

**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 *prudencia* 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 élaborera le standard de "fair conduct" du fiduciaire, et le droit anglo-américain élaborera, 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 "conscientieuse" 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 *eidōs*, 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.