

LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE EN DROIT ANGLAIS

Par

Geoffrey SAMUEL⁽¹⁾
Université de Lancaster

Cette contribution vise à esquisser une définition de la méthodologie juridique anglaise ainsi qu'à présenter les modes d'enseignement et de recherche s'y rapportant. D'une part, étant donné le niveau de connaissance quant à la science du droit en Angleterre (2), y compris l'attitude des praticiens envers la théorie générale du droit, un tel exercice présentera peu de difficultés puisqu'il ne concernera que les méthodes se rapportant aux sources formelles de droit. D'autre part, cet exercice soulèvera des questions fondamentales en ce qui concerne non seulement la formation et la didactique, mais aussi l'épistémologie juridique. Il faut ajouter d'ailleurs qu'on ne touchera ces dernières que très sommairement.

INTRODUCTION

Selon un commentaire récent, alors que les historiens du droit possèdent une connaissance profonde de la formation du droit romain relatif aux institutions concrètes et aux règles, ils sont beaucoup moins bien renseignés au sujet des méthodes et des principes employés par les juristes romains (3). Il semble qu'on ne s'applique jamais à une étude logique des méthodes ou de l'esprit juridique de ces juristes. Or, dire la même chose quant aux régimes modernes de *ius civile*, ce serait peut-être soulever une question plus controversée. Néanmoins, malgré les ouvrages admirables consacrés à la théorie générale du droit (4), on peut toujours trouver des lacunes dans la méthodologie juridique. Il en est ainsi notamment à partir du moment où l'on met au point non plus

(1) L'auteur voudrait remercier le Dr Nathalie Prouvez et le Professeur Jean-Louis Bergel pour l'aide qu'ils lui ont apportée pour la rédaction de cette contribution en français

(2) G. Wilson, *English Legal Scholarship* (1987) 50 *Modern Law Review* 818.

(3) S. Stromholm, *A Short History of Legal Thinking in the West* (Stockholm, 1985), pp. 46, 67.

(4) Voy. entre autres J-L. Bergel, *Théorie générale du droit* (Dalloz, 2e éd., 1989).

les sources formelles du droit mais la connaissance juridique, car il s'agit ici d'une épistémologie juridique descriptive qui, en dehors des sources formelles du droit positif, n'a pas lieu d'être. Autrement dit, tous les efforts des juristes sont aujourd'hui concentrés sur le droit - c'est-à-dire les traités, la constitution, les lois, les règlements, les arrêts... - et non sur le phénomène juridique (5).

La question de savoir si ces remarques concernant la méthodologie dans les systèmes d'Europe continentale sont vraies ou fausses ne sera pas celle dont cette contribution traitera. On ne fait ces remarques que parce qu'elles deviennent très pertinentes quand on les applique à la *common law*. Du point de vue de la didactique du droit anglais, la méthodologie, thème inclus dans l'*English Legal System*, a pour objet les techniques relatives aux sources formelles du droit (6). Comme en France, le "juriste est un lecteur de lois et de décisions judiciaires" et sa "tâche principale est donc de les interpréter et d'en déterminer les conséquences dans les cas qui lui sont soumis ou qu'il imagine" (7). Cette manière peu flatteuse de voir la méthodologie fait partie d'un problème plus général concernant le savoir juridique en Angleterre : on a estimé jusqu'à une époque récente que les facultés de droit n'avaient pour tâche que l'enseignement et que leurs travaux intellectuels n'avaient pas une importance égale à ceux des autres facultés ou des facultés de droit d'outre-Manche (8). On peut déplorer cette mauvaise réputation puisque non seulement la tradition de la *common law* est toujours très riche en ce qui concerne et la technique et la substance, mais encore la méthodologie des juristes anglais, comme l'ont noté quelques professeurs allemands et français (9), peut être comparée à celle des juristes romains eux-mêmes. Une connaissance profonde des méthodes des juristes anglais serait donc bénéfique pour le droit occidental.

1. LA DÉFINITION DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

La possibilité qu'il existe entre le droit romain et la *common law* ce que l'on a appelé un rapport interne (*inner relationship*) (10) ne devrait pas permettre de masquer le fait que la méthodologie juridique en France et en Angleterre se situe dans des contextes assez différents ; ceci rend difficile la comparaison exacte du statut de la méthodologie dans les deux pays. Certes, elle attire en Angleterre la même critique

(5) C. Atias, *Épistémologie juridique* (P.U.F., 1985), pp. 79-97.

(6) Voy. en général J. H. Farrar & A. M. Dugdale *Introduction to Legal Method* (Sweet & Maxwell, 3^e éd., 1990).

(7) Atias, op. cit., p. 91.

(8) Wilson, op. cit., p. 818.

(9) M. Villey, *Philosophie du droit II: les moyens du droit* (Daloz, 1979), n° 209 ; K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law: Volume I* (Oxford, 2^e éd., 1987 ; trad. T. Weir), pp. 193-194 ; E. Agostini, *Droit comparé* (P.U.F., 1988), n° 119-120.

(10) F. Pringsheim, *The Inner Relationship Between English and Roman Law* [1935] *Cambridge Law Journal* 347.

qu'elle s'est attirée en France ; mais il doit être gardé en mémoire qu'une partie de l'esprit et de la tradition de la *common law* a pour source une certaine méfiance vis-à-vis des pensées abstraites et philosophiques. Il n'est pas de la nature du juriste anglais de méditer sur ses propres techniques autrement que dans un sens très formel. Qui plus est, les sources formelles du droit sont elles-mêmes assez différentes : en droit anglais, la doctrine n'est pas une source formelle alors que la jurisprudence demeure, du moins d'un point de vue historique, la source la plus importante (11). En outre, ce qui est important à noter quant à ces différences, c'est qu'elles ont contribué à établir la technique à un niveau assez éloigné de celui qu'elle a atteint en France. En Angleterre, le droit comme une science, comme un objet de science ou comme un ensemble de techniques tend toujours à fonctionner au même plan.

Plus on comprend la *common law* dans ces limites formelles, plus il devient facile d'apercevoir et de définir la méthodologie juridique. Celle-ci se compose des techniques employées par les juristes afin de déterminer les faits, de trouver le droit et d'appliquer celui-ci à ceux-là. Tout cela pour arriver à une décision juridique. Or, ceci n'est pas totalement différent de ce que l'on trouverait en France (12). Cependant, l'absence de toute notion de système institutionnel - c'est-à-dire d'un système fondé sur les *Institutes* de Gaius et Justinien - à l'époque de la formation de la *common law* a la conséquence suivante : le régime actuel dans lequel les faits et les règles s'envisagent est tel qu'une décision est atteinte non à travers un régime d'institutions juridiques ou un système de droits subjectifs, mais à travers les faits eux-mêmes tels qu'ils sont présentés à la Cour. Celle-ci en extrait des règles très courtes étroitement liées à ces faits (13). Il s'ensuit que le juriste anglais n'a pas vraiment la capacité de comprendre ces notions au-delà soit des faits, soit du langage des textes juridiques. Telle est la raison pour laquelle les techniques elles-mêmes peuvent paraître très éloignées de celles du régime français, car on les a façonnées dans une tradition herméneutique très rigide (14).

2. LA DÉTERMINATION DES FAITS

Cette différence de technique est en rapport avec une différence de procédure juridique : le procès romano-canonique a donné naissance à des techniques institutionnelles tout à fait éloignées de celles de l'*adversary system* qui est à la base du *trial* anglais et où, il faut ajouter, on trouvait jusqu'à une époque récente non seulement un juge mais aussi un jury. Bien entendu, les deux procès ont le même objet qui est d'établir les faits. Mais il convient de noter que quand il s'agit d'établir les faits l'accent est dans le *trial* toujours sur les parties, car le juge n'a pour rôle primordial que de trancher le litige puisque le

(11) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains* (Daloz, 8^e éd., 1982), n° 333, 342.

(12) David, supra, n° 357.

(13) David, supra, n° 317-319.

(14) P. Goodrich, *Languages of Law* (Weidenfeld & Nicholson, 1990), pp. 66-71.

devoir qui pèse sur une Cour anglaise ne demeure que de rendre la justice aux parties (15). Selon la Chambre des Lords, il n'y a pas d'obligation de s'engager dans la recherche d'une vérité ultérieure (16). En dehors de cet accent mis sur les parties (ou peut-être sur leurs avocats), il faut aussi souligner la tradition de l'oralité : on détermine les faits non par voie d'instruction mais à travers interrogatoire et contre-interrogatoire des témoins pendant le *trial* lui-même (17). Dans le passé -et aujourd'hui dans les procès pénaux concernant les infractions les plus sérieuses- le jury devait trancher les questions de fait. Alors que cette institution a largement disparu des affaires civiles, certaines techniques persistent comme si il y avait un "jury fantôme" (18). En conséquence, le rôle du juge est de trancher les questions de fait. Cependant, le juge se trouve, ce faisant, dans une situation où son pouvoir de citer et d'interroger les témoins demeure, comme c'était le cas pour le jury, strictement limité.

La distinction entre le juge et le jury est à la base d'une autre démarcation importante dont tous les systèmes juridiques occidentaux se servent : c'est celle entre le fait et le droit. Toutefois, au moment où l'on vient à examiner cette démarcation dans le contexte des rôles des parties et du juge, il devient évident que, en ce qui concerne la technique juridique, la différence peut devenir très insaisissable. Il en est ainsi quand il s'agit des faits et des présomptions en ce qu'il y a certains faits qui font naître des présomptions concernant d'autres faits, d'où il résulte qu'une technique primordiale en droit anglais se trouvera sur le terrain des prétentions (*statements of claim*) et des débats (*pleadings*) (19). Par exemple, en ce qui concerne une action en dommages-intérêts fondée sur la *négligence*, c'est le demandeur qui doit fournir la preuve de la faute. Toutefois, si le demandeur peut plaider les faits d'une manière où une présomption de la faute se dégage des faits (on dit *res ipsa loquitur*), il s'ensuit que cette manipulation des faits pourrait accomplir ce qu'un débat de pur droit ne réaliserait jamais. On peut citer le cas de la demanderesse qui exige que le propriétaire d'un camion soit reconnu responsable en droit pour tout préjudice occasionné par la chose elle-même, sans qu'il y ait eu faute. Une telle demande échouerait en Angleterre (20). Cependant, si elle pouvait fournir des faits tendant à établir que les circonstances particulières dans lesquelles on fait fonctionner ce camion sont telles qu'il y ait une obligation extraordinaire, il serait possible qu'elle puisse persuader la Cour de déclarer qu'il y a aussi une responsabilité extraordinaire (21). En France du moment que l'on a établi qu'il y a un dommage occasionné par une chose, la question de la responsabilité est celle de

(15) J. A. Jolowicz (sous la direction de), *Droit anglais* (Daloz, 1986), n° 123 (par J. A. Jolowicz).

(16) *Air Canada v Secretary of State for Trade* [1983] 2 A. C. 394, 438.

(17) Jolowicz, op. cit., n° 113-122 (par J.A. Jolowicz).

(18) Jolowicz, op. cit., n° 12 (par J. A. Jolowicz).

(19) Voy. G. Samuel, *Ex Facto Ius Oritur* (1989) 8 *Civil Justice Quarterly* 53.

(20) *Phillips v Britannia Hygienic Laundry* [1923] 2 K. B. 832 ; *Dymond v Pearce* [1972] Q. B. 496.

(21) *Henderson v H. Jenkins & Sons* [1970] A.C. 282.

droit simple ; en Angleterre, une telle question est en réalité une question de fait.

Cependant, si la technique anglaise souvent se réduit à l'interprétation de fait, ceci à son tour soulève quelques difficultés délicates à l'égard du rôle du juge de première instance et de toute révision de ce rôle par une Cour d'appel. Bien qu'assumant le rôle de jury, le juge, à la différence du jury lui-même, motivera ses décisions comme si celles-ci étaient des questions de droit. Ces motivations concernant les questions de fait sont-elles, en elles-mêmes, des motivations de droit ? Dans un régime où le précédent existe, il sera important d'apporter une réponse claire à cette question. En effet, faute de principe d'un pouvoir souverain du juge du fond en *common law*, les questions de fait peuvent surgir même devant les juges d'appel puisque la Cour d'appel et la Chambre des Lords ont le droit de révision - il s'agit, selon la loi, d'une audition nouvelle (*rehearing*) (22) des faits aussi bien que du droit. En conséquence, il y a souvent des affaires dans lesquelles il s'avère que le rôle des juges d'appel est en fait de réviser l'interprétation des faits. Même la Chambre des Lords, Cour de troisième instance, peut être amenée à agir en maintes occasions presque comme un tribunal dont le rôle se limite à trancher une question de fait entre deux parties. Certes, il existe des arrêts où la Cour Suprême a essayé de repousser les efforts de changer les questions de fait en questions de droit (23). Mais il demeure vrai, du moins en matière de didactique, que "les étudiants pourraient avoir à lire bien des arrêts afin d'acquérir, indirectement, la pratique qui est la source du jugement sain" (24).

3. LA RECHERCHE DU DROIT

Cette situation étant donnée, lorsqu'il vient à rechercher le droit il ne s'agit pas souvent de la recherche des grands principes soit dans la loi soit dans la jurisprudence. *Non est regula sumatur sed ex iure quod regula fiat* est un adage applicable autant à la *common law* qu'au droit romain (25). Il doit néanmoins être gardé en mémoire que, même à propos de la jurisprudence, les tribunaux et les juristes se livrent en fait souvent à une analyse des textes pour découvrir la règle à appliquer puisqu'il s'agira toujours d'une interprétation des précédents que l'on ne trouvera que dans les recueils d'arrêts. En d'autres termes, afin de trouver le droit, il faut interpréter les faits, mais ceux-ci ne se trouveront que dans le langage d'un *law report* ; par conséquent, il sera nécessaire de réinterpréter chaque précédent en utilisant un vocabulaire juridique agissant comme moyen d'interprétation (26). S'agit-il d'une "bouteille de bière" ou d'un "produit" ayant causé un préjudice à la demanderesse dans l'affaire *Donoghue v Stevenson* (27) ? Si cet arrêt

(22) Jolowicz, op. cit., n° 157 (par J. A. Jolowicz).

(23) Voy. par ex. *Qualcast (Wolverhampton) Ltd v Haynes* [1959] A.C. 743.

(24) Tony Weir, *A Casebook on Tort* (Sweet & Maxwell, 1967), p. 68.

(25) D. 50. 17. 1 ; Samuel, op. cit.

(26) C. Atias, *Théorie contre arbitraire* (P.U.F., 1987), n° 43.

(27) [1932] A.C. 562.

se rapporte à l'existence d'une faute, où celle-ci se trouve-t-elle ? Dans l'absence d'une étiquette disant "bière avec escargot décomposé" ou dans le lancement sur le marché d'un produit dangereux ? Et si tel est le cas, est-il question d'une chose dont le danger menace la santé ou s'agit-il d'intérêts plus généraux, y compris d'un intérêt purement économique (le prix du produit) ? Ces questions deviendront essentielles au moment où la Cour se trouvera confrontée aux faits concernant, par exemple, un bâtiment défectueux dont la municipalité a manqué négligemment de découvrir les vices. La question de savoir si le propriétaire du bâtiment pourra intenter ou non une action en dommages-intérêts contre la commune peut reposer, *inter alia*, sur l'interprétation des faits que ferait la Cour dans l'arrêt *Donoghue v Stevenson* (28). Si la Cour devait estimer qu'un bâtiment est un produit, il serait plus facile de conclure que la *ratio decidendi* de l'arrêt de 1932 s'applique aux faits d'une nouvelle affaire. Mais si la Cour devait trancher que la *ratio* ne s'applique pas, d'autres questions surgiraient. Y-a-t-il une nouvelle *ratio* selon laquelle toute responsabilité sera exclue s'agissant d'une autorité administrative ? Ou la Cour veut-elle dire que l'existence d'une responsabilité dépend de celle d'un dommage physique ?

Quelle que soit la façon dont on tranche le problème du bâtiment défectueux, la technique qu'on emploie se présenterait comme celle de l'analogie. Or voici une technique qui, du point de vue de la *ratio legis* moderne, peut donner l'impression d'une logique dont la puissance intellectuelle s'est perdue. Cependant, la technique de l'analogie -c'est-à-dire une logique qui va du particulier au particulier ou du fait au fait- permet à l'interprète de comprendre non seulement ce que Perelman a nommé la nouvelle rhétorique (autrement dit l'aspect pragmatique du raisonnement juridique) (29) mais encore la particularité de la méthode anglaise laquelle, comme nous l'avons vu, se situe à l'intérieur des faits. Qui plus est, la technique analogique s'avère très utile en ce qui concerne l'autre source principale du droit anglais en ce qu'alors que la loi se trouve, par définition, dans la langue d'un texte, l'expression et la structure de celui-ci, en Angleterre, est d'une telle sorte qu'elles ne permettent guère à l'interprète de fonctionner selon l'idée d'une *ratio legis* de manière qu'on la comprenne en France. Dans un seul *Act of Parliament*, voire même dans un seul article, on va souvent du droit substantiel à la procédure et du concret à l'abstrait et la langue elle-même de la législation anglaise se distingue par une complexité opaque (30). Même la législation pénale ne s'organise nullement comme un code (31) (quoique la *Law Commission* fasse actuellement des efforts) et, en conséquence, le droit pénal consiste en effet en un progrès d'une situation de fait au

(28) *Anns v Merton London Borough Council* [1978] A.C. 728 ; cf. *Murphy v Brentwood District Council* [1990] 3 W.L.R. 414.

(29) Ch. Perelman, *Logique juridique: Nouvelle rhétorique* (Daloz, 1979).

(30) J. A. Clarence-Smith, *Legislative Drafting: English and Continental* [1980] *Statute Law Review* 14.

(31) Jolowicz, op. cit., n° 495 (par J. R. Spencer).

paradigme procédural du *trial* (32) par la voie du langage des textes dans lesquels on veut mélanger des règles constitutionnelles, pénales et procédurales. En fait au lieu d'un Code pénal, ou même d'une masse de règles législatives, il serait mieux d'y voir un sujet dont les sources se trouvent dans, d'une part, les preuves et la procédure pénale et, d'autre part, l'arbitraire des professionnels et des non-professionnels de justice, y compris les fonctionnaires et la police. En d'autres termes la substance normative du droit pénal se perd fréquemment dans les complexités des textes dont les règles fixent plus le déroulement du procès qu'un code dont l'objet serait d'encourager le bon comportement des citoyens.

Rechercher le droit, ce n'est donc pas lire les lois et la jurisprudence afin d'en dégager la prémisse majeure et la prémisse mineure. Sans doute est-il possible d'analyser la *ratio decidendi* en termes de syllogisme où la prémisse majeure se compose d'une règle préexistante et la mineure des faits essentiels (*material facts*) du litige (33). Néanmoins d'un point de vue méthodologique, il y a tout lieu de penser que c'est la situation de fait dont l'action provient, où dont le soupçon d'une infraction découle, qui forme la majeure et le texte ne demeure souvent que la mineure. Et l'explication de cette inversion des prémisses se trouve dans le fait que la *common law* ne s'organise pas dans un schéma par lequel l'interprète pourrait penser et fonctionner au niveau d'un droit rationnel séparé du monde du fait. La *common law* reste toujours, quant à l'histoire épistémologique des sciences, à l'étape inductive (34). Bien entendu, le professeur de droit anglais a la liberté de déclarer que le *British Nationality Act 1981* fait partie du droit des personnes et le bibliothécaire la classerait dans la catégorie du droit public (35) ; c'est, également, souvent très utile d'interpréter le *Law of Property Act 1925* en termes d'un régime dont les *iura in rem*, en ce qui concerne la propriété immobilière sinon la propriété mobilière (36), proviennent. Cependant un tel schéma, dit "institutionnel" d'après le plan de Gaius (37), ne servira à rien du moment qu'il s'agit d'un système qui ne part pas en effet de la notion d'un droit subjectif puisque le rôle du schéma en droit moderne est devenu celui d'être un réservoir d'information juridique dont l'objet est de fournir un système axiomatique. Faute d'un tel système axiomatique, le réservoir se trouve dans le concret même où il est une question d'une loi. Il en est ainsi par exemple lorsqu'une victime a subi un dommage corporel à cause d'un chien méchant (un problème social assez important au Royaume-Uni à l'heure actuelle) parce qu'il est inutile pour elle de chercher un principe général du même genre que celui de l'article 1385 du Code civil. Afin

(32) Voy. par ex. Jolowicz, op. cit., n° 491 (par R Munday).

(33) Voy. Lord Simon dans *F.A. & A.B. Ltd v Lupton* [1971] 3 All ER 948, 964-965.

(34) R. Blanché, *L'épistémologie* (P.U.F., "que sais-je ?" n° 1475, 3e éd., 1983), p. 65.

(35) Voy. généralement T. Weir, *The Common Law System, International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II, chap. 2, Part III.

(36) Cf. *Beswick v Beswick* [1966] ch. 538 (C.A.) ; [1968] A.C.58 (H.L.).

(37) Stein, *Legal Institutions* (Butterworths, 1984), pp. 125-129.

de trouver une règle à appliquer, il faut ou bien chercher des analogies de fait dans le délit de *négligence* ou de *nuisance* (38), ou bien se livrer à une étude profonde des caractères des animaux pour qu'on puisse faire accorder les faits de la victime avec l'une des formules de l'*Animals Act 1971* (39). Une tentative de comprendre les dispositions de cette loi de 1971 par voie d'une lecture du texte lui-même n'aboutira qu'à une situation où l'interprète se trompera (40).

4. L'APPLICATION DU DROIT AUX FAITS

Cette technique par laquelle on va du particulier au particulier s'avère en effet être un exercice où on administre le droit. En d'autres termes, rechercher le droit, c'est l'appliquer. Quand le juriste anglais cherche des précédents pour découvrir les "*material facts of the case*", lesquels serviront comme l'analogie à l'égard de l'affaire en délibération, le droit ne se manifestera que lorsqu'il fait la comparaison entre les faits de la majeure avec ceux de la mineure. Raisonner par voie d'analogie est donc raisonner de façon à produire l'impression qu'il s'agisse d'un syllogisme mais dont la vraie technique découle d'une méthodologie assez différente. Quant à la *ratio decidendi*, ce qui est important à noter c'est qu'elle ne se comprend jamais du point de vue abstrait (41); c'est toujours une question liée aux faits dont la *ratio* devra se définir et auxquels elle devra s'appliquer, et ceci demeure vrai même à propos d'un sujet tel que le droit des contrats. Ceux-ci, en droit anglais, ne se composent guère des règles ou principes généraux séparés des faits des arrêts qui sont censés en produire, de sorte que, quand il y a par exemple un problème de formation, la résolution ne se trouve pas par le truchement d'une notion telle que l'*assensio mentum*. La technique, même à l'égard des quelques appels à la Chambre des Lords, est celle d'une analyse très minutieuse des faits pour découvrir si l'une des parties a lancé une promesse susceptible d'être acceptée par l'autre partie (42).

Sans doute, émergent des dénominateurs communs, tout comme ce fut le cas en droit romain (43). En conséquence, on peut penser que la promesse, sinon la convention, est pour l'essentiel au sein des problèmes concernant la formation des contrats (44). Or, dès qu'il y a une notion commune telle que la promesse, il est possible également de la réduire en règles qui, à leur tour, seront appliquées aux affaires à venir. Toutefois, même où s'est dégagé une telle notion ou un tel dénominateur - par exemple l'offre et l'acceptation en matière de

(38) Voy. par ex. *Draper v Hodder* [1972] 2 Q.B. 556.

(39) Voy. par *Curtis v Betts* [1990] 1 W.L.R. 459.

(40) Voy. *Curtis v Betts*, supra, pp. 462-463.

(41) Jolowicz, op. cit., n° 58 (par J. A. Jolowicz).

(42) Voy. entre autres *Butler Machine Tool Co. Ltd v Ex-Cell-O Corporation (England) Ltd* [1979] 1 W. L. R. 401; *Gibson v Manchester City Council* [1979] W. L.R. 294.

(43) Voy. D. 2.14.1. 3 en ce qui concerne *conventio*.

(44) K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law: Volume II* (Oxford, 2e éd., 1987; trad. T. Weir), p. 7.

contrat ou le *duty of care* en matière quasi-délictuelle elle ne se prête guère au syllogisme puisque les Cours se donnent en effet le droit de remettre les faits de manière que ceux-ci s'accordent avec ce que doit être, selon chaque juge, la politique juridique ou l'ordre public (45). Quant à la technique, ce que la Cour essaie d'habitude de faire, c'est d'entrer, à travers les débats oraux, dans les faits de l'affaire en question afin de découvrir s'il y a vraiment une structure correspondant aux précédents, cette structure étant déterminée en partie par une politique juridique. Par exemple un juge, par la voie de l'interrogatoire, pourrait s'approprier l'identité d'une des parties de façon à déterminer l'existence des éléments constitutifs d'une promesse juridique (46). De même, une question de droit pur peut se rapporter non au syllogisme dans lequel un principe forme la prémisse majeure mais à un fait. Il en est ainsi quand il s'agit d'un devoir de diligence (*duty of care*) lequel se résoud souvent d'après la nature physique du préjudice: là où il n'existe que le dommage purement économique, il n'y aura pas une responsabilité délictuelle sans que le demandeur ait prouvé soit une obligation sans faute (*strict liability*), soit un rapport presque contractuel (*special relationship*) (47). La technique qu'on emploie n'est, une fois encore, vraiment celle du syllogisme qu'en tant qu'on comprend les faits comme la prémisse majeure. Or, il est possible de penser que, d'après cette méthodologie, il s'agit toujours de la politique juridique ou d'ordre public (*policy decisions*); cependant quelle que soit la force d'une tel point de vue, l'idée de l'arbitraire juridique en soi ne représente nullement ce qu'est la technique juridique elle-même dont l'essence est la pénétration des faits pour relever les analogies, pour donner des exemples hypothétiques, pour tirer une conséquence et pour faire tout ce qui peut y ressembler. Tout comme on peut obtenir un aperçu des motifs des films d'Alfred Hitchcock en réorganisant la structure de leurs intrigues (48), on peut obtenir un aperçu de la méthodologie juridique de la *common law* par voie d'une manipulation des structures des faits juridiques classiques. C'est cette manipulation des faits juridiques qui constitue, et dans les travaux pratiques et dans les examens, la partie centrale de l'enseignement du droit, en Angleterre.

Même en ce qui concerne l'application des lois, le talent pour manipuler et réorganiser les faits demeure d'importance. En disant ceci, on ne fait pas abstraction de toutes les règles et présomptions concernant l'interprétation des textes (49); il n'est pas non plus suggéré que les tribunaux n'appliqueront pas une loi chaque fois qu'il s'agit d'une loi dont l'application pourrait mener à une injustice, car il y aurait là une question constitutionnelle. Cependant, il faut rappeler que l'interprétation d'une loi anglaise ne se fait qu'au moment même où on

(45) Voy. par ex. *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd v Black Pool Borough Council* [1990] 1 W.L.R. 1195.

(46) Voy. *Blackpool Aero Club*, supra, p. 1201.

(47) *Murphy v Brentwood D. C.* [1990] 3 W.L.R. 414.

(48) R. Durgat, *The Strange Case of Alfred Hitchcock* (Faber & Faber, 1974).

(49) Voy. M. Zander, *The Law-Making Process* (Weidenfeld & Nicolson, 3e éd., 1989), pp. 146-147.

l'applique et que cette application ne se rapporte à aucun régime de règles législatives existant comme système rationnel. Le devoir d'un tribunal vis-à-vis d'une loi se limite à une recherche de l'intention du législateur au travers des mots eux-mêmes du texte et, puisque ce devoir ne comporte aucune obligation de se référer aux travaux préparatoires (50), la technique de l'interprétation et de l'application ne se comprend qu'à travers les images réelles évoquées par les termes mêmes de la loi. Un éléphant demeure "difficile à définir", a déclaré un juge de la Cour d'appel chargé de trancher si le mot *flood* incluait huit centimètres d'eau sur le plancher d'une salle de bain, "mais très facile à reconnaître" (51).

Cette approche concrète de l'interprétation des textes législatifs fait naître une difficulté en ce qui concerne le raisonnement analogique, ce qui est un peu insolite étant donné l'importance de celui-ci à propos du précédent. Le niveau de bien moindre généralité du langage de la loi anglaise a pour effet d'enfermer les tribunaux dans des limites de fait plutôt que celles d'un régime normatif ; il en résulte qu'il devient difficile de sortir d'une situation de fait pour passer à une autre à travers un texte législatif. Certes, quand il s'agit de la comparaison entre deux arrêts dont chacun a donné une interprétation opposée du même texte, l'analogie peut avoir un rôle (52). Toutefois, lorsque le tribunal doit trancher à propos de faits qui offrent une analogie avec ceux envisagés par une loi mais qui demeurent en dehors de celle-ci, le raisonnement par analogie ne saurait s'employer pour engendrer une nouvelle règle de droit (53). Tout ce que peut faire la Cour -si le demandeur l'avance- c'est d'utiliser une action dont la base se trouve dans les précédents pour en extraire un autre principe, à côté de celui de la loi (54). Il faut ajouter, cependant, que la Chambre des Lords, s'efforce maintenant d'utiliser une loi embrassant les faits du litige comme référence pour ne pas accorder d'autre action que celle que son texte, en fonction de l'intérêt public (*public policy*) selon la Cour Suprême, définit exclusivement (55). Le droit législatif, alors qu'il peut élargir le champ des actions et des droits, surtout peut-être lorsqu'il octroie au tribunal un pouvoir d'appréciation (56), a la capacité aussi de les réduire, car l'existence des lois peut empêcher les tribunaux de développer de nouveaux précédents. Voici donc une différence très importante entre l'application d'un précédent et l'application d'une loi.

(50) Voy. Jolowicz, op. cit., n° 62 (par J. A. Jolowicz).

(51) Lawton L. J. dans *Young v Sun Alliance and London Insurance Ltd* [1976] 3 All ER 561, 563.

(52) W. Twining & D. Miers, *How To Do Things With Rules* (Weidenfeld & Nicolson, 1982) pp. 249-250.

(53) Jolowicz, op. cit., n° 72 (par J. A. Jolowicz).

(54) Voy. *Anns v Merton L. B. C.* [1978] A. C. 728.

(55) Voy. *Murphy v Brentwood D.C.* [1990] 3 W.L.R. 414.

(56) Voy. entre autres *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 S.1(3)* *The Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945 S. 1(1)*.

5. LA SCIENCE ET LA MÉTHODOLOGIE

L'absence de tout système axiomatique ou schématique n'implique nullement que l'art de la qualification soit exclu de la *common law*. Elle n'implique pas non plus que les institutions et les concepts de droit n'aient aucun rôle à jouer. Ce qu'elle signifie, c'est que la qualification tend à fonctionner plus au niveau du droit judiciaire, y compris sur le terrain des faits, que de celui du droit substantiel ; avant de pouvoir qualifier les faits, on doit appliquer le droit, mais avant de pouvoir appliquer le droit, il faut qualifier les faits (57). Dès lors, le juriste anglais part souvent des notions qui paraissent empiriques, à savoir les notions telles que "l'homme prudent" (*reasonable man*), "l'intérêt sur la terre" (*interests in land*), "l'offre" et tout ce qui peut y ressembler. Or ces notions peuvent paraître de nature empirique ; mais, en réalité, elles constituent le fondement d'une science complexe dont la structure interne s'avère un peu différente de celle que Gaius et Justinien ont considérée comme la base des actions en justice en droit romain. On tomberait d'ailleurs dans l'erreur si l'on pensait que la pensée féodale, qui est derrière la *common law*, demeurerait incapable de perfectionner ses propres notions et institutions à l'égard des rapports juridiques qui forment le fondement de la propriété immobilière et mobilière (58). En effet le droit anglais, comme le droit romain, peut donner l'impression qu'il est un système qui pense en termes de recours (*remedies*), voire même qui raisonne en images ; mais on se tromperait si l'on croyait que les actions et les faits auxquels ces actions s'appliquent ne se conforment pas à un régime scientifique qui est en soi très complexe. On parle ici moins en termes de types des sciences qu'en termes de degrés divers d'abstraction et de rationalité (59).

Evidemment, la science juridique est très différente des sciences physiques. Toutefois, ceci n'implique pas qu'il n'y ait rien à gagner d'une étude de l'histoire de la pensée scientifique et il en est ainsi notamment quand il s'agit d'une compréhension des dissemblances méthodologiques entre la *common law* et un système romaniste, comme celui de la France. Celui-ci résulte de la vie universitaire -c'est-à-dire de l'enseignement- alors que celui-là s'est trouvé progressivement façonné, jusqu'à une époque récente du moins, par la vie pratique, à savoir par les avocats et les juges (60). Ce qui est important à propos de cette différence concernant la science juridique, c'est que, comme c'est le cas en ce qui concerne les sciences physiques, l'enseignant doit maîtriser le contenu de son enseignement de manière tout à fait différente de celle dont le praticien doit maîtriser sa science. "Il s'agit d'entrevoir la discipline, déclarent Astolfi et Develay, non pas comme un patchwork sans unité, chaque élément correspondant à un concept, mais comme une mosaïque expressive

(57) Voy. Samuel, op. cit.

(58) Voy. A-M Patault, *Introduction historique au droit des biens* (P.U.F., 1989), n° 4, 8, 10, 30, 57, 72.

(59) R. Blanché, *L'axiomatique* (P.U.F., 6e éd., 1980), pp. 101-102.

(60) David, op. cit., n° 313.

constituée de concepts en liaison les uns avec les autres" (61). Dans le droit anglais, donc, la qualification et les notions fonctionnent plus comme un patchwork : il y a une surabondance d'éléments dont chacun a son propre concept par lequel il se comprend. Prenons, par exemple, la personne morale (*legal person*) et le patrimoine. En France, la personne morale se comprend, non pas par rapport à un champ juridique particulier, mais à propos de la catégorie générale du droit des personnes (*ius personarum*). Dans la *common law*, par contre, la personne morale n'est rien de plus qu'un outil du droit commercial où elle se trouve étroitement définie par la loi et où elle n'est pas susceptible d'être employée pour résoudre les problèmes généraux concernant les intérêts de la classe ou du groupe. Ceci n'implique pas pour autant que le droit anglais soit incapable d'affronter des affaires soulevant un intérêt de classe, car le droit des actions et la procédure, ainsi qu'une institution telle que le *trust*, s'avèrent très performants en ce qui concerne les problèmes de patrimoine (62). Cependant, lorsqu'on en vient à essayer de comprendre une notion générale telle que le patrimoine lui-même, on trouve qu'il n'existe guère comme une notion substantielle dans le droit ; il n'existe que comme concept assez empirique à l'intérieur de la procédure ou comme accessoire du droit des obligations (63). Il en résulte que les juristes de la *common law* ont une flexibilité particulière quand il s'agit des problèmes de patrimoine puisque tout ce qu'on a besoin de faire, c'est de s'approprier une notion empirique telle que l'intérêt et de l'appliquer au travers d'un bon nombre d'éléments dont chacun se rapporte à un ensemble particulier de faits juridiques (64). Et ainsi, en ce qui concerne l'enrichissement sans cause, il n'est pas nécessaire pour le droit anglais de s'occuper d'un droit subjectif *in personam* fondé sur un principe général ; il sait trancher des problèmes de l'enrichissement injuste en utilisant soit des actions *in rem*, soit des actions *in personam*, sans pour autant penser en termes de catégories au sein du droit des obligations (65).

Toutefois, derrière ces recours et ces règles judiciaires, il est possible de découvrir une structure institutionnelle et conceptuelle. On doit séparer dès lors la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle (66), et la propriété des liens contractuels (67). A leur tour, ceux-ci se distinguent du statut (*status*) (68). Ce en quoi le juriste de la *common law* ne se conforme pas à la tradition universitaire, c'est à

(61) J.-P. Astolfi & M. Develay, *La didactique des sciences* (P.U.F., "que sais-je ?" n° 2448, 1989), p. 114.

(62) Jolowicz, op. cit., n° 363 (par G. H. Jones).

(63) Voy. entre autres *The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* S. 1(1) ; *The County Courts Act 1984* S. 85 (1).

(64) Voy. G. Samuel, La notion d'intérêt en droit anglais, dans Ph. Gérard, F. Ost & M. van de Kerchove (sous la direction de), *Droit et intérêt : Volume 3* (Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990) pp. 405-436.

(65) Agostini, op. cit., n° 123.

(66) *Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank Ltd* [1986] A.C.80.

(67) *Beswick v Beswick* [1968] A. C. 58.

(68) *Stevenson v Beverley Bentinck Ltd* [1976] 2 All ER 606.

propos de ce qu'on peut nommer les "méta-concepts", c'est-à-dire les concepts qui dépassent les catégories juridiques, y compris les catégories elles-mêmes. Et ainsi les notions telles que le droit subjectif (*right*) et le devoir (*duty*) semblent ne pas être dotées d'un pouvoir en elles-mêmes

Il s'ensuit qu'elles n'ont pas la capacité d'exercer une influence directe sur les méthodes et les techniques des tribunaux, ni de systématiser ou même de mettre en ordre les lois et les précédents (69). Alors que ces méta-concepts sont bien établis dans le langage de la *common law*, on ne peut les comprendre qu'à travers les causes d'action (*causes of action*) et les moyens (70). Même la propriété (*ownership*) demeure sans définition en droit anglais puisque la protection de ce droit subjectif fondamental ne se fait que par la voie des actions en justice dont les plus importantes se trouvent dans le droit des obligations (71). Qui plus est, ces actions à propos de la propriété n'emploient guère la notion de l'*ownership* ; elles partent, au lieu de ceci, de la notion de possession, chose dont la définition ne se trouve que dans chaque situation de fait (72). En vérité, le modèle conceptuel dans lequel la *common law* fonctionne -et il faut rappeler une fois encore que les sciences physiques nous indiquent que même les sciences les plus empiriques s'avèrent d'ailleurs les sciences dont les notions, les lois et les relations sont des entités abstraites (73)- est un monde dans lequel l'idée de deux dimensions demeure insuffisante. Ce qui est nécessaire, c'est un modèle à plusieurs dimensions parce que, s'il en était autrement, il en résulterait que les institutions (c'est-à-dire *persona, res et actiones*), les concepts et les méta-concepts fonctionnent de manière qu'il y ait des contradictions internes et logiques. On doit donc concevoir la méthodologie et la technique juridique anglaise dans le contexte d'un modèle scientifique, lequel non seulement a son fondement dans le stade descriptif et inductif du développement épistémologique (à la différence du stade déductif et axiomatique) (74), mais encore s'est échappé du paradigme deux dimensions dont le texte s'avère peut-être l'exemple le plus célèbre (75). Autrement dit, la logique de la hiérarchie et de l'écriture s'accommodent mal de la méthodologie complexe de la *common law*.

(69) Voy. par ex. *Re K. D. (a minor)* [1988] 1 All ER 577 ; *Banque Keyser Ullmann S. A. v Skandia (U. K.) Insurance Co Ltd* [1990] 1 Q.B. 665 (C.A.) ; [1990] 3. W.L.R. 364 (H.L.).

(70) Voy. par ex. *Kingdom of Spain v Christie Manson & Woods Ltd* [1986] 1 W.L.R. 1120.

(71) Jolowicz, op. cit., n° 215 (par T. Weir).

(72) *Towers & Co Ltd v Gray* [1961] 2 Q.B. 351.

(73) Blanché, *L'axiomatique*, op. cit., p. 86.

(74) Cf. Blanché, supra, p. 84.

(75) Il s'agit aussi de la politique : P. Roubier, *Théorie générale du droit* (Sirey, 2e éd., 1951), pp. 66-67, 79.

CONCLUSION

Étant donné ce modèle épistémologique, peut-être en soi assez sophistiqué, comment expliquer la tradition peu flatteuse de la science juridique en Angleterre (76) ? D'un certain point de vue, la solution de cette question s'avère très simple : le modèle lui-même résulte de l'absence d'une tradition universitaire de la science juridique. D'un autre point de vue, cependant, c'est la tradition écrite et universitaire du Continent qui, en effet, fait difficulté parce que c'est ici qu'on trouve la structure épistémologique à deux dimensions qui a dominé la pensée moderne. En d'autres termes, c'est la tradition continentale qui a imposé la hiérarchie ou la pyramide de Kelsen. En conséquence, même une théorie anglaise soi-disant empirique du droit s'avère fondée sur une structure hiérarchique des règles (77) ; et ceci, à son tour, a encouragé jusqu'à une époque très récente ce que l'on peut nommer, d'après Bachelard, un "obstacle épistémologique" (78). La preuve que de tels obstacles existent se trouve dans l'absence presque totale de recherches sur les modèles conceptuels dont les bases ne se fondent pas sur les normes juridiques (79). Ronald Dworkin, il faut le reconnaître, a essayé courageusement de lutter contre les positivistes (80) ; mais la dépendance de sa théorie des droits subjectifs et de la *regulae iuris* a pour effet de saper la force de sa thèse, pour autant que celle-ci puisse servir de modèle épistémologique, car un méta-concept tel qu'un droit (*right*) n'a guère, comme nous l'avons constaté, de rôle en droit anglais (81). Avec l'échec de Dworkin, l'obstacle épistémologique se perpétue et il continue à gêner les recherches sur un modèle méthodologique, en ce qu'il suscite une contradiction avec la théorie et la pratique.

Une autre contradiction qui continue à entraver les recherches sur la technique juridique en Angleterre, c'est celle de la tradition orale et de la tradition herméneutique rigide. Ces traditions, toutes les deux, ont pour effet d'empêcher la formation de théories institutionnelles à propos du droit anglais. Or ceci se manifeste très nettement sur le terrain du droit public où la pensée conceptuelle demeure, comme les juges eux-mêmes le reconnaissent, enracinée dans le seizième siècle (82). Cependant, le manque d'une théorie institutionnelle se révèle vraie aussi pour toute la pensée juridique en ce qu'une institution telle que la personne morale n'a jamais pu s'échapper des textes écrits qui lui ont donné vie. Ceci implique à son tour que les juristes anglais ont toujours rencontré des difficultés à concevoir le droit comme un ensemble de rapports juridiques liant les sujets et les objets de droit.

(76) Wilson, op. cit.

(77) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, 1963).

(78) Astolfi & Develay, op. cit., pp. 15-17 ; Atias, *Épistémologie*, op. cit., n° 60, 90.

(79) R. Susskind, *Expert Systems in Law* (Oxford, 1987), pp. 149-155.

(80) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1977) ; *Law's Empire* (Fontana, 1986).

(81) *Voy. Re K. D. (a minor)* [1988] 1 All ER 577.

(82) *Voy. Lord Diplock dans Town Investments Ltd v Department of the Environment* [1978] A. C. 359, 380.

Autrement dit, les *common lawyers* n'ont jamais pu imaginer le droit en termes de modèle dans lequel les institutions et les rapports entre celles-là se mettent en corrélation de façon créative. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit anglais soit sans force rationnelle ou que le système de la *common law* soit en soi sans importance en ce qui concerne l'épistémologie juridique. Ce qui est le plus important à noter ici, c'est que dans un monde où la pensée rationaliste des Lumières a dominé jusqu'à une époque récente, la science juridique anglaise, souffrant de son propre manque de tradition universitaire, n'a jamais eu la possibilité de prospérer. La science juridique anglaise est, en bref, la victime de sa propre tradition. Néanmoins, maintenant que les obstacles épistémologiques résultant de la pensée cartésienne sont progressivement admis, l'avenir en ce qui concerne la science juridique anglaise -notamment à propos des recherches sur les méthodes et les habitudes de pensée des *common lawyers*- se présente peut-être sous des couleurs plus favorables.