît les standards nécessaires pour assurer la liberté d'opinion. Cependant, tout reste vide de sens si l'analyse demeure théorique. Il est en effet très important de savoir comment, en réalité, on assure cette théorie et comment on utilise cette liberté autant que possible. A fortiori, il en est ainsi quand on constate que beaucoup de standards juridiques, tels que présentés et étudiés, sont utilisés comme le moyen de restreindre la liberté et le droit.

On doit mentionner ici l'autre standard juridique que le juge utilise de temps en temps pour éviter de juger : le principe de "l'illégalité manifeste". Le juge évite de prononcer l'inconstitutionnalité, sauf s'il y a illégalité manifeste.

Au Japon, on a adopté dans la Constitution la séparation des pouvoirs ; en même temps, on a adopté le principe de la suprématie de la Diète. Alors, les tribunaux évitent tout jugement propre, sous prétexte que la décision de la Diète représente la volonté générale. Or, cette attitude méconnaît la raison d'être même des tribunaux. La raison pour laquelle l'art. 81 donne le contrôle de la constitutionnalité aux tribunaux, c'est de protéger l'existence de la minorité et du faible. Parce que la Diète ne représente pas toujours la volonté de tous, par la décision prise à la majorité, la minorité et le faible "dévorent leurs larmes". Le contrôle de la constitutionnalité est très important pour parfaire le système démocratique. Donc, s'il y a doute sur la constitutionnalité, le juge devrait constater l'inconstitutionnalité. Surtout dans les affaires où il s'agit d'une liberté fondamentale, le juge ne devrait pas éviter de se prononcer.

On trouve aujourd'hui des standards juridiques analogues dans les pays démocratiques. L'objet des standards juridiques est de chercher la valeur convenable à la nature ou à la dignité humaine. Plus généralement, la tendance récente est d'utiliser des standards plus concrets comme le principe de l'alternative moins restrictive. Mais l'expérience japonaise est encore trop brève. Les japonais doivent connaître les standards juridiques pour assurer les libertés et les droits. Peut-être les standards établis par le Conseil d'Etat français pourraient-ils être utiles pour le droit japonais.

BIBLIOGRAPHIE

Yosiyuki NODA,
Introduction au droit japonais, Paris, Dalloz, 1966.

Tadakazu FUKASE et Yoichi HIGUCHI,
Le constitutionnalisme et ses problèmes au Japon, une approche comparative, Paris, P.U.F., 1984.

Nobuyoshi ASIBE (sous la direction de),
Les cent grandes décisions du droit constitutionnel II (Kenpo hanrei 100 sen), Tokyo, Yuhikaku, 1988.

Teruya ABE et Masaaki IKEDA (sous la direction de),
La jurisprudence de droit constitutionnel (Shinpan kenpo hanrei), Tokyo, Yuhikaky, 1987.