

**RAPPORT DE SYNTHÈSE**

\*\*\*\*

**CLOSING REPORT**

Par

Philippe JESTAZ  
*Professeur à l'Université de Paris XII*

Outre les organisateurs de ce Congrès, je voudrais remercier les précédents rapporteurs -ils sont trop nombreux pour que je puisse les citer tous- et plus largement tous ceux qui ont participé à nos discussions, pour la somme de connaissances et de doute méthodologique qu'ils m'ont apportée. Avant de venir à Aix, je croyais savoir ce qu'est un standard. Au bout de quelques heures, j'avais perdu cette illusion. Et maintenant je reprends espoir car je suis au moins, nous sommes tous, en mesure de plonger à grande profondeur dans notre sujet, ce que je vais faire en votre nom et au mien.

Au plus bas de ce plongeon, je trouve d'abord cette notation laissée négligemment sur un banc de sable par Philippe Delebecque et qui a trait à l'équivoque du mot. Dans la langue quotidienne du commerce et de la technologie, la standardisation désigne l'uniformisation, l'universalisation rationnelle. Pour les juristes en revanche, le standard évoque la diversité, une diversité impossible à systématiser. Or, existe-t-il une complicité dialectique entre le sens juridique et l'autre ? Dans l'affirmative, le standard serait une clé unique pour ouvrir des portes différentes : en français, cela s'appelle un passe-partout ... Nous y reviendrons car je voudrais d'abord laisser les images au profit d'une démarche plus scientifique.

#### LA NOTION DE STANDARD

Pour essayer de trouver la notion de standard, j'aimerais partir *a contrario* de son exact opposé, afin d'observer leurs différences de structure. L'opposé du standard, c'est, me semble-t-il, *la norme juridique immédiatement opérationnelle*. Qu'est-ce à dire ? La norme juridique -je rappelle ici une banalité- est un modèle qui a vocation à fournir des solutions pratiques. Pour qu'elle soit immédiatement opérationnelle, il faut que la personne chargée de l'appliquer (le juge en particulier) puisse directement trouver la solution dans la norme elle-même et dans les exégèses auxquelles elle aura donné lieu. Cela suppose que la norme revête une grande précision tant dans le *présupposé* que dans l'*imputation* des conséquences : je me réfère, après tant d'autres, à la célèbre et indispensable distinction de Motulsky entre le *présupposé* et l'*imputation*. Le *présupposé*, c'est l'hypothèse envisagée par le législateur, le cas de figure factuel : par exemple, une chose a été vendue. L'*imputation*, qui constitue la partie proprement normative, c'est la solution juridique qu'il convient d'appliquer à ce cas : en l'occurrence, l'acheteur doit payer le prix, le vendeur doit livrer la chose et garantir les vices cachés. Or, vous remarquez que j'ai choisi un exemple de norme très précise. Sans doute hésitera-t-on parfois pour savoir ce qu'est un vice, mais

enfin c'est le métier du juge que d'interpréter les concepts et nous serons tous d'accord pour considérer que cette norme, immédiatement opérationnelle sous la réserve des cas limites, est tout le contraire d'un standard. En effet, cette dernière notion perdrait tout intérêt si elle se diluait dans l'éternel pouvoir d'appréciation du juge.

L'hypothèse du standard commence donc là où le concept utilisé par la norme devient imprécis non pas seulement sur ses frontières, mais dans son principe même. Cette imprécision peut d'abord affecter la conséquence imputée par la norme. Par exemple, un certain comportement sera pénalement sanctionné d'amende *ou* de prison, chaque branche de l'alternative comportant d'ailleurs un minimum et un maximum chiffrés. Cette fois, les frontières sont précises, mais à l'intérieur de la fourchette le juge jouit d'une liberté totale. S'agit-il alors d'un standard ? En l'espèce, j'opinerais plutôt pour une délégation de pouvoir car enfin le juge n'a reçu aucune directive même souple. Le standard pénal, ainsi que l'a montré Mireille Delmas-Marty, suppose une instruction d'avoir à prendre en compte l'âge du délinquant, son état psychique, ses antécédents pénaux, ses possibilités de réinsertion, etc. ... tous éléments qui, *de lege ferenda* au moins, permettraient d'exercer un minimum de contrôle sur la décision intervenue. Or, tel n'est pas le cas ici. Ainsi pas de directive, pas de standard.

A ce cas, je serais tenté d'assimiler celui de la directive tellement large qu'elle équivaut à une délégation de pouvoir. Soit la norme d'après laquelle, lorsque des parents divorcent (présupposé), le juge attribue la garde selon l'intérêt de l'enfant (imputation). Certes, un contrôle est théoriquement concevable dans le cas où le juge prendrait une décision en opposition totale avec ses propres constatations ... En fait, les tribunaux ont toute leur liberté, même au point de vue moral, car la loi ne leur prescrit nullement de se référer à un modèle social de parent efficace ou d'enfant normalement heureux. Nous n'apercevons pas ici cet élément de normalité sociale dans lequel Stéphane Rials voit le critère du standard et dont notre discussion a confirmé qu'il était le barrage nécessaire pour éviter une extension démesurée, et par là peu significative, de la notion. A mon sens, l'intérêt de l'enfant ne renvoie, par la force des choses, qu'à une appréciation d'opportunité dans chaque cas particulier. Disons que cette notion se trouve à la limite supérieure du standard, celle qui sépare celui-ci de la pure délégation de pouvoir.

Quant à la limite inférieure du standard, celle qui le sépare de la notion souple, elle suscite des difficultés plus redoutables encore, qui se révèlent notamment lorsque l'indétermination affecte non plus les conséquences, mais le

présupposé de la norme. C'est l'exemple de l'article 1382 du Code civil : cette fois, la conséquence est précise (réparation de l'entier préjudice), mais l'hypothèse de base (la commission d'une faute) renvoie implicitement à une appréciation sociale indéterminée. La faute est-elle un standard ? Nul ne saurait en douter. Dès lors que nos amis d'Outre-Atlantique nous donnent comme l'exemple type du standard pratiqué par eux le critère de l'homme raisonnable, il semble aller de soi que le critère du bon père de famille en est un autre, -sauf à noter que l'homme raisonnable des Amériques a des emplois beaucoup plus variés que le *bonus paterfamilias* romaniste. En tout cas, nous voyons bien la différence avec le vice caché de tout à l'heure, lequel ne renvoie à aucun jugement sur les conduites humaines, mais seulement à la finalité de l'objet vendu : il y a vice quand la voiture ne roule pas, quand la machine à laver n'essore pas et non -bien que les deux puissent se recouper- lorsque le constructeur n'a pas eu le comportement moyen qu'on attendait de lui. Pour cette même raison, je refuserais probablement le nom de standard à l'urgence, notion que je connais bien pour lui avoir jadis consacré ma thèse. Lorsque la loi dispose qu'en cas d'urgence et si le recouvrement de la créance paraît en péril (ce second élément ne faisant qu'explicitier le présupposé), le juge peut autoriser une inscription provisoire d'hypothèque, elle ne renvoie qu'à des considérations particulières d'opportunité et à aucun modèle social de comportement. Le standard est donc un concept beaucoup plus étroit que la notion souple : toute notion souple n'est pas un standard, loin s'en faut, mais il y aura parfois difficulté à les distinguer dans certains cas. Ainsi du bref délai en matière de vente, pour lequel l'article 1648, C. civ., renvoie d'abord à la nature du vice réhibitoire (notion qui n'a rien d'un standard) et ensuite -secondairement peut-être- à "l'usage du lieu".

Jusqu'ici nous avons raisonné sur une norme de type classique, mais telle qu'un élément partiel d'indétermination, condition nécessaire quoique non suffisante du standard, affecte soit le présupposé de cette norme, soit la conséquence imputée par elle. Il faut maintenant aller plus loin et envisager une dose d'indétermination telle qu'il n'existe même plus de présupposé, de sorte que le texte n'énonce aucun cas de figure particulier. Imaginons qu'un principe général (écrit ou coutumier) ou une déclaration des droits ou un préambule de constitution ou même un article de constitution ou de loi proclame la liberté des opinions tout en énonçant que cette liberté s'exerce dans des limites *raisonnables* et de façon à éviter des préjudices *anormaux*, etc. ... Pareil texte, qui contient un et même deux standards dans mon exemple, peut selon les cas appartenir ou non au droit positif, mais ce point n'importe pas pour mon propos. En effet,

qu'il soit ou non de droit positif, il est inapplicable en l'état, il n'est pas immédiatement opérationnel pour la bonne raison qu'il exprime une intention, mais dénuée de conséquences précises : pour que ces conséquences apparaissent, il faudrait commencer par imaginer toute une série de présupposés se rattachant à l'intention exprimée et lui permettant de se concrétiser. Par exemple il faut imaginer le cas d'une personne qui publie des propos racistes (présupposé). Après quoi, il faut encore imputer une conséquence, en choisissant entre deux solutions possibles : ou bien la personne est innocentée au nom de la liberté d'opinion, ou bien elle est condamnée au nom des limites raisonnables que doit connaître cette liberté. Alors, mais alors seulement, le juge compétent disposera d'une norme immédiatement opérationnelle et sera donc en état de rendre une décision.

#### LES DEUX SORTES DE STANDARDS

Autrement dit, il existe deux sortes de standards : celui qui s'adresse au juge et auquel nous pensons tous d'emblée, mais aussi celui qui s'adresse au législateur. Dans mon exemple d'un texte contenant une déclaration de principe sur la liberté d'opinion et ses limites, le législateur est invité à poser -en tant que de besoin- des normes de type classique avec un présupposé et une conséquence. En bref, le texte (qu'il soit ou non de droit positif, mais l'exemple sera encore plus net s'il fait partie du droit positif) est une invitation à légiférer. Quand je parle d'un standard pour le législateur, il faut entendre ce dernier terme au sens large : le législateur auquel je songe pourra être non seulement un parlement classique ou un exécutif légiférant par délégation, mais encore un juge prétorien s'érigeant en législateur. Auquel cas ce juge, jouant deux rôles à la fois, aura émis la norme en tant que législateur inavoué et l'aura ensuite appliquée en tant que redevenu simple juge. Ainsi comprise, la distinction me paraît fondamentale car le standard pour le législateur correspond à l'hypothèse d'un droit en voie de consolidation tandis que le standard pour le juge correspond à celle d'un droit en voie de déréglementation. Je me dois de développer ce point, sous-jacent aux divers exposés que nous avons entendus, et qui permet peut-être d'opérer un certain classement entre les opinions émises.

a) Le standard pour le législateur tend à la consolidation du droit

J'emprunterai à l'actualité l'exemple des difficultés suscitées par les progrès de la biologie (procréation artificielle, manipulations génétiques, etc. ...). En l'état, il est impossible de légiférer sur la question car nous ne maîtrisons à peu près aucune des données tant scientifiques que morales ou sociales. Tout ce que nous pouvons faire, c'est de réaffirmer notre attachement à certaines valeurs très générales et de proclamer des principes, éventuellement assortis de standards. Puis, pour un début de réalisation concrète, on pourra créer des comités d'éthique (organes de réflexion et de proposition) ainsi que des instances juridiques originales (par ex. des autorités administratives indépendantes) adaptées au particularisme de la matière. En somme, les pouvoirs publics vont élaborer des directives et des procédures avec l'espoir que la mise en oeuvre des secondes, dans le respect des premières, permettra d'aboutir par tâtonnements à l'émission de normes acceptables et d'abord opérationnelles, c'est-à-dire encore une fois de normes qui comportent un présupposé et une conséquence ... Dans cette quête de la norme future, le standard est comme toujours un guide précieux, mais il est aussi, en l'occurrence, un *creuset* grâce auquel le droit en formation va se durcir. Pour employer une expression plus familière, je dirai que la matière apparaît comme une étoffe initialement dépourvue de forme propre : mais le standard, à l'instar des baleines de parapluie, aura pour rôle de tendre cette étoffe et de lui donner une forme, qui sera la forme juridique.

Un processus du même genre s'observe encore, comme on l'a vu, dans la matière des traités internationaux, sous cette réserve que le recours au standard ne s'explique pas ici par le caractère insaisissable des données, mais plus simplement par l'impossibilité de s'accorder sur un choix politique précis. Mais techniquement parlant, le processus de consolidation juridique sera le même, avec cependant le risque que cette consolidation prenne des formes divergentes chez les différentes parties contractantes ...

b) Le standard pour le juge tend à l'assouplissement ou à la déréglementation du droit

L'hypothèse est ici que, dès le départ, le législateur procède de manière classique, c'est-à-dire qu'il élabore du droit rigide, mais que par sagesse il introduit des éléments de souplesse dans son oeuvre. Quand il les introduit après coup, on se trouve en présence d'un cas particulier de déréglementation. Ainsi la clause pénale fut très longtemps régie par le système ultra-rigide

du Code civil, le principe que les conventions tiennent lieu de loi aux parties s'opposant à toute révision. Puis le législateur de 1975 a décidé d'assouplir le système : et au lieu de choisir la solution semi-rigide (révision quand la clause excède un certain pourcentage du préjudice), il adopte un standard entièrement souple (révision des clauses "manifestement excessives"). En pareil cas, la comparaison familière pourrait être trouvée dans l'idée de lubrifiant qui vient huiler le moteur juridique.

Il resterait à savoir si le standard pour le juge et le standard pour le législateur, dont la distinction s'impose pour des raisons méthodologiques évidentes, constituent deux notions distinctes (mais apparentées) ou une notion unique. Je n'ai évidemment pas la prétention de répondre à cette question. En faveur d'une dualité de notion, on invoquera la dualité des rôles - qui apparaissent même comme diamétralement opposés - et aussi cette idée qu'une notion unique serait encore plus vague et déconcertante qu'on ne le craignait. Mais en sens inverse, on notera l'absence de cloison étanche entre les deux standards. Plus précisément la cloison, relativement étanche dans un système légaliste de droit écrit, semble devenir à claire-voie dans un système de *common law* où nous avons bien vu que les deux types de standards jouent de manière réciproque et enchevêtrée (comme on dit en France à un tout autre propos) parce qu'ici le standard est peut-être à titre principal un instrument de formation du *case-law*.

#### FONCTION TECHNIQUE DU STANDARD

Quel que soit le rôle de politique juridique joué par le standard, on doit maintenant s'interroger sur la manière technique dont il opère. Ici deux notions viennent éclairer le débat : celle de *renvoi* (évoquée par Enrico Pattaro) et celle de *système*, mise en avant par André-Jean Arnaud, lorsqu'il nous interrogeait sur les rapports du standard avec la notion de système. Même si cela n'a pas été dit aussi explicitement que je vais le faire, il me semble qu'un théorème se dégageait de nos discussions, à savoir que le standard serait l'instrument par lequel un certain système renvoie à un autre système. Pareille idée reste encore assez vague dans le cas du standard adressé au législateur puisque le système juridique renvoie à une réflexion de caractère éthico-politico-juridique, autrement dit à un système en formation (une nébuleuse en quelque sorte), étant rappelé que le système existant cherche à provoquer ou accélérer la formation du futur système. Par contre l'idée devient beaucoup plus précise en cas de standard pour le juge car cette fois le système juridique positif renvoie à un autre système déjà existant. Le mécanisme évoque la règle de

conflit en droit international privé, avec cette différence que le droit positif renvoie non pas à la loi étrangère, mais à un *système normatif extra ou parajuridique*, c'est-à-dire à un *corpus* structuré qui mélange ou alterne les moeurs, la morale, l'économie, la technologie, -avec aussi, le cas échéant, un zeste de juridique extra-étatique (fondé sur les volontés particulières). Deux exemples en sens contraire vont permettre d'illustrer la thèse.

Premier exemple : si le législateur utilise le concept de "maison", il n'établit aucun standard. Ainsi que l'observait judicieusement notre collègue Coipel en développant cet exemple dans une intervention, la loi renvoie tout au plus au dictionnaire. J'ajouterai qu'elle renvoie aussi à un simple fait, à une pratique courante, celle de construire des maisons plutôt que d'habiter dans des grottes. De sorte que pour appliquer ce concept, le juge n'aura en général qu'à se livrer à un travail assez routinier. De loin en loin, il éprouvera une difficulté d'appréciation pour savoir si telle bicoque ou masure médiocre entre dans la catégorie visée. Mais son appréciation ne mettra *directement* en jeu aucune notion de conduite sociale. J'insiste sur le mot "directement" car indirectement toute appréciation juridique se réfère toujours à des comportements sociaux (dans l'exemple, à l'habitude de construire et d'habiter des maisons *dignes de ce nom*). Mais ici et à la différence de ce qui se produit dans le cas du standard, la loi ne vise pas directement ces comportements. Elle vise pour l'essentiel une catégorie descriptive et ne renvoie à aucun système normatif propre à régir la vie sociale en l'absence de droit ou en complément du droit. Sans doute renvoie-t-elle au système linguistique, lequel a un caractère normatif : mais le langage ne régit pas directement la vie sociale et au demeurant on ne va tout de même pas parler de standard chaque fois qu'un texte juridique reprend un concept du langage courant ! Bref, nous pouvons bien dire que pour déterminer ce qu'est une maison, le juge émet un jugement *de fait* et pas un jugement de valeur comme dans l'hypothèse du standard.

Deuxième exemple : l'obligation de moyens du médecin. Selon un arrêt célèbre, le médecin doit des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données actuelles de la science : voilà le type même du standard ! Or, mettons-nous à la place du juge qui doit statuer dans un procès en responsabilité médicale. Ce juge -supposons-le français- applique *a priori* le droit français de la responsabilité qui est un système cohérent en dépit de certaines contradictions (mais quel système n'a pas les siennes ?). Toutefois le bon usage du standard qu'on vient de rappeler le force à pénétrer dans une véritable galaxie peuplée de personnages étranges qui s'appellent aide-soignant, interne de

garde, etc. ... Et lesdits personnages manipulent une technologie savante, inconnue des juristes, mais des plus normatives ; ils baignent en outre dans une éthique médicale pas toujours écrite, mais contraignante. Le tout avec un brin de juridique : leurs positions respectives sont définies soit par les règles de l'organisation hospitalière (qui sont encore du droit étatique), soit par des conventions intervenues entre eux (qui sont du droit d'origine privée). Tous ces éléments forment un système qui a sa cohérence propre et qui vit juxtaposé au droit positif de la responsabilité. Or, par le standard de l'obligation de moyens, le droit commun de la responsabilité renvoie au système médical et à ses normes afin de déterminer si le médecin a ou non commis une faute. Et bien entendu le droit de la responsabilité reprend son empire une fois ce point déterminé : si faute il y a, lui seul en déduira les conséquences civiles, pénales, etc. ...

Je pourrais prendre d'autres exemples. Si je les empruntais à la responsabilité du sportif, je vous introduirais dans le monde à part du cyclisme ou de la Formule I, monde où nous rencontrons du droit carrément extra-étatique, celui que secrètent les organisations sportives internationales. C'est alors à la lumière de ce droit ainsi que de l'éthique sportive que le juge devrait élaborer son appréciation de comportement.

J'ai eu soin, bien entendu, de choisir des exemples particulièrement spectaculaires. Mais le raisonnement reste vrai pour des standards plus humbles. Par exemple, le texte relatif à la clause pénale manifestement excessive renvoie sans qu'on y prenne garde à une certaine morale des affaires ou, si l'on préfère, à des moeurs économiques d'autant plus difficiles à connaître qu'elles varient selon le secteur d'affaires envisagé, mais dont on ne saurait nier l'existence sous le seul prétexte de cette difficulté ! De même, la règle que les conventions doivent être exécutées de bonne foi opère un renvoi discret à l'état des moeurs.

Dès lors, nous voyons bien que la distinction du droit et du fait, souvent évoquée lors de nos débats, est ici en porte-à-faux complet. Certains intervenants avaient cru voir dans le standard un renvoi du droit au fait, un renvoi à une connaissance simplement sociologique et descriptive. Et de se demander par quel miracle le droit (c'est-à-dire la décision finale du juge) pouvait sortir d'un simple fait, comment le prescriptif pouvait sortir du descriptif ! Or, tout s'éclaire si l'on admet que le droit (le normatif juridique) s'appuie ici sur le normatif extra ou parajuridique, si l'on admet que le droit emprunte certains éléments de sa décision à un autre ordre normatif. Car pas plus que la loi étrangère, cet ordre n'appartient à la sphère du pur fait, ni ne relève de la seule description. Quand on dit que la loi

étrangère est un simple fait aux yeux du juge français, il n'y a là qu'une façon de parler, suggestive mais inexacte, pour exprimer que le juge français n'est pas censé la connaître, qu'il ne casse pas en raison de sa mauvaise application, etc. ... Mais que l'on sache, la loi italienne ou allemande est tout autant du droit que la nôtre ! *Mutatis mutandis*, les mœurs françaises sont tout aussi normatives, à leur manière, que le droit français à l'égard des citoyens ou résidents français, -encore que, bien entendu, le sociologue se doive de les étudier scientifiquement, c'est-à-dire *comme si* elles étaient un simple fait.

De même il conviendrait de lever cette équivoque sur laquelle nous avons maintes fois buté ces jours derniers : le standard est-il dans le droit ou en dehors du droit ? Est-il une bizarre excroissance du fait au sein de la règle juridique ou bien celle-ci l'a-t-elle adopté, phagocyté et juridicisé ? Ces questions deviennent de fausses questions pour qui accepte la thèse du renvoi à un autre système. Car si le standard est une technique de renvoi, on ne voit pas en quoi il pourrait bien modifier la nature juridique de la règle qui le contient : il correspond seulement à un retrait partiel et volontaire de cette règle. Le standard apparaît ainsi comme le sas par lequel nous passons d'un système à un autre (et d'ailleurs dans les deux sens puisque le juge retourne à la règle initiale après que le renvoi a produit son office). On peut aussi évoquer le passe-partout de tout à l'heure car nous avons vu que la même clé du *bon père de famille* ouvre des portes différentes donnant elles-mêmes sur des ordres ou des sous-ordres normatifs distincts. Cela dit, entre les normes juridiques précises, les normes juridiques reposant sur des notions souples et les normes juridiques reposant sur un standard, il y a certes une différence de structure logique, mais non une différence de nature au regard des sources du droit.

Pour nous résumer, nous dirons qu'on est en présence d'un standard lorsque le système juridique invite le législateur

- a) à émettre un jugement de valeur
- b) portant directement sur des comportements sociaux
- c) par référence à un autre système normatif, juridique ou non, existant ou en formation,
- d) afin de rendre une décision ou de poser une norme
- e) cette décision ou norme devant s'intégrer au système juridique.

Après quoi, tout rentre dans l'ordre ! La boucle est bouclée, le système juridique reste le système juridique, avant comme après cet emprunt extérieur.

## STANDARD ET CONNAISSANCE DU MONDE EXTRA-JURIDIQUE

En vérité, si nous nous sommes interrogés à faux sur la nature juridique du standard ou de la norme qui l'inclut, c'est peut-être parce que nous recuions devant une difficulté plus considérable encore, celle de connaître les systèmes normatifs auxquels il nous renvoie. Ce qui intimide n'est pas le passe-partout, mais le contenu des pièces dont il ouvre la porte. Et si nous tripotons nerveusement ce passe-partout en lui inventant peut-être des aspérités qu'il n'a pas, c'est sans doute par crainte de nous en servir. Je dois d'ailleurs avouer que je suis le premier effrayé par ce problème de *connaissance*. Dans le cas du standard pour le législateur, le système est à créer : par définition donc, personne ne le connaît ! Dans le cas du standard pour le juge, le système existe déjà, mais c'est encore pire car son extrême complexité le fait largement échapper à nos investigations de sociologues plus qu'amateurs. En pratique, comment procédons-nous ?

Nous sommes, dans cette salle, une majorité d'universitaires. Or, en cette qualité, comment réagissons-nous lorsque, dans nos cours ou dans nos travaux, nous rencontrons un standard ? La réponse est simple : nous inventons des exemples d'école ou bien nous développons quelques cas empruntés à la jurisprudence et nous synthétisons brièvement le tout par quelques idées générales propres à éclairer tant soit peu la religion du lecteur ou de l'étudiant. En somme, nous imitons le législateur : comme lui, nous procédons par *renvoi* ! Pour mille raisons évidentes, nous ne pouvons aller au-delà, n'ayant ni la compétence, ni le temps, ni même le droit (au regard du programme à traiter) de nous étendre à l'infini sur les bonnes mœurs, sur l'excès manifeste ou sur l'homme raisonnable.

Beaucoup plus inconfortable est la position des avocats et du juge qui, quant à eux, doivent se rendre sur le terrain pour aboutir à une appréciation : les voilà chargés d'une mission redoutable ! Michele Taruffo a émis la crainte que le juge, en réalité, ne se borne à statuer selon sa propre opinion, mais il s'agirait là, selon moi, d'une perversion du système. En principe, le juge doit se renseigner sur cet univers normatif, social mais non juridique, auquel la loi lui commande de se référer. Car il a ordre de se documenter *au-delà des faits de la cause* : on pourrait méditer là-dessus. Et grâce à l'aide des avocats et des experts, il ne s'y dérobe pas, quitte à nous avouer, comme l'ont fait sportivement le Premier Président et le Bâtonnier d'Aix, qu'ils pratiquaient le standard sans en connaître le nom doctrinal. Mais avouons à notre tour que, même sans lire une bibliothèque

complète de sociologie ou de technologie, leur tâche est déjà assez rude !

En bref, les universitaires esquissent une théorie du standard sans aller sur le terrain tandis que les praticiens occupent le terrain sans préoccupation doctrinale. Comment s'étonner, dans ces conditions, de nos difficultés à cerner le sujet et des angoisses existentielles que nous avons parfois éprouvées pendant ces trois jours de congrès ?

Parmi ces angoisses, il en est une que je voudrais tout de même relativiser : celle qui a trait à l'insécurité juridique engendrée par la pratique du standard. Pour vous rassurer, je citerai une anecdote qui date d'avant la loi sur l'assurance obligatoire en matière de construction. A cette époque, les assureurs stipulaient volontiers une exclusion de garantie au cas où l'entrepreneur commettrait un manquement inexorable aux règles de l'art. Or, la Cour de cassation avait annulé cette clause comme contraire à la loi qui dispose que les exclusions de risque doivent être précises et limitées. Et son argumentation revenait à dire, en substance, que nul ne sait ce qu'est un manquement inexorable aux règles de l'art. Mais, répliquait mon ami Hubert Groutel dans son commentaire, cela n'est pas exact. Il est bien vrai que nous autres juristes ne le savons pas ; toutefois l'entrepreneur, quant à lui, le sait très bien ! De même le contractant sait fort bien s'il exécute de bonne ou de mauvaise foi, etc. ... Ainsi le standard apparaît comme le moyen de donner force de droit à ce que le juge ne connaît pas toujours d'emblée, mais que le justiciable connaît souvent comme étant recommandé ou au contraire peu recommandable. Par conséquent, le standard est moins dangereux qu'on ne le dit, faute de quoi on ne comprendrait d'ailleurs pas qu'il rencontre un pareil succès dans des systèmes démocratiques ...

#### DEVENIR DU STANDARD

Cet essor que nous avons tous constaté incite à s'interroger pour finir sur le devenir du standard. Grâce aux différents rapporteurs, nous avons pu observer que le standard se développe sur les grandes questions (droits de l'homme, libertés publiques, défense d'intérêts majeurs, choix de société ou choix personnels fondamentaux), mais aussi, plus humblement, à la jointure des petites questions (bref délai en matière de vente, clause pénale excessive, etc. ...). Le développement récent du standard tient peut-être à ce que, pendant des siècles, les sociétés ont surtout élaboré du *petit* droit (qui par nature est rigidement technique : v. par ex. le droit des obligations) alors que le développement du *grand* droit date à peine du XVIIIème siècle, ce qui est

historiquement récent ... Bien entendu, je ne hasarde l'hypothèse qu'avec prudence. De toute façon, l'essor viendrait aussi de ce que la diversification de la vie sociale, dans les sociétés industrielles et post-industrielles, crée un besoin de lubrifier ce que j'ai appelé le petit droit. En outre, la progression des moyens de connaissance a pour conséquence qu'il est plus facile d'obliger le juge à se renseigner : j'imagine mal le standard dans une société fruste, sauf à ce qu'il introduise seulement l'arbitraire du juge ... Sur tout cela, il faudrait encore réfléchir et l'on pourrait de même se demander jusqu'où ira la progression du standard. Je ne conçois guère que le législateur supprime la majorité à 18 ans pour décider qu'est juridiquement capable celui qui donne des signes manifestes de maturité intellectuelle ... Le droit rigide a encore de beaux jours devant lui et il serait intéressant de savoir lesquels, en dehors même de cette réglementation technocratique ultra-détaillée que nous ne cessons de dénoncer. Mais nos difficultés à préciser la notion de standard nous ont empêchés de mesurer le caractère irrésistible ou non de son ascension.

A moins que l'ambiguïté propre du standard n'interdise une pareille mesure. Et au moment d'amorcer ma conclusion, je me souviens qu'Enrico Pattaro l'a rattaché, entre autres, à la pensée baroque. Rêvant un peu, je me demande si le standard ne souffre pas d'une ambiguïté comparable. Comme chacun sait, le baroque est à l'origine une forme d'architecture religieuse inspirée par la Contre-Réforme. Puis il envahit tous les arts y compris dans le domaine profane et devient une forme de civilisation : on parle alors de la musique baroque, de l'époque baroque, qui durera deux siècles, de l'Europe baroque, qui d'ailleurs s'étend jusqu'au Brésil ... Aujourd'hui, des théoriciens de l'art se demandent si toute forme d'art ne passe pas par une phase classique (ligne droite et dépouillement) ainsi que par une phase baroque (profusion décorative et ligne courbe). De la même façon, il faudrait se demander - nous l'avons déjà fait à mots couverts - si le standard est seulement un procédé de Common law (comme son nom paraît l'indiquer) ou un procédé qui s'universalise au cours de notre XXème siècle ou encore un procédé éternel du droit. Ce pourrait être l'objet d'un autre congrès. Mais réjouissons-nous d'abord d'avoir mené à bien celui-ci et félicitons-en Jean-Louis Bergel. Remercions-le surtout de ce que, pendant ces trois merveilleuses journées d'évasion, nous avons pu contempler de près la courbure et l'efflorescence baroque du droit.